



HAL
open science

Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux

Ana Maria Oprea

► **To cite this version:**

Ana Maria Oprea. Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux. Droit. Université Paris-Est, 2020. Français. NNT : 2020PESC0018 . tel-03342279

HAL Id: tel-03342279

<https://theses.hal.science/tel-03342279v1>

Submitted on 13 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Université Paris-Est Créteil (UPEC)
École Doctorale Organisations, Marché, Institutions**

THÈSE
Pour l'obtention du grade de
Docteur de l'Université Paris-Est
Discipline : Droit Public

Présentée et soutenue publiquement par
Ana Maria OPREA

Le 4 décembre 2020

**LES OPÉRATEURS NOUVEAUX ENTRANTS ET L'OUVERTURE À
LA CONCURRENCE DU TRANSPORT FERROVIAIRE INTERNE DE
VOYAGEURS**
**ÉTUDE À PARTIR DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET DE
SES APPLICATIONS DANS LES DROITS NATIONAUX**

Membres du jury

Directeur de thèse	Monsieur Stéphane DE LA ROSA Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Rapporteurs	Madame Aurore LAGET-ANNAMAYER Professeure à l'Université de Rouen Monsieur Loic GRARD Professeur à l'Université de Bordeaux
Examineurs	Madame Dominique GENCY-TANDONNET Maître de conférences à l'Université Paris Est-Créteil Monsieur Claude STEINMETZ Directeur Ferroviaire Transdev France Monsieur Nil CARPENTIER DAUBRESSE Magistrat administratif, Directeur juridique de l'ART (2018-2020)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le cadre de cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes parents,

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord remercier mon directeur de thèse, M. le Pr. Stéphane DE LA ROSA, Directeur du laboratoire « Marchés, Institutions, Libertés », pour son suivi, sa disponibilité et ses exigences. Je ne saurais lui exprimer ma plus profonde gratitude pour la réactivité et la bienveillance avec lesquelles il a dirigé ce travail de recherche.

Mes remerciements s'adressent également à Monsieur Claude STEINMETZ, Directeur de Transdev France d'une part pour la confiance qu'il m'a accordée en m'accueillant au sein de la Direction ferroviaire du Groupe Transdev et d'autre part, pour son soutien, sa compréhension et sa disponibilité durant ces années de thèse.

Je voudrais aussi remercier l'ensemble du personnel de la Direction ferroviaire de Transdev de m'avoir accueilli et accompagnée tout au long de cette thèse, particulièrement : Monsieur Fares GOUCHA, Directeur de la Stratégie et des Opérations ferroviaires, Monsieur Bruno MERCADER, Directeur Développement ferroviaire pour leur pédagogie et la qualité de nos échanges sur les différents aspects opérationnels du secteur ferroviaire.

Merci à M. Marc DEBRINCAT et à Mme. Anne-Sophie TRCERA, responsables du service juridique de la Fédération Nationale des Associations des Usagers de Transports (FNAUT) pour leur disponibilité et pour les échanges constructifs m'ayant permis d'approfondir mes réflexions sur la thèse. Merci infiniment à Marc car il est le premier à avoir évoqué l'idée de réaliser cette thèse.

Merci l'Université Paris Est et particulièrement à l'École doctorale OMI de m'avoir intégrée et permis la poursuite de mes travaux de recherche.

Mes remerciements s'adressent aux membres du jury, Mme. la Professeure A. LAGET-ANNAMAYER, Mme. D. GENCY-TANDONNET, M. le Professeur L. GRARD, et M. N. CARPENTIER DAUBRESSE pour avoir accepté de siéger dans le jury et pour les échanges et les conseils qu'ils développeront le jour de la soutenance.

Merci à mes amies Christelle et Sarah pour leurs relectures, pour leurs corrections, suggestions et remarques. Merci à mes ami(e)s non-thésard(e)s qui m'ont soutenu, écouté et qui se sont toujours intéressé(e)s à l'avancement de ma thèse.

Merci aux professionnels du secteur qui ont donné suite à mes entretiens.

Enfin, merci à ma famille, ma soeur, à Bruno qui ont vécu quotidiennement mes études. Merci à eux pour leurs encouragements, leur patience et la croyance indéfectible en la réussite de cette thèse.

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
A.G.	Avocat général
A.J.C.T.	Actualité Juridique Collectivités Territoriales
A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
Antitrust L J	Antitrust Law Journal
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
CE	Conseil d'État
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Communication
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz.
Dec.	Décision
Dir.	Directive
Dr. Admin.	Droit Administratif
Europe	Revue Europe
EEI	Revue Énergie-Environnement-Infrastructures
Fasc.	Fascicule
Ibid.	Ibidem
J.C.P.A.	Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales
JCP éd. E	Semaine juridique Entreprise et Affaires
J.C.P.G.	Semaine juridique Edition Générale
J.D.E.	Journal de droit européen
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
JT	Jurist Tourisme
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
NC	Non concerné

p.	Page
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
R.A.E.	Revue des affaires européennes
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDP	Revue de droit public et de la science politique
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
Rep.dr. européen	Répertoire de droit européen
Req.	Requête
Rev. CMP	Revue Contrats et Marchés Publics
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RLC	Revue Lamy de la Concurrence
RLCT	Revue Lamy Collectivités territoriales
R.M.C.	Revue du marché commun
R.M.C.U.E.	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RSC	Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R.U.E.	Revue de l'Union européenne
SIEG	Service d'intérêt général
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TCE	Tribunal instituant la Communauté européenne
TCEE	Tribunal instituant les Communautés européennes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
VRT	Revue Ville-Rail-Transports

ACRONYMES RELATIFS AU SECTEUR FERROVIAIRE

ARAF	Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires (FR)
AOT	Autorités Organisatrices de Transport (FR)
ARAFER	Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et routières (FR)
ARF	Autorité de la Reforme Ferroviaire (RO)
ART	Autorité de Régulation des Transports
CNDSF	Conseil National de Surveillance du Domaine ferroviaire (RO)
CPER	Contrat de Projet État-Région
DA	Droit d'Accès
DC	Droit de Circulation
DGITM	Direction Générale des Infrastructures, des Transports et de la Mer
EPIC	Établissement Public à Caractère Industriel et Commercial
EPSF	Établissement Public de Sécurité Ferroviaire
ERTMS	European Rail Transport Management System
FNAUT	Fédération Nationale des Associations d'Usagers des Transports
GI	Gestionnaire d'Infrastructure
GID	Gestionnaire d'Infrastructure Délégué
GSM-R	Global System for Mobile communication – Railway
LGV	Ligne à Grande Vitesse
LOTI	Loi d'Orientation des Transports Intérieurs
MCAF	Mission de Contrôle des Activités Ferroviaires
ORR	Office of Rail and Road (RU)
OSP	Obligations de Service Public
PPP	Partenariat Public-Privé
RFF	Réseau Ferré de France
SLO	Services librement organisés
SNCF	Société Nationale des Chemins de Fer (FR)
SNCFR	Société Nationale des Chemins de fer roumains (RO)
SRU	Loi relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains
TER	Transport Express Régional
TET	Trains d'équilibre du territoire
TEST EEQ	Test de l'équilibre économique
UIC	Union Internationale des Chemins de fer
UTP	Union des Transporteurs Publics et Ferroviaires

LISTE DES TABLEAUX, ENCADRÉS ET FIGURES

(selon l'ordre d'apparition dans la thèse)

Tableau n°1	Structuration d'activités compétitives/non compétitives dans les industries en réseaux
Tableau n°2	Opérateurs de transport ferroviaire de voyageurs
Fig. 1	Parts de marché des entreprises ferroviaires voyageurs (sur la base des passagers-km) de 2016 à 2018
Fig. 2	Organigramme de la Direction Ferroviaire du Groupe Transdev France
Fig. 3	Problématique de recherche
Encadré n°1	Les dérogations à l'application des RU-CIV
Encadré n°2	Prises de position de Transdev sur la révision du règlement N°1371/2007
Encadré n°3.	Le contexte d'adoption de la réforme ferroviaire de 1997. <i>De la transposition comptable minimale de la directive 91/440/CEE à la séparation organique</i>
Encadré n°4	La mise en œuvre du Haut Comité du système de transport ferroviaire
Encadré n°5	La création d'un comité des opérateurs du réseau
Encadré n°6	Le diagnostic du réseau dans le Rapport SPINETTA
Encadré n°7	Positionnement des acteurs sur le Rapport SPINETTA
Encadré n°8	Les enjeux de l'habilitation globale dont est investi le gouvernement pour porter la réforme ferroviaire
Encadré n° 9	L'EPIC, une structure juridique rigide
Fig.4	Les changements de la gouvernance ferroviaire en France depuis les réformes des années 2014 et 2018
Encadré n° 10	Les enjeux du changement de statut juridique
Encadré n°11	Les mesures d'application de la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire (non exhaustives)
Tableau n°3	Comparaison open access- conventionnement
Fig. 5	Types des services ferroviaires en France
Fig. 6	Barrières à l'entrée des opérateurs exploitant des services ferroviaires en open access
Fig. 7	Positions des régulateurs sectoriels sur les barrières à l'entrée aux marchés open access
Fig. 8	Notification des services librement organisés auprès de l'ART
Encadré n°12	Les modifications du règlement n°1893/91 du conseil du 20 juin 1991 au règlement n°1191/69
Encadré n°13	Les amendements du Parlement Européen
Encadré n°14	La position attendue du Conseil
Fig. 9	Attribution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs durant l'année 2017 en Europe
Fig. 10	Contrats de service public attribués à la suite des procédures concurrentielles sur la période 2013-2017 en Europe
Fig. 11	Contrats longue distance attribués directement en 2017 en Europe
Fig. 12	Contrats longue distance attribués à la suite des procédures concurrentielles sur la période 2013-2017 en Europe
Encadré n°15	Les cadres légaux nationaux relatifs à la délivrance des licences ferroviaires
Encadré n°16	Les cadres légaux nationaux relatifs à l'élaboration des DRR
Encadré n°17	L'émergence de la théorie des installations essentielles dans l'antitrust américain

Encadré n°18	La position de la Cour de cassation sur les installations essentielles
Tableau n°4	Abus de position dominante des entreprises de transport ferroviaire de voyageurs
Tableau n°5	Abus de position dominante des entreprises de transport ferroviaire de marchandises
Tableau n°6	Exemples des contrôles de concentrations dans le secteur ferroviaire
Fig. 13	Le projet CDG Express
Fig. 14	La chronologie de l’affaire du CDG Express
Encadré n°19	Les contrats État-régions pour la durée 2015-2020, une action étatique essentiellement financière
Fig. 15	Opérations ferroviaires CPER 2015-2020 Pays de la Loire
Encadré n°20	Une pratique de contractualisation récurrente des industries de réseaux ouvertes à la concurrence
Encadré n°21	Les régions, chefs de file de l’intermodalité
Encadré n°22	Le calendrier des échéances des conventions d’exploitation des TER conclues en France entre les AOT et SNCF Voyageurs
Encadré n°23	Des positions disparates des régions sur la prise en charge des services routiers de substitution
Encadré n°24	Position de l’Autorité de la compétence britannique (CMA) sur le degré des spécifications dans les franchises ferroviaires
Encadré n°25	Les avis de pré-information relatifs à des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs
Fig. 16	Durée des franchises britanniques en 2016
Encadré n°26	L’obligation d’agrément du sous-traité
Encadré n°27	La clause de sous-traitance dans la convention d’exploitation des TER dans la région Grand Est
Encadré n°28	La clause de sous-traitance dans la convention d’exploitation des TER dans la région NPC
Encadré n°29	Notion, organisation et fonctionnement des SPL
Encadré n°30	Le cadre légal des SEM en France
Encadré n°31	Étude de cas : la SEM les chemins de fer corse- un outil de développement local
Encadré n°32	Synthèse du cadre contractuel de la SEML corse
Encadré n°33	De la MCAF à l’ARAFER
Encadré n°34	L’évolution de l’organisation du CNDSF (Ro)
Encadré n°35	Dispositions sur l’ouverture des données de mobilité en droit européen et en droit français

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION GENERALE.....	14
CHAPITRE PRELIMINAIRE Genèse et enjeux d'un espace ferroviaire unique européen.....	50
PREMIÈRE PARTIE LES CONTRAINTES D'ACCES AU RÉSEAU FERROVIAIRE.....	76
TITRE 1 LA DIVERSITÉ DES MODELES FERROVIAIRES EN EUROPE.....	77
<i>Chapitre 1 L'hétérogénéité des modèles de gouvernance.....</i>	<i>78</i>
<i>Chapitre 2 La diversité des formes d'accès aux réseaux ferroviaires.....</i>	<i>128</i>
TITRE 2 LA MULTIPLICITÉ DES BARRIERES.....	181
<i>Chapitre 1 Les barrières inhérentes aux règles d'accès au réseau ferroviaire national.....</i>	<i>183</i>
<i>Chapitre 2 Les barrières inhérentes aux règles d'accès aux installations essentielles.....</i>	<i>211</i>
TITRE 3 LA LOYAUTÉ CONCURRENTIELLE DES OPÉRATEURS HISTORIQUES.....	263
<i>Chapitre 1 L'application progressive des règles de concurrence aux transports ferroviaires.....</i>	<i>264</i>
<i>Chapitre 2 Le régime général des règles de la concurrence applicables aux transports ferroviaires.....</i>	<i>274</i>
DEUXIÈME PARTIE LES STRATÉGIES D'ACCÈS AU RÉSEAU FERROVIAIRE.....	299
TITRE 1 L'ANTICIPATION DES APPELS D'OFFRES.....	300
<i>Chapitre 1 Le pilotage de la concurrence ferroviaire par les autorités de transport.....</i>	<i>301</i>
<i>Chapitre 2 L'appropriation par les opérateurs nouveaux entrants des règles de sécurité.....</i>	<i>355</i>
TITRE 2 LE POSITIONNEMENT SUR LES MODES DE GESTION.....	375
<i>Chapitre 1 La prévalence du modèle concessif.....</i>	<i>376</i>
<i>Chapitre 2 La gestion par les personnes publiques des services de transports ferroviaires de voyageurs.....</i>	<i>399</i>
TITRE 3 LA COOPÉRATION AVEC LES REGULATEURS.....	439
<i>Chapitre 1 L'insertion des nouveaux entrants dans le cadre institutionnel de la régulation ferroviaire.....</i>	<i>441</i>
<i>Chapitre 2 Le contrôle par les régulateurs ferroviaires de l'équilibre économique des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs.....</i>	<i>472</i>
CONCLUSION GENERALE.....	495

RESUMÉ

Réalisée dans le cadre d'une convention CIFRE, la présente thèse porte sur les enjeux juridiques de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs, en s'appuyant sur les observations et les études menées dans le cadre d'une immersion au sein de la Direction ferroviaire du Groupe Transdev. Elle entend démontrer que la diversité des normes juridiques et techniques qui caractérisent l'espace ferroviaire unique européen se répercute sur les différentes stratégies d'accès des opérateurs ferroviaires nouveaux entrants. Signe tangible de la persistance de spécificités nationales, l'hétérogénéité des formes de régulation ferroviaire s'accompagne du maintien de nombreuses barrières à l'entrée pour les opérateurs nouveaux entrants. La levée des barrières technologiques (accès au matériel roulant, à la maintenance) et non technologiques (complexité et lourdeur des procédures d'accès aux réseaux, asymétrie informationnelle vis-à-vis des exploitants historiques, diversification des activités de ces derniers et positionnement sur des marchés connexes) est une condition essentielle d'une concurrence ferroviaire libre et non faussée. Pour contourner les nombreuses contraintes d'accès, nécessairement génératrices de coûts de transaction, les opérateurs nouveaux entrants doivent définir des stratégies fines et contextuelles d'accès aux marchés nationaux, en anticipant les appels d'offres, en clarifiant l'articulation entre le régime conventionné et le régime de *l'open access*, en se positionnant sur des modes de gestion des services ferroviaires et, surtout, en étant force de proposition auprès des autorités organisatrices de transport pour définir des services ferroviaires de qualité et accessibles, en lien avec les exigences du service public.

Mots clés : concurrence ferroviaire, modes de gestion, contractualisation, accès au réseau, abus de position dominante, opérateur historique, opérateurs nouveaux entrants.

ABSTRACT

Conducted within the framework of a CIFRE agreement, this thesis focuses on the legal issues of opening up to competition of the internal passenger rail transport based on observations and studies carried out as part of an immersion within the Rail Department of the Transdev Group. It intends to demonstrate that the diversity of legal and technical requirements which characterize the single European railway area has repercussions on the different access strategies of new entrants. A tangible sign of the persistence of national specificities, the heterogeneity of forms of rail regulation is accompanied by the maintenance of many barriers to entry. The removal of technological barriers (access to rolling stock, to maintenance) and non-technological barriers (complexity and cumbersome of network access procedures, informational asymmetry with regard to the incumbents, diversification of their activities and positioning on related markets) is an essential condition for free and undistorted rail competition. In order to sidestep the many access constraints which necessarily generate transaction costs, the new entrants must define detailed and contextual strategies for accessing national markets, by anticipating calls for tenders, by clarifying the link between public service contracts and the open access operations, by positioning themselves on the modes of management of rail services and, above all, by being a force of proposal to the transport organizing authorities to define high-quality and accessible rail services, in conformity with public service requirements.

Keywords: rail competition, management methods, contractualisation, access to the network, abuse of a dominant position, incumbent operator, new entrants.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La concurrence ne doit pas être une religion. J'y suis favorable, mais il s'agit d'un moyen et non d'une fin. L'introduction de la concurrence est un bienfait lorsqu'elle suscite l'apparition de produits nouveaux, fait baisser les prix, oblige l'opérateur historique à sortir de sa torpeur. Mais, mal conçue, elle peut tout aussi bien avoir des effets néfastes ».

(Jean TIROLE, Lauréat de Prix Nobel (2014), Sciences Humaines, 2008).

1. **De l'internationalisation à la nationalisation des chemins de fer.** Dès leur origine, les chemins de fer furent une activité exploitée à l'international. Des sociétés anglaises assuraient, *« avec leurs locomotives et leurs conducteurs, la traction sur les premières lignes françaises, des concessionnaires français s'étant également vu confier des lignes en Autriche, en Belgique ou des lignes internationales vers la Savoie »*¹. Toutefois, compte tenu du poids économique de cette industrie, l'exploitation des services ferroviaires s'est rapidement inscrite dans un cadre essentiellement national, favorable à la formation de grands monopoles

¹ HAENEL (H.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne*, n°220, Sénat, Session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 12 février 2009, p.49.

nationaux. De fait, la majorité des entreprises - reconnues actuellement comme les opérateurs historiques du secteur - construisaient, géraient et utilisaient les réseaux dans le cadre d'un modèle d'organisation structurelle verticalement intégrée, en monopole ou quasi-monopole sur le territoire national. Le plus souvent ces entreprises étaient publiques et l'État avait la « *mission de surveiller tant politiquement qu'administrativement le développement et le fonctionnement des réseaux* »² organisés sous forme de monopoles naturels publics³. Cette organisation des chemins de fer, presque centenaire, est progressivement remise en cause sous l'influence du droit de l'Union et du processus d'ouverture concurrentielle. Sans qu'il s'agisse de gommer les spécificités de l'activité ferroviaire, l'admission de nouveaux opérateurs se vérifie dans plusieurs États en Europe. Elle entraîne avec elle une nouvelle façon d'envisager les services ferroviaires pour les usagers et la nécessité de faire évoluer l'organisation d'un secteur – suivant des logiques qui rejoignent d'autres activités en réseau.

2. Alors que « *le degré et le rythme (de l'ouverture à la concurrence des industries en réseaux), divergent significativement d'un secteur ou d'un pays à l'autre* »⁴, la libéralisation de ces secteurs repose le plus souvent sur deux fondements principaux : la fin des monopoles historiques par la suppression des droits exclusifs ou spéciaux dont bénéficiaient les entreprises historiques et l'harmonisation, par le droit de l'Union, des législations internes pour définir des conditions similaires d'accès⁵. Les défis de l'ouverture concurrentielle des industries de réseaux sont colossaux tant en amont, pour anticiper l'instauration d'une dynamique concurrentielle, qu'en aval, pour préserver l'effectivité de cette ouverture. La législation européenne relative aux industries en réseaux couvre des thématiques communes telles que la séparation des activités par la reconnaissance et la création d'un gestionnaire d'infrastructure (ou de réseau

² MIRABEL (F.), PERCEBOIS (J.), POUDOU (J.-C.), « Le financement des missions de service public dans un marché électrique déréglementé : le cas du développement de « l'électricité verte », *Researchgate*, p.25.

³ GERADIN (D.), "Twenty years of liberalization of network industries in the European Union: Where to go now", *SSRN Electronic Journal, November 2006*, aussi GERADIN (D.), "The liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond", Springer Netherlands, 2000, p.369.

⁴ VARONE (F.), GENOUD (C.), « Libéralisation des services de réseau et responsabilité publique : le cas de l'électricité », in *Politiques et management public*, vol.19, n°3, 2001, p.191-212 ; aussi RODRIGUES (S.), « Services publics et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l'évaluation ? », *Europe* N°2, février 2002, chron.2.

⁵ ACHILLEAS (P.), « Fasc. 4650 : Droit communautaire des communications électroniques », *JurisClasseur Communication*, LexisNexis, 4 juillet 2011 ; aussi ACHILLEAS (P.), « Fasc. 1225 Droit des communications électroniques de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 4 juillet 2011.

dans le domaine de l'électricité)⁶, indépendant du monopole⁷, la séparation comptable⁸, le régime d'accès et d'autorisation d'utilisation des infrastructures et leur interconnexion⁹, la conciliation de la concurrence avec des objectifs de préservation du service public¹⁰, la sanction des subventions croisées¹¹ et, surtout, l'institution d'autorités de régulation sectorielles¹². Le mouvement de dissociation des activités est allé de pair avec la reconnaissance des fonctions de l'infrastructure essentielle, qui sont centrales dans l'ensemble des industries de réseaux¹³. La constitution d'un corps de règles propres aux activités de réseau s'appuie également sur la reconnaissance de garanties d'accès pour les nouveaux entrants, suivant les principes établis d'impartialité, d'indépendance et de transparence. Elle implique également l'institution d'un encadrement des pratiques tarifaires d'accès aux réseaux¹⁴. Enfin, tout cet ensemble de règles

⁶ BODA (J.-S.), « Fasc. 710 : Concessions de distribution publique d'électricité », *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 février 2017.

⁷ Pour rappel, dans le secteur des télécommunications, le passage du monopole à la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe a supposé le découpage de la boucle locale. La boucle locale est le nom donné à la partie d'un réseau de télécommunications situé entre la prise téléphonique de l'abonné final et le central local. Le réseau local existant en France est la propriété de France Telecom. Ce dernier a l'obligation de fournir à ses concurrents l'accès à sa boucle locale.

⁸ Par exemple, dans le domaine des télécommunications, voir le considérant 11 de la Dir. 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *JOCE*, n° L 199/32 du 26 juillet 1997 ; aussi chapitre IV de la Dir. 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE*, n° L 176/57 du 15 juillet 2003.

⁹ Par exemple, à l'image de la Dir. européenne fixant le régime d'attribution des licences ferroviaires, dans le domaine des télécommunications la Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communication électroniques, *JOCE*, n° L 108/21 du 24 avril 2002, poursuit une finalité analogue.

¹⁰ Par exemple, à l'image du Règl. ferroviaire dit « OSP » (mettre les références de ce règlement), dans le secteur des télécommunications, la dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux de communications électroniques, *JOCE*, n° L 108/51 du 24 avril 2002, constitue le corolaire de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications compte tenu de la portée des obligations de service universel assignées aux opérateurs.

¹¹ Article 4 paragraphes 1 et 2 du Règl. ferroviaire « OSP » précité.

¹² Pour rappel, en France, dans le secteur des télécommunications, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) est une autorité administrative indépendante (AAI) en France en charge de la régulation de ce secteur ; dans le secteur de l'énergie, c'est la Commission de régulation de l'énergie (CRE) qui « veille au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz en France ».

¹³ Dans le secteur des télécommunications, voir, par exemple, le Règl. (CE) n°2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, *JOUE* n° L 336 du 30 décembre 2000. Ce règlement oblige les aux opérateurs détenteurs de la boucle locale de cuivre de proposer une offre de référence, et de faire droit à toute demande raisonnable d'accès, sous la surveillance de chaque régulateur national ; pour la qualification de certaines installations en tant que facilités essentielles voir par exemple l'Avis du Conseil de la concurrence 04-A-01 du 8 janvier 2004 et 05-A-03 du 31 janvier 2005, décision ARCEP n°05-0571 du 27 septembre 2005, Avis du Conseil de la concurrence n°04-A-17 du 14 octobre 2004 et 07-A-05 du 19 juin 2007, décision ARCEP n°07-0810 ; voir enfin l'Article ARCEP, « La notion d'infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle », dans la Lettre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Janvier/Février 2008.

¹⁴ Par exemple, dans le secteur ferroviaire, le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire, *JORF*, n°57 du 8 mars 2003 modifié par le Décret n°2015-1040 du 20 août 2015 relatif à l'accès au réseau ferroviaire, *JORF*, n°0193 du 22 août 2015 ; dans le secteur des télécommunications, par exemple, le Décret

relevant du périmètre de la régulation économique est indissociable des règles contenues dans le droit commun de la concurrence. Sur le fondement de l'article 106 du TFUE¹⁵, l'applicabilité des règles de concurrence aux entreprises publiques est le fondement des politiques de libéralisation des industries en réseaux. Sont, dès lors, sanctionnés les abus de position dominante, les pratiques anticoncurrentielles et le non-respect des règles relatives aux aides d'État¹⁶. Ces principales caractéristiques, rappelées à grands traits, ont sûrement favorisé, ainsi que le souligne Christophe Genoud, un phénomène de libéralisation des industries en réseau et de régulation qu'illustre une dialectique de « *la diversité dans la convergence* »¹⁷.

3. **Les chemins de fer, « un monopole naturel ».** Les économistes du XIX^{ème} siècle ont retenu le terme de « *monopole naturel* » pour définir la situation de chemins de fer de l'époque justifiant le financement des ouvrages publics par l'État¹⁸. Ainsi, Léon Walras considérait que non seulement la gestion du réseau ferroviaire constituait un monopole naturel, mais il rejetait aussi la possibilité de l'exploitation de services de transport ferroviaires par plusieurs compagnies¹⁹. Comme Walras, Jules Dupuit appréciait l'impact substantiel du transport ferroviaire sur l'augmentation de la richesse de la nation et employait le terme de « monopole de fait »²⁰ pour conclure à sa gestion nécessairement par l'État. De manière analogue, Charles

n°2000 -881 du 12 septembre 2000 modifiant le code des postes et télécommunications et relatif à l'accès à la boucle locale, *JORF*, n°212 du 13 septembre 2000.

¹⁵ Art. 106 TFUE (ex-article 86 TCE) : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. 3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres. »

¹⁶ Pour une application récente, voir BOSCO (D.), « Ferroviaire et droit des aides d'État : la Cour de Justice applique la notion d'aide d'État aux mesures de soutien de l'État italien envers une entreprise en difficulté », *Contrats Concurrence Consommation*, n°2, février 2020, comm.27.

¹⁷ GENOUD (C.), « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2004, vol.11, p.187-204.

¹⁸ ROSSI (P.), *Cours d'Économie Politique*, 1837-1838, 2006b, Tome 3, 24-28, 4^è édition Revue et augmentée de leçons inédites recueillies par M. A. Porée. Paris : Librairie de Guillaumin et C^{ie}, 1865, Ed. Elibron Classics Replica Edition, Adamant Media Corporation.

¹⁹ WALRAS (L.), *L'État et les chemins de fer*, 1875. Extrait : « « (...) Dans les chemins de fer, au contraire, la voie constitue un monopole naturel et la traction en constitue un autre essentiellement lié au premier par la raison que, comme nous l'avons dit, un nombre indéfini de compagnies d'exploitation ne peuvent faire circuler sur les rails leurs convois de voyageurs et de marchandises. Ici, le loyer de la voie et le loyer des véhicules et des moteurs, le péage et le fret, tout se paie à un monopoleur. C'est donc, par tous ces motifs, une véritable aberration que d'invoquer la liberté de l'industrie en matière de chemins de fer; et il est d'autant plus urgent d'y chercher le bon marché par l'application des règles propres au monopole qu'ils constituent, comme on va le voir par l'étude de la question des tarifs, le monopole le plus puissant et le plus redoutable (...) ».

²⁰ DUPUIT utilise l'expression « monopole de fait » ou « monopole naturel ». Selon Dupuit, les monopoles artificiels sont des monopoles créés par la loi dont les irrégularités peuvent simplement être corrigées par la

Bérigny, député de la Seine-Inférieure, polytechnicien et ingénieur des Ponts et Chaussées rappelait que « *L'importance des chemins de fer est incontestable (...) car les distances considérables disparaîtraient (...), les voyages se multiplieraient, les connaissances s'étendraient, les préjugés s'effaceraient, (...) et bientôt il n'y aurait réellement qu'une patrie* »²¹. En Angleterre, John Stuart Mill fut le premier auteur à envisager le concept de « monopole naturel » dans son sens moderne en se rapportant au domaine de la distribution de l'eau et du gaz à Londres. En 1982 William Sharkey définit le monopole naturel comme la situation sur le marché où le coût minimal du bien est obtenu lorsque la totalité de la production est assurée par une seule firme²². Enfin, des auteurs comme Numa²³ ou Mosca²⁴, ont expliqué que l'industrie ferroviaire est un monopole naturel du fait de ses coûts fixes élevés et des rendements d'échelle croissants. En ce sens, au monopole naturel qui a caractérisé ces industries de réseaux, un monopole légal s'est superposé dont le champ d'application incluait à la fois la gestion du réseau et la prestation des services.

suppression même de ces industries en monopole artificiel. Or, les monopoles naturels découlent non pas de la loi et du fait de l'homme, mais de la nature de choses ; Sur les biens collectifs voir, par exemple, Ugo Mazolla est un économiste d'origine italienne né à Naples en 1863 et décédé à Courmayeur en 1899. Professeur à l'université de Camerino et ensuite de l'université de Catania, il est l'auteur des ouvrages *Il fondamento scientifico dell'economia statale* (1888) et *I dati statistici della finanza pubblica* (1890).

²¹ Propos repris par PICARD (A.), *Les chemins de fer français*, Paris, J. Rothschild, t. 1, 1884, p. 18, par BEZANÇON (X.), « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée », in VIDELIN (J.-Ch.), (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 5, et par DESTAILLEUR (T.), « Un pas de plus vers la fragilisation des contrats de service public en matière ferroviaire », *J.C.P.A.*, n°30-34, 27 juillet 2020, 2225.

²² SHARKEY (W. W.), *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge University Press, 1982 ; aussi en référence à cette même définition, voir par exemple, LEVEQUE (F.), *La réglementation du monopole naturel*, *Économie de la réglementation*, 2009, p. 51 à 63.

²³ NUMA (G.), "Dupuit and Walras on the Natural Monopoly in Transport Industries: What they really wrote and meant", May 1, 2010, *History of Political Economy*, Vol. 44, No. 1, Spring 2012

²⁴ MOSCA (M.), "On the origins of the concept of natural monopoly : Economies of scale and competition", *Euro J. History of Economics Thought* 15:2 317-353 June 2008 p.318; aussi MOSCA (M.), "On the origins of the vertical unbundling: The case of the French transportation industry in the nineteenth century", *Journal of the History of Economic Thought*, 2013, Vol. 20, Issue 3, p.426-438. Analysant les écrits de Dupuit et de Walras, Mosca montre que si tous les deux ont considéré que l'infrastructure et les services pouvaient être dégroupés pour les voies navigables intérieures, l'industrie ferroviaire devait demeurer sous monopole.

4. **La libéralisation progressive des industries de réseaux.** Sanctionnant le fonctionnement (le plus souvent) déficitaire des monopoles et sur le fond de l'émergence de la théorie des marchés contestables²⁵, la doctrine économique a reconsidéré la définition du monopole naturel²⁶. En effet, si le réseau ferroviaire ne peut pas être dupliqué et constitue un monopole naturel, l'exploitation des transports ferroviaires est en revanche un marché contestable, donc potentiellement ouverte à la concurrence²⁷. Le caractère de « réseau » de l'industrie ferroviaire est aujourd'hui consacré ; le réseau étant « *techniquement défini comme « un ensemble de canaux de communication entre différents matériels et représenté par un graphe orienté »*²⁸. Récemment encore, dans une affaire *Statens Järnvägarde* [chemins de fer suédois], la Cour de Justice de l'Union européenne a souligné qu'« *en ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.* »²⁹. Cet arrêt a le mérite de préciser que si l'exploitation de réseaux fait référence à l'exercice du droit d'utilisation du réseau ferroviaire pour la fourniture des services de transport, l'activité de « *mise à disposition de réseaux* » renvoie à la gestion du réseau. Le mouvement de dissociation des activités et le dégroupage des fonctions n'est pas propre au ferroviaire. Il caractérise, depuis près de vingt ans, la totalité des activités en réseaux. Le tableau ci-dessous en fournit une illustration.

²⁵ BAUMOL (W.J.), « Contestable markets : An uprising in the Theory of Industry Structure », *The American Economic Review*, Vol. 72, n°1, March 1982, pp.1-15 ; aussi SIROEN (J.-M.), « Marchés contestables, différenciation des produits et discrimination des prix », *Revue Économique*, vol.44, n°3, mai 1993, p.569-591.

²⁶ CAMPOS (J.), CANTOS (P.), « Rail Transport Regulation », *Policy Research Working Paper*, n°2064, Washington DC, World Bank, 1999, p.67.

²⁷ Pour une opinion contraire, voir, par exemple, SAPIR (J.), « Les monopoles naturels. Problèmes de définition et de control », publié sous le titre "Estestvennye monopolii : problemy opredelenija i kontrolja" (les monopoles naturels : problèmes de définition et de contrôle) in *Problemy Prognozirovanija*, n° 6/2004, pp. 42-55.

²⁸ RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports, Technique et Documentation*, 2000, p.694 ; voir aussi SEE (A.), « Le réseau, modèle de régulation ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures* n°10, octobre 2016, dossier 25.

²⁹ CJUE, 28 février 2019, *Konkurrensverket c/ SJ AB*, aff. C-388/17, *ECLI:EU:C:2019:161* ; pour un commentaire de l'arrêt voir CAZET (S.), « Transports ferroviaires », *Europe*, n°4, avril 2019, comm.155.

Tableau 1. Structuration d'activités compétitives/non compétitives dans les industries en réseaux

TYOLOGIE D'ACTIVITÉS/D'OPÉRATIONS OUVERTES A LA CONCURRENCE DANS LES INDUSTRIES EN RESEAUX		
Sector	Activities which may be Non-competitive	Activities which are potentially competitive
Railways	Track and signalling infrastructure	Operation of trains Maintenance facilities
Electricity	High-voltage transmission of electricity Local electricity distribution	Electricity generation Electricity "retailing" or "marketing" activities Trading of electricity or network capacity Metering services
Postal Services	Consumer-to-consumer delivery of mail mail in residential areas (except express services)	Transportation of mail Delivery of urgent mail or packages Delivery of business-to-consumer and business-to-business bulk mail, especially in high-density areas
Telecommunications	The provision of a ubiquitous network Local residential telephony in rural areas	Long-distance services Mobile services Value-added services Local loop services to high volume business customers, especially in high-density areas Local loop services in areas served by broadband (e.g., cable TV) networks and Voice Over Internet Protocol (VOIP)
Gas	High-pressure transmission of gas Local gas distribution	Gas production Gas storage (in absence of network constraints that limit relevant market) Gas "retailing" and "marketing" activities Metering services Trading of gas or network capacity
Air services	Airport services such as take-off and landing slots	Aircraft operations Maintenance facilities Catering services

Source: OCDE, Report on experience with structural separation, 2005

5. **Ouverture à la concurrence et privatisation, deux notions différentes.** Alors que la privatisation suppose un transfert de propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé³⁰, l'ouverture à la concurrence d'un secteur implique la suppression des obstacles à la concurrence et l'aménagement de l'entrée des opérateurs alternatifs sur un marché initialement

³⁰ Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; pour la définition de la « privatisation », voir par exemple, THIRION (N.), « *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques* », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p.337-339.

monopolistique³¹. Grâce à un principe de neutralité de la propriété publique³², le droit de l'Union européenne n'impose pas la privatisation³³. A ce titre, si de pays comme l'Allemagne, la Roumanie, et plus récemment la France ont opté pour l'ouverture à la concurrence de leurs réseaux ferroviaires nationaux, en conservant le monopole sur l'infrastructure ferroviaire, le Royaume-Uni a, en revanche, privatisé son secteur ferroviaire. En effet, Au Royaume-Uni la privatisation du réseau ferroviaire britannique est intervenue en 1993 par le Railways Act de 1993 avec pour conséquence le démantèlement du monopole public British Rail. Ainsi fut né Railtrack, le gestionnaire d'infrastructure, repris en 2002 par la société privée Network Rail sous le contrôle de l'État³⁴. La privatisation au Royaume-Uni a été intégrale dans la mesure où elle a porté aussi sur la gestion du réseau. Actuellement l'accès des entreprises ferroviaires privées au marché se fait par le biais de concessions qui peuvent exploiter le réseau, sur une base régionale, pour une durée variable de 5 à 15 ans. Des groupes tel qu'Arriva, GB Railways Group, National Express Group ou encore Virgins Trains se partagent le marché ferroviaire de passagers qui compte globalement un milliard de voyageurs annuels³⁵. S'agissant des mécanismes contractuels, l'économiste Chris Nash considère l'expérience du franchisage comme étant généralement positive, même si des éléments clés comme la répartition des risques, la renégociation des conditions des contrats, la durée des franchises devaient être reconsidérés³⁶. L'organisation de la concurrence du système ferroviaire britannique repose en outre sur l'application des mécanismes d'incitation financière qui permettent de sanctionner l'entité responsable des éventuels dysfonctionnements. Les consommateurs britanniques interrogés sur les bénéfices de l'ouverture à la concurrence ferroviaire dans leurs pays ont montré en 2013 leur satisfaction liée au fonctionnement de ce système³⁷. De plus, des autorités chargées de veiller au bon déroulement du système ont été mises en place (le bureau de

³¹ KTORZA (R.), « *Les dernières évolutions de la libéralisation ferroviaire en Europe : un ensemble de textes inadaptés aux mutations du secteur* », *EEI*, n°1, janvier 2018.

³² Article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; aussi ESPLUGAS-LABATUT (P.), « Fasc. 149 Notion de service public- Droit interne et droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Administratif*, 17 juillet 2019.

³³ BRAMERET (S.), « Fasc.80 : Privatisations d'entreprises », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 1^{er} juillet 2020 ; aussi DELAUNAY (B.), « Les limites de la neutralité de l'article 295 traité CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », *RJEP*, 2009, étude 11.

³⁴ L'infrastructure a été vendue à une nouvelle société privée Railtrack qui a fait faillite et a été reprise en novembre 2002 par Network Rail, une société privée à statut particulier puisque « sans but lucratif. Quant au matériel roulant, celui-ci été vendu à des sociétés créées par d'anciens cadres de British Rail les ont rapidement revendues à des sociétés financières.

³⁵ Il y a néanmoins des lignes qui ne font pas partie du système des concessions, notamment la liaison internationale Royaume-Uni et France ou encore Royaume-Uni-Belgique, assurée par l'Eurostar.

³⁶ NASH (C.), « European rail reform and passenger services – the next steps », *Research in Transportation economics*, 2010, Vol. 29 (1), p. 204-211.

³⁷ Eurobarometer survey on passengers satisfaction with rail services, European Commission, décembre 2013.

régulation du rail - Office of Rail Regulation - ainsi que l'Autorité stratégique du Rail. Ces deux organismes encadrent le fonctionnement du système ferroviaire concurrentiel en contrôlant le respect par les concessionnaires des leurs cahiers de charges ainsi que l'harmonisation du système.

6. **Une concurrence ferroviaire encadrée, maîtrisée et progressive.** Le droit européen de la concurrence « *puise fondamentalement ses sources dans l'ordolibéralisme³⁸ et l'économie sociale de marché* »³⁹. Le secteur ferroviaire reflète pleinement l'intervention économique de l'État pour garantir les conditions de concurrence équitable et non faussée. Ce constat est valable tant dans les pays continentaux ayant ouvert les réseaux à la concurrence, mais aussi au Royaume-Uni des lors que l'État à « *tradition libérale très marquée (n'a pas pu) se de désengager complètement de la gestion du secteur ferroviaire* »⁴⁰. De ce fait, « *le système ferroviaire britannique s'inscrit pleinement dans le modèle de la construction ordo-libérale européenne* »⁴¹. La concurrence ferroviaire ne peut pas suivre la loi de jungle ou la loi du plus fort. Les régulateurs sectoriels dotés de vastes pouvoirs accompagnent ainsi le passage des secteurs ferroviaires monopolistiques à l'ouverture à la concurrence. D'un point de vue de nouveaux entrants, leur rôle est indispensable pour leur garantir un accès équitable et non discriminatoires aux réseaux nationaux.

Dans la mesure où le transport ferroviaire de voyageurs représente un marché de réseau caractérisé par de nombreuses spécificités (**Section 1**), il est nécessaire pour les opérateurs alternatifs nouveaux entrants de s'appuyer sur une connaissance précise et intelligible des règles et des processus régissant l'accès aux réseaux nationaux (**Section 2**). Cette appropriation des règles permet d'établir une diversité de positionnement dans le processus d'ouverture concurrentielle (**Section 3**).

³⁸ Ordolibéralisme, courant de pensée libérale développé par l'École de Freiburg en Allemagne selon lequel pour être véritablement libre et fonctionnelle, la concurrence est un processus construit par le droit ; PRIETO (C.), « Fasc.1390 : Politique européenne de concurrence », *Jurisclasseur*, 1^{er} février 2014.

³⁹ PRIETO (C.), « Synthèse- Fondamentaux du droit européen de la concurrence », *JurisClasseur Europe Traité*, 30 juin 2020.

⁴⁰ BRAMERET (S.), « Privatisation et libéralisation des services publics en réseaux- L'exemple du secteur ferroviaire britannique », *EEI*, n° 10, octobre 2016, doss.28.

⁴¹ *Ibid.*

SECTION 1. LE TRANSPORT FERROVIAIRE, UN MARCHÉ EN RÉSEAU SPÉCIFIQUE

7. De nombreuses spécificités, organisationnelles et fonctionnelles, singularisent les marchés de transports ferroviaires de voyageurs. Le passage d'un système monopolistique à un système concurrentiel mais structurellement oligopolistique n'a pas conduit à une remise en cause généralisée des instruments et des dispositifs institutionnels de régulation. Bien au contraire, le marché ferroviaire se caractérise par la centralité d'un gestionnaire d'infrastructure, qui dispose de l'exclusivité de la gestion du réseau et de la lourde tâche de l'entretenir et du développement dans un fort contexte d'endettement et par la persistance d'attributions au profit de l'opérateur historique, souvent en charge de l'exécution des missions de service public. Le statut même du gestionnaire de l'infrastructure est une marque de singularité de l'activité ferroviaire. Ainsi, à la différence du marché de l'énergie dans lequel l'institution d'entités totalement nouvelles a été imposée pour l'ouverture à la concurrence du gaz et de l'électricité, une plus grande marge de manœuvre a été reconnue pour le ferroviaire. La directive 91/440/CEE qui a initié, timidement, le processus d'ouverture n'exigeait qu'une séparation comptable entre les entreprises ferroviaires et les activités de gestion⁴². Plus récemment, la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016 n'offre pas un progrès substantiel car elle ne réclame non plus la séparation institutionnelle, les États membres étant libres de choisir entre différents modèles d'organisation ferroviaire⁴³. Cette souplesse au profit des États membres, observable sur le terrain de la gouvernance ferroviaire et de la tarification de l'accès au réseau influe sur les stratégies d'entrée des opérateurs alternatifs aux marchés ferroviaires nationaux.

8. Outre ces spécificités institutionnelles, le paysage de l'activité ferroviaire se caractérise également par une multiplicité d'acteurs : entités en charge de la certification et de la sécurité – par exemple en France, l'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) –, importance des organisations syndicales pour le dialogue social et les conditions de travail, rôle incontournable des États (à travers le DfT au Royaume-Uni où du Ministère des transports, des infrastructures et des communications, en Roumanie) et des entités régionales (régions, Landers, Communautés autonomes en Espagne pour les trajets sur leur territoires) pour

⁴² DE LA ROSA (S.), RAPAPORT (C.), « *La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la mise en œuvre des directives ferroviaires* », *Europe*, n°7, juillet 2013, étude 7.

⁴³ Considérant 7 de la directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché de services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, publiée au Journal officiel de l'Union européenne, le 23 décembre 2016, n° L 352/1.

l'organisation et le financement des liaisons de proximité, partenaires industriels qui correspondent souvent à des gros opérateurs économiques (Siemens, Alstom, CAF en Espagne, Ansaldo Breda en Italie, Stadler en Suisse).

9. **Une pluralité des marchés.** La présentation, à titre introductif et général, du marché ferroviaire ne serait pas complète sans faire également référence à l'importance de la qualification de service public. Alors que des industries en réseau renvoient à la notion de service universel, telle que par exemple la directive 2002/39/CE relative à l'ouverture à la concurrence des services postaux⁴⁴, les règles européennes de transports emploient et pérennisent la notion originarie de service public, historique consacrée à l'article 77 du traité CEE (désormais 93 TFUE). Cette référence est centrale pour l'activité ferroviaire. En effet, les transports ferroviaires de voyageurs renvoient, d'un côté, aux services de transports dépositaires de missions d'intérêt général, comme les transports régionaux (TER) en France et les trains d'équilibre du territoire (TET) et, d'un autre côté, aux services commerciaux non couverts par des obligations de service public. Pour les opérateurs nouveaux entrants, les enjeux sont distincts, selon qu'ils exploitent des services publics de transport ferroviaire de voyageurs ou des services en *open access*. Pour les premiers, ils seront confrontés au défi de répondre aux obligations de service public préalablement fixées par les autorités organisatrices de transport et aux objectifs de cahiers des charges, à la problématique du financement de celles-ci, au respect des règles communes d'attribution de contrats de service public (attribution directe ou mise en concurrence)⁴⁵ et aux enjeux tenant à l'exécution des contrats. S'agissant des services commerciaux, les nouveaux entrants font surtout face au coûts importants d'accès sur le marché, à la tarification du réseau, au positionnement par rapport à l'opérateur historique et à la détermination de l'ampleur du risque commercial.

10. A travers cette distinction, qui s'apparente d'une certaine manière à une *summa divisio* de l'activité ferroviaire, l'activité de transport de voyageurs comporte une dimension duale, qui tempère substantiellement la notion générale, englobante mais floue de « marché de transport

⁴⁴ Dir. 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, *JOCE*, L176, p.21-25.

⁴⁵ KARPENSCHIF (M.), « Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ? », *JCPA*, n°8, 18 février 2008, 2038.

ferroviaire de voyageurs »⁴⁶. S'il existe une activité ferroviaire, en générale, il est excessif de considérer qu'il existe un seul marché ferroviaire. Il est plus juste d'envisager l'existence *des* marchés, hétérogènes selon l'échelon considéré (national, régional, transeuropéen) et selon la nature des sujétions qui pèsent sur l'opérateur. Cette réalité commande des logiques et des règles différentes selon le type de marché⁴⁷. Enfin, les particularités géographiques des réseaux influent nécessairement sur les dynamiques des marchés ferroviaires. Elles concourent à la pluralité de ceux-ci, selon la diversité des caractéristiques physiques des réseaux ferrés. Si, en France, le trafic ferroviaire est plutôt radial, centré sur Paris, en Allemagne, la structure du réseau a « *un caractère beaucoup plus maillé qui reflète la trame des grandes agglomérations* »⁴⁸. A l'instar de la France, le réseau roumain a une disposition concentrique étant traversé par des liaisons radiales qui partent de Bucarest⁴⁹. Enfin, au Royaume-Uni, le réseau fait figure de rhizome : des zones maillées autour des grands centres urbains (Londres, Glasgow, Manchester) sont reliées par des lignes radiales.

11. Le choix d'orienter cette étude vers ces États repose sur des raisons pratiques et techniques, liées aux caractéristiques globales des systèmes de transport ferroviaire. Il s'agit, en effet, de systèmes significativement différents les uns des autres, qui permettent une meilleure compréhension comparée de la transposition des normes européennes. En effet, nous souhaitons comparer des systèmes juridiques suffisamment différenciés, des industries ferroviaires à la fois représentatives des performances ferroviaires au niveau européen, mais aussi en voie de développement et avec de degré de compétitivité distincts, des environnements juridiques caractérisés par une variabilité de degrés d'ouverture à la concurrence. A ceci s'ajoute, la volonté de comparer des États avec des cultures ferroviaires différentes, avec des rapports de sensibilité et d'acceptation distincts à la notion de service public que représente

⁴⁶ Dir. (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne *l'ouverture du marché de services nationaux* de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, *JOUE*, n° L 352/1 du 23 décembre 2016.

⁴⁷ Lorsqu'il s'agit de concéder des services ferroviaires exploités en *open access*, le régime général des concessions est applicable. Or, lorsque la concession de service porte sur les transports ferroviaires régionaux, contenant généralement des obligations de service public, cette concession de service public sera soumise outre le régime général des concessions aux règles du règlement n°1370/2007 dit « OSP » et aux Code général des collectivités territoriales.

⁴⁸ WALRAVE (M.), « France-Allemagne : parallèles ferroviaires », La Jaune et la Rouge, *Revue mensuelle de l'association des anciens élèves et diplômés de l'École Polytechnique*, magazine, n°531, 1998.

⁴⁹ Hotararea nr. 1003/2001 pentru aprobarea Strategiei de dezvoltare a sistemului feroviar din Romania in perioada 2001-2010, Text publicat in M.Of. al Romaniei, in vigoare de la 06 noiembrie 2001 ; Décision n°1003/2001 relative à l'approbation de la stratégie de développement du système ferroviaire roumain sur la période 2001-2010, texte publié au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 6 novembre 2001 (Traduction libre du roumain au français).

généralement le transport ferroviaire de voyageurs. Tous ces raisons justifient pourquoi nous avons cantonné notre étude à l'analyse de trois pays de la famille romano-germaniste et un issu du *common law*. Le lecteur gardera dans son esprit que le processus de l'ouverture à la concurrence ferroviaire dans chacun de ce pays sera probablement façonné sous l'influence caractéristique des systèmes juridiques auxquels il s'inscrit. Il ne serait pas exclu désormais que le cadre juridique applicable aux opérateurs ferroviaires dans l'environnement concurrentiel du Royaume-Uni, soit porteur du caractère « empirique et inductif » du droit britannique et son applicabilité dépendra de la possibilité laissé au « juge de donner la solution la plus raisonnable, en la tirant de l'expérience du passé, de ce magma de précédents, d'usage, voire d'opinions que l'on appelle Common law »⁵⁰. Toutefois, il faut noter que si la comparaison des processus d'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire dans ce pays ne sera par révélatrice d'une forte hétérogénéité des cadres légaux, cela est probablement dû à l'harmonisation croissante des législations ferroviaires.

12. La régulation forte qui singularise le marché ferroviaire est bénéfique pour les opérateurs nouveaux entrants dans la mesure où elle pose un cadre précis de l'ouverture à la concurrence et fixe les règles d'accès aux réseaux. Néanmoins, elle est révélatrice aussi de la multiplicité des normes applicables aux opérateurs créant ainsi un besoin de clarification et d'accompagnement de leur arrivée sur les marchés nationaux (Section 2).

⁵⁰ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Tome 1, Précis Thémis, 15^{ème} édition, PUF, spéc., p.87, note dans RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports*, Technique et Documentation, 2000, p.694, précité.

SECTION 2. LA NÉCESSITÉ DE CLARIFIER ET D'ACCOMPAGNER LES NOUVEAUX ENTRANTS

13. L'europanisation des transports ferroviaires n'a pas effacé la dimension nationale des transports ferroviaires. Ceux-ci demeurent régis par des dispositions de droit interne, qui ont progressivement été remodelées par la mise en œuvre du droit de l'Union. Aussi, la seule connaissance du cadre juridique européen de transports apparaît désormais insuffisante pour préparer la participation pragmatique et opérationnelle des opérateurs de transport aux appels d'offres ferroviaires. La compréhension des opérateurs de transport à la fois du cadre légal européen, mais aussi des cadres nationaux apparaît ainsi comme un enjeu juridique colossal dont dépendent la prévisibilité et la sécurité juridiques de leurs opérations. A ce titre, à l'instar d'une diversité des opérateurs d'ores et déjà présents sur des marchés nationaux ou souhaitant y accéder (§1), l'opérateur Transdev s'est intéressé aux conditions d'accès au marché ferroviaire français récemment ouvert à la concurrence (§2).

§1. La diversité des opérateurs alternatifs

14. **Des changements dans la structure du marché ferroviaire induits par l'ouverture à la concurrence du secteur.** La libéralisation d'une industrie suppose la systématisation de « *l'offre par plusieurs entreprises distinctes et rivales de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle* »⁵¹. Si les grands monopoles publics « *sont entrés dans un univers concurrentiel particulièrement turbulent* »⁵² modifiant leurs comportements et stratégies sur les marchés et ont fait le passage d'une logique « *d'administrativité* » et de gestion politique pour pénétrer un environnement soumis aux règles de droit privé, les industries de réseaux ont connu l'émergence des opérateurs alternatifs. Par exemple, en Italie, outre les Freccia Rosa (TGV) de Trenitalia, compagnie historique, l'opérateur NTV et sa filiale Italo complète le tissu des opérateurs ferroviaires alternatifs des services ferroviaires sur les lignes longue distance. En Suède, l'opérateur français Transdev a été le premier à proposer une offre commerciale sur le marché en open access en 2007 en utilisant un service de nuit entre

⁵¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} Ed., 2004.

⁵² CATEURA (O.), *Dynamique des stratégies concurrentielles dans un contexte de libéralisation. Le cas de l'industrie électrique en France*, Montpellier, Université Montpellier I, thèse dactyl., 2007.

Göteborg/Stockholm et Storlien⁵³. Transdev Sverige AB est titulaire d'un contrat conclu avec l'autorité suédoise Oresundstag AB depuis l'année 2011 et renouvelé l'année 2014 pour l'exploitation des correspondances principales entre Copenhague/Malmö-Göteborg, Kalmar et Karlskrona⁵⁴. Par ailleurs, l'opérateur chinois MTR et l'opérateur suédois Citytag ont obtenu des sillons sur la ligne Stockholm/ Göteborg commençant leurs opérations en automne et respectivement en juin 2014⁵⁵.

15. En France, sur le segment des transports internationaux de voyageurs, l'opérateur Thello, filiale de Trenitalia, propose des services aux voyageurs à destination d'Italie. Enfin, depuis l'annonce de l'ouverture à la concurrence des services domestiques en France, l'opérateur Thello avait indiqué son souhait de participer aux appels d'offres des TER et de se lancer sur le marché de la grande vitesse en France. Il exploite déjà la ligne Marseille-Milan⁵⁶. L'opérateur allemand Deutsche Bahn ainsi que sa filiale Arriva, Abellio, les opérateurs MTR, et FlixTrain seraient aussi intéressés par le marché français⁵⁷. L'opérateur FlixTrain a notifié au régulateur français son intention d'exploiter plusieurs lignes de grande vitesse notamment Paris/Bordeaux, Paris/Lyon, Paris/Nice, Paris/Toulouse⁵⁸, même si depuis la survenance de la crise sanitaire due au COVID 19, l'opérateur a annoncé le report sine die du lancement de ses premiers trains sur le réseau français. L'opérateur espagnol Renfe a notifié également son intention d'opérer la ligne Lyon/Marseille, notification jugée irrecevable⁵⁹. A ces possibles concurrents, s'ajoutent les opérateurs français RATP, Keolis, Transdev et le nouvel opérateur ferroviaire Régionéo (55% RATP Dev, 45% Getlink)⁶⁰, une société créée par RATP et Getlink pour répondre aux appels d'offres dans le transport régional de voyageurs⁶¹.

⁵³ VIGREN (A.), "Competition in Passenger Railway: Entry in an open-access market, Transport Economics", VTI, Swedish National Road and Transport Research Institut, CTS, Working Paper, 2016.

⁵⁴ Transdev, « Les cahiers d'expertises », 2018, Site Internet Transdev.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Site de l'ART (ex-ARAFER).

⁵⁷ LIOU (J.), « Concurrence ferroviaire : des entreprises déjà prêtes à défier la SNCF sur les TER », Article de presse dans *La Tribune*, 30 novembre 2019 ; aussi JALADIES (S.), « Le ferroviaire s'ouvre (enfin) à la concurrence », Article de presse dans *Voyages d'Affaires*, 7 janvier 2020.

⁵⁸ Site de l'ART (ex-ARAFER).

⁵⁹ Site de l'ART (ex-ARAFER).ref précise

⁶⁰ Site RATP Dev, Communiqué de presse de RATP Dev, 15 septembre 2020.

⁶¹ POINGT (M.-H.), « Naissance de Régionéo, nouvel opérateur ferroviaire », Article de presse dans *VRT*, 16 septembre 2020 ; aussi DETROYAT (O.), « RATP et Getlink s'allient pour rivaliser avec la SNCF sur les trains régionaux », Article de presse, dans *Le Figaro*, publié le 24 novembre 2019.

OPÉRATEURS DES TRANSPORTS FERROVIAIRE DE VOYAGEURS**SERVICES CONVENTIONNÉS**

ALLEMAGNE	UK	ROUMANIE⁶²
DB REGIO	CROSSCOUNTRY⁶³	CFR CALATORI SA
TRANSDEV	EAST ANGLIA⁶⁴	INTERREGIONAL CALATORI SRL⁶⁵
FERROVIE DELLO STATO	EAST MIDLANDS⁶⁶	SOFTRANS SRL⁶⁷
HAMBURGER HOCHBAHN	ESSEX THAMESIDE⁶⁸	TRANSFEROVIAR CALATORI SRL⁶⁹
HESSISCHE LANDESBahn	GREAT WESTERN⁷⁰	ASTRA TRANS CARPATIC SRL⁷¹
KEOLIS SA	INTERCITY EAST COAST⁷²	REGIO CALATORI⁷³
EFURTER BAHN	INTERCITY WEST COAST⁷⁴	
	LONDON AND THE SOUTH EAST NORTHERN⁷⁵	
	SOUTH EASTERN⁷⁶	
	SOUTH WESTERN⁷⁷	

⁶² Contrats conclus avec le Ministère des Transports et de l'Infrastructure et des Communications sur la période 1^{er} janvier 2020 – 31 décembre 2021. L'échéance antérieure de ces contrats a été comprise entre le 1^{er} janvier 2016 et le 2 décembre 2019 sauf pour Regio Calatori SRL (1^{er} novembre 2017- 2 décembre 2019) et Astra Trans Carpatic SRL (21 décembre 2017- 2 décembre 2019).

⁶³ Une franchise interurbaine qui fournit des services de passagers dans tout le pays allant d'Aberdeen à Penzance, de Bournemouth à Manchester et de Stansted à Cardiff.

⁶⁴ Une franchise de banlieue et régionale offrant des services de passagers entre Londres (Liverpool Street), Colchester, Ipswich, Norwich ainsi que des services locaux et régionaux dans l'est de l'Angleterre.

⁶⁵ Lignes exploitées : Bistrita - Bistrita Bargaului, Cluj Napoca - Bistrita Nord, Cluj Napoca - Campia Turzii, Cluj Napoca - Oradea, Oradea - Valea M - Satu M - Halmeu, Beclean Pe Somes - Ilva Mica, Cluj Napoca - Jibou - Baia Mare, Baia Mare - Satu Mare.

⁶⁶ Une franchise interurbaine et régionale qui offre des services de passagers entre Londres (St Pancras), les East Midlands et le Yorkshire (Leicester, Nottingham, Derby, Sheffield, Leeds) et tous les services du centre de l'Angleterre reliant Nottingham; Derby, Worksop, Lincoln, Cleethorpes, Skegness, Leicester et Cambridge.

⁶⁷ Lignes exploitées : Craiova-Bucuresti Nord- Brasov, Craiova-Bucuresti Nord – Constanta.

⁶⁸ Une franchise de banlieue fournissant des services à Londres depuis le sud-est de l'Essex le long de la Tamise.

⁶⁹ Galati – Barlad, Buzau – Nehoiasu, Slanic – Ploiesti Sud, Titan Sud – Oltenita, Ploiesti Sud – Maneciu, Ploiesti Sud – Targoviste, Targoviste – Pietrosita, Bucuresti Nord – Galati, Bucuresti Nord- Ploiesti Sud – Buzau, Cluj Napoca-Oradea.

⁷⁰ Une franchise de banlieue et interurbaine comprenant des services de train à grande vitesse entre Londres (Paddington), le sud du Pays de Galles, les Cotswolds, le West Country et les services ruraux.

⁷¹ Bucuresti Nord – Craiova – Timisoara – Arad, Bucuresti Nord – Brasov, Arad – Timisoara – Craiova – Bucuresti – Constanta (Ete).

⁷² Une franchise interurbaine offrant des services interurbains entre Londres (Kings Cross) et Aberdeen. Ses services font appel aux principales villes de Londres, Peterborough, Doncaster, York, Newcastle, Édimbourg et Aberdeen.

⁷³ Brasov-Bucuresti/Arad, Timisoara/Iasi.

⁷⁴ Une franchise interurbaine qui fournit des services de passagers entre Londres (Euston), les West Midlands, le nord-ouest de l'Angleterre, le nord du Pays de Galles et l'Écosse. Ses services font escale à Londres, Birmingham, Liverpool, Manchester, Édimbourg et Glasgow.

⁷⁵ Une franchise régionale composée d'une gamme de services interurbains, de banlieue et ruraux dans tout le nord de l'Angleterre.

⁷⁶ Une franchise de banlieue qui exploite des services de transport de passagers dans la banlieue sud-est de Londres, l'ensemble du Kent et une partie du Sussex, qui sont principalement des services de banlieue vers et depuis le centre de Londres.

⁷⁷ Une franchise de banlieue et régionale qui exploite un réseau intensif de services suburbains et interurbains entre Londres Waterloo, le sud-ouest de Londres et les villes du sud-ouest de l'Angleterre, y compris les services Island Line sur l'île de Wight.

OPÉRATEURS DES TRANSPORTS FERROVIAIRE DE VOYAGEURS

SERVICES CONVENTIONNÉS

**THAMESLINK, SOUTHERN AND
 GREAT NORTHERN⁷⁸
 TRANSPENNINE EXPRESS⁷⁹
 WALES AND BORDERS
 WEST COAST
 WEST MIDLANDS
 AUTRES⁸⁰**

SERVICES EN OPEN ACCESS		
ALLEMAGNE	UK	ROUMANIE
DB LONGUE DISTANCE	HULL TRAINS⁸¹	NC⁸²
FLIXTRAIN⁸³	GRAND CENTRAL⁸⁴	NC
RHEINJET⁸⁵	-	-

Tableau 2. Opérateurs de transport ferroviaire de voyageurs

Source : Tableau propre à l'auteur

⁷⁸ Thameslink fournit des services interurbains intensifs à travers Londres (y compris les principales gares de St Pancras International et London Bridge) et au nord et au sud de la ville (entre Bedford et Brighton) et à East Croydon, l'aéroport de Gatwick et Brighton. Great Northern relie London King's Cross et Moorgate à Hertford North, Peterborough, Cambridge et King's Lynn. Southern exploite principalement des services de banlieue entre Londres, Surrey et Sussex, plus Gatwick et Brighton, ainsi que des services de la côte sud entre Southampton, Brighton, Hastings et Ashford. Elle exploite également des services de métro dans le sud de Londres et le service Gatwick Express.

⁷⁹ Opérateur interurbain et régional fournissant des services dans le nord-est et le nord-ouest de l'Angleterre, y compris à Newcastle, Middlesbrough, Leeds, Manchester, Liverpool et l'aéroport de Manchester.

⁸⁰ Sur la base d'un passeport du questionnaire de pré-qualification (PQQ) qui a couvert les compétitions de franchises organisées entre septembre 2015 et septembre 2019, les détenteurs dudit passeport ont pu exprimer leur intérêt pour tout concours de franchise sans avoir à soumettre à chaque fois les mêmes informations techniques détaillées. Parmi les détenteurs du passeport figurent : Abellio Transport Group Limited, Amey Rail Limited, Arriva UK Trains Limited, East Japan Railway Company et Mitsui & Company Limited (Consortium), First Rail Holdings Limited, Go-Ahead Holding Limited, Govia Limited, Keolis (Royaume-Uni) Limited, Metroline Rail Limited, MTR Corporation (UK) Limited, National Express Trains Limited, Nuovo Trasporto Viaggiatori SpA (NTV), Renfe Viajeros Sociedad Mercantil Estatal SA, SNCF C3, Stagecoach Group Plc, Transdev Plc.

⁸¹ Hull Trains est un opérateur ferroviaire en libre accès appartenant à First Group exploitant des services longue distance entre Hull-Beverly et London King's Cross.

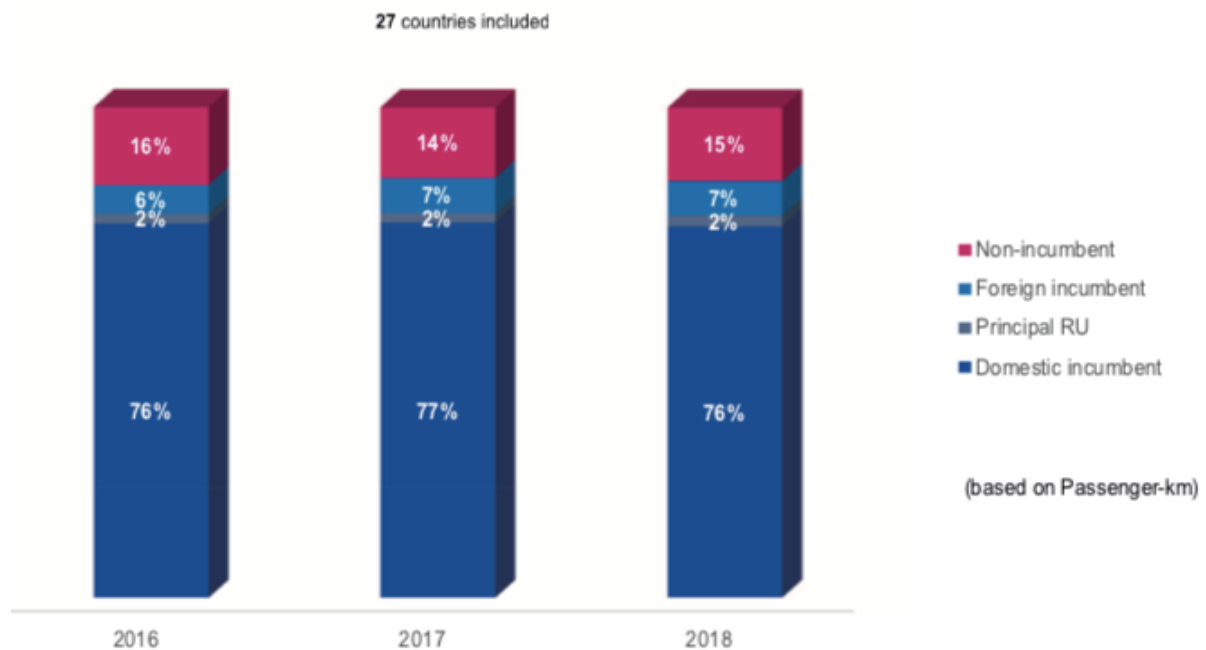
⁸² NC= Non Concerné.

⁸³ Opérateur ferroviaire présent sur la ligne Berlin-Cologne depuis mai 2019 (cf. Competition Report DB 2018/2019).

⁸⁴ Grand Central est un opérateur ferroviaire en libre accès appartenant à Arriva UK Trains. Les lignes ferroviaires principalement exploitées sont Sunderland-London King's Cross et Bradford Interchange-London King's Cross.

⁸⁵ Opérateur ferroviaire proposant des services sur les lignes Stuttgart-Francfort, Francfort-Munich et Munich-Stuttgart.

Fig. 1. Parts de marché des entreprises ferroviaires voyageurs (sur la base des passagers-km) de 2016 à 2018⁸⁶



Source: IRG- Rail Report March 2020

16. **Des dynamiques concurrentielles variables dans les marchés des transports ferroviaires internes de voyageurs.** La dynamique concurrentielle des entreprises de transport dans les États membres étudiés dans cette thèse est réelle et effective bien, mais dans des proportions très variables. Par exemple, en Allemagne, depuis l'année 2017, les compétiteurs de DB Regio ont augmenté leur part de marché par 0,6% comptabilisant en 2018 33,8% soit 52,8% dans le secteur du fret ferroviaire⁸⁷. Un véritable tissu d'opérateurs alternatifs au monopole s'est ainsi développé⁸⁸ malgré la prépondérance ou la consolidation de l'opérateur

⁸⁶ IRG-Rail, « Eighth Annual Market Monitoring Report », March 2020, p.29, Extrait : " La structure du marché des passagers ventilée par type d'entreprise ferroviaire est restée presque constante au cours des trois dernières années, les opérateurs historiques nationaux détenant toujours la plus grande part (graphique 15). De 2016 à 2018, les parts de marché des opérateurs historiques nationaux et des non-opérateurs ont légèrement diminué (respectivement de 0,5 point et 0,9 point de pourcentage) au profit des principales EF26 et des opérateurs historiques étrangers. La part de marché des opérateurs historiques étrangers a gagné 1,1 point de pourcentage à partir de 2016 pour atteindre 7% en 2018. En 2018, les opérateurs historiques nationaux détiennent toujours une part de marché beaucoup plus élevée sur le marché des passagers (76%) que sur le marché du fret (55%). », (Traduction libre de l'anglais en français).

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ WETTING (A.), « TER : l'expérience allemande et les enseignements pour la France. L'avenir des TER : quelle place pour la concurrence », Colloque organisé par le LAET le 20 janvier 2017. L'auteur note que s'il y a un tissu d'opérateurs qui s'est développé en Allemagne, environ 39 ;8% de l'offre ferroviaire est encore attribué directement à l'opérateur Deutsche Bahn.

historique vingt cinq ans après la réforme ferroviaire allemande. En Roumanie, le degré de concentration du marché est très élevé au profit de CFR Calatori, l'opérateur public qui détient environ 80% du marché⁸⁹, les parts de marché restantes étant détenues par des opérateurs alternatifs exploitant des services ferroviaires dans le cadre des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs. Ce fonctionnement concurrentiel s'apparente plutôt à un duopole asymétrique de type Stackelberg dans lequel le marché est dominé par un leader dont ses décisions conditionnent le comportement des autres firmes.

17. Si la place de l'opérateur ferroviaire historique est fortement présente dans ces pays, cela ne préjudice en rien le succès de la concurrence ferroviaire. En effet, compte tenu des spécificités de l'industrie ferroviaire, il n'est pas étonnant que l'opérateur historique reste le leader sur le marché⁹⁰.

18. S'agissant de l'exploitation en *open access*, en Allemagne, la part de marché occupée par les opérateurs des services de longue distance *open access* était d'environ 1%⁹¹, alors qu'en Grande-Bretagne moins 1% des km trains est réalisé par des opérateurs en *open access*⁹². A notre connaissance, il n'existe pas d'opérateurs ferroviaires en Roumanie exploitant des services de transport ferroviaires en *open access*. Constatant un indice Herfindahl- Hirschman (HHI)⁹³ inférieur à 1500, le 8^{ème} Rapport annuel de l'IRG -Rail de l'année 2020, conclut à un monopole de facto des opérateurs historiques dans le marché *open access*⁹⁴. Alors que l'absence d'opérateurs d'*open access* en Allemagne et en Roumanie pourrait s'expliquer par des barrières importantes d'accès au marché et des conditions administratives lourdes à respecter, en Grande-Bretagne, la justification tient à la décision du Strategic Rail Authority de l'année 2001 à éviter les franchises parallèles et/ou celles qui se chevauchent (*overlapping franchises*)⁹⁵.

⁸⁹ CNDSDF, « Studiu de piata in Transportul de Calatori pe Cale Ferata », (Rapport en roumain), 2017, p.122.

⁹⁰ Même présence prépondérante des opérateurs historiques nationaux sur les marchés de fret ferroviaire.

⁹¹ BERGER (R.), "20 years of German Rail Reform and Deutsche Bahn AG", Diaporama, Berlin, January 2014, pp.51 précité.

⁹² ORR, "The potential for increased on-rail competition – a consultation document", October 2011, p.57, précité; aussi Competition & Markets Authority (CMA), "Competition in passenger rail services in Great Britain. A policy document », 8 March 2016, p.235, précité.

⁹³ L'indice de Herfindahl-Hirschman (HHI) est un indice mesurant la concentration du marché.

⁹⁴ IRG-Rail, "Eighth Annual Market Monitoring Report", March 2020, p.29, précité.

⁹⁵ Competition & Markets Authority (CMA), "Competition in passenger rail services in Great Britain. A policy document », 8 March 2016, p.235, précité.

§2. Le cas de Transdev

19. La présente étude concerne la présentation et l'analyse des cadres juridiques européen et nationaux d'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de voyageurs afin qu'un opérateur de transport comme Transdev puisse préparer sa stratégie d'accès aux nouveaux marchés libéralisés. Ainsi, cette recherche met en avant l'importance de la maîtrise juridique par les opérateurs de transport des cadres légaux dans la mesure où ces derniers risquent d'impacter leur stratégie, la dynamique concurrentielle, voire leur performance sur les marchés.

L'intérêt de cette étude réside principalement dans la *perspective* concrète d'un opérateur alternatif sur l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires nationaux de voyageurs (A) et son approche empirique (B). La thèse n'étudie pas l'opportunité économique de la concurrence ferroviaire⁹⁶ ; elle se propose de déterminer les processus d'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs à travers une analyse poly dimensionnelle et comparative au carrefour du droit européen, du droit de la concurrence et du droit de la commande publique.

A. Un sujet de recherche en lien avec la préparation du Groupe Transdev à la mise en œuvre du processus concurrentiel des transports ferroviaires en France

20. Filiale de la Caisse des Dépôts et du groupe allemand Rethmann a qui Véolia, recentré sur l'eau et la propreté a cédé 34% de Transdev en 2019, TRANSDEV est en charge de la maîtrise de toute la chaîne de mobilité, du pré-projet à la gestion quotidienne du service de transport, en passant par l'assistance à la maîtrise d'ouvrage, la préparation à la mise en exploitation du réseau et le développement du système d'information voyageurs. Concurrent potentiel de la SNCF sur le réseau ferroviaire national, Transdev est un référent de mobilité

⁹⁶ Par exemple, CROZET (Y.), « Transport ferroviaire. Comment mettre la France à l'abri d'une régression », *VRT* 2018, pp.42-45 ; NASH (C.), SMITH (A.), « The future of rail. Regulation & competition for an innovative industry », *CERRE*, February 2019, p.11 ; DESMARIS (C.), *Le transport ferroviaire régional de voyageurs en France : à la lumière de la théorie néo-institutionnaliste et des comptes de surplus*, Lyon, Université Lumière Lyon 2, thèse dactyl., 2010.

d'autres modes de transport comme le tramway et le tram-train⁹⁷, le bus⁹⁸, l'autocar⁹⁹, le métro¹⁰⁰.

21. Transdev est actif sur le marché ferroviaire européen en tant qu'exploitant de services ferroviaires. Il est présent en France depuis plus d'un siècle à travers sa filiale CFTA et par l'intermédiaire de Thello¹⁰¹. Transdev est présent sur le réseau ferroviaire allemand depuis l'année 1997 (3100 km), en Suède depuis l'année 2003 (1400 km) et aux Pays-Bas depuis l'année 2006 (200 km). Le volume de l'offre kilométrique de Transdev correspond à 67 millions de trains-km par an, soit 40% de l'offre de TER en France ou l'équivalent des cinq régions historiques (Aquitaine, Bourgogne, Pays de la Loire, Paca et Rhône-Alpes)¹⁰². En Allemagne, Transdev est le premier opérateur ferroviaire privé à avoir conclu avec les Länders, à travers ses neuf filiales, dix-huit contrats d'exploitation de lignes régionales. En charge de l'exploitation des trains, mais aussi de la gestion et la maintenance des dépôts, Transdev occupe approximativement 5% du marché allemand, exploite 43 millions de train-km/an et transporte plus de 90 millions de passagers/an. Pour son activité en Allemagne, Transdev enregistre 400 millions d'euros de chiffre d'affaires par an. Son savoir-faire sur le terrain de l'exploitation (notamment sur la longue distance)¹⁰³ mais aussi son expérience des matériels roulants et de maintenance et de mise à disposition conforte sa position auprès des Régions françaises comme « *un acteur engagé dans la redynamisation des lignes régionales* »¹⁰⁴. A ce titre, dans la perspective de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire en France, les objectifs de Transdev sont le décloisonnement et la structuration des territoires, le renforcement d'une offre

⁹⁷ Transdev est un acteur de référence en matière de tramway, avec 25 réseaux en exploitation dans 11 pays (dont la France, l'Irlande, l'Australie et la Chine), soit environ 300km de voies et plus de 320 millions de passagers transportés chaque année.

⁹⁸ Transdev gère des réseaux de bus dans toutes sortes de contextes urbains, à Grenoble, Melbourne ou Santiago, où la société a su conquérir la confiance des autorités organisatrices.

⁹⁹ Avec une flotte de 500 véhicules, Eurolines dessert plus de 600 destinations à travers la France et l'Europe. En France, environ 500 000 écoliers sont transportés chaque jour par les autocars de Transdev sur l'ensemble des départements.

¹⁰⁰ Trois réseaux détenus par Transdev, à Seoul, Mumbai et CDGVAL.

¹⁰¹ L'entreprise ferroviaire Thello a été créé en 2009 à la suite d'une alliance franco-italienne entre Trenitalia (66%) et Transdev (33%). Transdev-Trenitalia exploitait sous la marque Thello depuis décembre 2011 les relations de nuit « Paris – Venise » et depuis Décembre 2014 « Marseille – Milan ». En 2016, Transdev a pris la décision de se retirer de l'actionariat de Thello.

¹⁰² Document interne de Transdev.

¹⁰³ Par exemple, InterConnex, ligne longue distance en Allemagne opérée par Transden en open access ; aussi en Suède, les liaisons de jour Malmo-Stockholm et les liaisons de nuit (Malmo-Stockholm – Are/Vendalem (en hiver) et Malmo-Berlin (en été)).

¹⁰⁴ Site internet Transdev, « L'ouverture à la concurrence du ferroviaire régional se fera dans l'intérêt des usagers ».

multimodale et de la fréquentation des trains, tout en permettant une soutenabilité économique des lignes régionales¹⁰⁵.

22. Présent en Allemagne, Transdev se montre « *prêt à occuper une place majeure dans l'ouverture à la concurrence du marché français* »¹⁰⁶. En France, le marché des TER est d'environ 4 milliards d'euros HT (hors Ile-de France), 74% de ces revenus étant issus de concours publics¹⁰⁷. N'entendant pas se positionner, pour l'instant, sur le marché en open acces¹⁰⁸, Transdev vise les lignes TER¹⁰⁹ dans la mesure où son expertise porte notamment sur des projets de lignes interrégionales, de services suburbains et ruraux ou enfin sur des lignes touristiques. Ainsi, le Groupe affiche l'objectif de « *redynamiser la desserte des territoires, de développer la part de marché du transport ferroviaire régional et de rouvrir des lignes précédemment abandonnées, tout en optimisant l'utilisation des fonds publics* »¹¹⁰. Partant, la Direction ferroviaire du Groupe s'est engagée dans un travail d'appui, d'accompagnement des régions françaises appelant ces dernières à la définition des appels d'offres basés sur des lots cohérents. Ainsi, les régions comme Sud, Grand Est, les Hauts-de-France ont procédé à des appels d'offres potentiels. Cela dit, avant même que Transdev participe aux appels d'offres, un certain nombre d'aspects juridiques clés devaient être réglés. La réforme ferroviaire de l'année 2018 apporte des garanties concurrentielles indispensables.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Site Transdev.

¹⁰⁷ ARAFER, Observatoire des transports et de la mobilité, « Le marché français du transport ferroviaire de voyageurs 2015-2016 », 23 janvier 2018, p.45. Les chiffres concernant l'année 2015.

¹⁰⁸ WAINDROP (M.), « Transdev se prépare à la bataille du rail », Article de presse, dans *La Croix*, 2 avril 2019 ; aussi COGNASSE (O.), « (SNCF) « Il est possible de renforcer l'offre de TER pour le même coût » selon Thierry Mallet, PDG de Transdev ». Extrait : « *Nous ne sommes pas intéressés par les lignes à grande vitesse, car il faut investir dans des TGV qui puissent s'adapter dans d'autres pays quand le contrat se termine et une visibilité sur les péages à 5 ou 10 ans, ce qui n'est pas le cas. Par contre, nous sommes intéressés par les lignes dépendant d'Autorités organisatrices de transport (AOT) et qui sont des délégations de service public. C'est le cas des TER, mais aussi des Trains d'équilibre du territoire (TET), les Intercités.* ».

¹⁰⁹ LEGRAND (B.), « Transdev, futur concurrent de la SNCF : « Nous sommes prêts à mieux payer les cheminots » », Article de presse, *L'Obs*, Interview du PDG de Transdev, Monsieur Thierry Mallet. Ci-après ses propos : « *Notre cible sera les lignes TER en région et les lignes de Transilien en Ile-de-France. Nous pourrions conjuguer notre connaissance du territoire français et le savoir-faire acquis en Allemagne, mais aussi en Suède ou en Nouvelle-Zélande* ».

¹¹⁰ *Ibid.*

B. Une étude empirique dans le cadre du dispositif de recherche Conventions Industrielles de Formation par la Recherche (CIFRE)

23. Durant l'année 2014 alors que nous étions en train d'achever un stage au sein de la Fédération nationale des associations des usagers des transports (ci-après la « FNAUT ») dans le cadre du Master 2 Professionnel Droit des affaires à l'Université Paris Saclay¹¹¹, les travaux sur les prises de positions de la FNAUT dans les consultations lancées par la Commission européenne sur le règlement européen relatif aux droits des voyageurs ferroviaires, l'immersion dans les différentes études de la Fédération sur la concurrence ferroviaire en France et en Europe, les échanges avec le responsable du service juridique – M. Marc Debrincat - nous ont fait découvrir le secteur des transports ferroviaires et la thématique de la concurrence des services nationaux ferroviaires. Il est apparu qu'il s'agissait d'un sujet de recherche pointu, d'actualité, très spécialisé, à forts enjeux juridiques, économiques et sociales. Eu égard à la relative faiblesse des travaux sur le processus d'ouverture concurrentielle du secteur ferroviaire de voyageurs, la réalisation d'une thèse centrée sur les enjeux juridiques des possibles nouveaux entrants sur le marché a progressivement murie.

24. C'est à la suite d'une rencontre avec le Directeur Ferroviaire de Transdev France, Monsieur Claude Steinmetz dans le cadre d'une Journée doctorale consacrée au ferroviaire à l'Université de Valenciennes (devenue Université polytechnique des Hauts-de-France) et son discours sur le contexte ferroviaire français, sur la concurrence à travers le prisme d'un opérateur alternatif que nous avons pleinement saisi l'ampleur du chantier juridique que représenteront les réformes ferroviaires en France en vue de l'accueil du processus concurrentiel.

25. Souhaitant continuer notre parcours professionnel et académique dans le champ des transports et vivement intéressée par le caractère opérationnel des connaissances des processus concurrentiels dans le secteur ferroviaire, nous avons fait part au Directeur de Transdev, M. Steinmetz de notre projet de recherche que nous comptons concrétiser via le dispositif *Conventions Industrielles de Formation par la Recherche* (ci-après « CIFRE »). Ce dernier permet à toute entreprise de bénéficier d'une aide financière de la part du Ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation qui en a confié la mise en œuvre

¹¹¹ A l'époque dénommé Master 2 Droit de l'environnement, de la sécurité et de la qualité dans les entreprises, Université Saint Quentin-en-Yvelines.

à l'Association Nationale Recherche Technologie (ci-après « ANRT ») à suite du recrutement d'un doctorant dont les travaux de recherche intéressent l'entreprise et sont encadrés par un laboratoire public de recherche. Il donne lieu à une convention tripartite entre : (1) une entreprise, (2) un laboratoire de recherche qui permet l'encadrement scientifique du doctorant et, enfin, (3) le doctorant. La présente thèse a fait l'objet d'une convention CIFRE pour la période mai 2015-mai 2018.

26. La Direction Ferroviaire de Transdev France souhaitait que nous apportions une contribution juridique de thèse en doctorat pour déterminer les principales normes juridiques qu'un opérateur ferroviaire devait respecter au niveau européen et ensuite au niveau national lorsqu'il sera intéressé à accéder aux marchés nationaux de transport ferroviaires de voyageurs. Ci-après un organigramme de la Direction ferroviaire.

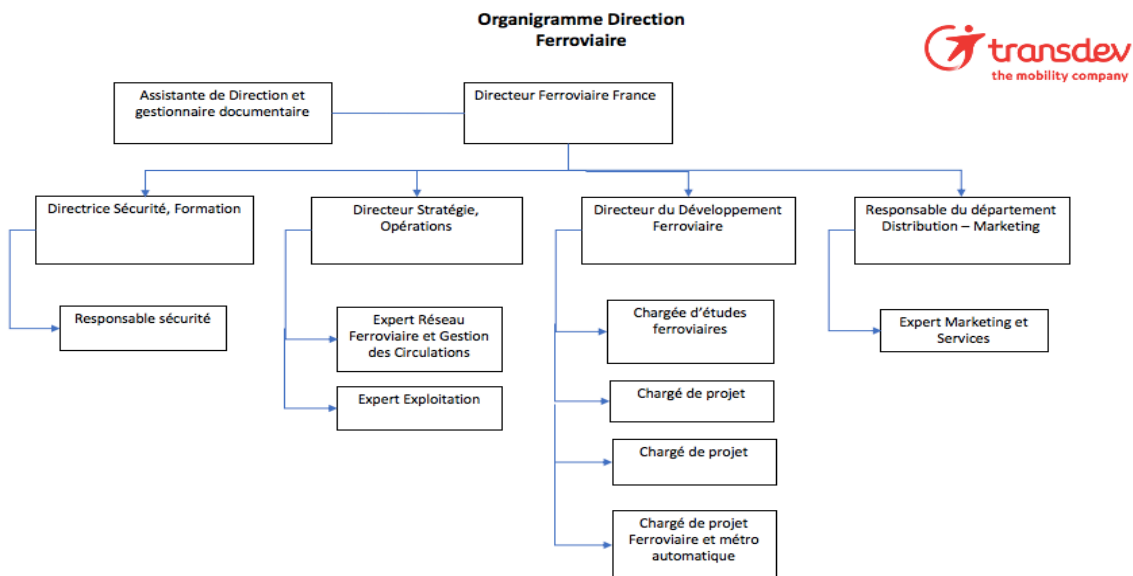


Fig. 2 Organigramme de la Direction Ferroviaire du Groupe Transdev France

Source : Transdev

27. Lorsque la perspective de la concurrence ferroviaire prenait davantage contour avec l'adoption de la réforme de l'année 2014, la Direction ferroviaire avait anticipé le chantier juridique vaste de la mise en œuvre de la concurrence dans le secteur et souhaitait, à l'image des expériences étrangères, avoir une visibilité d'ensemble sur les scénarios d'évolutions du cadre légal français. Ainsi, elle attendait à la suite de notre travail de trois ans le « suivi et l'analyse des travaux législatifs liés aux transports ferroviaires de passagers et la réalisation d'une étude juridique sur le processus d'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire

de voyageurs dans différents pays de l'UE »¹¹². Ainsi, en intégrant le mois de février de l'année 2015 la Direction ferroviaire de Transdev en tant que chargée d'études ferroviaires dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, puis de manière définitive en mai 2015 après la validation de la convention CIFRE par l'ANRT, il s'est agi de mener une recherche à la fois théorique et opérationnelle de trois ans sur l'analyse des normes juridiques européennes et internes de mise en œuvre de la concurrence dans le secteur ferroviaire, afin d'accompagner un opérateur non historique dans ses stratégies d'insertion du marché.

28. L'immersion immédiate dans l'environnement professionnel du groupe Transdev nous a permis d'établir les présupposés de l'analyse. En premier lieu, le sujet de recherche constituait une des préoccupations principales de la direction ferroviaire. Cette centralité thématique a été essentielle dans l'activité en entreprise. La première tâche qui nous a été confiée le jour même de notre arrivée en février 2015 constituait dans l'analyse de sept décrets d'applications de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire¹¹³. Si ces décrets n'abordaient pas la problématique de l'ouverture à la concurrence du secteur, nous étions amenés à analyser leurs dispositions relatives aux statuts et missions des trois EPIC(s) composant le groupe public ferroviaire selon leurs risques anticoncurrentiels. Ainsi, à l'instar du régulateur (l'ARAF à l'époque)¹¹⁴, et de l'Autorité de la Concurrence¹¹⁵ qui avaient émis des avis défavorables aux projets de décrets, Transdev considérait que le décret relatif au statut de l'EPIC de tête SNCF comportait des risques d'atteinte à l'indépendance de SNCF Réseau et, par conséquent, entravait l'accès des entreprises ferroviaires privées au marché.

¹¹² Document interne de Transdev.

¹¹³ Il s'agit du: 1) Décret n°2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, 2) Décret n°2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, 3) Décret n°2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire ; 4) Décret n°2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau, 5) Décret n°2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L.2101-2 du code des transports, 6) Décret n°2015-142 du 10 février 2015 relatif au comité central du groupe public ferroviaire et aux commissions consultatives et enfin 7) Décret n°2015-143 du 10 février 2015 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire, *JORF* du 11 février 2015.

¹¹⁴ Pour précision, l'ARAF avait émis un avis défavorable au projet de décret relatif aux missions et statuts de SNCF (ARAF, Avis n°2014-023 du 27 novembre 2014), un avis défavorable au projet de décret relatif aux missions et statuts de SNCF Réseau (ARAF, Avis n°2014-024 du 27 novembre 2014), un avis défavorable au projet de décret relatif aux missions et statuts de SNCF Mobilités (ARAF, Avis n°2014-025 du 27 novembre 2014) et enfin un avis favorable sous réserve sur le projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles du gestionnaire d'infrastructure (ARAF, Avis n°2014-026 du 27 novembre 2014).

¹¹⁵ Aut. Conc., Avis n°15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire.

29. En second lieu, la direction ferroviaire a systématiquement développé une approche participative¹¹⁶ et incluse de la problématique concurrentielle. Cette méthodologie s'est caractérisée par la participation des membres de la direction ferroviaire à différents colloques et conférences sur la préparation des acteurs à la concurrence, qui fut elle-même appuyée par une importante stratégie de communication de l'entreprise¹¹⁷. Nos missions nous ont amené à participer à des réunions de travail proposés par l'Union des transporteurs publics (UTP) sur la question de la tarification de l'accès aux gares ou encore sur l'évolution du règlement européen relatif aux droits de voyageurs ferroviaires¹¹⁸, à des réunions organisées par SNCF Réseau sur la problématique des informations confidentielles que doivent transmettre les entreprises ferroviaires au gestionnaire d'infrastructure¹¹⁹.

¹¹⁶ Pour rappel, l'année 2016 avait permis l'installation du Comité des opérateurs du réseau (COOPERE) composé de 30 membres dont la finalité consistait à évoquer les questions de la meilleure utilisation du réseau ferré national en vue de l'adoption de la Charte du réseau. Cette instance a permis les discussions sur des sujets clés pour le gestionnaire d'infrastructure, les entreprises ferroviaire et les autorités organisatrices de transport, parmi lesquelles nous indiquons, le thème de la priorisation des circulations en situation perturbée, l'information amont des parties prenantes dans la programmation des travaux, la trame horaire systématique etc. Informations disponibles sur le site internet de SNCF Réseau. Sont aussi disponibles les rapports annuels COOPERE au titre de l'année 2017 et de l'année 2019.

¹¹⁷ Il convient de citer les interventions de M. Claude Steinmetz au colloque organisé par le Laboratoire Aménagement Économie Transports (LAET) le 20 janvier 2017 au sujet de « L'avenir des TER : Quelles place pour la concurrence ? », au colloque « Good practices for Tendering of Conventional rail services » à Strasbourg le 31 janvier 2017 ou encore l'ouverture annuelle d'un stand Transdev lors des Rencontres nationales du transport public. Cette communication de Transdev au sujet de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire si elle était partie de sa stratégie de proximité avec les acteurs du secteurs concernés par le processus concurrentiel, elle était aussi alimentée, dans une certaine mesure du moins, par la volonté de démystifier le monopole de la SNCF et d'inscrire la concurrence ferroviaire dans une généralité, à l'opposé, donc, d'une exception hypothétique et lointaine. C'était ainsi dans ce contexte dynamique, caractérisé par des besoins des réponses pragmatiques aux questions juridiques continuellement émergentes, que nous débutons notre mission et nous forçons à poser le cadre général de notre questionnement central.

¹¹⁸ Regl. (CE)N°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JOUE*, n° L315/14 du 3 décembre 2007.

¹¹⁹ L'objectif des réunions sur les informations confidentielles des entreprises ferroviaires était d'élaborer un plan de gestion des informations confidentielle (PGIC) en concertation avec les parties prenantes, le PGIC étant une obligation incombant au gestionnaire d'infrastructure depuis l'année 2014 et le fondement du décret n°2015-139 du 10 février 2015 qui pose pour le gestionnaire d'infrastructure l'interdiction de diffuser les informations confidentielles. L'objectif est celui de protéger les informations que les entreprises ferroviaires fournissent au gestionnaire d'information (protéger la concurrence en aval entre les entreprises ferroviaires). L'ARAFER était tenu de rendre un avis conforme sur le projet ; Document interne de Transdev – A. OPREA, « Le plan de gestion des informations confidentielles. Groupe de Travail avec les EF associant les membres du COOPERE », réunion du 16 décembre 2015 (Confidentiel).

SECTION 3. UNE DIVERSITÉ DE POSITIONNEMENTS DANS LES PROCESSUS D'OUVERTURE À LA CONCURRENCE DU TRANSPORT FERROVIAIRE INTERNE DE VOYAGEURS

Le calendrier serré de la mise en œuvre du quatrième paquet ferroviaire au sein des Etats membres a amené la doctrine juridique et économique ainsi que les pouvoirs publics à multiplier les travaux et rapports sur les chemins de fer (§1). Partant, cette recherche doctorale, justifiée par l'intérêt de Transdev à l'accès au marché ferroviaire français, s'inscrit aussi dans l'analyse contextuelle des processus d'ouverture à la concurrence ferroviaire (§2).

§1. La multiplication des travaux et des rapports sur l'ouverture à la concurrence ferroviaire

30. Les études portant sur les chemins de fer sont très nombreuses et portent le plus souvent sur un aspect très précis : l'évolution technique des chemins de fer faite le plus souvent « à partir d'une dialectique entre la locomotive d'une part et d'autre part, le matériel remorqué¹²⁰ », l'apparition de différents modes de traction et la concurrence entre eux, l'évolution générale des installations fixes (voies, signalisations, gares et dépôt) etc. A cette documentation technique, il convient d'ajouter les rapports publics sur la concurrence ferroviaire qui comportent de nombreuses propositions et recommandations. Tel est par exemple le cas du rapport du sénateur Francis Grignon du 18 mai 2011 relatif aux conditions pour une expérimentation portant sur l'ouverture à la concurrence des services de transports ferroviaires régionaux de voyageurs¹²¹, préparé à la demande du secrétaire d'État aux Transports à la suite d'une « *large consultation du secteur* »¹²². Ses conclusions ont par la suite servi de base à l'étude conduite par le Centre d'analyse stratégique dans le cadre d'une mission présidée par Monsieur Claude Abraham sur la concurrence ferroviaire en France¹²³. Si, à la différence du rapport Grignon, le rapport de Claude Abraham ne traitait pas des modalités sociales d'ouverture à la concurrence, il réaffirmait les objectifs de la concurrence (amélioration de la productivité, redynamisation du transport ferroviaire), reprenait les scénarios de la

¹²⁰ LAMMING (C.), *Cinquante ans de traction à la SNCF, Enjeux politiques, économiques et réponses techniques*, CNRS, Paris, 1997.

¹²¹ GRIGNON (F.), « Conditions pour une expérimentation portant sur l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaires régionaux de voyageurs », Rapport remis au Ministre de l'Écologie, du développement durable, des Transports et du Logement, 18 mai 2011, p.98.

¹²² Article « Ouverture à la concurrence des TER : ce que propose le rapport Grignon », dans la Vie du Rail, 5 mai 2010.

¹²³ *Ibid.*

concurrence pour et dans le marché selon le service ferroviaire considéré et réitérait le principe d'une attribution concurrentielle des contrats de service public avec un allotissement adapté.

31. Plus récemment, le rapport de M. Jean-Cyril Spinetta réalisé à la demande du Premier Ministre et rendu public le 15 février 2018 a été au cœur de l'actualité ferroviaire, en identifiant « *les problèmes qui minent l'efficacité du système ferroviaire français* ». Bien que peu précis sur les modalités juridiques de l'ouverture à la concurrence, le rapport Spinetta a posé les principaux jalons de la réforme ferroviaire qui interviendra avec la loi portant pacte ferroviaire en juin 2018 : nécessité de redéfinir la gouvernance de l'entreprise historique, définition inexacte des missions de service public, déficit de financement sur le fonds d'une dette croissante, mauvaise répartition des ressources¹²⁴. Enfin, la Cour des comptes dans un rapport sobrement intitulé « *Les Transports Express Régionaux à l'heure de l'ouverture à la concurrence* » publié le 23 octobre 2018¹²⁵ a retenu une responsabilité partagée entre les régions et l'opérateur historique pour les coûts importants du secteur, en dénonçant le caractère déficitaire de l'activité trop dépendante des concours publics et tout en évoquant brièvement la possibilité d'un transfert de gestion des petites lignes à l'exploitant ferroviaire¹²⁶.

32. Par ailleurs, si des études comparatives et exhaustives contribuent à la compréhension économique des processus concurrentiels dans le secteur ferroviaire¹²⁷, les études juridiques sur cette thématique demeurent plus rares ou sectorielles, en se concentrant le plus souvent sur des aspects comparés¹²⁸ ou sur une compréhension des règles européennes indépendamment de

¹²⁴ Rapport SPINETTA (J.-C.), « L'avenir du Transport ferroviaire », 15 février 2018, p.127.

¹²⁵ Rapport Cour des comptes, « Les Transports Express Régionaux à l'heure de l'ouverture à la concurrence », 23 octobre 2018, p. 181.

¹²⁶ OPREA (A.), « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est-elle sur les (bons) rails ? A propos du rapport de la Cour des comptes », *EEI*, n°1, Janvier 2020.

¹²⁷ Par exemple, SMITH (A.), BENEDETTO (V.), NASH (C.), "The Impact of Economic Regulation on the Efficiency of European Railways Systems", *Journal of Transport Economics and Policy*, 2018, 52(2), pp.113-136; BENEDETTO (V.), SMITH (A.), NASH (C.), "Evaluating the Roles and Powers of rail Regulatory Bodies in Europe: A Survey-Based Approach", *Transport Policy*, 2017, 59, pp.116-123; MIZUTANI (F.), SMITH (A.), NASH (C.), URANISHI (S.), "Comparing the costs of vertical separation, integration and intermediate organizational structures in Europe and East Asian railways", *Journal of Transport Economics and Policy*, 2014; NASH (C.), SMITH (A.), CROZET (Y.), LINK (H.), NILSSON (J.), "How to liberalize rail passenger services? Lessons from European experience", *Transport Policy*, 2019, 79, pp. 11-20; HERGGOTT (D.), *Modélisation et mise en perspective de la diversité du fonctionnement des transports ferroviaires conventionnés de voyageurs*, Strasbourg, Université de Strasbourg, thèse dactyl., 2015.

¹²⁸ DESTAILLEUR (T.), « Tarification ferroviaire : principe ou exception d'égalité ? », *EEI*, n°3, Mars 2015, comm.28, OPREA (A.), « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est-elle sur les (bons) rail ? – A propos du rapport de la Cour des comptes », *EEI*, n°1, Janvier 2020, étude. Pour une étude juridique ciblant un système ferroviaire étranger, voir, par exemple, BRAMERET (S.), « Privatisation et libéralisation des services publics en réseaux. – L'exemple du secteur ferroviaire britannique », *EEI*, n°10, Octobre 2016, dossier 28.

leur mise en œuvre par les opérateurs¹²⁹. A titre d'exemple, le Professeur Loic Grard s'est penché sur l'aspect européen de la sécurité et de la sûreté ferroviaire, sur l'harmonisation des qualifications professionnelles et des conditions de travail dans les transports européens¹³⁰ ; il a mis en exergue le rôle important d'un régulateur sectoriel¹³¹, attiré l'attention sur la transparence des relations financières des collectivités publiques et des entreprises ferroviaires¹³² et il s'est interrogé, à la lumière des constats de la Cour des comptes¹³³, sur la reconstruction du « service public en environnement de concurrence »¹³⁴. Par ailleurs, la Professeure Pascale Idoux a mis en avant le besoin d'une gestion impartiale et équitable des gares de voyageurs dans leur capacité d'installations essentielles au sens du droit général européen de la concurrence¹³⁵. Il est également possible de se référer aux travaux de la Professeure Aurore Laget-Annamayer, qui ont montré l'adaptation imparfaite du cadre européen en France au regard de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire¹³⁶. D'autres travaux ont également été conduits, en lien avec la loi pour un nouveau pacte ferroviaire et la réorganisation du groupe public ferroviaire¹³⁷, la préservation du service public¹³⁸, les garanties de l'accès au réseau¹³⁹, les conséquences de l'ouverture à la concurrence sur la domanialité ferroviaire¹⁴⁰, sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs¹⁴¹, ou encore la conclusion de contrats de service public¹⁴². Enfin, des études ont été menées sur l'ouverture à la concurrence ferroviaire en France dans le contexte

¹²⁹ Par exemple, RAPOPORT (C.), DE LA ROSA (S.), *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, Bruylant, 2015 p.362 précité ; aussi KTORZA (R.), « Les dernières évolutions de la libéralisation ferroviaire en Europe : un ensemble de textes inadaptés aux mutations du secteur », *EEI*, n°1, Janvier 2018, étude 2 ; BONGARCIN (I.), « L'évolution du droit des transports en Europe- Propos conclusifs », *Revue de droit des transports* n°1, Janvier 2008, étude 1.

¹³⁰ GRARD (L.), « Fasc.300 : Droit européen des transports -Commentaires », *LexisNexis*, 1 er juin 2019.

¹³¹ GRARD (L.), « Commission ou Autorité de régulation des activités ferroviaires- Vers une transposition enfin satisfaisante des directives européennes ? », *Revue de droit des transports*, n°3, mars 2009, repère 3.

¹³² GRARD (L.), « Aides d'État aux entreprises ferroviaires : la doctrine officielle », *Revue de droit des transports*, n°7-8, juillet 2008, comm.135.

¹³³ Cour des comptes, « Le transfert aux régions du transport express régional (TER) : un bilan mitigé et des évolutions à poursuivre », Rapport public thématique, 25 nov. 2009.

¹³⁴ GRARD (L.), « Concurrence et transport express régional de personnes », *Revue de droit des transports*, n°2, février 2010, comm. 26.

¹³⁵ IDOUX (P.), ROMI (R.), « A la recherche d'une gestion impartiale et équitable des gares- A propos du décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire », *J.C.P.A.*, n°29-33, 23 Juillet 2012, 2267.

¹³⁶ LAGET-ANNAMAYER (A.), « La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : une imparfaite adaptation au cadre européen sous contrainte nationale », *Dr. Admin.*, n°12, Décembre 2014, étude 18.

¹³⁷ LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le nouveau pacte ferroviaire : D'un groupe à l'autre », *RFDA*, 2018, p.857.

¹³⁸ VIDELIN (J.-Ch.), « La loi pour un nouveau pacte ferroviaire : une vraie réforme...toute en retenue – L. n° 2018-515, 27 juin 2018 : JO 28 juin 2018 », *J.C.P.A.*, n°37, 17 Septembre 2018, 2246.

¹³⁹ DE LA ROSA (S.), « L'accès au réseau », *RFDA*, 2018, p.874.

¹⁴⁰ VIDELIN (J.-Ch.), « Les biens », *RFDA*, 2018, p.896.

¹⁴¹ TERNEYRE (P.), « Les gares ferroviaires de voyageurs », *RFDA*, 2018, p.903.

¹⁴² NICINSKI (S.), *Les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs*, *RFDA*, 2018, p.882.

d'interrogations sur l'adoption et les apports de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation sur les mobilités¹⁴³.

33. Il apparaît que l'accentuation de la libéralisation des industries en réseaux en général et du secteur ferroviaire en particulier a amené la doctrine à s'intéresser de plus près à la régulation des activités d'intérêt général, au rôle des États et des autorités organisatrices de transport¹⁴⁴ dans la mise en œuvre du processus concurrentiel. Les études juridiques récentes sur la concurrence dans le secteur ferroviaire sont fréquentes¹⁴⁵, mais elles demeurent incomplètes en raison même des évolutions des cadres légaux européen et nationaux¹⁴⁶. Il ressort de l'ensemble des recherches que l'étude de ce secteur nécessite une ouverture de l'analyse à des champs sectoriels du marché intérieur, tel que le droit de la commande publique, et à des politiques sectorielles de l'Union, telles que la politique sociale ou encore la politique de cohésion économique, sociale et territoriale. Ce n'est qu'aux prix d'une étude plurisectorielle qu'une compréhension fine de l'ouverture concurrentielle du secteur ferroviaire peut être conduite.

34. Enfin, il est apparu qu'une démarche comparative devait être conduite. La comparaison est d'abord sectorielle : bien que le travail de clarification porte sur les besoins des nouveaux entrants pour le transport de voyageur, une comparaison peut être menée avec le secteur du fret, ouvert à la concurrence depuis le 2^{ème} paquet ferroviaire¹⁴⁷. Seront donc exclus les services internationaux de voyageurs ainsi que les transports ferroviaires de fret bien que nous pourrions insérer des références ponctuelles si besoin à l'appui de notre démonstration juridique. S'agissant de la France, les analyses ci-après portent essentiellement sur le cas de services

¹⁴³ Loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, *JORF* du 26 décembre 2019, n°0299 texte n°1 ; sur les apports de cette loi, voir par exemple, JOURDAN (F.), « Loi LOM : des transports aux « nouvelles mobilités », *J.C.P.A.*, n°9, 2 mars 2020, 2059 ou encore JOURDAN (F.), « Loi LOM : les mobilités comme moteur de la transition écologique », *J.C.P.A.*, n°9, 2 mars 2020, 2060 ; aussi BEKKALI (M.), CHARLES (J-B.), « Une nouvelle donne pour la régulation des transports », *EETI*, n°3, mars 2020, dossier 12.

¹⁴⁴ CHAMPY (J.-L.), DE KERSAUSON (Q.), « Mise en concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs : vers un renouveau de la politique conventionnelle », *Contrats et Marchés publics*, n°8-9, août 2019, étude 10 ; voir aussi JUSTIER (S.), MAHLER (F.), « Les autorités organisatrices de transport face à l'ouverture à la concurrence des services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs », *EETI*, n° 3, Mars 2019, comm. 18 ou encore RANJINEH (S.), « L'ouverture à la concurrence du transport public ferroviaire régional de voyageurs : nouveautés et perspectives », *EETI*, n°10, octobre 2018, comm.55.

¹⁴⁵ Par exemple, LEVALLOIS (P.), « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *Dr. admin.*, n°10, octobre 2019, étude 12 ; BAZEX (M.), LANNEAU (R.), « Les adaptations nécessaires du transport ferroviaire aux nouvelles réalités économiques du monde moderne », *Dr. Admin.*, n°5, mai 2018, comm.29 ; MULLER-CURYDLO (A.), « Nouveau pacte ferroviaire », *EETI*, n°4, avril 2018, alerte 87.

¹⁴⁶ DE MONSEMBERNARD (M.), « La constitution d'un groupe public ferroviaire : la réforme continue », *EETI*, n°4, avril 2015, étude 6.

¹⁴⁷ Dir. 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaire, *JOCE*, L 164/164 du 30 avril 2004.

ferroviaires régionaux de voyageurs (TER) et les services de transport de longue distance (TGV), le cas spécifique des trains d'équilibre des territoires (TET) n'étant que marginalement envisagé. Si notre analyse du cadre européen et nationaux de l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de voyageurs permet de dresser certains constats relatifs à ce processus, elle ne permet pas à elle seule d'appréhender la globalité des effets et significations de la concurrence dans cette industrie. L'étude juridique de la concurrence ferroviaire doit nécessairement, dans un souci d'exhaustivité, s'accompagner des examens économiques, sociologiques et politiques et cela dans la mesure où l'histoire ferroviaire d'un pays est l'histoire de sa nation.

§2. Le cadre de la thèse : une étude contextuelle des processus juridiques d'ouverture à la concurrence ferroviaire

A. L'inscription de l'étude dans un cadre européen

35. Sous l'effet de la mise en œuvre du droit de l'Union, et de la transposition des paquets ferroviaires présentés ci-après, la quasi-totalité des Etats membres – à l'exception notable de ceux qui ne disposent pas d'un réseau ferroviaire (Malte, Chypre) – ont refondu les règles de droit interne régissant l'accès au réseau. Ce processus de transformation s'observe dans les Etats qui sont plus spécifiquement dans le cadre de la présente étude : le Royaume-Uni, l'Allemagne, la Roumanie et la France. Notre thèse aurait pu porter sur l'ensemble des secteurs ferroviaires des pays membres de l'Union européenne, mais cela aurait entraîné le risque d'une rédaction trop exhaustive et insuffisamment décryptée. A ce titre, nous avons opté pour des pays dont la connaissance linguistique, à l'exception du système allemand, nous permet de consulter les références originaires de droit national et d'éviter le piège des subtilités terminologiques¹⁴⁸. Ces Etats ont choisi d'introduire le modèle concurrentiel pour l'exploitation de leurs services ferroviaires nationaux de voyageurs par des réformes ferroviaires qui leur sont propres. Les motivations de ce choix sont nombreuses : l'augmentation de la performance ferroviaire, l'identification de sources de financement privé pour compléter, voire réduire les fonds publics alloués à cette industrie fortement subventionnée. Les contextes des réformes sont distincts.

¹⁴⁸ Les propos de ODEN (R.) dans son ouvrage « *Contentieux administratif* : « Le juriste et surtout le praticien du Droit, sont, par nécessité, des pragmatiques et des sceptiques », Fasc. I, p.6, Institute d'Études politiques de Paris, Les Cours de droit, 1976-1981 auxquels renvoie ISIDORO (C.) dans ISIDORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire. Et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Thèse, L.G.D.J., 2006, p.658 nous semblent ainsi pertinents et révélateurs de notre démarche.

36. S'agissant du réseau allemand, celui-ci est ouvert à la concurrence depuis 1994, lorsque l'Allemagne a pris deux mesures phares : la décision d'ouvrir la concurrence sur tous les segments du marché ferroviaire et la prise en charge par les Landers des transports ferroviaires de proximité. Par conséquent, toute entreprise ferroviaire disposant d'une licence européenne peut accéder au réseau ferroviaire. A titre d'exemple, le segment lié au transport de proximité a ouvert depuis longtemps l'accès à des opérateurs privés tel que Keolis (filiale SNCF) et Transdev Allemagne¹⁴⁹ ou autres qui comptabilisent actuellement 30% dudit marché. Le mécanisme permettant d'y accéder est celui des appels d'offres. En Allemagne, l'ouverture du marché ferroviaire à la concurrence s'est ainsi réalisée de façon progressive et elle a eu pour effet d'obliger l'opérateur historique, Deutsche Bahn, de multiplier ses efforts dans une perspective d'amélioration de la qualité de ses services.

37. En Roumanie, bien que le transport ferroviaire de voyageurs ne soit pas un monopole public, la compagnie les Chemins de Fer Roumains (CFR) est le seul transporteur proposant ce type de services à l'échelle nationale. Cette compagnie faisant l'objet d'une restructuration en 1998, elle a créé le cadre optimal pour d'autres entreprises privées d'accéder au réseau par le biais des concessions à approximativement 10% des lignes roumaines. Sur ces lignes non interopérables, CFR Voyageurs n'est pas autorisée à faire circuler ses trains et lesdites compagnies privées disposent d'un monopole. Nous constatons qu'en Roumanie l'ouverture à la concurrence du système ferroviaire des voyageurs s'est réalisée à petits pas bien que le processus continue de se moderniser et d'accélérer¹⁵⁰.

38. Si la reconfiguration de l'industrie ferroviaire dans ces pays est due en partie à des conjonctures politico-financières précises, en France, la transposition du quatrième paquet ferroviaire, dont le caractère peut apparaître tardif, semble traduire moins un choix volontaire et plus, une obligation découlant du statut d'État membre de l'Union européenne, de la primauté du droit européen et de la clause de réciprocité¹⁵¹. Face au caractère inéluctable de l'ouverture à la concurrence¹⁵², la France avait, depuis l'année 2011 déjà, tel qu'il apparaît dans le Rapport

¹⁴⁹ Transdev Allemagne comptabilise 5% du marché.

¹⁵⁰ Roumanie, pays où la Compagnie d'État bien que majoritaire sur le marché agit en concurrence avec un autre opérateur Regiotrans ou encore Via Terra.

¹⁵¹ Déclaration du Professeur Laurent GUIHÉRY : « L'Europe c'est la réciprocité » dans F. Gliszczynski, « SNCF : » Une ouverture à la concurrence réussie c'est...pas d'ouverture du tout » (CGT), Article de presse dans La Tribune, 7 novembre 2013.

¹⁵² *Ibid.* Monsieur Gilles SAVARY déclarait que l'ouverture à la concurrence « est inéluctable (...) et la réforme ferroviaire permet de gérer ce mouvement inéluctable car la SNCF est aussi un gros opérateur à l'étranger ». ; aussi G. Savary, « Pour une nouvelle étape de décentralisation ferroviaire », 20 mai 2011, p.7, Extrait : « *A moins*

de la mission présidée par Claude Abraham deux attitudes possibles : « *l'attentisme, qui conduit à subir le changement sans l'anticiper, comme pour le fret ferroviaire, ouvert depuis 2007 et dont la baisse de trafics déstabilise gravement l'équilibre de la SNCF et du secteur ferroviaire français ; l'anticipation, qui permet d'utiliser la concurrence comme un levier de transformation du secteur (...)* »¹⁵³. Que la mise en œuvre de la concurrence ferroviaire soit le résultat d'une décision politique ou l'effet d'un conditionnement inéluctable, elle traduit in fine un choix de politique publique de transport ferroviaire donnant un nouveau souffle au secteur.

B. Le positionnement de Transdev sur les enjeux de la recherche

39. La thèse, qui s'inscrit dans le champ de la recherche juridique sur la régulation des industries de réseaux, s'est construite à partir d'une série d'interrogations posées par l'opérateur Transdev dans le cadre de la préparation au processus d'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires domestiques de voyageurs. La mission impartie consistait à clarifier un questionnement et une stratégie générale à travers une analyse fine de tout un ensemble de problématiques sectorielles. Elles sont résumées dans les schémas ci-dessous.

que la France ne décide de quitter l'Union Européenne, ce qui est peu probable, son système ferroviaire doit se préparer sans attendre à l'ouverture à la concurrence du trafic passagers national, dont l'encadrement et la régulation de missions de service public sont d'ores et déjà régis par le règlement OSP. (...) La France a l'habitude de donner son accord à l'ouverture à la concurrence à Bruxelles et de résister en France à sa mise en place, sans même se préparer pendant les périodes de transition ouvertes par les textes. Cette stratégie du tabou et du refoulement empêche l'adaptation de la SNCF, nous expose à des contentieux internationaux sans fin et se « gère » par des adaptations périphériques (multiplication des filiales hors statut) de la SNCF et RATP, préjudiciables à termes, à leurs corps sociaux et à leur vocation européenne... ».

¹⁵³ ABRAHAM (C.), « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs », Centre d'analyse stratégique, Rapport de la mission présidée par C. Abraham, 2011, n°41, p. 150.

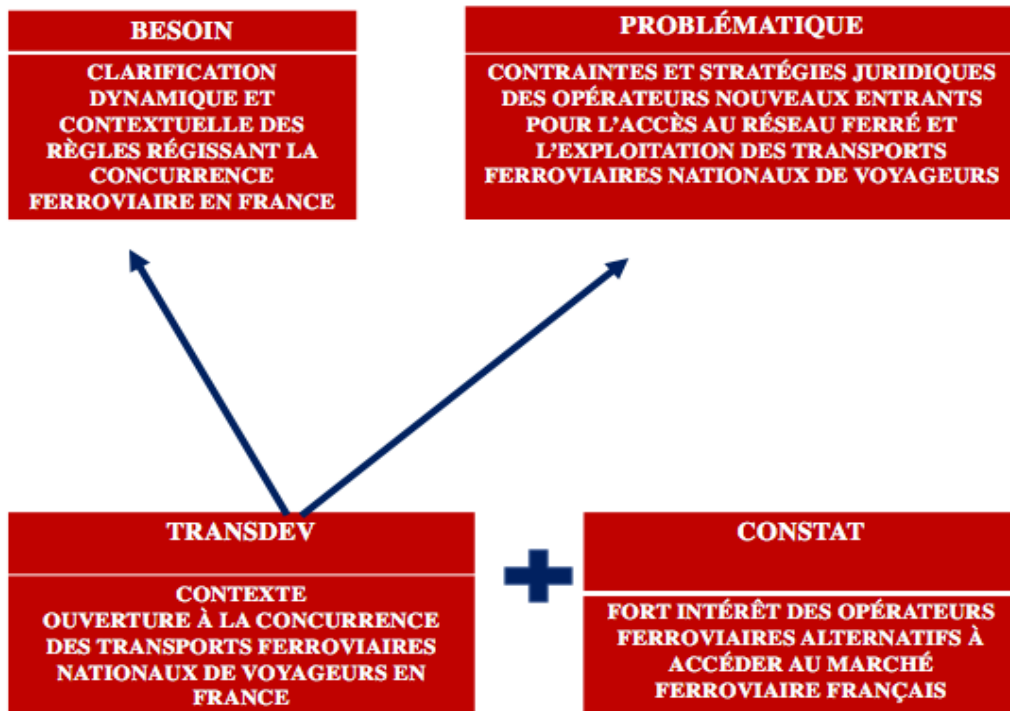


Fig. 3 Problématique de recherche

1. DES QUESTIONNEMENTS OPERATIONNELS :

Comment des opérateurs ferroviaires nouveaux entrants réagissent-ils au processus d'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires nationaux de voyageurs ?

Quelles sont les contraintes et les stratégies qu'ils peuvent/doivent développer dans un contexte d'ouverture concurrentielle ?

Quels rapports/comportements doivent ils déployer face aux interlocuteurs institutionnels (autorités organisatrices de transport, régulateurs sectoriels, autorités nationales de la concurrence) ?

2. DES QUESTIONNEMENTS THÉORIQUES :

Dans quelle mesure les droits nationaux ont-ils exactement transposé les règles européennes relatives à la concurrence dans le secteur ferroviaire ? Est-ce que l'hétérogénéité des transpositions nationale constitue-t-elle un frein à la constitution d'un espace ferroviaire unique européen ? Les nouvelles règles garantissent-ils la permanence

C. Structuration de la recherche

40. Les questions précédemment identifiées nécessitent d'être mise en perspective avec le cadre normatif d'ensemble de la régulation ferroviaire. L'ouverture à la concurrence du transport interne de voyageurs n'a pas de sens en l'absence d'un espace ferroviaire unique européen dans lequel les opérateurs nouveaux entrants peuvent librement et accessiblement s'implanter pour exploiter des services ferroviaires nationaux, tout en étant soumis à un ensemble des règles techniques et sociales harmonisées, prévisibles et intelligibles. L'étude de la place des opérateurs nouveaux entrants dans le cadre des processus d'ouverture à la concurrence des réseaux nationaux constitue ainsi une opportunité pour dresser un bilan de la genèse et des enjeux de l'espace ferroviaire unique européen. Consacrée sobrement dans son titre et sans aucune définition par la directive 2012/34/UE, l'expression « *espace ferroviaire unique européen* », plusieurs fois reprise par la directive 2016/2370/UE n'est, sans doute, anodine et elle atteste d'un changement d'approche du législateur européen de l'activité ferroviaire même. Cette dernière ne se réduit plus au marché ferroviaire avec son objectif d'ouverture à la concurrence, mais elle concourt à une finalité qui le subsume : l'espace ferroviaire unique européen, qui sous-entend une harmonisation juridique plus complète, plus approfondie au niveau de l'ensemble de l'Union européenne. Cette expression implique ainsi une double dimension : d'abord, une dimension primaire, géographique qui correspond au territoire de l'Union européenne et ensuite, une dimension juridique, qui se traduit par la volonté du législateur européen de faire de l'activité ferroviaire un levier d'intégration européenne. Cette mise en perspective normative du sujet constitue un préalable nécessaire et justifie que soit abordée, dans **un chapitre préliminaire**, l'étude de la genèse et des fondements *de l'espace ferroviaire unique européen*.

41. Partant de cette clarification, l'étude des enjeux juridiques qui pèsent sur les nouveaux entrants dans le processus d'ouverture concurrentielle repose sur une analyse en deux temps.

42. En premier lieu, il convient d'analyser les freins, les blocages, les entraves à l'accès au réseau ferroviaire pour les nouveaux entrants. En d'autres termes, d'envisager **les difficultés d'accès (Partie I)**. En dépit de l'ambition de constituer un ferroviaire unique européen, les

opérateurs ferroviaires alternatifs demeurent soumis aux importantes contraintes d'accès aux réseaux nationaux. Les cadres ferroviaires nationaux sont placés sous le signe de la diversité : une diversité matérialisée dans leurs modèles de gouvernance, une diversité des formes d'accès aux réseaux, une diversité des pratiques en matière de tarification. Or, la gouvernance ferroviaire européenne dont le principe de séparation des activités de gestion de l'infrastructure et de l'exploitation des services de transport est à l'épicentre est d'intérêt cardinal pour les opérateurs ferroviaires dans la mesure où elle constitue une condition d'une véritable concurrence ferroviaire.

43. En second lieu, les barrières à l'accès étant identifiées, il convient d'étudier les processus par lesquelles les nouveaux entrants entendent occuper le marché concurrentiel, en d'autres termes de comprendre **les stratégies d'accès des opérateurs de transport (Partie II)**. Ces stratégies empruntent des formes multiples. En France, l'anticipation des premiers appels d'offres par les acteurs publics (État et régions) ainsi que par les opérateurs de transport eux-mêmes est une démarche essentielle dont dépend le climat concurrentiel futur. Les opérateurs nouveaux entrants doivent ainsi régler les pré requis indispensables de l'exploitation ferroviaire comme l'acquisition du matériel roulant, le transfert du personnel ferroviaire, réfléchir aux enjeux de la billettique, aux rapports avec le gestionnaire d'infrastructure. D'un point de vue des autorités organisatrices de transport, leur responsabilité dans l'organisation de la concurrence ferroviaire est forte. En France, elles disposent néanmoins d'une large marge de manœuvre dans leur positionnement sur un mode de gestion des services de transport ferroviaires de voyageurs. Enfin, nous montrerons que la coopération des opérateurs ferroviaires avec les régulateurs est un vecteur de l'insertion des nouveaux opérateurs sur le marché.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE GÈNESE ET ENJEUX D'UN ESPACE FERROVIAIRE UNIQUE EUROPÉEN

44. L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux de voyageurs s'inscrit dans la réflexion plus globale sur l'existence d'un espace ferroviaire unique européen. L'achèvement du marché ferroviaire européen intégré implique, outre la logique de marché permettant la libre circulation des services de transports ferroviaires au sein de l'Union, un processus de rapprochement de règles sociales, techniques et sécuritaires. L'existence d'un degré important d'harmonisation voire d'uniformisation est un aspect inévitablement présent dans la stratégie des nouveaux entrants de s'insérer dans les marchés ferroviaires nationaux. Plus les conditions d'accès aux marchés nationaux sont harmonisées, plus les coûts des transactions qu'ils supportent sont moindres et leurs décisions d'y accéder apparaissent davantage opportunes.

45. L'ouverture à la concurrence des marchés nationaux prévue par le droit européen, lui-même en construction progressive, nous oblige à rappeler brièvement l'évolution dans le droit primaire de la politique de transports en tant que politique européenne partagée (**Section 1**). Les efforts d'intégration ferroviaire initiés par le droit primaire ont été par la suite approfondis par une démarche d'harmonisation normative grâce à l'adoption de plusieurs paquets ferroviaires successifs¹⁵⁴ (**Section 2**). En effet, la définition harmonisée des normes européennes de transports a été, depuis les années 1990, initiée sur plusieurs niveaux : la sécurité, les conditions de travail et les conditions sociales (harmonisation des conditions d'accès à la profession, des salariés et restrictions des pratiques de dumping social), la simplification des procédures administratives ou enfin les droits et les obligations de voyageurs ferroviaires (**Section 3**).

¹⁵⁴ Pour un panorama synthétique de la politique européenne des transports ferroviaires de voyageurs, voir l'Annexe n°1.

SECTION 1. LE PASSAGE D'UNE POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS A UNE CULTURE EUROPÉENNE PARTAGÉE

Le rapprochement des législations nationales applicables au secteur des transports ferroviaires ainsi que l'approfondissement de l'ouverture à la concurrence du secteur ont été possibles grâce à la reconnaissance par les traités constitutifs de l'Union européenne des transports en tant que politique européenne commune (§1) et par la généralisation d'un modèle de gouvernance ferroviaire européenne centrée sur la dissociation des activités de gestion de l'infrastructure et d'exploitation des services de transport (§2).

§1. La politique commune des transports dans les traités constitutifs de l'Union européenne

46. Composante de la libre circulation des personnes et des marchandises et levier d'intégration européenne et de réalisation du marché commun, le secteur des transports a été parmi les premiers domaines d'action communs des fondateurs de la Communauté européenne. Ainsi, souhaitant créer des conditions équitables pour l'exploitation des différents modes de transport, le Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) signé à Paris, en 1951 et entré en vigueur en 1952, interdisait dans son article 70 « *les discriminations dans les prix, et conditions de transport de toute nature, fondées sur le pays d'origine ou de destination des produits* ».

47. Plus tard, le traité de Rome (Traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE) signé le 25 mars 1957 prévoyait à son article 3 h) l'instauration d'une politique commune des transports sans pour autant se référer aux fondements de cette dernière. Il reconnaissait, toutefois, que le secteur des transports se caractérisait intrinsèquement par des « aspects spéciaux » et des obligations de service public qui excluaient l'application pure et simple du droit général de la concurrence et qui commandaient la soumission du secteur à une politique particulière, spécifique¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Commission européenne, Memorandum sur l'orientation à donner à la politique des transports, Doc VII/COM 61/50. En l'absence de précisions sur le sens de l'expression « aspects spéciaux des transports » et compte tenu de sa nature trop exhaustive, la Commission s'était attachée à expliquer la nature particulière des transports dans le Memorandum sur l'orientation à donner à la politique des transports¹⁵⁵ qu'elle a présenté le 10 avril 1961, soit quatre ans après la signature du Traité de Rome. Selon la Commission européenne, (1) les disparités structurelles très conséquentes entre les entreprises de transport (chemins de fer, maritimes et aériennes) du fait des facilités d'accès au marché trop variables, (2) le potentiel de mobilités des entreprises et le risque de dumping social, (3) l'inélasticité du marché à cause du caractère non stockable de l'offre de transport et enfin (4) la sujétion des transporteurs à l'autorité publique du fait de l'absence de propriété sur l'infrastructure ferroviaire, font des

48. Si l'essor d'une politique commune des transports fut compliqué dans ces premiers traités, la condamnation du Conseil le 22 mai 1985¹⁵⁶ pour sa lenteur des actions en faveur d'une politique commune des transports par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre d'un recours en carence initié par le Parlement ouvre la voie à l'adoption d'une législation commune dans le secteur des transports¹⁵⁷. Pourtant, si la condamnation du Conseil a été une opportunité d'affirmer la nécessité d'une politique commune des transports, des efforts ont continué d'être déployés pour la mise en œuvre de l'espace ferroviaire européen.

49. Le contenu du droit primaire évolue également au début des années 1990. Ainsi, les réseaux transeuropéens ont été créés et appréhendés par le Titre XII du traité de Maastricht en 1992 dans un Titre XII les réseaux transeuropéens¹⁵⁸. Par ailleurs, en 1997, le traité d'Amsterdam, outre un apport important sur la protection environnementale¹⁵⁹, avait étendu les pouvoirs du Parlement européen de codécision avec le Conseil dans de nombreuses branches du secteur des transports¹⁶⁰ afin d'assurer une accélération des projets communautaires en matière de transports. Ce renforcement procédural, nouveau et substantiel, a permis la multiplication des instances européennes compétentes pour se prononcer sur la politique des

transports un secteur spécial soumis à une politique européenne spécifique. Par ailleurs, la règle du vote à l'unanimité dans le secteur des transports, telle qu'elle résulte de la rédaction de l'article 75 du Traité de Rome, montre la classification des transports dans la catégorie des domaines sensibles devant relever de la souveraineté des États et donc les réticences de ceux-ci à procéder à une véritable politique commune des transports. Le vote à l'unanimité sera remplacé en 1986 par le biais de l'Acte unique européen par le vote à la majorité qualifiée dans la politique des transports pour les secteurs aérien et maritime, le secteur ferroviaire demeurant toujours exclu. Cet avancement procédural marquera le point de rupture par rapport à l'impasse politique antérieure

¹⁵⁶ CJCE, 22 mai 1985, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 13/83, *Rec.* p.1513. La Cour a considéré que « *Le Conseil s'est abstenu, en violation du traité, d'assurer la libre prestation de services en matière de transports internationaux et de fixer les conditions de l'admission des transporteurs non-résidents aux transports nationaux dans un État membre (...)* ».

¹⁵⁷ BON -GARCIN (I.), « L'évolution du droit des transports en Europe. Propos conclusifs », *Revue de droit des transports*, n°1, janvier 2008, étude 1, précité.

¹⁵⁸ Article 129 B du Traité de Maastricht, paragraphe 1, dans le Titre XII ; pour un positionnement de la Commission européenne sur le développement du réseau transeuropéen, voir, par exemple, Communication de la Commission, « Les développements de la politique commune des transports », COM (92) 494 final.

¹⁵⁹ Article 3 C du Traité d'Amsterdam : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable.* »

¹⁶⁰ Il est bon à souligner qu'avant l'adoption du traité de Maastricht, le Parlement européen ne disposait d'un pouvoir de décision que dans le domaine budgétaire ou dans les cas où son avis était requis (typiquement les procédures d'adhésion à la Communauté d'autres États). En dépit d'une procédure de « coopération » avec le Conseil et bien que le Parlement pouvait opérer des amendements aux propositions avancées par le Conseil (qui une fois validées par la Commission, ils avaient un bon potentiel d'aboutir), le Parlement a été à maintes reprises frustré du fait de sa manque de manœuvre. Dans ce contexte le Traité de Maastricht a eu le mérite de créer la procédure de codécision entre le Conseil et le Parlement européen, procédure qui a comme base un accord entre ces deux institutions et qui implique une position commune sur les sujets traités. En cas de désaccord, une phase de conciliation s'institue. Toutefois, le Traité d'Amsterdam a poussé encore plus loin la procédure de codécision en l'étendant à des nouveaux domaines comme les aspects de la politique sociale, la politique de la santé, la lutte contre la fraude ou encore les transports.

transports communautaires. Du fait de sa qualité de co-législateur, le Parlement européen devint un acteur central de l'édification d'une politique de transports commune. Le Comité des régions et le Comité économique et social sont associés pour avis.

50. Sous l'empire du Traité sur l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, ex TCE), l'article 4 paragraphe 2g) et le Titre VI du traité (articles 90 à 100 du TFUE) représentent désormais la base juridique de la politique commune des transports. En effet, l'article 91 TFUE représente la « *pièce maîtresse du titre « transport » (...) se rapportant aux transports routiers, fluvial et par chemin de fer* »¹⁶¹ à l'exclusion d'autres modes de transport. Selon le Professeur Loic Grard, n'est souvent déclenché de manière autonome, mais plutôt en combinaison avec d'autres dispositions du traité comme celles relatives au service public, à la fiscalité ou encore au droit du travail¹⁶². Enfin, l'objectif de création d'un marché européen commun des transports apparaît aujourd'hui largement atteint lorsque des marchés ferroviaires nationaux se sont graduellement ouverts à la concurrence grâce, du moins en partie, à un dénominateur commun, à savoir, le principe de gestion indépendante de l'infrastructure ferroviaire.

§2. La consécration du principe de gestion indépendante de l'infrastructure ferroviaire

Le crédo européen suppose que la séparation des activités de gestion de l'infrastructure et d'exploitation des services ferroviaires est une condition d'une véritable concurrence ferroviaire. Pour cela, elle a été systématiquement généralisée pour les industries en réseaux en général et pour le ferroviaire en particulier (A). Son contenu a évolué au fil de l'adoption des paquets ferroviaires (B).

A. La systématisation de la séparation du gestionnaire d'infrastructure

51. **Les intérêts de la séparation des activités.** La restructuration des entreprises ferroviaires a été commentée depuis les années 1990 et de nombreuses études ont comparé la séparation verticale avec l'intégration verticale¹⁶³ en termes d'optimisation des coûts de

¹⁶¹ GRARD (L.), « Fasc.1130 : Droit européen des transports », JurisClasseur Europe Traité, 1^{er} juin 2019.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ KOPICKI (R.), THOMPSON (L.), “*Best Methods of Railway Restructuring and Privatization*”, CFS Discussion paper Series, n°11, Banque mondiale, Washington, D.C., 1995; DREW (J.), *The benefits and costs of vertical separation and open acces*, Drew Consulting, 2006; CANTOS (P.), PASTOR (J.M.), SERRANO (L.), “Vertical and

production et d'efficacité. Des économistes comme F. Mizutani et S. Uranishi ont identifié une réduction des coûts ferroviaires grâce à la séparation horizontale des activités tout en concluant à une variabilité des effets sur les coûts de la séparation verticale selon le critère de la densité des trains¹⁶⁴. B.T Emmanuel et Yves Crozet, mettent en avance la vocation contractuelle que sous-entend la séparation des activités dans la mesure où les opérateurs formalisent leurs relations avec le gestionnaire d'infrastructure grâce à des contrats qui contraignent les entités du secteur à se concerter, négocier et échanger des informations indispensables¹⁶⁵. Enfin, la séparation permet de « faire des économies d'échelle grâce à une base de consommateurs plus large et à une flotte de matériel roulant plus importante. Avec le développement de la concurrence entre opérateurs, cette réduction des coûts se répercute sur le consommateur final sous la forme d'une meilleure qualité de service et de prix plus bas »¹⁶⁶.

52. Du côté institutionnel, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)¹⁶⁷ promeut la séparation dans la mesure où elle « peut alors atténuer les inconvénients que subiraient autrement les entreprises ne détenant pas d'intérêts dans l'activité non concurrentielle »¹⁶⁸. Les avantages d'une telle séparation seraient multiples, nous dit, l'OCDE, car en présence d'une séparation structurelle, l'État et ses entités prennent moins de réglementations « difficiles à exercer, coûteuses et seulement en partie efficaces », la séparation

Horizontal separation in the European Railway Sector and its Effects on Productivity”, *Journal of Transport Economics and Policy*, mai 2010; SANCHEZ (P.), MONSALVEZ (J.), MARTINEZ (L.), “Vertical and Horizontal Separation in The European Railway Sector”, Bilbao, 2008; STEENHUISEN (B.), DE BRUIJNE (M.), “The Brittleness of Unbundled Train Systems: Crumbling Operational Coping Strategies”, Paper submitted to the Second International Symposium on Engineering Systems MIT, Cambridge, Massachusetts, 15-17 juin 2009.

¹⁶⁴ MIZUTANI (F.), URANISHI (S.), “Does vertical separation reduce cost? An empirical analysis of the Rail industry in European and East Asian OECD Countries”, *Journal of regulatory Economics* 43(1), December 2012, p.31-59; aussi NASH (C.), SMITH (A.), VAN DE VELDE (D.), MIZUTANI (F.), URANISHI (S.), “Structural reforms in the railways: Incentive misalignment and cost implications”, *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, December 2014, p. 16-23. Les auteurs soulignent eu égard des impacts de la séparation verticale sur les coûts ferroviaires, que ceux-ci augmentent lorsque les chemins de fer sont davantage fréquentés. La cause pour cette augmentation serait, selon les auteurs, l'approche individuelle des acteurs, chacun cherchant à optimiser ses propres coûts au détriment des ceux du système dans sa globalité.

¹⁶⁵ EMMANUEL (B.T.), CROZET (Y.), “Beyond the « bundling vs unbundling » controversy : What is at stake for the French Railways”, *Research in Transportation Economics*, 48, (2014), pp.393-400.

¹⁶⁶Note intitulée « L'impact de la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport dans le secteur ferroviaire de l'Union européenne », 2011, Direction Générale des politiques internes, Département Thématique Politiques structurelles et de cohésion, pp.64, précitée.

¹⁶⁷ L'organisation de Coopération et de développement Économique (OCDE) est une organisation internationale qui a pour mission de « promouvoir les politiques qui améliorent le bien-être économique et social partout dans le monde. L'OCDE représente un forum pour les gouvernements « où ils peuvent conjuguer leurs efforts, partager leurs expériences et chercher des solutions à des problèmes communs » ; aussi site OCDE.

¹⁶⁸Rapport au Conseil sur les expériences de mise en œuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle dans les industries réglementées, Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2006/2 (Vol.8), p.8-74 : sur les bénéfices de la séparation structurelle des activités voir aussi, OCDE, « Report on experience with structural separation », 2005.

structurelle est supposée « stimuler l'innovation et l'efficacité dans les services concurrentiels » ; et enfin elle pourra avoir comme effet l'élimination des subventions croisées. De manière analogue, le Rapport au Conseil sur les expériences de mise en œuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle dans les industries réglementées indique expressément que si les voies ferrées et l'infrastructure de signalisation ne peuvent pas être soumises à la concurrence, l'exploitation des transports ferroviaires et les activités de maintenance peuvent l'être car la concurrence est supposée stimuler la multiplication des marchés concurrentiels, l'apparition de nouvelles entreprises, la croissance des emplois et des investissements¹⁶⁹.

53. S'agissant, à l'inverse, du modèle de l'intégration verticale de l'opérateur historique, présent jusqu'en 2004 dans des pays comme l'Espagne, la Belgique, l'Italie ou encore l'Autriche, celui-ci a été généralement perçu comme incompatible avec la volonté des entités européennes d'introduire la concurrence sur les marchés du rail. Il présente néanmoins certains avantages. Pour Marc Ivaldi et Gérard McCullough, il entraîne une croissance de 20 à 40% de la productivité technique dans le secteur¹⁷⁰. Chris Nash et César Rivera-Trujillo considèrent que l'avantage principal du modèle d'intégration verticale réside dans l'obtention d'un planning et d'une coordination intégrés sur l'ensemble du réseau assurant une plus grande visibilité sur le plan des investissements et de la programmation des opérations (par exemple, des travaux)¹⁷¹. Malgré ces intérêts de l'intégration verticale, l'Union européenne a fait le choix de généraliser la séparation des activités dans les industries en réseaux tels que l'électricité ou les télécommunications¹⁷².

¹⁶⁹ Note intitulée « L'impact de la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport dans le secteur ferroviaire de l'Union européenne », 2011, Direction Générale des politiques internes, Département Thématique Politiques structurelles et de cohésion, pp.64.

¹⁷⁰ MULDER (M.), VAN DE VELDE (D.), "Vertical separation and competition in the Dutch rail industry. A cost-benefit analysis", Paper submitted to the Third Conference on Railroad Industry Structure, Competition, and Investments, Stockholm, 21 and 22 October 2005, pp.32, p.5., IVALDI (M.), MCCULLOUGH (G.J.), "Subadditivity Tests for Network Separation with an application to U.S. Railroads", unpublished paper, CICT, Toulouse and North Western Universities.

¹⁷¹ NASH (C.), RIVERA-TRUJILLO (C.), "Rail regulatory reform in Europe: principles and practice", 2004, Institute for Transport Studies, University of Leeds, pp.25

¹⁷² Dans le domaine de l'électricité, voir par exemple, l'article 14 paragraphe 3 de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, adopte aussi le principe de la séparation comptable dans son Chapitre VI intitulé « Dissociation comptable et transparence de la comptabilité ». Malgré la dissociation comptable, cette directive n'est pas parvenue à imposer des obligations plus contraignantes. Ainsi, une deuxième directive 2003/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, va au-delà de l'objectif de la première directive électricité. Cette deuxième directive parvient, non seulement à maintenir une dissociation comptable, mais elle impose également, grâce à son article 10 une séparation juridique du gestionnaire de réseau (GRT) et du gestionnaire de réseau de distribution (GRD). S'agissant des télécommunications, la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002

54. Dans le secteur ferroviaire, où les prestataires de services de transport sont dépendants des infrastructures ferroviaires, il était déraisonnable qu'un même opérateur ait la double vocation de fournir des services de transport et de gérer des « facilités » essentielles. C'est précisément cette séparation organisationnelle des activités qui a constitué l'un des socles de la directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaires¹⁷³ ci-après la « directive 91/440/CEE ». Cette dernière précise le contenu de l'obligation de séparation des activités dans le secteur ferroviaire de voyageurs.

B. L'obscure clarté de l'obligation de séparation des activités dans le secteur ferroviaire de voyageurs

55. **La consécration du principe de séparation des activités de gestion et d'exploitation des services de transport ferroviaires (1991).** Malgré sa référence volontairement imprécise au « *développement des chemins de fer* », la directive 91/440/CEE a engagé la libéralisation du transport ferroviaire¹⁷⁴ en établissant le principe de séparation du gestionnaire d'infrastructure

relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès") consacre à l'article 11 la faculté des autorités réglementaires nationales à imposer des obligations de séparation comptable en ce qui concerne certaines activités dans le domaine de l'interconnexion et/ou de l'accès. Elles peuvent imposer aux entreprises intégrées verticalement à rendre leurs prix de gros et leurs prix de transferts internes transparents. Il en résulte à la lecture de ce qui a précédé que le mécanisme de la séparation comptable, a minima accompagné par une séparation fonctionnelle et/ou juridique, peut avancer le processus de libéralisation des marchés tout en représentant un levier de la régulation sectorielle.

¹⁷³ Dir. 91/440/CEE du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 237/25 du 24 août 1991.

¹⁷⁴ GRARD (L.), « Transposition de la première génération de directives ferroviaires ; la Cour de justice de l'Union européenne didacticienne du droit », *Revue de droit des transports* n°3, Juillet 2013, étude 3 ; sur le même avis, voir IDOT (L.), « Transports ferroviaires », *Europe* n°5, Mai 2001, comm. 187.

au plan comptable (art. 6 de la directive)¹⁷⁵ et de la gestion¹⁷⁶. Si à la lecture du considérant 4 de la directive, il apparaissait que la séparation devait être doublement et cumulativement comptable et organique, l'intelligibilité de ce propos fut vite balayée lorsque le 1er article de la directive, s'il obligeait les États membres à procéder à la séparation comptable des activités, il leur donnait avantageusement la *faculté* de mettre en œuvre une séparation organique ou institutionnelle entre l'exploitant et le gestionnaire ferroviaire. Cette option, qui s'apparentait plutôt à un compromis politique qu'à un choix juridique était justifié par la volonté des institutions européennes de préserver la liberté des États membres en matière de gestion de leurs industries ferroviaires. Il résultait en somme, que la séparation entre le réseau et l'exploitation pouvait être uniquement comptable, ou, à l'instar du modèle suédois, se traduire par la mise en œuvre d'entreprises distinctes, chacune en charge de la gestion de l'infrastructure ferroviaire et de l'exploitation de services de transport. La directive n'obligeait donc pas les États membres à prévoir la séparation ni fonctionnelle ni juridique entre le gestionnaire d'infrastructure et l'exploitant ferroviaire. L'obligation de séparation des activités telle que prévue par la directive 91/440/CEE n'était pourtant pas suffisante pour garantir un droit d'accès équitable et non discriminatoire des opérateurs au réseau et ne répondait pas à la finalité de la création d'un espace ferroviaire unique. Pour cela, des normes ferroviaires sont intervenues postérieurement pour revoir cette obligation.

¹⁷⁵ Les activités ferroviaires qui devaient être comptablement séparées étaient (i) l'infrastructure par rapport au transport ; (ii) le transport de fret par rapport au transport de voyageurs ; (iii) les activités de transport correspondant aux missions de service public (le transport conventionnés) par rapport aux activités « concurrentielles de transport de voyageurs » ; et enfin (iv) les gares de voyageurs par rapport aux activités de transport. Le principe de la séparation comptable entre la gestion de l'infrastructure et les services ferroviaires de transport prévu par la directive 91/440/CEE a été modifié ultérieurement par la directive 2001/12/CE. En effet, cette dernière imposait aux États membres de s'assurer que des comptes de profits et pertes et de bilans séparés étaient tenus et publiés pour les activités de fourniture de services de transport et pour celles relatives à la gestion de l'infrastructure. La directive 2012/34/UE confirme, complète et précise en son article 6 intitulé « Séparation comptable » les textes antérieurs. Elle réaffirme l'interdiction de l'interchangeabilité des subventions publiques versées pour l'une ou l'autre de ces activités. L'obligation de dissociation des activités est respectée dès lors que des divisions distinctes gestion d'infrastructure -exploitation sont mises en place au sein de la même entreprise. La nouveauté apportée par la directive 2012/34/UE par rapport à la directive 2001/12/UE réside dans le paragraphe 3 de l'article 6 indiquant l'obligation de tenir et publier des comptes de profits et de pertes et des bilans distincts pour les activités de fourniture de service ferroviaire de fret et des services de transport ferroviaire de voyageurs. Toujours dans une optique d'amélioration de la transparence financière et économique des entreprises régulées, la directive 2012/34/UE pose l'obligation pour les entreprises ferroviaires de tenir des comptes séparés pour les activités de transport correspondant aux missions de service public, l'objectif de cette mesure étant d'empêcher l'utilisation de fonds publics versés au titre de l'accomplissement de ces missions pour la réalisation d'autres services de transport (éventuellement ouverts à la concurrence). Aussi, la directive de 2012/34/UE a le mérite de lister les installations de service pour lesquelles l'exploitant sous le contrôle direct ou indirect d'une entité ou entreprise également active ou dominante sur des marchés nationaux de services de transport ferroviaire doit, en application de l'article 13 paragraphe 3 de la directive précitée, tenir des comptes séparés, dont des bilans séparés et des comptes séparés de profits et pertes. Enfin, la directive 2012/34/UE consacre l'habilitation du régulateur à auditer la séparation comptable (article 55 de la directive).

¹⁷⁶ Considérant n°4 de la Dir. 91/440/CEE précitée.

56. **Le maintien d'une séparation organique ou a minima comptable.** La directive 91/440/CEE avait posé deux principes phares du point de vue de l'accès des tiers au réseau ferroviaire : le principe d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et la séparation des activités de gestion et d'exploitation des services ferroviaires. Toutefois, elle n'employait pas l'expression « fonctions essentielles ». Les deux directives 95/18/CE et 95/19/CE qui ont succédé ne s'y référaient non plus. A ce titre, la mention innovante des « fonctions essentielles » du gestionnaire d'infrastructure est apportée par la directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires¹⁷⁷, ci-après « la directive 2001/12/CE ».

57. Si, à l'instar de la directive 91/440/CEE, la directive 2001/12/CE n'obligeait pas à une séparation verticale, elle exigeait que les États membres prennent les mesures nécessaires pour s'assurer que les fonctions essentielles appartenaient à des instances qui n'étaient pas des fournisseurs de services de transport ferroviaire¹⁷⁸. Les fonctions essentielles auxquelles renvoie l'article 6 paragraphe 3 sont les décisions relatives à la délivrance de licences aux entreprises ferroviaires, les décisions en matière d'attributions de sillons et de la tarification etc¹⁷⁹. Le 2ème et le 3ème paquet ferroviaire n'ont pas modifié le contenu des fonctions essentielles exercées par le gestionnaire d'infrastructure.

58. De manière analogue, la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen¹⁸⁰, un texte de refonte¹⁸¹ reprend, sans surprise, les fonctions essentielles énumérées par la directive 2001/12/CE dans son article 7. En l'absence d'indépendance sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel,

¹⁷⁷ Dir. 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 75/1 du 15 mars 2001.

¹⁷⁸ Cette disposition n'empêche pas les États membres de confier aux entreprises ferroviaires « la perception des redevances et la responsabilité de la gestion des infrastructures, par exemple, tels que l'entretien et le financement ».

¹⁷⁹ Annexe II de la Dir. 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 75/1 du 15 mars 2001.

¹⁸⁰ Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *JOUE*, n° L 343/32 du 14 décembre 2012.

¹⁸¹ Cette directive a refondu le premier paquet ferroviaire et notamment les directives 91/440, 95/18 et 2001/14, afin d'accroître l'efficacité du système ferroviaire et de favoriser son intégration dans un marché compétitif. Elle reprend ainsi dans un seul et même texte, les principes relatifs : (i) au développement des chemins de fer (chap. II), lequel regroupe les dispositions sur l'indépendance de gestion ; la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport ; l'assainissement de la situation financière ; et l'accès à l'infrastructure et aux services ferroviaires ; (ii) aux licences des entreprises ferroviaires (chap. III) avec les conditions d'obtention et les conditions d'honorabilité, de capacité financière et de capacité professionnelle et enfin (iii) à la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la répartition des capacités de l'infrastructure (chap. IV).

les fonctions essentielles doivent être assumées par un organisme de tarification et par un organisme de répartition, répondant aux critères d'indépendance posés par la directive¹⁸². La séparation entre gestionnaire d'infrastructure et exploitant ferroviaire est considérée comme acceptable dès lors qu'il existe une séparation comptable entre les deux activités, qui peuvent demeurer au sein de la même entreprise, tant que des divisions distinctes soient mises en place.

59. Les efforts de renforcement des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. Alors que la proposition de la Commission européenne à l'occasion de la révision de la directive 2012/34/UE¹⁸³ était de fixer le principe d'une séparation institutionnelle du gestionnaire d'infrastructure, représentant une véritable muraille de Chine, la version définitive de la directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016¹⁸⁴ a plutôt retenu l'indépendance des fonctions essentielles, expression d'ores et déjà consacrée dans la directive 2012/34/UE. La directive (UE) 2016/2370 va plus loin dans les garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure que la directive de l'année 2012 dans la mesure où son article 7 bis pose l'obligation pour les États membres de garantir une indépendance organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure et non plus une simple séparation comptable. Toutefois, l'opportunité de la consécration d'une obligation de séparation institutionnelle du gestionnaire d'infrastructure semble de nouveau (volontairement) manquer dans la mesure où la directive reconnaît l'organisation ferroviaire sous forme d'entreprise verticalement intégrée.

¹⁸² Voir l'article 7 paragraphe 2 de la dir. 2012/34/UE.

¹⁸³ Commission européenne, « Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire », Bruxelles, 30 janvier 2013, p.21 COM (2013) 29 final.

¹⁸⁴ Dir. (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, *JOUE*, n° L 352/1 du 23 décembre 2016,.

SECTION 2. LA CONSOLIDATION PROGRESSIVE D'UN CORPS DE RÈGLES HARMONISÉES

Partant du constat du fonctionnement déficitaire du secteur ferroviaire (§1), la Commission européenne s'est engagée dans une démarche proactive d'approfondissement de l'espace ferroviaire unique européen via l'adoption progressive des quatre paquets ferroviaires (§2).

§1. Le Livre Blanc de l'année 1996

60. Observant les importants déficits structurels dans l'industrie ferroviaire, la Commission européenne publiait en 1996 un Livre Blanc intitulé « *Stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires* » (COM (96)421 dans lequel elle incitait les États membres à la mise en œuvre d'« *un nouveau type de chemin de fer* ». De manière analogue, et devant les coûts et frais croissants du secteur¹⁸⁵ ainsi que le manque d'harmonisation de la politique des transports au sein de la Communauté européenne, la Commission publiait en 2001 un nouveau Livre Blanc en vue de projeter l'avenir des transports à l'horizon 2010 dans lequel elle estimait : a) qu'une nouvelle législation en matière de sécurité tranchant de manière indépendante et de façon plus claire les responsabilités des acteurs était indispensable au bon fonctionnement du marché ; b) qu'il était judicieux de « mettre à jour des directives interopérabilité et de créer des structures communautaires chargées de la sécurité et de l'interopérabilité » en Europe ; c) qu'une attention particulière des États membres devait être consacrée à l'optimisation de l'utilisation des infrastructures. C'est ainsi que la Commission s'empressait de rappeler, que « *le redressement du transport européen de marchandises passe par le fait de dédier des sillons internationaux performants au transport de fret, soit par infrastructures, soit par période de la journée* »¹⁸⁶. Enfin, parallèlement à ces lignes directrices fixées par la Commission Européenne, un certain nombre de directives et de règlements clé pour l'évolution ultérieure des services ferroviaires ont été élaborés.

¹⁸⁵ Livre Blanc de la Commission européenne, « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix », 2001, En se référant au secteur du fret, la Commission notait qu'« Avec 241 milliards de tonnes par kilomètre transportées en 1998 contre 283 en 1970 la part de marché du rail en Europe est passée de 21,1% à 8,4% alors même que le volume des marchandises transportées augmentait de façon spectaculaire », Extrait p.29

¹⁸⁶ *Ibid.*

§2. L'approfondissement de l'espace ferroviaire unique par l'adoption des paquets ferroviaires

61. **Le premier paquet ferroviaire (2001).** Il est composé de trois directives¹⁸⁷. D'abord, la directive 2001/12/CE prévoit la séparation comptable entre les États et les entreprises ferroviaires indépendantes, entre l'activité d'exploitation et l'activité de gestion d'infrastructure, ainsi que l'obligation pour les États membres de constituer des organismes indépendants chargés de la sécurité ferroviaire. Ensuite, les conditions d'obtention des licences ferroviaires sont également revues par la directive 2001/13/CE. Enfin, la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la répartition des capacités des infrastructures ferroviaires, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, définit un ensemble de prestations minimales, ainsi que les services d'accès obligatoires auxquels peuvent prétendre les entreprises ferroviaires. Selon cette directive, le gestionnaire d'infrastructure doit publier un document de référence du réseau (DRR) qui doit contenir un certain nombre d'informations telles que : les caractéristiques de l'infrastructure mises à la disposition des entreprises ferroviaires, les conditions d'accès à l'infrastructure, les principes et les modalités de tarification, ainsi que les principes et les modalités de répartition des capacités¹⁸⁸.

62. Tous ces textes ont été regroupés et refondus dans un document, la directive 2012/34/UE qui établit un espace ferroviaire européen unique. L'un des objectifs de cette directive était d'accroître l'efficacité du système ferroviaire et de rendre le marché européen du secteur plus compétitif. Cette directive reprenait les mêmes principes que ceux énoncés antérieurement dans chaque directive (dispositions relatives à l'indépendance de gestion, la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation, les principes relatifs à l'obtention des licences ferroviaires, les principes concernant la tarification de l'infrastructure ferroviaire etc.) tout en apportant quelques modifications subtiles. En effet, cette directive a pour but de créer le cadre optimal pour la modernisation et la libéralisation du secteur à travers la mise en œuvre d'une gouvernance solide et d'une séparation comptable bien définie.

¹⁸⁷ Dir. 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE *JOCE*, n° L 75/1 du 15 mars 2001, la dir. 2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 95/18/CEE *JOCE*, n°L 75/26 du 15 mars 2001, et enfin la dir. 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOCE*, n°L 075 du 15 mars 2001.

¹⁸⁸ Concernant le contenu des principes et des modalités de répartition des capacités, la directive fit référence à ce que le DRR indique les caractéristiques, les restrictions éventuelles, les procédures et les délais à respecter dans le cadre de cette répartition.

63. Si le premier paquet ferroviaire avait réussi à proposer une première définition des droits d'accès aux entreprises ferroviaires de fret, il n'avait pas pour autant permis une réelle revitalisation du fret ferroviaire à cause de la « fragmentation des systèmes techniques et de sécurité différant d'un État membre à l'autre »¹⁸⁹. La défaillance des États membres à transposer ce premier paquet ferroviaire, sanctionnée, néanmoins, par la Cour de justice¹⁹⁰, n'a pas aidé à la revitalisation du secteur. Partant de ce constat, la Commission s'était engagée dès le mois de janvier 2002 dans l'adoption des nouvelles dispositions en vue de l'approfondissement de l'espace ferroviaire européen.

64. **Le deuxième paquet ferroviaire (2004).** En 2002, la Commission européenne a proposé le « deuxième paquet ferroviaire » adopté en 2004 après deux années de débats visant la création d'un "seul espace ferroviaire européen intégré". Ce deuxième paquet ferroviaire tendait à l'achèvement de l'ouverture à la concurrence du fret et visait l'adoption de mesures d'harmonisation européenne en matière d'interopérabilité et de sécurité. L'apparition concomitante de l'Agence Ferroviaire Européenne, chargée d'assurer la sécurité de la circulation, marque une étape importante vers un marché unique.

65. Dans le cadre du deuxième paquet ferroviaire, la directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (modifiant la directive 91/440 relative au développement des chemins de fer communautaires)¹⁹¹ accorde d'une part, à l'ensemble du réseau pour le fret international un droit d'accès aux entreprises ferroviaires titulaires d'une licence et cela dès le 1er janvier 2006 et d'autre part à l'ensemble du réseau pour tout type de fret ferroviaire national dès le 1er janvier 2007. Par ailleurs, la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la sécurité des chemins de fer communautaires¹⁹², modifié ultérieurement par la directive 2008/110/CE du Parlement

¹⁸⁹ MAIER (M.), « Libéralisation du fret ferroviaire après le premier paquet ferroviaire européen », *Europe* n°7, juillet 2003, chron.8.

¹⁹⁰ Voir Partie I, Titre I, Chapitre 2.

¹⁹¹ Dir. 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 220/58 du 21 juin 2004.

¹⁹² Dir. 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (directive sur la sécurité ferroviaire), *JOUE*, n° L 164/44 du 30 avril 2004.

européen et du Conseil du 16 décembre 2008¹⁹³ pose pour chaque État membre l'obligation de créer une autorité nationale de sécurité chargée de veiller à l'application des règles de sécurité et des règles techniques liées à l'interopérabilité ferroviaire¹⁹⁴. Le règlement (CE) n°881/2004 est à l'origine de la création de l'Agence ferroviaire européenne avec pour mission « *la mise en œuvre de la législation communautaire visant à améliorer la position concurrentielle du secteur ferroviaire en renforçant le niveau d'interopérabilité des systèmes ferroviaires et à développer une approche commune en matière de sécurité du système ferroviaire européen, afin de contribuer à la réalisation d'un espace ferroviaire européen sans frontières et garantissant un niveau de sécurité élevé.* »¹⁹⁵. Enfin, les spécifications techniques d'interopérabilité (STI) sont harmonisées grâce à la directive 2004/50/CE du 29 avril 2004¹⁹⁶.

66. Le troisième paquet ferroviaire (2007). Le troisième paquet ferroviaire comporte trois volets clés¹⁹⁷ : l'ouverture à la concurrence du marché (2007/58/CE)¹⁹⁸, la certification des conducteurs de train (directive 2007/59/CE)¹⁹⁹ et le renforcement des droits de voyageurs (règlement (CE) 1371/2007)²⁰⁰. Si ces deux derniers volets n'ont pas soulevé de difficultés, une

¹⁹³ Dir. 2008/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 modifiant la directive 2004/49/CE concernant la sécurité des chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 345/62 du 23 décembre 2008.

¹⁹⁴ En France, la loi n°2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports transpose en partie la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaire et elle crée l'Établissement Public de la Sécurité Ferroviaire (EPSF) afin de répondre à son obligation communautaire de mise en place d'une autorité nationale de sécurité. Par ailleurs, le décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire intègre, conformément aux exigences de la directive précitée, des objectifs de sécurité communs, des méthodes de sécurité communes et des indicateurs de sécurité communs.

¹⁹⁵ Article 1^{er} du Règl. (CE) n°881/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne, *JOUE*, n° L 164 du 21 juin 2004.

¹⁹⁶ Dir. 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, *JOUE*, n° L220/40 du 21 juin 2004.

¹⁹⁷ Veille, « Vers l'adoption définitive du « 3^e paquet ferroviaire » », *Europe* n°7, juillet 2007, alerte 47 ; aussi SALQUE (C.), « Transport ferroviaire : libéralisation et intégration du marché européen », *Dr. Admin.*, n°3 Mars 2008, étude 4.

¹⁹⁸ Dir. 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil 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, *JOUE*, n° L 315/44 du 3 décembre 2007.

¹⁹⁹ Dir. 2007/59/CE Du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté, *JOUE*, n° L315/51 du 3 décembre 2007.

²⁰⁰ Règl. (CE) n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JOUE*, n° L 315/14 du 3 décembre 2007. Ce règlement qui s'aligne sur la convention CIV relative aux transports ferroviaires internationaux de voyageurs (Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs) est applicable dans toute l'Union européenne aux services ferroviaires assurés par les entreprises titulaires de licences ferroviaires. Il prévoit des obligations à charge des entreprises ferroviaires en matière d'information des voyageurs, d'indemnisation de ces derniers en cas de retard, enfin il fixe le régime de responsabilité et d'assurance des entreprises ferroviaires. Pour une étude plus approfondie

divergence existait, néanmoins, entre la Commission et le Parlement européen concernant l'ouverture à la concurrence²⁰¹. Alors que la Commission européenne souhaitait l'ouverture à la concurrence uniquement des services internationaux à partir de l'année 2010, le Parlement européen était favorable à une ouverture plus tôt des services internationaux, à savoir le 1^{er} janvier 2008 et une ouverture des services ferroviaires nationaux au 1^{er} janvier 2012. Cependant, le Conseil des ministres du 5 décembre 2005 tenu à Bruxelles avait repoussé la libéralisation du service international à l'année 2010 sans se prononcer sur la libéralisation des services nationaux. Ainsi, la directive 2007/58/CE du 23 octobre 2007 précitée accorde aux entreprises ferroviaires établies dans un État membre un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres pour l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs²⁰². Le droit de pratiquer le cabotage est aussi reconnu, bien que strictement encadré.

67. Si les trois paquets ferroviaires posaient les bases des règles communes appliquées au secteur ferroviaire, la législation ferroviaire demeurerait trop éparpillée affectant ainsi sa lisibilité, et sa compréhension. Pour remédier, la Commission a publié une communication concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen²⁰³ suivie d'une proposition de texte de la directive « recast » (refonte). Dans sa proposition, la Commission indiquait la nécessité d'une simplification, clarification et modernisation du cadre réglementaire ferroviaire, « *cet objectif (pouvant) être atteint en éliminant les références croisées des trois directives (celles du 1^{er} paquet ferroviaire) et en les restructurant et fusionnant dans un code d'accès ferroviaire unique* »²⁰⁴. Si la question de la gouvernance ferroviaire « était volontairement ignorée afin de permettre l'adoption rapide du texte »²⁰⁵, elle fut présente (et pesante) dans le cadre des négociations du quatrième paquet ferroviaire.

du règlement (CE) 1371/2007 voir par exemple, DELEBECQUE (P.), CALME (S.), « Le règlement communautaire n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires », *Revue de droit des transports*, n°3, Mars 2009, étude 4.

²⁰¹ Veille, « Troisième paquet ferroviaire », *Revue de droit des transports* n°10, Novembre 2007, alerte 85.

²⁰² *Ibid.* Article 1^{er} point 8.

²⁰³ Communication de la Commission concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique, COM (2010) 474 final, Bruxelles, le 17 septembre 2010. Malgré les avancements conçus par le secteur ferroviaire la Commission européenne proposait d'autres mesures afin d'améliorer sa compétitivité et permettre l'achèvement de l'espace ferroviaire intégré. Parmi les recommandations de la Commission figuraient l'appel aux investissements que les États devaient affecter aux infrastructures, la levée des obstacles administratifs et techniques (notamment en termes de sécurité et d'interopérabilité) etc.

²⁰⁴ Commission européenne, « Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (Refonte) », COM (2010) 475 final 2010/0253 (COD) Bruxelles 17 septembre 2010.

²⁰⁵ CHAMPIN (H.), *Construire un espace ferroviaire unique intégré. Politique commune des transports et européanisation des relations professionnelles dans le secteur des chemins de fer*, Paris, Université Paris-Saclay, thèse dactyl., 2017. L'auteur renvoie aux travaux de PERIER (A.), *Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ?*, *Bruges Political Research Papers/Cahiers de recherche politique de Bruges*, Janvier 2014, vol. 33, p.28.

68. **Le quatrième paquet ferroviaire (2016).** Précédées par plusieurs rapports²⁰⁶, les propositions de la Commission européenne²⁰⁷ pour un quatrième paquet ferroviaire portaient, sur quatre objectifs : l'amélioration de la gouvernance de l'infrastructure, la poursuite de l'ouverture à la concurrence des marchés des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs, l'harmonisation de l'interopérabilité, et la préservation de la sécurité et enfin l'intégration de la dimension sociale. Apparu durant l'année 2016, le quatrième paquet ferroviaire a été adopté en deux étapes. D'abord, le 11 mai 2016 ont été adoptés trois textes²⁰⁸ relatifs à l'interopérabilité, à la sécurité ferroviaire et à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer, textes qui composent le dénommé « pilier technique » du quatrième paquet. Le consensus de bon sens sur la nécessité d'harmonisation des règles relatives à l'interopérabilité et à la sécurité ferroviaire a permis l'avancement des négociations du pilier technique²⁰⁹ alors que les négociations sur le deuxième pilier « politique ou marché » ont été plus difficiles à porter. Des avancées importantes doivent être relevés : la création de l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer en tant que guichet unique auprès duquel les entreprises ferroviaires font leur demande pour exploiter des services de transport, les

²⁰⁶ Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre des dispositions de la directive 2007/58/CE relatives à l'ouverture du marché des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer accompagnant la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le quatrième paquet ferroviaire », COM (2013) 34 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les progrès réalisés dans la voie de l'interopérabilité du système ferroviaire », COM (2013) 32 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le profil et les tâches des autres personnels de bord des trains », COM (2013) 33 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.

²⁰⁷ Commission européenne, « Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire », COM (2013) 29 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Proposition de Règlement du parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer », COM (2013) 28 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité ferroviaire (Refonte) », COM (2013) 31 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Proposition de Directive du parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (Refonte) », COM (2013) 30 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013 ; Commission européenne, « Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n°881/2004 », COM (2013) 27 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.

²⁰⁸ Règl. (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n°881/2004, *JOUE*, n° L 138/1 du 26 mai 2016 ; Dir. (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (refonte), *JOUE*, n° L 138/44 du 26 mai 2016 ; Dir. (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire (refonte), *JOUE*, n° L. 138/102 du 26 mai 2016.

²⁰⁹ IDOT (L.), « Le train du « quatrième paquet ferroviaire » s'arrête à la gare du Parlement ... », *Europe* n°4, Avril 2014, alerte 13 ; MULLER-CURZYDLO (A.), « Parlement européen : accord informel sur les aspects techniques du paquet sur la réforme ferroviaire », *EEI*, n°8-9, août 2015, alerte 215.

procédures d'autorisation du matériel roulant ont été harmonisées, une seule opération de certification du matériel roulant a été envisagée au niveau de l'Union etc.

69. Ensuite, le deuxième pilier, composé lui aussi de trois textes²¹⁰, a été adopté le 14 décembre 2016. S'agissant de la gouvernance ferroviaire, enjeu crucial de l'ouverture du marché, si la Commission européenne voulait aller loin en exigeant une séparation institutionnelle du gestionnaire d'infrastructure, communément appelé « unbundling », le Conseil manifestait davantage de souplesse en autorisant les États membres à choisir par eux-mêmes entre les différents modèles d'organisation depuis la séparation structurelle complète jusqu'à l'intégration sous réserve des mesures de sauvegarde appropriées²¹¹. Devant un « lobbying massif »²¹², la Commission, a fini par abandonner sa proposition très critiquée²¹³. Ainsi, la Commission se contente de rappeler le besoin d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, sans exclure les structures verticalement intégrées, « sous réserve que des « murailles de Chine » strictes garantissent la séparation juridique, financière et opérationnelle nécessaire »²¹⁴. Il en résulte que la directive (UE) 2016/2370 se limite, après le rappel de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, à énoncer l'indépendance organisationnelle et décisionnelle de celui-ci dans le cadre de l'exercice de ses fonctions essentielles²¹⁵ tout en conservant la possibilité des structures verticalement intégrées. S'agissant enfin de l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux, le règlement (UE) 2016/2238 modifie le règlement n° 1370/2007 dit « OSP » pour introduire la règle de la mise en concurrence des services

²¹⁰ Règl. (UE) 2016/2237 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 abrogeant le règlement (CEE) n°1192/69 du Conseil relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer, *JOUE*, n° L 354/20 du 23 décembre 2016; Règl. (UE) 2016/2238 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, *JOUE*, n° L 354/22 du 23 décembre 2016; et enfin la Dir. (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture d marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, *JOUE*, n° L 352/1 du 23 décembre 2016.

²¹¹ Position du Conseil, « Espace ferroviaire unique européen : ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et gouvernance de l'infrastructure ferroviaire.4^{ème} paquet ferroviaire », 2013/0029 (COD).

²¹² PERIER (A.), *Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ? Bruges Political Research Papers/Cahiers de recherche politique de Bruges*, Janvier 2014, vol. 33, p.28, précité.

²¹³ Par exemple, CER, «Position Paper: Structural Models for Europe's National Rail Sectors», 21 December 2011, p.11. Aussi, CER, «Fourth Railway package: CER calls for a two-track approach», Brussels, 30 January 2013.

²¹⁴ NOGUELLOU (R.), « La Commission adopte les propositions relatives au quatrième paquet ferroviaire », *Dr. Admin.*, n°3, Mars 2013, alerte 20.

²¹⁵ Article 7 bis de la directive (UE) 2016/2370 précitée.

ferroviaires conventionnés, principe tempéré, néanmoins, par un nombre important d'exceptions²¹⁶.

SECTION 3. PROTECTION DES DROITS DES VOYAGEURS FERROVIAIRES, LEVIER D'INTEGRATION DES CHEMINS DE FER EUROPÉENS

Inspiré par le cadre international de protection des voyageurs ferroviaires (§1), le règlement (CE) N° 1371/2007 fixe l'essentiel des droits et obligations des voyageurs ferroviaires²¹⁷ au sein de l'Union européenne (§2). Il s'agit d'un aspect essentiel de l'espace ferroviaire unique européen que les nouveaux entrants doivent intégrer dans leur stratégie d'insertion économique.

§1. Rappel des instruments et outils de protection internationaux de voyageurs ferroviaires

70. **L'Organisation gouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires, ci-après « l'OTIF ».** Le développement du mode ferroviaire à l'échelle internationale est un sujet qui a suscité un intérêt de plus en plus conséquent. A ce titre, des États ont souhaité s'organiser au sein de l'OTIF, organisation dotée de la personnalité juridique et dont le siège social se trouve à Berne²¹⁸. L'objectif de l'Organisation est, selon l'article 2 de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, ci-après, « la COTIF 1980 » de « favoriser, d'améliorer et de faciliter, à tout point de vue, le trafic ferroviaire international ». Les obligations incombant aux États membres, en application de la COTIF 1980, ne prévalent pas sur leurs obligations issues de leur appartenance à l'Union européenne ou à l'Accord sur l'Espace économique européen.

²¹⁶ Pour une analyse plus approfondie des modifications du règlement OSP, voir Deuxième Partie, Titre I, Chapitre 2.

²¹⁷ Règl. (CE) n° 1371/2007 du parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JOUE*, n° L 315/14 du 3 décembre 2007.

²¹⁸ Site internet de l'OTIF. A présent l'Organisation compte cinquante membres, parmi lesquels figurent l'Allemagne, la France, la Roumanie, le Royaume-Uni. Active dans le secteur depuis 1893²¹⁸, sa mission est ainsi organisée autour d'une logique de coopération internationale des États membres. Pour répondre aux engagements de coopération fixés par la COTIF 1980, les États membres s'engagent à ne pas violer les objectifs de la COTIF à travers, des conventions et accords internationaux multilatéraux dont ils sont parties contractantes.

71. **La COTIF 1999 et l'ambition pour un droit ferroviaire international harmonisé et uniforme.** La COTIF 1980 a fait l'objet d'une révision suite au Protocole tenu le 3 juin 1999 à Vilnius²¹⁹. Exhaustive, la Convention COTIF 1999 comporte en son sein le Protocole du 3 juin 1999 portant modification de la convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9 mai 1980, la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9 mai 1980 dans la teneur du Protocole de modification du 3 juin 1999, le Protocole sur les privilèges et immunités de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) ainsi que sept Appendices²²⁰.

72. **Champ d'application des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages (RU-CIV).** L'article 1^{er} des RU-CIV, ci-après « les Règles uniformes », appendice A de la convention COTIF précise qu'elles s'appliquent aux contrats de transport ferroviaire à titre onéreux ou gratuit incluant des éléments d'extranéité (le lieu de départ et de destination sont situés dans deux États membres différents et cela nonobstant le domicile, le siège ou la nationalité des parties au contrat de transport).

²¹⁹ Cette révision se justifiait par le besoin de faire progresser ses règles, notamment celles relatives au transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages ainsi que celles relatives au transport international des marchandises dans une meilleure adéquation de leur contenu aux nouveaux besoins de ces transports. La reconsidération de la problématique de la sécurité dans le transport ferroviaire des matières dangereuses et les changements politiques, économiques et sociaux qui ont pu intervenir dans les États membres de l'OTIF depuis l'adoption de la COTIF de 1980, représentent des facteurs importants qui justifient aussi la révision de la COTIF 1980.

²²⁰ Appendice A : Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages (RU-CIV) ; Appendice B : Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (RU-CIM) ; Appendice C : Règlement concernant le transport international ferroviaire des marchandises dangereuses (RID) ; Appendice D : Règles uniformes concernant les contrats d'utilisation de véhicules en transport international ferroviaire (CUV) ; Appendice E : Règles uniformes concernant le contrat d'utilisation de l'infrastructure en trafic international ferroviaire (CUI) ; Appendice F : Règles uniformes concernant la validation de normes techniques et l'adoption de prescriptions techniques uniformes applicables – au matériel ferroviaire destiné à être utilisé en trafic international (APTU) ; Appendice G : Règles uniformes concernant l'admission technique de matériel ferroviaire utilisé en trafic international (ATMF).

ENCADRÉ N°1. LES DEROGATIONS A L'APPLICATION DES RU-CIV

Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les règles RU-CIV lorsque les transports ferroviaires de voyageurs se déroulent exclusivement entre deux gares situées de part et de l'autre de la frontière, sans aucune autre gare entre elles.

Similairement, les États membres peuvent déroger à l'application des règles RU-CIV lorsque des transports sont effectués entre deux États membres transitant par un Etat non-membre. Par ailleurs, les États peuvent ne pas appliquer les règles RU-CIV en décidant, sous réserve des règles de droit international public, de conclure des accords entre eux pour définir les conditions et les obligations de transporteurs en matière de transport de voyageurs, de bagages, des animaux ou de véhicules entre les Etats signataires. Lorsque les Etats souhaitent faire usage de ces dérogations, ils doivent en informer l'OTIF et le Secrétaire général de l'Organisation informera à son tour les Etats membres ainsi que les entreprises ferroviaires intéressées.

A l'instar des Etats membres, des parties au contrat de transport peuvent également déroger à l'application de (certaines) règles RU-CIV. Si elles dérogent à ces règles, des mentions expresses doivent figurer dans ce sens dans les Conditions générales de transport. Les règles prônent la liberté contractuelle entre les parties qui peuvent ainsi contractualiser sur autres aspects et elles autorisent également les transporteurs à conclure des accords entre eux en dérogeant aux règles RU-CIV. Par ailleurs, les règles RU-CIV permettent, en application de l'article 5, aux transporteurs de prévoir des règles plus favorables aux voyageurs.

A cet égard, les règles RU-CIV ne représentent qu'un socle minimal des droits au profit des voyageurs, les transporteurs pouvant prévoir une protection plus renforcée que celle définie par ces standards.

§2. Une politique européenne en complément du système international de droits des voyageurs ferroviaires

Si le règlement n°1371/2007 tend à assurer une protection européenne des droits des voyageurs (A), son efficacité demeure encore perfectible. Pour cela, la Commission a proposé courant l'année 2017 un projet de révision (B).

A. La protection européenne assurée par le règlement n° 1371/2007

73. Le règlement 1371/2007 sur les droits et obligations de voyageurs ferroviaires repose fidèlement sur le système de droit international consacré à la protection de voyageurs. Néanmoins, ce règlement a pour finalité d'aller au-delà de ces règles car il tend à une protection non seulement des voyageurs internationaux, mais aussi des voyageurs nationaux, appartenant

aux États membres de l'Union. Le règlement oblige les entreprises ferroviaires à respecter des exigences en matière de : a) disponibilité des billets, des billets directs et des réservations ; b) de responsabilité des transporteurs relative au transport des voyageurs et de leurs bagages ; c) de souscription des opérateurs ferroviaires à des assurances adéquates leur permettant de couvrir leurs responsabilités en cas de dommages quelconques survenus suite à la violation des dispositions du règlement ; d) d'obligation des entreprises ferroviaires à garantir aux personnes handicapées ou à mobilité réduite leur droit au transport ainsi que toutes les informations nécessaires quant à l'accessibilité des services ferroviaires, des conditions d'accès au matériel roulant et des équipements à bord ; et enfin e) sécurité personnelle des voyageurs. Ce règlement s'inscrit dans une approche plus globale de la Commission européenne visant au renforcement de droits des voyageurs dans tous les modes de transport.

74. L'application inégale du règlement 1371/2007 relatif aux droits et obligations des voyageurs dans l'Union européenne. A la demande de la Commission européenne, le bureau de consultants anglais Steer Davies Gleave a élaboré en juillet 2012, une étude d'évaluation du règlement 1371/2007²²¹ qui a mis en évidence une inégalité d'application du règlement 1371/2007 due notamment à (1) l'usage à dimension variée des États membres de la possibilité de déroger certains services ferroviaires de l'application dudit règlement²²² ; à (2) l'existence des droits nationaux conférant une protection à des degrés d'intensité différents au sein de l'Union ; (3) l'absence des efforts coordonnés des États membres à garantir l'application en interne de ce règlement à travers l'établissement d'un NEB (*National Enforcement Body*). L'inégalité d'application du règlement au niveau européen réduit la portée de ce règlement et heurte la volonté des organismes européens à parvenir à des règles harmonisées.

²²¹ Rapport Steer Davies Gleave, "Evaluation of regulation 1371/2007. Final report", prepared for the European commission DG Move, pp.149.

²²² LE BOT (F.), « Les droits des voyageurs ferroviaires : présentation générale », Document de travail IDP (EA 1384) n°2014-09, MDD – Mobilités et développement durable Symposium international, "L'espace ferroviaire unique européen : quelle(s) réalité(s) ?" Valenciennes, 26 et 27 Septembre 2013, pp.8. En 2013 il était estimé qu'au niveau européen environ 61% des services nationaux à longue distance et 83% des services urbains, suburbains et régionaux faisaient l'objet d'une dérogation. La France a choisi d'appliquer une dérogation permanente à l'application des dispositions optionnelles du règlement aux services urbains, suburbains et régionaux. Bien qu'initialement, les services de grandes lignes dérogeaient également, depuis l'entrée en vigueur du règlement, en 2009 et jusqu'au 2014, à l'application des dispositions optionnelles du règlement, cette dérogation à l'égard de services grandes lignes a été abandonnée. A présent, l'article L. 2151-2 alinéa 1 du Code des transports, codifiant la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires précise que ce sont seulement les articles 9,11,12,19, 26 et 20-1 du règlement qui s'appliquent à l'ensemble des services ferroviaires nationaux. Cependant, l'article 2151-3 du Code des transports ouvre la voie aux autorités compétentes pour l'organisation d'un service public ferroviaire de transport de voyageurs de décider d'appliquer tout ou partie des dispositions non obligatoires de ce règlement. Il en résulte ainsi que ces articles sont les seules qui s'appliquent aux services urbains et aux TER.

B. Le projet de révision du règlement européen proposé par la Commission européenne

75. **Les constats de la Commission européenne.** Outre les problèmes inhérents au règlement que la Commission avait envisagé dans son rapport de l'année 2013²²³, elle note à la fin de l'année 2017 d'autres aspects qui imposent la révision du règlement. La Commission critique la nature excessive de l'usage que font les États membres des dérogations à l'application du règlement. Elle constate une insuffisance des droits au bénéfice des voyageurs notamment au regard de personnes handicapées ou à mobilité réduite, de l'information communiquée aux voyageurs, des billes directs, du traitement des plaintes, de la mise en œuvre du règlement par les États membres etc.

76. **Les propositions de la Commission de révision du règlement.** La Commission européenne a initié la révision du règlement 1371/2007. Le Conseil a arrêté sa position sur les modifications proposées. Suivra une négociation avec le Parlement européen sur le texte final. Ainsi elle a proposé de :

- limiter les dérogations à l'application du règlement : les dérogations qui devraient être maintenues sont uniquement celles relatives aux services ferroviaires urbains, suburbains et régionaux, à l'exception de ceux transfrontaliers à l'intérieur de l'Union européenne ;
- maintenir le principe d'un socle commun des droits obligatoirement applicables à tous les services ferroviaires y compris à ceux bénéficiant des dérogations en vertu de l'article 2 du règlement²²⁴ ;
- inclure dans le règlement 1371/2007 révisé la force majeure, comme cause exonératoire classique de la responsabilité du transporteur. La notion de force majeure telle que proposée par la Commission a un champ d'application très limité par rapport à la force majeure retenue dans les autres règlements européens en matière de transport, particulièrement par rapport au transport aérien ou routier. En effet, dans le règlement 261/2004 du 11 février 2004 sur les droits des passagers aériens, la force majeure s'analyse sous l'angle de la notion de « circonstance extraordinaire », permettant une

²²³ Commission européenne, « Rapport sur l'application du règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires », COM (2013) 587 final, Bruxelles, le 14.8.2013, pp. 14

²²⁴ La Commission propose que les dispositions relatives à la non-discrimination des voyageurs, aux billets-directs, à la responsabilité des transporteurs à l'égard des voyageurs et de leurs bagages, ainsi que toutes les dispositions concernant les personnes handicapées et les personnes à mobilité réduite sont applicables à tous les services ferroviaires, y compris ceux qui bénéficient des dérogations.

exonération du transporteur en cas de retard ou annulation du vol²²⁵. Or, il résulte, à la lecture de la proposition faite par la Commission, relative à la force majeure dans le règlement 1371/2007 révisé, qu'elle s'analyse principalement en termes de « conditions météorologiques difficiles » ou « des catastrophes naturelles majeures », ces critères étant insuffisants. Intégrer dans la force majeure les situations d'attentat serait une opportunité pour élargir le champ d'application de la force majeure dans le règlement.

- inclure une définition des personnes handicapées et des PMR calquée sur la définition figurant dans la Convention des Nations Unies.
- prévoir que les entreprises ferroviaire fournissent une assistance à bord des trains à tout moment (article 23) lorsque les services ferroviaires fonctionnent, y compris dans les services ferroviaires urbains, suburbains et régionaux ;
- prévoir que entreprises ferroviaires et les acheteurs vont « tout mettre en œuvre pour offrir des billets directs », en matière de remboursement et de réacheminement des voyageurs²²⁶, en matière de traitement des plaintes des voyageurs²²⁷ aussi bien qu'en matière de qualité de service.

77. La volonté de la Commission à réviser ce règlement se justifie par le fait que la persistance de ces problèmes liés au règlement et à son application affecte le projet européen de constitution de l'espace ferroviaire unique et qu'elles risquent de s'aggraver dans un contexte d'ouverture à la concurrence des marchés ferroviaires domestiques de voyageurs. Ces propositions faites par la Commission européenne traduisent des véritables obligations à la

²²⁵ Le sens exact de la notion de « circonstance extraordinaire » découle de la jurisprudence florissante de la Cour de Justice de l'Union européenne. C'est ainsi qu'elle a décidé dans une affaire CJUE, 31 janvier 2013, *Mc Donagh c/ Ryanair Ltd*, aff. C-12/11: « L'article 5 du règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 11 février 2004, établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91, doit être interprété en ce sens que des circonstances telles que la fermeture d'une partie de l'espace aérien européen à la suite de l'éruption du volcan Eyjafjallajökull constituent des « circonstances extraordinaires » au sens de ce règlement ne déliant pas les transporteurs aériens de leur obligation de prise en charge prévue aux articles 5, paragraphe 1, sous b), et 9 du règlement n° 261/2004 ». Néanmoins, il a été décidé qu'un problème technique générant une perte de moteur ne correspond pas à la définition de la notion de « circonstance extraordinaire (Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n°12-20.917).

²²⁶ La Commission prévoit l'ajout de deux nouveaux paragraphes 2 et 3 à l'article 16 du règlement 1371/2007 révisé. En cas de retard ou de correspondance manquée, la Commission autorise l'entreprise ferroviaire à mettre en œuvre un réacheminement comparable des voyageurs par toute entreprise ferroviaire. Le réacheminement peut, en vertu de l'article 16 paragraphe 2 être effectué par l'opérateur ferroviaire utilisant d'autres modes de transport que les chemins de fer et il ne doit pas générer, pour les voyageurs, d'autres coûts supplémentaires. Par ailleurs, les entreprises ferroviaires doivent s'efforcer dans la mesure du possible à éviter d'ajouter aux voyageurs des correspondances, la durée totale du voyage devant rester comparable à celle initialement prévue.

²²⁷ La Commission propose dans son article 28 que tous les vendeurs de billets, les gestionnaires des gares ainsi que les gestionnaires de l'infrastructure dans les gares traitant en moyenne annuelle un volume supérieur à 10 000 voyageurs par jours mettent en place un mécanisme de traitement des plaintes de voyageurs.

charge des opérateurs ferroviaires et des gestionnaires des gares et impliquent en pratique, des coûts importants pour ceux-ci. Les opérateurs ferroviaires réunis, en France, au sein du groupe de travail, organisé par l'Union des Transporteurs Publics (UTP) ont fait part de leurs positions concernant les propositions de la Commission.

ENCADRÉ N°2. PRISES DE POSITION DE TRANSDEV SUR LA RÉVISION DU RÈGLEMENT N°1371/2007

- **Transdev soutient le besoin de maintenir les dérogations de l'application du règlement 1371/2007 aux services urbains, suburbains et régionaux ;**
- **Transdev suggère aux instances européennes à retenir une application plus extensive de la force majeure dans le règlement 1371/2007 ;**
- **Dans un contexte où il n'existe pas une définition « harmonisée » du handicap au sein de l'Union européenne²²⁸, Transdev propose de :** (1) **conserver la définition actuelle du règlement 1371/2007 qui est similaire à celle utilisée dans le secteur aérien ; et/ ou (2) remplacer éventuellement le terme « incapacité (...) temporaire » par « incapacité durable ».**
- **Transdev est favorable au maintien d'un la vente des billets directs à travers un système d'accord entre les entreprises ferroviaires²²⁹ ;**

78. La révision du règlement constitue du point de vue des opérateurs une occasion importante à remédier à la rupture d'équité entre les différents modes de transport à travers l'adoption de nouvelles dispositions précises, riches et adaptées au fonctionnement du secteur ferroviaire et au service de transport proposé. Les enjeux de cette révision sont multiples pour

²²⁸ LECERF (M.), Service de recherche du Parlement européen, « Politique européenne en faveur des Personnes handicapées. De la définition du handicap à la mise en œuvre d'une stratégie », p.26 ; voir aussi les différentes définitions proposées par les Règl. (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2007 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens, *JOUE*, n° L 204/1 du 26 juillet 2006; Règl. (UE) n° 1177/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 concernant les droits des passagers voyageant par mer ou par voie de navigation intérieure et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004, *JOUE*, n° L 334/1 du 17 décembre 2010 ; aussi le Règl. (UE) n° 181/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004, *JOUE*, n° L 55/1 du 28 février 2011, ou encore le Règl. (UE) n° 1300/2014 de la Commission du 18 novembre 2014 sur les spécifications techniques d'interopérabilité relatives à l'accessibilité du système ferroviaire de l'Union pour les personnes handicapées et les personnes à mobilité réduite, *JOUE*, n° L 356/110 du 12 décembre 2014.

²²⁹ La Direction ferroviaire de Transdev comprend l'objectif des instances européennes à vouloir généraliser le mécanisme de billets directs afin d'éviter que les entreprises ferroviaires dominantes sur le marché empêchent de nouvelles entreprises qui ne peuvent proposer de billets directs d'y accéder. Cependant, en absence d'un véritable système commun d'informations et de billetterie, aspects qui sont traités au sein du quatrième paquet ferroviaire, il nous semble plus réaliste de maintenir la vente des billets directs à travers un système d'accord entre les entreprises ferroviaires. Autrement dit, en absence d'une véritable synergie européenne quant aux informations de transport et à la mise en œuvre d'un véritable guichet unique, la responsabilité des entreprises ferroviaires devait être assumée par celles-ci uniquement sur les voyages dont elles maîtrisent effectivement le nombre et la durée des correspondances.

les opérateurs : la clarification du fonctionnement des mécanismes de billetterie directe, la mise en œuvre d'un système commun de circulation d'informations et/ou données de transport, l'aboutissement d'un véritable guichet unique, la proposition d'un système harmonisé de billetterie dématérialisée et l'édification d'un réseau européenne de distribution, coordonnée et homogène etc. Le 1^{er} octobre 2020, le Parlement européen et le Conseil sont parvenus à un accord politique provisoire qui renforce les droits des voyageurs ferroviaires à travers l'établissement d'un socle minimale de droit des voyageurs en ce qui concerne les espaces vélos, les billets directs et les droits des personnes à mobilité réduite²³⁰. L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux a des conséquences sur les droits de voyageurs. Alors que plusieurs opérateurs ferroviaires exploitent le réseau national, les voyageurs peuvent raisonnablement s'attendre à bénéficier d'une information horaire accessible de l'ensemble de services proposés (régionaux, nationaux, internationaux). En France, lorsque des tarifs sociaux sont fixés par les textes réglementaires ou législatifs à charge de l'exploitant historique, les voyageurs pourront prétendre à une application identique des réductions sociales à l'ensemble des opérateurs ferroviaires²³¹. Les enjeux de l'ouverture à la concurrence sont ainsi substantiels pour les opérateurs ferroviaires s'ils souhaitent répondre à ces attentes. S'agissant par exemple de l'information horaire, les opérateurs nouveaux entrants doivent « *s'insérer dans des dispositifs d'information existants, notamment les guides et sites d'information régionaux et nationaux* »²³². De manière analogue, et bénéficiant de l'appui des autorités organisatrices de transports, ils doivent pouvoir accéder à un dispositif de distribution de billetterie intégrée et interopérable entre les opérateurs. A ce titre, la protection des droits des voyageurs telle qu'initiée au niveau européen et la conception des outils innovants permettant une information horaire, une distribution et un partage de responsabilités claires entre les opérateurs dans une optique d'interopérabilité constituent des pré-requis de la réussite de l'espace ferroviaire unique européen et de la libéralisation du secteur.

²³⁰ Site Europa, Communiqué de presse, « Better and more robust rights for rail passengers », 1^{er} October 2020.

²³¹ DEBRINCAT (M.), PENIGUEL (A.), « Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires et droits des voyageurs : l'analyse de la Fnaut », Décembre 2011, p.64.

²³² *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

79. La Commission européenne s'est engagée depuis environ trente ans dans une démarche proactive de développement et de consolidation de la politique européenne de transport favorisant ainsi l'émergence d'un droit « *homogène dans lequel il devient aisé de se repérer* »²³³ et qui permet un rapprochement des modes de transport divers « *pour faire jouer un benchmarking juridique stimulant* »²³⁴. La création de l'espace ferroviaire unique européen est l'expression de l'europanisation des services publics des transports ferroviaires de voyageurs, de l'interopérabilité, de l'harmonisation sociale, de la sécurité et la sûreté ferroviaire et de la protection des droits des voyageurs ferroviaires.

80. L'approche européenne intégrée intra et intermodale, vecteur de l'ouverture à la concurrence progressive et régulée des marchés, est favorable aux opérateurs alternatifs de transport dans la mesure où elle entend poser des conditions équitables de concurrence pour les différents modes de transport, comme la suppression des frontières intérieures, des entraves juridiques, administratives et réglementaires à l'exploitation ferroviaire et harmoniser les systèmes de tarification. Compte tenu des efforts de rapprochement des législations nationales, les opérateurs ferroviaires (historiques et alternatifs) sont encouragés à pénétrer d'autres marchés nationaux que leur territoire d'origine. Le nombre de nouveaux entrants sur le marché de transport ferroviaire de voyageurs est important en Europe²³⁵. La multiplication et la diversité de profils des opérateurs ferroviaires apparaissent ainsi comme des indices d'une concurrence européenne effective et réelle. En effet, il existerait en 2018 cinq cent trente-cinq opérateurs ferroviaires présents sur les marchés européens de fret et des transports ferroviaires de voyageurs, dont trois cent cinq spécialisés sur le fret, cent soixante-neuf dans le transport de voyageurs et enfin soixante-et-un sur les deux spécialités²³⁶. Le caractère optimal de l'espace ferroviaire unique européen semble donc établi, mais il sera confirmé à l'avenir par une participation effective des opérateurs notamment en France et par la levée des barrières persistantes à l'accès.

²³³ GRARD (L.), « Fasc. 1130 : Droit européen des transports », *JurisClasseur Europe Traité*, 1^{er} juin 2019. Propos en référence aux travaux de GRARD (L.), « Les transports, la construction européenne mue par des forces d'origines diverses », Colloque du cinquantenaire du Traité de Rome, Les trajectoires de l'Europe, 16 et 17 mars 2007, Dalloz, 2008, p.209.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ PLISSON (H.), « L'ouverture à la concurrence en Europe : les bons chiffres », Site de la Fondation IFRAP, Think Thank dédié à l'analyse des politiques publiques, 5 avril 2018.

²³⁶ *Ibid.*

PREMIÈRE PARTIE LES CONTRAINTES D'ACCES AU RÉSEAU FERROVIAIRE

81. Le rapprochement des législations ferroviaires nationales par les normes de droit dérivé n'est pas parvenu à supprimer les contraintes d'accès des opérateurs de transport aux réseaux ferroviaires. Ces contraintes ou barrières à l'entrée - de nature économique, administrative, réglementaire, technologique - modifient la dynamique concurrentielle sur le marché, consolidant, d'un côté la position des opérateurs historiques, et, de l'autre côté, risquant de dissuader les nouveaux entrants à accéder au marché. La conséquence de l'existence de ces barrières d'accès est ainsi colossale pour les opérateurs alternatifs, qui au regard des coûts substantiels qu'elles génèrent, peuvent décider de renoncer à se positionner sur le marché.

82. La gouvernance ferroviaire se caractérise par une hétérogénéité des modèles au sein de l'Union européenne (**Titre I**). Elle est susceptible de compromettre la concurrence effective lorsque le gestionnaire d'infrastructure ne présente pas suffisamment de garanties d'accès des nouveaux entrants aux réseaux de manière équitable, transparente et non discriminatoire. Pour cela, l'architecture institutionnelle, organisationnelle et fonctionnelle des gestionnaires d'infrastructure doit présenter une étanchéité absolue vis-à-vis des entreprises ferroviaires. Si la diversité des modèles ferroviaires risque de représenter une contrainte pour les opérateurs alternatifs à pénétrer les marchés ferroviaires, ils sont aussi inévitablement confrontés à une multiplicité des barrières administratives à l'entrée issues principalement de la complexité et de l'exhaustivité des règles nationales d'accès aux réseaux et aux installations essentielles (**Titre II**). Enfin, l'existence des barrières à l'entrée « *facilite de surcroît l'émergence de comportements opportunistes de la part des entreprises déjà présentes sur le marché.* »²³⁷. La loyauté concurrentielle des exploitants historiques (**Titre III**) apparaît ainsi comme une condition *sine qua non* de la concurrence ferroviaire effective.

²³⁷ ARAFER, « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Lever les obstacles pour une ouverture à la concurrence réussie », mars 2018, p.28.

TITRE 1 LA DIVERSITÉ DES MODÈLES FERROVIAIRES EN EUROPE

83. Pour que la concurrence sur le marché ferroviaire en aval soit réelle et effective, le droit européen a permis l'émergence d'un modèle de gouvernance ferroviaire basé sur la dissociation des activités de gestion d'infrastructure et d'exploitation des transports ferroviaires.

84. Si les États membres de l'Union européenne ont intégré le principe de dissociation des activités dans leurs architectures institutionnelles du secteur, il y a une diversité des modèles ferroviaires nationaux (**Chapitre 1**), chacun préservant à sa manière et dans des degrés variables, l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. Condition d'un marché véritablement concurrentiel, garantie d'égalité de traitement des concurrents et de suppression de risque d'entrave à l'ordre concurrentiel, la gouvernance ferroviaire centrée sur l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure conditionne le comportement et les stratégies d'accès des opérateurs alternatifs. Ces derniers opteront ainsi pour une exploitation ferroviaire en *open access* ou bien pour une exploitation des services ferroviaires conventionnés (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 LA DIVERSITÉ DES MODÈLES DE GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN EUROPE

85. Le modèle de gouvernance ferroviaire admis par le droit européen est fondé sur le principe de séparation de l'activité de gestion de l'infrastructure et de l'exploitation de services de transport. L'accès au réseau et aux installations essentielles détenues par les gestionnaires d'infrastructures doit se faire de manière équitable, transparente et non discriminatoire au profit de tous les sollicitants des capacités ferroviaires. L'architecture institutionnelle du secteur doit garantir une séparation comptable du gestionnaire d'infrastructure afin d'éviter les flux comptables et financiers entre les gestionnaires d'infrastructures et les exploitants dans l'objectif d'empêcher les subventions croisées. D'un point de vue procédural, il est essentiel que la gouvernance ferroviaire offre des garanties de confidentialité des informations sensibles transmises par les opérateurs aux gestionnaires d'infrastructure. De manière analogue, les structures de décisions des gestionnaires d'infrastructures ne doivent pas intégrer du personnel appartenant à l'opérateur ferroviaire historique. L'étanchéité du gestionnaire d'infrastructure par rapport à l'exploitant historique présente désormais des enjeux stratégiques colossaux pour les nouveaux entrants, en particulier en termes de filialisation.

86. La gouvernance ferroviaire nationale n'est pas en soi un indice du degré d'ouverture à la concurrence du secteur. En revanche, elle est susceptible de favoriser l'émergence des risques anticoncurrentiels. L'absence d'une autonomie institutionnelle et procédurale des gestionnaires d'infrastructures vis-à-vis des opérateurs et surtout de ceux historiques peut dissuader les opérateurs alternatifs à choisir d'accéder aux marchés ferroviaires. Ces derniers pourraient ainsi légitimement considérer que l'opérateur historique bénéficie des conditions d'accès davantage favorables. La sanction de SNCF Fret par l'Autorité de la concurrence pour l'utilisation sur le marché en aval des informations obtenues en sa qualité de gestionnaire délégué d'infrastructure témoigne du risque réel des pratiques anticoncurrentiels par des opérateurs qui entretiennent un quelconque rapport avec le gestionnaire d'infrastructure. L'absence d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure peut être tellement grave pour les opérateurs alternatifs que le verrouillage d'un marché en amont peut générer un verrouillage du marché en aval.

87. Alors qu'il y a une diversité des modèles de gouvernance ferroviaire en Europe qui témoignent des différents degrés de séparation des gestionnaires d'infrastructure (**Section 1**),

la gouvernance ferroviaire de la France fut longtemps en marge des exigences européennes (Section 2).

SECTION 1. LA COEXISTENCE DE DIFFÉRENTS MODÈLES DE GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN EUROPE

« La longue sédimentation législative »²³⁸ européenne impose aux États membres de garantir par des mesures progressivement exigeantes, la séparation entre le gestionnaire d'infrastructure et les exploitants ferroviaires. Alors que des pays ont opté pour la mise en œuvre d'une entité juridiquement indépendante en charge de la gestion de l'infrastructure ferroviaire (§1), d'autres ont choisi une gouvernance ferroviaire intégrée (§2).

§1. Le modèle de gouvernance ferroviaire séparé absolu

Si la directive 91/440/CEE imposait *a minima* une séparation comptable des activités de gestion d'infrastructure et d'exploitation des services ferroviaires, certains États membres sont allés plus loin dans la transposition de ces mesures en privatisant le gestionnaire d'infrastructure (A) ou en lui créant une structure juridiquement et fonctionnellement indépendante de l'opérateur historique (B).

A. *La séparation structurelle du gestionnaire d'infrastructure britannique sur le fond de sa privatisation*

88. **La transposition du cadre légal ferroviaire européen en droit britannique.** Le cadre juridique de l'industrie ferroviaire est principalement régi par les Railways Act dans ses versions des années 1993²³⁹ et 2005 et par la Railways and Transport Safety Act de l'année 2003. La directive 2012/34 / UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire européen unique est déclinée en Grande-Bretagne à travers le règlement de l'année 2016 intitulé The Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings Regulations) qui a révoqué et

²³⁸ GRARD (L.), « L'espace ferroviaire unique européen : des réalités ou des chimères ? », dans C. RAPAPORT, *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalités ?*, Bruylant, 2015, p. 337, pp.362.

²³⁹ L'acte intitulé Railways Act adopté en 1993 prévoyait la nomination et les fonctions d'un régulateur ferroviaire et d'un directeur du franchissage (Director of Passenger Rail Franchisings), ainsi que l'établissement de comités consultatifs des utilisateurs ferroviaires. L'acte prenait en outre de nouvelles dispositions relatives à la fourniture de services ferroviaires. L'acte faisait également état des modalités d'accès au réseau, de l'obtention des licences ferroviaires, ainsi que du fonctionnement du régime des franchises pour le transport ferroviaire de voyageurs. Cette loi a fait l'objet d'amendements successifs, d'abord à travers le Transport Act 2000, ensuite, en 2003, grâce au Railways and Transport Safety Act et enfin, en 2005, grâce à Railways Act 2005.

modifié le règlement The Railways Infrastructure (Access and Management) de 2009, lui-même modifiant le règlement nommé The Railways Infrastructure (Access and Management) de l'année 2005. En outre, l'Acte de 2016 a également modifié les modalités d'attribution des licences ferroviaires apportant des amendements à l'acte The Railways (Licensing of Railway Undertaking) datant de l'année 2005.

89. Privatisation, nationalisation et privatisation des transports ferroviaires britanniques. Bien qu'initialement les chemins de fer britanniques aient été construits grâce à des capitaux privés, fortement subventionnés par le Parlement britannique et substantiellement régulés par le Railways Act de 1921, ils furent nationalisés en 1947²⁴⁰. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 1948 les quatre liaisons ferroviaires principales ainsi que presque toutes les autres entreprises ferroviaires furent conférées à la British Transport Commission²⁴¹. Les déficits structurels du secteur²⁴² après de décennies de nationalisation ont conduit, néanmoins, les décideurs politiques à s'interroger sur l'opportunité de privatiser l'industrie ferroviaire et donc, à refaire appel au secteur privé pour gérer les chemins de fer. Alors que d'autres industries en réseaux avaient été privatisées telle que British Airways en 1983, British Cas et British Telecom en 1986, British Rail, l'opérateur historique à l'origine verticalement intégré et monopole public à la fois détenteur de l'infrastructure (voies, dépôts et stations), du matériel roulant et de l'exploitation, figure parmi les derniers opérateurs historiques à être privatisés. Si Margaret Thatcher, promotrice du courant néo-libéral en Europe, s'était opposée à cette idée²⁴³, la privatisation est finalement intervenue à l'initiative du gouvernement conservateur de John Major à la suite des élections de 1992 avec la promesse de « *libérer les industries nationalisées de la bureaucratie et de l'intervention politique et de remplacer ces forces par les disciplines du marché, dans l'espoir que cela conduirait à une plus grande efficacité, à des coûts unitaires inférieurs et à une meilleure allocation des ressources* »²⁴⁴. Presque trois décennies après la

²⁴⁰ Transport Bill 1946 et Transport Act 1947. Les transports ferroviaires ont été nationalisés et conférés au British Transport Commission.

²⁴¹ Stephenson Locomotive Society, "British Railways. The New Organization", *North Eastern Branch Library*, p.7.

²⁴² GOURVISH (T.), ANSON (M.), *British Rail 1974-97 From integration to Privatization*, Oxford University Press, 202, p.736.

²⁴³ WOLMAR (C.), *The privatisation of British Rail had nothing to do with trying to make trains better*, *New Stateman*, 5 november 2018.

²⁴⁴ HAYLEN (A.), BUTCHER (L.), "Rail structures, ownership and reform", House of Commons Library, 27 July 2017, p.44.

privatisation, les sondages montrent qu'une majorité des interviewés, « *bamboozled about the privatised railways* », préféraient un retour à la nationalisation des chemins de fer²⁴⁵.

90. **La privatisation de l'infrastructure ferroviaire britannique.** A la suite de l'adoption du *Railways Act* en 1993, British Rail, fut ainsi privatisé et démantelé,²⁴⁶ en une multitude d'unités qui ont fait, par la suite, l'objet d'appels d'offres remportés par le plus offrant dans le cadre de franchises à durée déterminée²⁴⁷. Les activités de gestion d'infrastructure et d'exploitation des transports ferroviaires ont été dissociées. Railtrack fut ainsi créée en 1994, privatisée en 1996 et ensuite reprise, à la suite de sa faillite par Network Rail en 2002. Si British Rail a cessé d'exister en tant que fournisseur de services ou d'infrastructure ferroviaires, la société a continué d'exister pour gérer certains passifs sans possibilité de participer aux appels d'offres des franchises²⁴⁸. Selon le Professeur Andrew Smith, si d'autres pays européens avaient opté pour une séparation verticale totale des activités, la privatisation de l'infrastructure ferroviaire est une spécificité du système britannique²⁴⁹. La privatisation de l'industrie ferroviaire couplée à la dissociation des activités explique la physionomie institutionnelle actuelle du secteur ferroviaire britannique.

91. **De Railtrack à Network Rail.** Créée en 1994, en tant que société publique, et privatisée par le gouvernement conservateur en 1996, Railtrack était une société privée qui avait pour objectif de détenir la propriété de l'infrastructure et d'accomplir toutes les diligences nécessaires en vue de son développement. Railtrack devait garantir l'accès des opérateurs ferroviaires au réseau (vingt-cinq compagnies à l'époque), dans le cadre de contrats de franchises. Malgré ses excellents résultats financiers les premières années, la capacité de Railtrack d'améliorer l'infrastructure et garantir la sécurité ferroviaire a souvent été remise en question²⁵⁰, notamment en raison de l'apparente incohérence entre ses choix sociétaux,

²⁴⁵ BOWMAN (A.), FOLKMAN (P.), FROUD (J.), JOHAL (S.), LAW (J.), LEAVER (A.), MORAN (M.), WILLIAMS (K.), "The Great Train Robbery: Rail Privatisation and After", Public Interest Report, 7 June 2013, p.167.

²⁴⁶ La section 1 du Transport Act 1962 créait British Rail en tant qu'entreprise publique succédant à la Commission de Transport Britannique elle-même créée en 1948 (cf. Competition Market Authority, « Competition in passenger rail services in Great Britain », 17 July 2015, p.161)

²⁴⁷ DIXON (J.), JOYNER (M.), "Privatization of British Rail: the Holy Grail or a Poisoned chalice?", *Administrative Theory & Praxis*, Vol. 22, N° 3, 2000: 630-34; aussi BRADSHAW (B.), "The privatization of railways in Britain", *Japan Railways and Transport Review*, September 1996, p.7.

²⁴⁸ SMITH (A.), "Liberalisation of passenger rail services. Case study-Britain", Centre on Regulation in Europe (CERRE), 6 December 2016, p.35.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ GLASS (A.), "The rise and fall of Railtrack : an event study", *Journal of Applied Economics*, Vol.43, 2011, Issue-23, pp. 3143-3153; aussi Article de presse, "Railtrack Disaster -Millions Lost, Private Eye, n°987, 15 October 1999; pour le "catalogue des symptômes" de Railtrack voir par exemple, "Project Ariel: whether and how

protégeant ses actionnaires et le respect des obligations de service public²⁵¹. La Professeure Lisa Whitehouse rappelle les critiques adressées par le régulateur ferroviaire à l'égard du programme d'investissement de Railtrack. En effet, bien que Railtrack démontrait avoir investi dans la maintenance et le renouvellement de l'infrastructure, ses obligations de performances « au-delà des exigences résultant de ses contrats commerciaux », fixées dans Network Licence n'étaient pas respectées et Railtrack ne montrait aucune volonté de maximiser son profit au-delà des termes définis dans ces contrats. Par ailleurs, son schéma de financement était problématique. Si Railtrack ne disposait pas d'aides d'État, la plupart de ses recettes provenaient des redevances d'accès/utilisation de l'infrastructure des entreprises ferroviaires, elles-mêmes lourdement subventionnées par l'État. Cela revenait à une situation où Railtrack était indirectement subventionné alors que la société ne déployait pas d'efforts suffisamment soutenables de performance ferroviaire. Enfin, selon la Professeure Whitehouse, la segmentation de l'industrie ferroviaire en activités de gestion et d'exploitation d'infrastructure avait rendu très difficile la mission de Railtrack à maintenir des niveaux de sécurité ferroviaire homogènes dans le pays. Cette défaillance fut dénoncée par l'accident d'Hatfield le 17 octobre 2000 qui avait causé le décès de quatre passagers suite au déraillement d'un train après la rupture d'un rail²⁵². Un plan coûteux avait été initié pour remplacer les rails défectueux, avec un plan (National Rail Recovery Plan) qui dépassait largement les prévisions de Railtrack, contraint de solliciter l'aide financière du gouvernement²⁵³.

92. C'est dans ce contexte que l'État anglais a souhaité modifier le schéma de financement²⁵⁴ de Railtrack. Sur le fond d'échanges tendus avec le gouvernement jusqu'au mois d'Octobre 2001, le secrétaire du ministre des Transports de l'époque, Stephen Byers, avait décidé de ne pas subventionner Railtrack²⁵⁵. Suite à une pétition du gouvernement auprès de la

to restructure the industry. Questions to be addressed by advisers with evidence and analysis", Railways Archives, 31 July 2001, p.6.

²⁵¹ WHITEHOUSE (L.), "Railtrack is dead - Long live Network Rail? Nationalization under the Third Way", *Journal of Law and Society*, Vol.30, n°2, June 2003, pp.217-35.

²⁵² Health and Safety Executive, *Hatfield Derailment Investigation. Interim recommendations of the Investigation Board*, August 2002, p.8; aussi Site Rail Safety and Standards Board, *Hatfield report and recommendations*, 16 November 2004.

²⁵³ Selon WHITEHOUSE, le National Rail Recovery Plan fut initialement estimé à 250 millions de livres sterling, mais en janvier 2001, Railtrack annonça l'augmentation des dépenses à 650 millions de livres. En août 2001, Railtrack sollicita de la part du gouvernement britannique le versement d'aides ainsi que la suspension des mesures de régulation applicables à son égard.

²⁵⁴ STITTLE (J.), "Regulatory control of the track access charges of Railtrack Plc", *Public Money & Management Journal*, Vol.22, 2002 -Issue-1, pp.49-54

²⁵⁵ DfT, *Notes of Meeting Held with the Chairman of Railtrack on June 2001*, Railway Archive, 5 July 2001, p.2; DfT Notes of July 25th 2001 Meeting with Railtrack, Railway Archive, 30 July 2001; aussi DfT, *Notes of Meeting Held with the Chairman of Railtrack on 5 October 2001*, Railway Archive, 6 October 2001, p.3, Extrait : "The

High Court le 7 octobre 2001, Railtrack fut mise sous contrôle de l'administration des chemins de fer²⁵⁶ et vendue le 3 octobre 2002 à Network Rail, société privée sans but lucratif.

93. **Network Rail : le chemin de l'émergence d'une économie mixte.** Pour dépasser l'échec de Railtrack, son successeur devait impérativement adopter une structure organisationnelle lui permettant d'agir dans le respect des obligations de service public. Après l'inventaire de l'état de l'infrastructure, il lui fallait chiffrer les coûts de maintenance et de renouvellement, les investissements pour éviter qu'un accident, comme celui d'Hatfield se reproduise, et mettre en œuvre une politique de management axée sur l'efficacité et l'identification de projets d'investissements²⁵⁷.

94. C'est ainsi, que l'activité d'infrastructure ferroviaire britannique a été reprise en 2002 par Network Rail Infrastructure Limited, ci-après « Network Rail », société privée dont le gouvernement britannique était actionnaire, et dont la société mère était le Ministère des transports. Network Rail est une société à responsabilité limitée par garantie qui possède, exploite, entretient et développe le réseau ferroviaire principal en Grande-Bretagne. Elle gère les voies ferrées, les systèmes de signalisation et d'électrification, les ponts, les tunnels, les passages à niveau et les viaducs. Network Rail gère également dix-huit parmi les plus grandes gares²⁵⁸. Elle opère en tant qu'entreprise commerciale, sans pour autant bénéficier

Government had said in its April agreement with Railtrack that it stood behind the railways, not individual companies. The Secretary of State had decided that Government could not offer additional financial support to Railtrack. The Secretary of State said it appeared the company was insolvent. If so, the Government's preferred approach now would be to reach agreement with railtrack that the company should enter railway administration"; ou encore DfT Notes of Meeting Held on 5 October 2001 between Stephen Byers and Tim Winsor, Railway Archive, 6 October 2001, p.3. Extrait "7. *The Secretary of State said he had decided earlier that afternoon that he was not prepared, in the public interest, to offer additional financial support to Railtrack*".

²⁵⁶ Transport Local Government Regions, News release, "Railtrack placed in administration Byers proposes a private company without shareholders but with the interests of the travelling public as its top priority", 7 October 2001; aussi Statement by Stephen Byers on Railtrack Shareholder Compensation, News Release, 11 October 2001, Railway Archive, p.1.

²⁵⁷ Whitehouse précise qu'au moment de sa reprise, pour un montant de 500 millions des livres, Railtrack avait des dettes s'élevant à 7.1 milliards de livres. Ces dettes incluait un prêt de 1 milliard de livres contracté auprès de la Banque Européenne d'Investissement (BEI) et de la banque allemande Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Les 6.1 milliards restant provenaient de crédits-relais accordés par différentes banques. Le gouvernement britannique avait assuré Network Rail de sa volonté d'honorer une partie des prêts si Network Rail se retrouvait dans l'incapacité de les honorer elle-même. De même, une partie des prêts était garantis par le Strategic Rail Authority (SRA) en capacité, selon Whitehouse, d'injecter 4 milliards de livres sous forme de *standby loans*. Le Secrétaire d'État avait indiqué « *qu'il interviendrait en temps utiles pour s'assurer que des fonds seraient disponibles au profit de SRA ou de tout successeur* » afin de confirmer que des moyens financiers seraient mobilisés pour garantir le succès de Network Rail.

²⁵⁸ Birmingham New Street, Bristol Temple Meads, Edinburgh Waverley, Glasgow Central, Leeds, Liverpool Lime Street, London Bridge, London Cannon Street, London Charing Cross, London Euston, London King's Cross, London Liverpool Street, London Paddington, London St. Pancras International (Midland Road), London Victoria,

d'actionnaires, et des membres de la société siègent en conseil d'administration pour prendre des décisions relatives à la direction et à la gestion de l'entreprise²⁵⁹. Le conseil rend compte directement aux membres de la société. Ils disposent de droits similaires à des actionnaires mais ne bénéficient d'aucune participation, ni dividendes, ni capital social ou toute autre forme de paiement de la part de Network Rail (sauf l'indemnisation des frais de déplacement²⁶⁰). Les bénéfices de la société sont injectés dans le réseau ferroviaire.

95. Suite aux modifications des réglementations de comptabilité européenne et à la demande de l'Office for national statistics²⁶¹, Network Rail a été reclassée organisme gouvernemental central²⁶² le 1^{er} septembre 2014. Network Rail est devenu un organisme indépendant rattaché au Ministère des Transports²⁶³. Cela a eu pour conséquence l'inscription de la dette nette de la compagnie (environ 30 milliards d'euros) au bilan comptable du gouvernement britannique²⁶⁴. Conformément au Document de référence du réseau, Network Rail gère tous les aspects liés aux conditions d'accès au réseau ferré britannique, attribue les capacités d'utilisation du réseau, régit les aspects liés à l'infrastructure elle-même, les services proposés, ainsi que les principes de tarification et de redevances dues par les opérateurs. Les compagnies ferroviaires concluent avec Network Rail des contrats d'accès au réseau intitulés *Track Access Agreements*, ci-après « TAAs » qui détaillent les obligations des contractants quant aux prix et aux caractéristiques des sillons mis à disposition par le gestionnaire d'infrastructure. Le gestionnaire d'infrastructure peut se retrouver dans l'obligation de verser des montants compensatoires s'il décide de limiter l'accès au réseau, montants cependant plafonnés par le TAA. Du côté de l'opérateur, des montants compensatoires doivent également figurer dans le TAA pour combler

London Waterloo (excluding Waterloo East and Waterloo International, Platforms 23 and 24), Manchester Piccadilly, Reading.

²⁵⁹ BOUF (D.), CROZET (Y.), LEVEQUE (J.), ROY (W.), « Étude comparée des systèmes de régulation ferroviaire : Grande-Bretagne, France et Suède. Analyse des règles du jeu de leur mise en œuvre, Enseignements pour la France », *Hal*, 2005, p.48. Les auteurs proposent deux analyses pour la détermination du statut de Network Rail : « -Network Rail peut être perçu comme un « EPIC à la sauce britannique ». Bien qu'officiellement il soit de statut privé, le GI ne dispose pas d'actionnaire, mais de 114 membres dont 84 sont issus du secteur public. Majoritaires pour contrôler le board, les agents publics veilleraient à ce que Network Rail agisse en faveur de l'intérêt collectif. La re-nationalisation du GI traduit la reprise en main par l'État des activités ferroviaires stratégiques. - Network Rail peut inversement être perçu comme un GI intégré aux EF. Bien que celles-ci soient minoritaires parmi les membres du GI, l'éparpillement des droits entre les 84 représentants du secteur public inégalement concernés par la gestion d'infrastructures ferroviaires, laisse la part belle aux EF pour exercer le contrôle effectif de cet acteur stratégique. On peut considérer qu'il y a ré-intégration du GI aux EF. ».

²⁶⁰ Network Rail, le Document de référence du réseau, 2016 p.8

²⁶¹ Institut national britannique des statistiques de nature économique, sociale et démographique.

²⁶² Network Rail Framework Agreement, September 2014, pp.40

²⁶³ Competition and Markets Authority, *Competition in passenger rail services in Great Britain. A discussion document for consultation*, 17 July 2015, pp. 161

²⁶⁴ Competition and Markets Authority, *Competition in passenger rail services in Great Britain. A discussion document for consultation*, 17 July 2015, pp. 161, précité note 84.

l'éventuelle inexécution de ses obligations. Les activités de Network Rail sont régulées par l'Office of the Rail Regulation²⁶⁵.

96. **Un système ferroviaire dynamisé par une multitude d'acteurs.** Plusieurs acteurs assumant des rôles bien définis et endossant des responsabilités précises sont actuellement actifs sur le marché ferroviaire. Au Royaume-Uni, l'autorité organisatrice du transport est le ministère des Transports (DfT). Néanmoins, en Ecosse et au Pays de Galles, la compétence d'organisation des transports est partagée entre le ministère des Transports et l'exécutif écossais, alors qu'à Londres, l'autorité organisatrice du transport est le Transport for London (TfL)²⁶⁶. Avant 2006, les fonctions liées à la stratégie du secteur étaient assurées par une institution publique créée en 2001 par le Transport Act 2000, intitulée *Strategic Rail Authority* ci-après « SRA ». Elle avait pour objectif d'orienter la stratégie du secteur, sous l'autorité du gouvernement, d'attribuer et de contrôler les franchises ferroviaires. La SRA n'existe plus aujourd'hui. Depuis 2006, il incombe au ministère des Transports via le *DfT's Rail Group* d'assurer la gestion du secteur ferroviaire. Intégré au ministère, DfT's Rail Group dispose de près de 16 milliards de livres de fonds gouvernementaux pour atteindre l'objectif d'« amener les chemins de fer britanniques dans le futur ²⁶⁷ ». Ainsi, le ministère des Transports britanniques, via DfT's Rail Group, définit la stratégie des pouvoirs publics pour le secteur ferroviaire²⁶⁸, assure son financement²⁶⁹ et gère le processus d'attribution des franchises²⁷⁰.

²⁶⁵ Voir Partie 2, Titre II Chapitre 1.

²⁶⁶ En plus des AOT citées, il convient d'ajouter Merseyside Passenger Transport Executive (PTE) qui dispose du pouvoir de définir et gérer la franchise principale dans cette zone. Merseyside Passenger Transport Executive (MPTE) est une structure créée suite au Transport Act 1968 qui exploite le service ferroviaire sous l'enseigne Merseytravel. Elle agit en tant que « *bras exécutif de Merseyside Integrated Transport Authority (MITA), elle reçoit des fonds de la part de MITA sous forme d'emprunts, de revenus et de capital, pour financer ses dépenses nettes et accomplir les fonctions fixées par MITA* » [Traduction libre], Extrait Merseyside Passenger Transport Executive Statement of Accounts For the year ended 31 March 2013. Ces développements reflètent une certaine diversification des AOT britanniques et font état de « *structures [qui] peuvent prendre les meilleures décisions lorsqu'il s'agit de choisir entre le transport ferroviaire et les autres modes de transport, de développer le transport ferroviaire national urbain/régional, ainsi que d'adopter des stratégies de transport mieux adaptées* », [Traduction libre], Extrait SMITH (A.), Centre on Regulation in Europe, *Liberalisation of passenger rail services, Case study – Britain*, 18 October 2016 pp.33.

²⁶⁷ Site internet Rail Group.

²⁶⁸ Concernant les objectifs poursuivis par le Ministère des Transports à travers le programme des franchises, il est bon de souligner ceux énumérés par ministère lui-même sur le site internet de l'institution. En effet, à travers le système des franchises, le Service Passager du Ministère des Transports, souhaite « *encourager un marché ferroviaire concurrentiel qui garantit des services performants et rentables pour les passagers et les contribuables tout en réduisant les rapports coûts –efficacité. Nous visons à stimuler l'innovation afin de promouvoir notre vision d'un chemin de fer de classe mondiale qui crée des opportunités pour les personnes et les entreprises, notamment en favorisant l'amélioration continue de l'expérience des passagers et en stimulant l'efficacité et la durabilité du chemin de fer* ». [Traduction libre].

²⁶⁹ Office of Rail and Road, "UK Rail industry Financial Information 2015 – 16", 22 February 2017.

²⁷⁰ Le Ministère des Transports se réfère à un guide public dictant les règles à respecter relatives à la définition et à l'attribution de franchises. Ce guide, produit par le Department for Transport, est intitulé « A guide to the

B. La séparation verticale complète des activités ferroviaires en Roumanie

97. L'organisation institutionnelle ferroviaire en Roumanie se rapproche du modèle qui existait en France avant 2014. La Roumanie a été un des premiers pays d'Europe centrale à adopter le premier paquet ferroviaire. La réorganisation structurelle du secteur et une politique d'investissements conséquents, ont favorisé la modernisation du tronçon national du corridor IV²⁷¹, la réhabilitation de nombreux wagons et de locomotives et l'achat de nouvelles rames automoteur).

98. **Le démantèlement en unités indépendantes de la Société Nationale des Chemins de Fer Roumains (SNCFR).** En 1998, sur la base de l'article 45 de l'Ordonnance d'urgence n°12/1998 relative au transport ferroviaire roumain et à la réorganisation de la Société nationale des chemins de fer roumains, le gouvernement roumain a pris la Décision gouvernementale n°581 du 10 septembre 1998 suite à laquelle la Société Nationale des Chemins de Fer Roumains (SNCFR) a été divisée en cinq entités indépendantes :

(1) CFR *Infrastructura* (le gestionnaire d'infrastructure),
(2) CFR *Calatori* (l'exploitant ferroviaire),
(3) CFR *Marfa* (l'opérateur de transport ferroviaire de fret),
(4) CFR *Gevaro* (le gestionnaire des services de restauration dans les trains de voyageurs).

(5) La Société d'administration des actives ferroviaires (en roumain *Societatea de Administrare Active Feroviare* (S.A.A.F)) est la cinquième entité indépendante.

99. **CFR Calatori : une activité hors monopole public.** Conformément à l'article 5 de son statut, CFR Calatori « est chargé de l'exécution du transport ferroviaire de voyageurs dans le but de satisfaire l'intérêt public national, ainsi que les besoins sociaux et de défense du pays,

railway franchise procurement process ». Ce guide présente de manière succincte le processus suivi par le DfT lors de l'attribution des franchises dans le respect des obligations lui incombant en vertu du Railways Act de 1993 amendé en 2005.

²⁷¹ Le Corridor IV est l'un des corridors de transport paneuropéens. Il se déroule entre Dresde / Nuremberg en Allemagne et Thessalonique (Grèce) / Constanța (Roumanie) / Istanbul (Turquie). Le couloir suit le parcours: Dresde / Nuremberg - Prague - Vienne - Bratislava - Győr - Budapest - Arad - Bucarest - Constanța / Craiova - Sofia - Pernik - Thessalonique ou Plovdiv – Istanbul ; Article de presse, « Romania focuses on the modernisation of Corridor IV », dans Railway pro, publié le 24 novembre 2011.

en recherchant le profit »²⁷². C.F.R. Calatori, l'opérateur ferroviaire historique a été établi par la décision gouvernementale n° 584/1998²⁷³, modifiée et complétée par les décisions gouvernementales n°274 /2001²⁷⁴ et n°1199/2002²⁷⁵. L'opérateur est organisé sous forme de société anonyme et l'État est le seul actionnaire²⁷⁶. CFR Calatori fournit des services de transport ferroviaire sur la base d'un contrat de services publics conclu avec le Ministère des Transports pour la période 2016-2020²⁷⁷. Ce contrat a été approuvé par le gouvernement roumain (décision n°231/2016) et a été modifié par avenants successifs après l'approbation de la loi des finances.

100. En Roumanie, le transport ferroviaire de voyageurs n'est pas organisé sous forme de monopole public. Pourtant CFR Calatori, l'opérateur ferroviaire historique se maintient en tête du marché ferroviaire de voyageurs roumain, malgré la présence d'autres exploitants ferroviaires sur le marché²⁷⁸. En effet, l'opérateur public détenait 82% du marché en 2015, Régiotrans, le principal opérateur privé 10%, Transferoviar Voyageurs, 5%, Interregional 2%, Softrans, 0,84%, alors que 0,10% étaient détenus par les autres opérateurs ferroviaires minoritaires – Vest Trans Rail, MavSSart, Serbian Railways²⁷⁹).

101. **CFR Infrastructura : le gestionnaire d'infrastructure.** CFR Infrastructura est le gestionnaire d'infrastructure du réseau ferroviaire roumain. Conformément à l'article 6 de la

²⁷² Capitolul II, Scopul si obiectul de activitate , Art. 5 Scopul (I) « Scopul C.F.R. Calatori este efectuarea transportului de Calatori pe calea ferata pentru satisfacerea interesului public national si a nevoilor sociale si de aparare a tarii, cu realizarea de profit », [Traduction libre].

²⁷³ Dec. gouvernementale n°584/1998 concernant la création de la Compagnie nationale des transports ferroviaires C.F.R. Voyageurs - S.A. en réorganisant la Société nationale des chemins de fer roumains, publié au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 15 septembre 1998 [Traduction libre du roumain en français].

²⁷⁴ Dec. gouvernementale n°274/2001 concernant la fusion par l'absorption par la compagnie nationale des transports ferroviaires Voyageurs-SA des sociétés commerciales établies par la décision gouvernementale n°1046/1999 concernant la création des sociétés commerciales régionales de transport public ferroviaire de voyageurs par la réorganisation de la Société Nationale des Transport ferroviaire de voyageurs C.F.R. Calatori-SA, publiée au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 8 mars 2001 (Traduction libre du roumain en français).

²⁷⁵ Dec. gouvernementale n°1199/2002 concernant la division de la Société des services de management ferroviaire S.M.F.-SA et la modification des actes normatifs, publiée au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2002 (Traduction libre du roumain en français).

²⁷⁶ Art.2 paragraphe 2 de la Décision gouvernementale n°584/1998 précitée : « *Le capital social initial est souscrit et payé en totalité par l'État roumain, en tant qu'actionnaire unique, qui exerce ses droits et obligations par le biais du ministère des Transports.* », « Capitalul social inițial este subscris și integral vărsat de statul român, în calitate de acționar unic, care își exercită drepturile și obligațiile prin Ministerul Transporturilor. », (Traduction libre du roumain en français).

²⁷⁷ Rapport d'activité de SNTFC, CFR Calatori SA pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016, disponible sur le site internet de CFR Calatori.

²⁷⁸ Romanian Competition Journal, Revista Romana de Concurenta, n° 1-2, 2016, pp.275.

²⁷⁹ Chiffres fournis par le gestionnaire d'infrastructure roumain, CFR SA.

décision gouvernementale n°581/10 septembre 1998²⁸⁰, CFR Infrastructura exerce des activités d'intérêt public national et son activité principale consiste « *dans la mise à disposition de l'infrastructure ferroviaire* ». Elle est par ailleurs, chargée « *du développement et de la modernisation de l'infrastructure ferroviaire conformément aux standards européens afin de garantir la compatibilité et l'interopérabilité avec le système ferroviaire européen* »²⁸¹. Les modalités selon lesquelles CFR Infrastructura doit s'assurer du fonctionnement de l'infrastructure publique ferroviaire sont formalisées à l'article 7 de la décision gouvernementale (précitée). Elle se doit, selon les termes de l'article, d'accomplir « *l'ensemble des fonctions techniques, commerciales, économiques et de représentation nécessaires* ». Elle s'engage également à garantir un accès équitable et non-discriminatoire aux opérateurs ferroviaires. Enfin, le gestionnaire d'infrastructure roumain a, entre autres fonctions, à veiller à, « *la répartition des capacités ferroviaires et l'attribution des sillons sur la base des normes définies par le Ministère des transports et les contrats d'accès conclus avec lesdits opérateurs* »²⁸².

§2. Le modèle de gouvernance ferroviaire allemande : l'intégration partielle du gestionnaire d'infrastructure

Malgré le risque supposé d'incohérence avec les exigences des directives européennes, le modèle de gouvernance ferroviaire allemand (A) a été accueilli par la Cour de Justice de l'Union européenne après la prescription d'un certain nombre de garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure (B).

A. L'architecture institutionnelle allemande issue du modèle d'intégration partielle du gestionnaire d'infrastructure

102. **La fusion des entreprises historiques allemandes.** En 1994 eut lieu une refonte de l'organisation du secteur ferroviaire allemand jusque-là fragmenté en raison, entre autres, de la situation politique du pays, alors divisé en deux : la République Fédérale d'Allemagne (RFA) à l'ouest et la République Démocratique Allemande (RDA) à l'est. Le réseau ferroviaire

²⁸⁰ Dec. gouvernementale n°581/10 septembre 1998 relative à la création de la Compagnie des chemins de fer nationaux « C.F.R. SA) en réorganisant la Société nationale des chemins de fer roumains publiée au Journal officiel de la Roumanie n°349 le 15 septembre 1998 (Traduction libre du roumain en français).

²⁸¹ *Ibid.* Article 6.

²⁸² *Ibid.* Article 7.

allemand se distinguait par la présence de deux entreprises ferroviaires, reflets de deux économies correspondant à deux États distincts : d'un côté, la Deutsche Bundesbahn (RFA) et de l'autre côté, la Deutsche Reichsbahn (RDA). En 1994, les deux entreprises historiques ont fusionné, et la Deutsche Bahn AG (DB), entreprise de droit privé, est née. La reconfiguration du secteur ferroviaire allemand de 1994 a mis terme aux dettes des entreprises historiques, épongées par l'État allemand.

103. **Le holding allemand : le chemin de la consolidation de l'opérateur historique.** Dès 1999, la Deutsche Bahn a fait l'objet d'une restructuration organisationnelle sous l'égide d'une holding, associant les filiales suivantes :

- (1) DB Schenker Rail AG - entreprise de transport de marchandises ;
- (2) DB Regio AG - entreprise de transport régional de voyageurs ;
- (3) DB Fernverkehr AG - entreprise de transport de voyageurs (longue distance) ;
- (4) DB Netz AG - gestionnaire d'infrastructure ;
- (5) DB Energie GmbH - l'entreprise chargée de la fourniture du courant de traction ;
- (6) DB Station & Service AG (stations de passagers).

104. Contrairement au Royaume-Uni, l'ouverture à la concurrence ferroviaire en Allemagne n'a pas eu pour effet le démantèlement de l'opérateur historique, mais a, au contraire, renforcé sa position notamment sur le marché domestique²⁸³. En effet, même si juridiquement le marché du transport de voyageurs à l'international et les grandes lignes sont ouverts à la concurrence, en pratique c'est toujours Deutsche Bahn qui exploite ces lignes²⁸⁴. Par conséquent, la concurrence ferroviaire, en Allemagne, se joue avant tout sur les lignes régionales. Dans ce secteur, la concurrence ferroviaire a été possible, entre autres, grâce à un processus de régionalisation qui a fait des Länder des autorités organisatrices de transport et de management. Ces dernières peuvent ainsi attribuer des services de transport ferroviaires de voyageurs dans le cadre de contrats de concession après mise en concurrence, soit, (dans certaines hypothèses)

²⁸³ Trans missions, Rapport de synthèse, « Quel modèle économique pour les trains régionaux en France ? », octobre 2018, p. 30.

²⁸⁴ OCDE, « Railways: structure, regulation and competition policy », Les tables rondes sur la politique de la concurrence, 1997, Paris. Extrait : « *Whilst there is now in theory complete open access for third parties in Germany, the nature of the access charging regime (high charges, and a quantity discount favouring the existing large operator) has discouraged entry, and only a handful of private freight operators have taken advantage of this possibility. Mostly these have been existing short haul private railways.* », « *Alors qu'il existe désormais en théorie un accès libre complet pour les tiers en Allemagne, la nature du régime de tarification d'accès (frais élevés et remise sur les quantités favorisant le grand opérateur existant) a découragé l'entrée, et seule une poignée d'opérateurs de fret privés ont pris avantage de cette possibilité. Il s'agit principalement de chemins de fer privés à courte distance.* », (Traduction libre de l'anglais au français).

par attribution directe. Sur ce segment de marché, les concurrents de la Deutsche Bahn gagnent progressivement des parts, progressant de 2.4% en 1994 à 26.4% en 2013²⁸⁵.

B. Le contentieux de la Cour de justice de l'Union européenne sur le holding ferroviaire allemand

105. La question de la compatibilité de la structure de holding avec les exigences du droit européen s'est pertinemment posée devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Ainsi, dans un arrêt du 28 février 2013²⁸⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a analysé la holding en tant que modèle d'organisation ferroviaire. Dans cette affaire, la Commission européenne a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours en manquement²⁸⁷ contre la République fédérale d'Allemagne considérant que celle-ci n'avait pas pris les mesures nécessaires pour garantir l'indépendance organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure dans l'exercice de ses fonctions essentielles.

106. En effet, selon la Commission, l'article 6 paragraphe 3 de la directive 91/440/CEE relative à l'exercice des fonctions essentielles, celles-ci devaient être assurées « *par une entité distincte des entreprises ferroviaires non seulement au regard du droit, mais également indépendantes de celles-ci sur les plans organisationnels et décisionnels* »²⁸⁸. Plus spécifiquement, la Commission faisait valoir que « *lorsque lesdites fonctions essentielles sont exercées par une société dépendant d'une holding ferroviaire, comme c'est le cas de DB Netz, il convient d'évaluer dans quelle mesure et dans quelles conditions cette société, qui est, par ailleurs, le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire chargé d'exercer ces mêmes fonctions essentielles, peut être considérée comme «indépendante» de l'entreprise qui fournit les services de transport ferroviaire, à savoir la holding et les sociétés dépendant de cette dernière qui assurent les services de transport des personnes et des marchandises, malgré leur appartenance à un même groupe* »²⁸⁹. La Cour de Justice a rejeté l'intégralité des griefs formulés par la Commission et insisté sur l'interprétation de l'article 6 de la directive 91/440/CEE selon lequel l'indépendance entre le gestionnaire d'infrastructure et une entreprise

²⁸⁵ Deutsche Bahn, *Competition report 2014*, pp.47, p.9

²⁸⁶ CJUE, 28 février 2013, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-556/10, ECLI:EU:C:2013:116.

²⁸⁷ Article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

ferroviaire était assurée dès lors qu'une simple séparation comptable était mise en œuvre entre les entités, sans aller jusqu'à requérir une séparation organisationnelle ou décisionnelle.

107. La Cour de justice a validé ainsi la holding en tant que structure juridique dès lors qu'elle suppose une séparation entre l'activité de gestion d'infrastructure et celle de fourniture de services de transport ferroviaire de voyageurs via des divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise. La Cour de justice n'a pas franchi le pas en interdisant la holding et en sollicitant une architecture organisationnelle du secteur ferroviaire fondée sur la séparation institutionnelle absolue entre l'opérateur ferroviaire et le gestionnaire d'infrastructure. Cette position de la Cour de justice doit être comprise comme une volonté de ne pas entraver la gestion des États membres de leurs systèmes ferroviaires auxquels une forte importance économique, sociale et politique est généralement attachée. Enfin, pour éviter que l'admission de la structure de holding ne fragilise l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, les textes qui succéderont à la directive 91/440/CEE, obligeront les États membres à veiller à l'indépendance véritable des entités en charge des fonctions essentielles de répartition de sillons et de tarification tant sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel des entreprises ferroviaires.

108. Bien que le modèle de holding allemand fait l'objet de nombreuses critiques, en raison de la variabilité de la séparation des pouvoirs au sein du groupe Deutsche Bahn, Vilius Nikitinas et Stasys Dailydka notent qu'outre le fait que le principe de holding est approuvé par la Cour de Justice de l'Union européenne, il permet en plus en Allemagne de réaliser des synergies et des économies d'échelle²⁹⁰. La structure holding permet donc une organisation relativement homogène des flux financiers, un système de comptabilité centralisé, un circuit d'informations et/ou des statistiques.

109. Dans une Europe où la majorité des pays ont opté pour un alignement au droit européen, certes à des degrés variables d'intensité, le législateur français a tenté de contourner les premières directives ferroviaires. Toutefois, compte tenu du calendrier serré relatif à la transposition du quatrième paquet ferroviaire la France a dû réorganiser son schéma ferroviaire institutionnel (Section 2).

²⁹⁰ NIKITINAS (V.), DAILYDKA (S.), "The Models of Management of Railway Companies in the European Union: Holding, the German Experience", *Procedia Engineering* 134, 2016, pp.80-88.

SECTION 2. LA GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN FRANCE EN MARGE DES EXIGENCES EUROPÉENNES

Les initiatives du législateur français en début des années 1990 se calquent sur le principe de dissociation d'activités parvenant ainsi à un rapprochement des dispositions européennes²⁹¹, (§1). Or, lors de la réforme de l'année 2018, il procède à la consolidation du modèle intégré de gouvernance ferroviaire (§2).

§1. Le rapprochement partiel de positions françaises et européennes

Si malgré la transposition a minima du premier paquet ferroviaire, le législateur français opte pour la séparation des activités (A), la réforme de l'année 2014 marque le début d'une gouvernance ferroviaire fondée sur l'intégration du gestionnaire d'infrastructure (B).

A. La réforme de 1997, une transposition a minima du premier paquet ferroviaire

ENCADRÉ N°3. LE CONTEXTE D'ADOPTION DE LA REFORME FERROVIAIRE DE 1997 DE LA TRANSPOSITION COMPTABLE MINIMALE DE LA DIRECTIVE 91/440/CEE A LA SEPARATION ORGANIQUE

La directive 91/440 a été transposée en France par le décret n° 95-666 du 9 mai 1995²⁹². Selon l'article 4 de ce décret, la SNCF demeurait chargée de l'exploitation et de la gestion de l'infrastructure, mais il lui incombait de mettre en œuvre une comptabilité séparée des activités.

Toutefois, après la mise en œuvre d'une séparation purement comptable entre les deux activités durant 1995-1997, la France a finalement décidé de franchir le pas de la séparation, du moins formelle, du réseau de l'infrastructure. Comme son nom l'indique, la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France a permis l'émergence d'un nouvel acteur dans le secteur, le RFF²⁹³. Quant à la SNCF, ses missions telles que décrites par la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, dite « LOTI », apparue dans le Journal officiel le 31 décembre 1982 ont dû être reconsidérées en excluant de son périmètre la gestion et/ou le développement du réseau.

Il résultait, du moins dans le texte de la loi, qu'une séparation organique entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation des services de transport était mise en œuvre.

²⁹¹ SALQUE (C.), « Une consécration : deux décennies d'évolution notable du droit des transports ferroviaire et guidé », *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2011, étude 5.

²⁹² Décret n°95-666 du 9 mai 1995 portant transposition de la directive 91-440 du Conseil des Communautés européennes du 29 juillet 1991 sur le développement de chemins de fer communautaires et relatif à la gestion et l'utilisation de l'infrastructure du réseau ferré, *JORF*, n°109 du 10 mai 1995, p.7732.

²⁹³ Article 1er de la Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire dans sa version initiale.

110. **La réforme de 1997, dits et non-dits.** La réforme ferroviaire de 1997 a unanimement été considérée comme une réforme inachevée. La loi du 13 février 1997 se bornait à introduire une séparation formelle entre le gestionnaire d'infrastructure, RFF et l'exploitant des services de transport, laissant demeurer toutefois, une forte imbrication entre les deux institutions. Le rapport de la Cour des comptes²⁹⁴ réalisé le 15 avril 2008, soit presque une décennie après la réforme de 1997, mettait en avant les raisons de son caractère inachevé. Sans évoquer toute la palette des sujets auxquels le rapport se référerait, il faut mentionner les ambiguïtés du texte relatif au partage du patrimoine entre le RFF et la SNCF²⁹⁵, les imperfections de la convention de gestion du patrimoine, hors infrastructure de RFF par la SNCF²⁹⁶, le cadre insatisfaisant de la gestion de l'infrastructure et les problématiques de transparence des coûts associés²⁹⁷, la gestion insatisfaisante des capacités du réseau. Enfin, et sans surprise, le rapport déplorait un réseau ferroviaire inégalement entretenu, un opérateur ferroviaire historique insuffisamment performant, ainsi qu'une dette ferroviaire « lourde et mal maîtrisée ».

111. La dissociation des activités de gestion de réseau et d'exploitation, au centre de la réforme ferroviaire de cette loi est considérée largement insuffisamment en l'absence d'une véritable séparation fonctionnelle entre les deux institutions. Par ailleurs, outre le manque des précisions sur les rôles de chacun des acteurs, la loi n'a pas clarifié non plus la question des gares dans le traitement de la répartition du patrimoine ferroviaire. Enfin, elle n'a véritablement réglé la problématique de l'investissement et du développement entre le RFF et l'État. La

²⁹⁴ Cour des Comptes, « Le Réseau ferroviaire : une réforme inachevée, une stratégie incertaine », Rapport public thématique du 15 avril 2008.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.* La gestion de l'infrastructure par la SNCF pour le compte de RFF s'opère dans le cadre des conventions conclues entre les deux entités. Le rapport de la Cour des comptes fait référence aux deux conventions, celle passée en octobre 1998 entre la SNCF et RFF et celle conclue pour la durée 2007-2010 que la Cour qualifie de « nettement plus satisfaisante ». A l'instar de la convention de gestion du patrimoine hors infrastructure, dans la convention de 1998 la rémunération de la SNCF est basée sur un mécanisme forfaitaire, qui semble être un élément parmi d'autres à l'origine des différends entre les deux entités. La Cour de comptes rappelle que des récurrents sur les missions et la rémunération de la SNCF ont pu être observés et se réfère à un épisode en 2001 où le président de RFF avait dénoncé devant son conseil d'administration « le refus de la SNCF de dialoguer sur la convention ou d'apporter les informations permettant une discussion sérieuse ». Concernant la convention de 2007 la Cour des comptes a pris note de son caractère plus équilibré que la précédente convention car elle (1) définit de manière plus précise les missions et le rôle de chaque acteur dans la gestion de l'infrastructure, (2) la rémunération forfaitaire de la SNCF est arrêtée uniquement en titre de l'année 2007, le forfait afférent de sa rémunération au-delà de 2007 étant établi par des avenants annuels ultérieurs ; (3) en lien avec le point (2) et dans un souci de responsabilisation de la SNCF, la convention fait état des objectifs d'efficience ainsi que d'un système de bonus - malus etc.

réorganisation du système ferroviaire français apparaissait ainsi comme urgente, notamment à la suite de la condamnation de la France pour manquement à ses obligations européennes.

112. L'insuffisance des garanties d'indépendance de la Direction des circulations ferroviaires (DCF)- un service chargé des fonctions essentielles rattaché à l'exploitant ferroviaire. La DCF a été un service spécialisé, chargé de la gestion du trafic et des circulations sur le réseau national ferré à partir du 1^{er} janvier 2010 pour le compte du Réseau ferré de France. La DCF agissait selon les missions et les objectifs fixées par Réseau ferré de France. Pourtant, elle était rattachée à l'exploitant ferroviaire. Si le législateur français avait pris des mesures en vue de garantir l'indépendance de la DCF (autonomie financière, indépendance de son directeur²⁹⁸), celles-ci ont été jugées insuffisantes pour garantir l'indépendance de la Direction des circulations ferroviaires. Ainsi, la Commission européenne a formulé un recours en manquement contre la République française²⁹⁹ invoquant une violation de cette dernière de l'article 6 paragraphe 3³⁰⁰ et de l'annexe II³⁰¹ de la directive 91/440/CEE, telle que modifiée par la directive 2001/12/CE, ainsi que des articles 14, paragraphes 2³⁰², 6, paragraphes 2 à 5³⁰³, et 11³⁰⁴ de la directive 2001/14/CE. La Commission européenne invoquait deux griefs à l'encontre de la France : un manquement d'indépendance de la fonction d'allocation des sillons ferroviaires et le non-respect de la tarification de l'accès à l'infrastructure. S'agissant du premier grief, la Commission estimait que la DCF, dès lors qu'elle était compétente en matière d'allocation des sillons et de répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, exerçait des fonctions essentielles, compatibles uniquement avec les missions d'un gestionnaire d'infrastructure indépendant. Ainsi selon la Commission, la condition d'indépendance n'était pas respectée des lors que la DCF était partie intégrante de la SNCF, opérateur de mobilité ferroviaire³⁰⁵. Si les dispositions des directives 91/440 /CEE et 2001/12/CE peuvent être complexes, sans être pour autant inintelligibles, celles-ci ont été élaborées dans un esprit qui

²⁹⁸ Extrait article 24 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 dite loi « LOTI » modifiée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

²⁹⁹ CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ La République française*, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243.; DE LA ROSA (S.), RAPOPORT (C.), « La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de Justice sur la mise en œuvre des directives communautaires », dans *Europe*, étude n°7.

³⁰⁰ Article 6 paragraphe 3 de la directive 91/440/CEE.

³⁰¹ Annexe II de la directive 91/440/CEE modifiée par la directive 2001/12/CE.

³⁰² Article 14 paragraphe 2 de la directive 2001/14/CE.

³⁰³ Article 6 paragraphes 2 à 5 de la directive 2001/14/CE.

³⁰⁴ Article 11 de la directive 2001/14/CE.

³⁰⁵ CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ La République française*, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243, Point 28.

visé à interdire que les opérateurs ferroviaires soient d'une manière ou autre, dotés de compétences en matière de répartition des sillons. L'argument du gouvernement français selon lequel les fonctions essentielles attribuées à la Direction des circulations ferroviaires étaient encadrées par le gestionnaire ferroviaire français qui lui seul était responsable de l'attribution des sillons³⁰⁶ n'était pas été validé par la Commission européenne.

113. Que cet argument n'eût non plus convaincu la Cour de Justice de l'Union européenne n'était pas surprenant. A ce titre, cette dernière avait décidé, en prolongement des conclusions de l'Avocat Général M. Niilo Jaaskinen³⁰⁷, qu' : « *une entreprise ferroviaire ne peut se voir confier la réalisation d'études techniques d'exécution nécessaire à l'instruction des demandes de sillons effectuée en amont de la prise de décision et à l'attribution des sillons de dernière minute, étant donné que, d'une part, ces études participent à la définition et à l'évaluation de la disponibilité des sillons et, d'autre part, que l'attribution des sillons de dernière minute constitue une attribution de sillons individuels prévue à l'annexe II de la directive 91/440/CEE, ces fonctions devant être confiées à un organisme indépendant* ³⁰⁸ ». La décision de la Cour de justice fut très stricte. Ainsi, non seulement la Direction des circulations ferroviaires devait être indépendante sur le plan juridique en disposant d'une personnalité juridique indépendante de celle de la SNCF, mais, dès lors qu'elle exerce des fonctions essentielles, elle devait également être indépendante sur le plan organisationnel et décisionnel. Par cette décision la Cour de Justice souhaitait s'assurer que les États membres appliquaient strictement les dispositions européennes en matière d'indépendance des fonctions essentielles et ne tentent pas de les contourner via la sous-traitance.

³⁰⁶ Pour précision, le gouvernement français soutenait que malgré le fait que la Direction des circulations ferroviaires participait à l'exercice des fonctions essentielles, celles-ci étaient en réalité encadrées et gérées par le gestionnaire d'infrastructure, le Réseau Ferré de France. Selon le gouvernement, le RFF était le seul en mesure d'attribuer les sillons, de définir le processus, le mode opératoire de traitement des demandes et les règles de priorité qui étaient apportés ensuite à la connaissance de la Direction des circulations ferroviaires. En outre, si la Direction des circulations ferroviaires pouvait octroyer les sillons de dernière minute (SDM), cette compétence était justifiée sur la base d'urgence qui caractérisait à ce type de sillons. Enfin, selon le gouvernement, le risque d'arbitraire et la marge de manœuvre de la Direction des circulations ferroviaires étaient inexistantes dès lors que le traitement de sillons de dernière minute se réalisait selon l'ordre de réception des demandes. Tous ces arguments invoqués par le gouvernement français visaient à démontrer que la Direction des circulations ferroviaires était une entité indépendante de l'opérateur ferroviaire national malgré son appartenance structurelle.

³⁰⁷ Concl. A.G. Niilo Jaaskinen, CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ La République française*, aff. C-625/10, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243, Pt. 41.

³⁰⁸ CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ La République française*, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243, précitée.

B. De la séparation à l'intégration partielle du gestionnaire français d'infrastructure ferroviaire

114. **La réforme ferroviaire de 2014, un remède à « un système ferroviaire dans l'impasse ».** La réforme de 2014 était envisagée dans un objectif de remédier au modèle français « dépassé par la dynamique européenne », à la régionalisation inaboutie, à la gouvernance obsolète du secteur ferroviaire français et enfin à la défaillance de l'État³⁰⁹. Une réforme ferroviaire profondément structurante était ainsi impérieuse pour apporter une solution aux problématiques de financement du système ferroviaire français³¹⁰, pour réduire les coûts de transaction (améliorer la cohérence opérationnelle des procédures entre RFF et SNCF), pour calibrer le cadre juridique du secteur aux exigences européennes du quatrième paquet ferroviaire, pour mettre en œuvre une véritable politique de la mobilité durable, respectueuse de la transition énergétique et enfin pour relancer le secteur ferroviaire sur le chemin d'une meilleure compétitivité par rapport aux autres modes de transport. Promulguée le 4 août 2014 et publiée au Journal officiel le 5 août 2014³¹¹, la loi du 4 août 2014 n°2014-872 portant réforme ferroviaire avait pour objectif de consolider l'alignement du droit national au droit européen imposant une gouvernance ferroviaire orientée vers la concurrence dans le secteur. Dans le courant du mois de février 2015, le Conseil d'État a adopté, à la suite des avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières³¹² et de l'Autorité de la concurrence³¹³, les sept

³⁰⁹ SAVARY (G.), « Rapport fait au nom de la Commission du Développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi portant réforme ferroviaire (n°1468) », enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2014, pp. 409.

³¹⁰ NAUGES (S.), VIDAL (L.), « Concurrence, régulation et secteur public », *Contrats Concurrence Consommation* n°12, Décembre 2013, chron.4 en référence à l'avis de l'Autorité de la concurrence n°13-A-14 du 4 octobre 2013 sur le projet de réforme ferroviaire de l'année 2014.

³¹¹ Le projet de loi portant réforme du secteur ferroviaire a été présenté par Monsieur Frédéric Cuvillier, ministre des transports et de la mer en Conseil des ministres le 16 octobre 2013. L'Assemblée nationale l'avait adoptée en première avec modifications le 24 juin 2014 et le Sénat, en première lecture avec modifications, le 10 juillet 2014.

³¹² LAGET-ANNAMAYER (A.), « La régulation en question- A propos des avis de l'ARAF sur les décrets d'application de la loi portant réforme ferroviaire », *J.C.P.A.*, n°19-20, 12 mai 2015, act. 418. Les propos de l'auteur mériteraient d'être cités ici : « Dans la mesure où un certain nombre d'éléments n'avaient pas été précisés par le législateur, les décrets d'application de la loi auraient pu être l'occasion d'infléchir le cadre réglementaire du secteur ferroviaire dans un sens plus favorable au développement de la concurrence. Or, il n'en a rien été. Le Gouvernement, en adoptant ces décrets, est resté dans la droite ligne de la loi, n'admettant pas que ce nouveau Groupe ferroviaire puisse encore poser des problèmes en termes concurrentiels. Agissant sans tenir compte de l'opinion de l'ARAF et de son expertise technique sur le secteur, le Gouvernement semble chasser la régulation, mais il se pourrait que cet isolement du régulateur ne soit que temporaire, car la régulation peut, à un moment donné, revenir et au grand galop. ».

³¹³ Autorité de la concurrence, Avis n°15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire, 2015, p.41 ; aussi NOGUELLOU (R.), « Analyse de l'Autorité sur les projets de décrets relatifs à la réforme ferroviaire », *Dr. Admin.*, n°2, Février 2015, alerte 13.

décrets d'application³¹⁴ de la loi du 4 août 2014. La loi du 4 août 2014 ouvrait ainsi la voie à une nouvelle étape du transport ferroviaire français dès lors qu'elle modifiait l'organisation du secteur³¹⁵. Pourtant, la doctrine y voit « *un retour en arrière en matière institutionnelle* »³¹⁶ tant elle « *aboutit à un ensemble normatif complexe en raison d'objectifs en partie contradictoire* ». Parmi les critiques formulées, il convient de noter le caractère trop exhaustif des missions de SNCF EPIC de tête (1), l'insuffisance des objectifs de performance impartis au groupe (2), la faiblesse des mesures relatives au gestionnaire d'infrastructure (3) et à l'exploitant historique (4). S'agissant des avancés de la réforme, la mise en place des instances de concertation (5) encourage le dialogue interinstitutionnel favorisant l'émergence des réflexions stratégiques sur le transport ferroviaire national.

1. Les missions exhaustives de SNCF EPIC de tête

115. La création du Groupe Public Ferroviaire. A la suite de l'adoption de la réforme de 2014, le Groupe Public Ferroviaire (ci-après « le GPF »), -une entité verticalement intégrée fut créée. Défini par l'article L.2101-1 du Code des transports³¹⁷, il a été constitué d'un EPIC

³¹⁴ Décret n° 2015-137, 10 févr. 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, *JORF* du 11 février 2015, p. 2537 ; Décret n° 2015-138, du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, *JORF* du 11 février. 2015, p. 2543 ; Décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire, *JORF* du 11 février. 2015, p. 2548 ; Décret n° 2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau, *JORF* du 11 février 2015, p. 2550 ; Décret n° 2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L. 2101-2 du Code des transports, *JORF* du 11 février 2015, p. 2556 ; Décret n° 2015-142 du 10 février 2015 relatif au comité central du groupe public ferroviaire et aux commissions consultatives, *JORF* du le 11 février 2015, p. 2556 ; et enfin Décret n° 2015-143, 10 févr. 2015 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire, *JORF* du 11 février 2015, p. 2557. Trois autres décrets ont été adoptés le 11 juillet 2015 en application de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire. Il s'agit du Décret n°2015-843 du 10 juillet 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, *JORF* du 11 juillet 2015, n°0159, p.11869, texte n°11, le Décret n°2015-844 du 10 juillet 2015 relatif au comité des opérateurs du réseau ferré national et à la charte du réseau, *JORF* n°0159 du 11 juillet 2015, p.11870, texte n°12 et enfin le Décret n°2015-845 du 10 juillet 2015 relatif aux prestations de sûreté fournies par le service interne de sécurité de la SNCF, *JORF* n°0159 du 11 juillet 2015, p.11871, texte n°13 ; pour une analyse de ces décrets, voir par exemple, PAULIAT (H.), *Un nouveau groupe public ferroviaire se met en place*, *J.C.P.A.*, n° 29, 20 Juillet 2015, act. 627 ; aussi SALQUE (C.), *La réforme ferroviaire enfin sur les rails ; publication du dernier train des textes d'application*, *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°8-9, août 2015, comm.77.

³¹⁵ PAULIN (C.), « La loi du 4 août 2014 : une restructuration du transport ferroviaire », *Revue de droit des transports*, n°4, Octobre 2014, comm.55 ; Article « Reforme ferroviaire » dans la *JCP* ed. E, n°39, 25 septembre 2014, act.687

³¹⁶ VIDELIN (J.-Ch.), « Reforme ferroviaire : réforme, vous avez dit réforme ?-A propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 », *J.C.P.A.*, n°49, 8 Décembre 2014, 2342.

³¹⁷ Extraits article L.2101-1 du Code des transports : Le GPF était défini comme « *l'ensemble des moyens humains et matériels mis en œuvre pour assurer : la gestion du réseau ferroviaire, l'exécution de services de transport, l'exploitation des infrastructures de service...* », chaque EPIC effectuant « *une mission, assurée conjointement par chacun des établissements publics dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, visant à exploiter le réseau ferré national et à fournir au public un service dans le domaine du transport par chemin de fer* ».

national de tête intitulé SNCF et deux EPIC nationaux : SNCF Réseau - en charge de la gestion de l'infrastructure³¹⁸- et SNCF Mobilités - en charge principalement de l'activité de transport ferroviaire de voyageurs.

116. **Des missions transversales trop larges imparties à l'EPIC de tête.** La loi du 4 août 2014 s'attachait à annoncer génériquement que le GPF exerçait « *des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national* ». La SNCF détenait ainsi une palette large des responsabilités comme le « *contrôle et pilotage stratégiques, la cohérence économique, l'intégration industrielle, l'unité et la cohésion économique, l'intégration industrielle, l'unité et la cohésion sociales du groupe public ferroviaire* »³¹⁹. Comme le rappelait Monsieur Julien Geffard, les missions de l'EPIC de tête étaient diverses et imprécises, l'écueil étant la réalisation de conflits d'intérêt dans la mesure où la SNCF EPIC de tête exerçait à la fois des fonctions classiques, mutualisées ou transverses, pour le compte des trois EPIC, mais aussi de missions d'intérêt général, comme la gestion de la sûreté des personnes et des biens ou encore la gestion du patrimoine ferroviaire³²⁰. La possibilité de l'EPIC de tête d'exercer des missions de nature opérationnelle au profit d'autres acteurs du secteur (missions à visée externe », selon l'expression de l'Autorité de la concurrence »³²¹) dont potentiellement des opérateurs alternatifs non seulement rend imprecis le rôle de cet établissement public, mais renforce aussi le risque des pratiques anticoncurrentielles de la part de l'exploitant historique. A ce titre, transférer la SUGE (police ferroviaire) dans le giron du gestionnaire d'infrastructure ou à une filiale indépendante pourrait s'avérer opportun.

³¹⁸ La loi du 4 août 2014 élargit les périmètres des missions de SNCF Réseau par rapport à celles exercées auparavant par RFF. SNCF Réseau recupère ainsi des missions imparties antérieurement à SNCF Mobilités comme la gestion de sillons, du trafic et des circulations ferroviaires.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ GEFFARD (J.), « Le système de transport ferroviaire national à la recherche de son équilibre. A propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire », *RLC*, N°42, Janvier-Mars 2015, p.151-163 précité ; Avis de l'ARAF, devenue ARAFER, n°2014-023 du 27 novembre 2014, § II.31 et s., pp.21 ; DAHAN (T.), « Regards croisés sur la réforme ferroviaire », *EI*, 2015, BROUSSOLLE (D.), « Reformatage de la SNCF, entre déficit et concurrence », *AJDA* 2014, p. 1881 ; dans ce sens aussi Autorité de la concurrence, Avis n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, 2013, p.59 ou encore NOGUELLOU (R.), « Avis sur le projet de loi de réforme ferroviaire », *Dr. Admin.*, n°1, Janvier 2014, alerte 6.

³²¹ Aut. Conc., Avis n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

117. Le caractère trop étendu des missions de l'EPIC de tête, dénoncé par l'Autorité de la concurrence³²² et par le régulateur sectoriel³²³ risquait de nuire à l'autonomie des entités du Groupe³²⁴. Par ailleurs, le caractère lacunaire et/ou les imprécisions à la fois de la loi du 4 août 2014 que du décret n°2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF³²⁵ et à la mission de contrôle économique et financier des transports risquaient de restreindre l'autonomie organisationnelle de SNCF Réseau. Si l'article 7³²⁶ du décret précité tentait à garantir une étanchéité entre les GPF et ses entités et une transparence des modalités dont ce dernier réalisait ses missions, sa portée semblait limitée. En effet, cet article mentionnait uniquement l'obligation pour la SNCF de transmettre au régulateur seulement la liste de ces contrats et non pas leur contenu. Or dès lors que ces missions et fonctions mutualisées de la SNCF touchaient profondément l'indépendance de gestion des fonctions essentielles par SNCF Réseau, le législateur aurait pu, dans l'optique de renforcer l'indépendance de ce dernier et la transparence du rôle de l'EPIC de tête, prévoir la possibilité du régulateur d'accéder, sur demande, au contenu de ces contrats et conventions. Si la réforme de l'année 2014 avait doté le GPF de missions transversales extensives, elle avait manqué à lui définir des paramètres viables de performance ferroviaire.

2. Le paramétrage insuffisant de la performance ferroviaire du GPF

118. **Le système de dividendes versées par SNCF Mobilités à SNCF Réseau via l'EPIC de tête.** La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire avait prévu un système de reversement de dividendes de SNCF Mobilités à SNCF Réseau via l'EPIC de tête³²⁷. Ce mécanisme permettait à la fois de financer l'entretien du réseau ferroviaire, mais également l'intégration

³²² *Ibid.* L'Autorité appelait à une meilleure identification du rôle et des missions de l'EPIC de tête et plus précisément : (1) à une clarification du périmètre de l'EPIC de tête ; (2) à une définition du contenu des missions de l'EPIC de tête « pour prévenir tout chevauchement entre ses missions internes » ; et enfin (3) à l'adaptation des modalités de prise de décision de l'EPIC de tête sur les « missions externes »

³²³ ARAFER, *Étude thématique. La mise en œuvre de la réforme ferroviaire : état des lieux du régulateur*, pp.44, 2016.

³²⁴ A titre d'exemple, la loi autorisait le GPF à prendre des mesures en matière de politique de ressources humaines et de mobilité du personnel entre les différentes entités du groupe et notamment en matière de gestion et de mobilité interne des métiers à vocation transversale. Par conséquent, il aurait été plus l'article 5 permettant la gestion administrative des ressources humaines par le GPF soit formulé d'une manière plus nuancée, indiquant que la réalisation de cette mission devait se faire dans le respect de la gestion des fonctions essentielles de la SNCF Réseau.

³²⁵ Par exemple, articles 2 et 3 du décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF précité.

³²⁶ L'article 7 posait l'obligation pour la SNCF de communiquer à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières les contrats conclus par l'EPIC de tête au titre de ses missions transversales et de ses fonctions mutualisées.

³²⁷ FRESSOZ (M.), « La stratégie limpide de Patrick Jeantet pour SNCF Réseau », Article de presse dans *Mobilicités*, publié le 9 octobre 2017.

économique et fiscale entre le gestionnaire d'infrastructure et la SNCF. Comme le souligne l'Autorité de la concurrence, si ce mécanisme était un levier d'équilibre financier du système, il pouvait potentiellement entraîner une discrimination par le gestionnaire d'infrastructure, au bénéfice de l'opérateur historique³²⁸. Pour éviter une telle dérive du système, il était indispensable de s'assurer que la dotation fixée par l'EPIC de tête au bénéfice de SNCF Réseau était dédiée à l'entretien et à la modernisation du réseau ferroviaire. A ce titre, il aurait été souhaitable que le bilan financier annuel de l'EPIC de tête fasse état du montant de la dotation (le conseil de surveillance de l'EPIC de tête se prononcera sur cette dotation). De son côté, il aurait été judicieux que le gestionnaire d'infrastructure communique sur l'utilisation qu'il a faite de la dotation en indiquant les projets mis en œuvre à la suite du financement via ce mécanisme.

119. Le non-respect du principe d'allègement de la dette ferroviaire. L'article 15 paragraphe II point 8 du décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, soumettait à l'approbation du conseil de surveillance de la SNCF les opérations d'investissement d'un montant que le conseil même fixe. Or, cette disposition ne transposait pas fidèlement le principe d'allègement de la dette tel qu'il résulte de l'article 9 de la directive 012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte). En effet, cette dernière oblige « *les États membres (à mettre) en place des mécanismes adéquats pour contribuer à réduire l'endettement des entreprises ferroviaires publiques jusqu'à un niveau qui n'entrave pas une gestion financière saine et qui réalise l'assainissement de la situation financière de celles-ci* »³²⁹. Compte tenu de la logique européenne générale d'amortissement des dettes des entreprises publiques et du contexte français particulier, entaché par des défis économiques et financiers, le décret n° 2015-137 du 10 février 2015 précité aurait dû fixer la responsabilité de l'État à définir le seuil des investissements soumis à l'approbation du conseil de surveillance de la SNCF et non pas laisser l'établissement de ce seuil au seul

³²⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence, n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, p.59. En effet, selon l'Autorité de la concurrence « *le reversement de dividendes de SNCF Mobilités à SNCF Réseau pourrait créer une incitation économique à discriminer en faveur de l'opérateur historique de transport, afin de maximiser les profits potentiels de SNCF Mobilités (par exemple en arbitrant des allocations de sillons en sa faveur pour augmenter son chiffre d'affaires) et d'élever les chances d'obtenir un reversement de ses dividendes. Une telle manœuvre discriminatoire viserait ainsi à pérenniser une source de financement pour l'entretien du réseau* ».

³²⁹ Extrait Article 9 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte) précitée.

ressort de l'entreprise publique. Si cette prérogative lui avait été confiée, l'État français aurait pu maîtriser davantage la programmation financière de l'entreprise publique et stabiliser, comme le souligne Monsieur Gilles Savary, « *l'horizon stratégique et financier de nos chemins de fer* »³³⁰. Le choix de ne pas impliquer l'État dans la définition du seuil précité fragilise sa vocation de tutelle et surtout son rôle d'État stratège.

3. Une organisation imparfaite du gestionnaire d'infrastructure

Outre la mise en place d'un grup public ferroviaire verticalement intégré qui pourrait sembler suprenante dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur, la réforme de l'année 2014 ne parvenait que modestement à sécuriser les garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure (a). Il était regrettable également le manque du législateur à inclure à sa charge davantage d'incitations à sa performance financière (b).

a) L'insuffisance des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure

120. Les garanties insuffisantes d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. Selon la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, la SNCF était dotée d'un conseil de surveillance et d'un directoire. Le premier avait la responsabilité des « *grandes orientations stratégiques, économiques, sociales et techniques du groupe public ferroviaire et s'assure de la mise en œuvre des missions de la SNCF par le directoire* »³³¹. L'article L.2102-10 du Code des transports posait l'obligation pour la SNCF de soumettre à l'autorisation préalable du conseil de surveillance les engagements financiers et les conventions qu'elle a passés, avec SNCF Réseau ou encore avec SNCF Mobilité. Le conseil de surveillance exerçait le contrôle permanent de la gestion de la SNCF. A ce titre, l'article 15 du décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, énumère les éléments financiers qui nécessitent l'approbation préalable du conseil de surveillance, tels que l'état prévisionnel des recettes et des dépenses de la SNCF, les comptes consolidés du groupe, les prises et cessions de participation financière, les opérations d'investissement d'un montant supérieur à un seuil fixé par le conseil etc.³³². Enfin, l'article 22 du décret indiquait que le président du conseil de surveillance devait être nommé

³³⁰ SAVARY (G.), « *Rapport fait au nom de la Commission du Développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi portant réforme ferroviaire (n°1468)* précité.

³³¹ Extrait article L.2102-10 du Code des transports.

³³² Article 15 du décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports précité.

parmi les membres de celui-ci. Cette disposition ne procurait pas la garantie de la nécessaire étanchéité entre les entités du groupe public. La nomination d'un président externe aux parties prenantes du système ferroviaire et à l'État aurait garanti davantage l'indépendance du président du conseil de surveillance et aurait minimisé, voire éliminé, tout risque d'impartialité de celui-ci. Le second, le directoire, assurerait, tel qu'il ressortait de l'article L.2102-11 du Code des transports, la direction et la gestion du groupe public ferroviaire. Il prenait ses décisions à l'unanimité. L'article 15 du décret indiquait que le directoire de SNCF EPIC de tête s'assurait de la cohérence des hypothèses techniques, économiques et financières retenues par SNCF Réseau et SNCF Mobilités. Néanmoins, ces dispositions ne devaient pas priver les services de SNCF Réseau en charge de la gestion des fonctions essentielles de son autonomie budgétaire. Autrement dit, ces dispositions ne parviennent pas à garantir que l'EPIC de tête n'influera pas sur les tâches économiques qui appartiennent par nature à SNCF Réseau.

- b) Les incitations défaillantes du gestionnaire d'infrastructure à la réduction des coûts et à l'assainissement financier

121. L'absence d'incitations à la performance financière du gestionnaire d'infrastructure. La problématique de la performance financière du gestionnaire d'infrastructure et des incitations à la baisse des coûts d'infrastructure manquaient dans le texte du décret n°2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau. Pourtant, de telles mesures étaient indispensables à l'optimisation de l'utilisation du réseau dès lors que tous les opérateurs étaient concernés par le prix des redevances d'accès à l'infrastructure et que de cela découlait la dynamique concurrentielle du marché ferroviaire. Ainsi, des références à ces aspects auraient pu favoriser le développement par l'État français d'une approche financière stable, cohérente et viable à long terme, traitant à la fois la maîtrise de la dette ferroviaire, mais aussi le redressement des équilibres financiers du groupe public et de ses filiales. L'absence de ses aspects dans le corpus du décret fragilisait la tendance d'alignement du droit national au droit européen dès lors que les dispositions de la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen n'étaient pas respectées. En effet, la directive même fixe dans son considérant 37 l'obligation reposant sur les États membres de garantir des objectifs de performance et de revenus à moyen et long termes du gestionnaire de l'infrastructure via le contrat conclu entre ce dernier et l'autorité compétente³³³

³³³ Considérant 37 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte) précité.

ou encore le considérant 50 selon lequel « *il est souhaitable que les entreprises ferroviaires et le gestionnaire de l'infrastructure soient encouragés à réduire au minimum les défaillances et à améliorer les performances du réseau ferroviaire* »³³⁴.

122. Enfin, dans la même optique d'incitation à la réduction des coûts par le gestionnaire d'infrastructure, l'article 35 de la directive précitée pose aux États membres l'obligation d'établir un système d'amélioration de performance via des systèmes de tarification de l'infrastructures qui encouragent à la fois les entreprises ferroviaires et le gestionnaire d'infrastructure lui-même à réduire autant que possible les défaillances et à améliorer les performances du réseau ferroviaire. Il en résulte ainsi qu'en l'état le décret n°2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau ne transposait pas avec exactitude les exigences européennes en matière de performance financière du gestionnaire d'infrastructure.

4. L'insuffisance des garanties d'indépendance de SNCF Mobilités

123. **L'absence d'indépendance organisationnelle et décisionnelle de « Gares & Connexions » vis-à-vis de SNCF Mobilités.** Les gares de voyageurs représentent, en application du droit européen, des installations essentielles auxquelles l'accès aux tiers doit s'exercer sans aucune discrimination, ni entrave³³⁵. De cela découle la nécessité pour l'opérateur de transport de ne pas détenir de gares de voyageurs. Néanmoins, la loi du 4 août 2014 n'était pas calquée sur cette obligation européenne. En effet, l'article 2 du décret n°2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités prévoyait que cette dernière « *gère les gares de voyageurs et les autres installations de service qui lui sont conférées par l'État ou autres personnes publiques dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination entre les entreprises ferroviaires* »³³⁶. L'article 25 du même décret indiquait en outre que le directeur des gares, était nommé par le Conseil d'administration de SNCF Mobilités sur proposition du président de SNCF Mobilités après avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. Or dans la mesure où la branche « Gares & Connexions » était placée dans le giron de SNCF Mobilités, l'exploitant ferroviaire, le décret n'assurait pas son indépendance organisationnelle et décisionnelle requise par le droit européen. A ce titre, le

³³⁴ *Ibid* Considérant 50.

³³⁵ Voir Première Partie, Titre II, Chapitre 2.

³³⁶ Extrait article 2 du décret n°2015-138 du 10 février 2015 précité.

législateur aurait pu fixer à minima l'obligation du Président de SNCF Mobilités de se retirer du Conseil d'administration de SNCF Mobilités lorsque sont inscrites à l'ordre du jour des problématiques de gestion de gares de voyageurs.

124. **L'insuffisance des garanties de séparation comptable.** L'article 37 du décret n° 2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités obligeait l'opérateur historique national à établir des comptes séparés de profits et de pertes en retraçant les éléments d'actif et de passif et en distinguant : (1) les activités de transport ferroviaire de voyageurs, et en leur sein, les activités faisant objet d'un contrat de service public ; (2) les activités de transport ferroviaire de marchandises et enfin (3) les activités de gestion des installations de service, à l'intérieur desquelles il faudra isoler les activités de gestion des gares de voyageurs. Bien que cet article visât à respecter et consolider l'objectif de séparation comptable tel qu'institué par la logique européenne, il ne reprenait pas totalement l'esprit de l'article 6 paragraphes 3 et 4 de la directive 2012/34/UE³³⁷. En effet, il aurait dû intégrer dans la liste précitée, la séparation comptable des activités conventionnées et des activités en open access ainsi que la séparation comptable des activités de gestion des gares de voyageurs et la gestion d'autres infrastructures de service. En l'état l'article 37 ne garantissait pas suffisamment l'étanchéité comptable entre les différentes activités et le risque de subventions croisées subsistait.

³³⁷En application de ces articles, et afin de garantir la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport et entre les différents types d'activités de transport, les États membres doivent s'assurer que des comptes de profits et pertes et de bilans distincts sont tenus séparément pour les activités de transport ferroviaire de fret et les activités de transport ferroviaire de voyageurs. De la même manière, les fonds publics versés au titre des activités conventionnées ne doivent pas servir aux autres activités de service de transport (non conventionné) ou toute autre activité. Comme rappelé dans le Chapitre 1, ce principe de séparation comptable permet de connaître la traçabilité des fonds publics et de veiller à ce qu'ils soient transférés d'un domaine d'activité à un autre, faussant ainsi le libre jeu de la concurrence.

5. La mise en œuvre des instances de concertation pour la réalisation des grands enjeux du système ferroviaire national

ENCADRÉ N°4. LA MISE EN ŒUVRE DU HAUT COMITÉ DU SYSTÈME DE TRANSPORT FERROVIAIRE

La loi du 4 août 2014 a créé le Haut Comité du système de transport ferroviaire qui est une instance d'information et de concertation des acteurs du secteur. Le décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 relatif au Haut Comité du système de transport ferroviaire³³⁸ précise la composition, les missions et le fonctionnement de cette instance³³⁹.

Le Haut Comité a pour mission de réunir dans son ensemble les acteurs du secteur et de proposer des réflexions sur les enjeux des transports ferroviaires. Ainsi, en application de l'article 7 du décret précité, « *Le Haut Comité peut être consulté sur toute question d'importance relative aux grands enjeux stratégiques du système de transport ferroviaire national. Il veille à promouvoir la concertation de l'ensemble des parties prenantes du système de transport ferroviaire, notamment dans les domaines du développement coordonné des différents modes de transport dans une logique intermodale ainsi que de la mise en accessibilité aux personnes handicapées ou à mobilité réduite du matériel roulant, des quais et des gares (...)* »³⁴⁰. Il en résulte ainsi que sa composition hétérogène³⁴¹ permet aux acteurs de dégager à la fois une réflexion globale sur le transport ferroviaire, mais aussi une approche intermodale des différents types de transport en France. Ainsi, le Haut Comité avise le Gouvernement et le Parlement « *sur la situation du système ferroviaire national et ses évolutions envisagées ou prévisibles. Dans ses avis, il prend en compte tous les aspects juridiques, financiers, économiques, sociaux, environnementaux afin de proposer ou d'évaluer les grandes orientations de la stratégie nationale dans le domaine ferroviaire* »³⁴². La prise en compte de ces aspects divers s'explique par le besoin de réduire le financement public³⁴³.

³³⁸ Le décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 relatif au Haut Comité du système de transport ferroviaire, *JORF* du 3 mai 2015. Une consultation publique avait été organisée par le gouvernement sur le projet de décret relatif au Haut Comité du système de transport ferroviaire- dans ce sens voir NOGUELLOU (R.), « Réforme ferroviaire : consultation publique relative au haut Comité du système de transport ferroviaire », *Dr. Admin.*, n°3, Mars 2015, alerte 24.

³³⁹ Aussi ROUMENOFF (N.), « Haut Comité du système de transport ferroviaire : composition, missions et fonctionnement », Dossier d'actualité, *LexisNexis*, 28 mai 2015.

³⁴⁰ Article 7 du décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 relatif au Haut Comité du système de transport ferroviaire, *JORF*, n°0103 du 3 mai 2015 ; aussi article L2100-3 du code des transports.

³⁴¹ *Ibid.* Trente-sept membres forment le Haut Comité. En outre, le président de l'ARAFER ou son représentant, le directeur général de l'EPSF ou son représentant ainsi que le chef de la mission de contrôle économique et financier des transports ou son représentant assistent aux réunions du Haut Comité avec voix consultative.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ SALQUE (C.), « Transport ferroviaire interne-Groupe public ferroviaire. Contrôle des activités et instances de concertation », *Jurisclasseur Transport*, 8 décembre 2015. Selon l'auteur, cette disposition du décret relative à la prise en considération des facteurs juridiques, financiers etc. dans l'élaboration des avis par le Haut Comité s'est justifié par le besoin de réduire les financements publics tel qu'il résulte de différents conclusions de rapports : le rapport de la Cour de compte rendu le 23 octobre 2014 sur la grande vitesse ferroviaire dans lequel elle s'interrogeait sur « l'apport réel du TGV pour la collectivité dans son ensemble », les rapports de la Cour des comptes sur le transport express régional (2009), le Transilien (2010), l'entretien du réseau ferré national (2012) et enfin le rapport sur les comptes et la gestion de RFF (2013).

Afin de pouvoir remplir cette mission, le Haut Comité reçoit les rapports annuels des établissements constituant le groupe public ferroviaire. Le Gouvernement saisit le Haut Comité du rapport stratégique d'orientation. Ce rapport qui fait état des évolutions intervenues depuis le précédent rapport stratégique d'orientation, de la politique nationale de mobilité et intermobilité, des orientations en matière d'investissements dans les infrastructures de transport etc.³⁴⁴ après avis du Haut Comité est transmis pour débat aux commissions de transport du Parlement. Le Haut Comité est saisi de ce rapport l'année précédant les conclusions des contrats cadres conclus par l'État avec le groupe public ferroviaire et ses filiales³⁴⁵. A compter de la saisine par le Gouvernement, le Haut Comité doit émettre un avis motivé dans un délai de trois mois³⁴⁶.

Enfin, le Haut Comité rédige un rapport annuel, adopté en séance plénière qui fait l'inventaire des avis, recommandations et des réponses aux saisines, ainsi qu'un bilan qualitatif des activités de concertation réalisées au cours de l'année³⁴⁷. Concernant le fonctionnement du Haut Comité, le décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 précise que celui-ci se prononce à la majorité des voies exprimées³⁴⁸ et qu'il peut créer des commissions spécialisées pour préparer ses délibérations³⁴⁹.

ENCADRÉ N°5. LA CREATION D'UN COMITE DES OPERATEURS DU RESEAU

La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire a créé le Comité des opérateurs du réseau, instance instituée auprès de SNCF Réseau et qui, en application de l'article L2100-4 du Code des transports est composée de représentants des entreprises ferroviaires, des exploitants d'installations de service reliées au réseau ferré national, des autorités organisatrice de transport ferroviaire, de représentants de l'ARAFER et du ministre chargé des transports, ces derniers pouvant participer aux réunions du Comité en qualité d'observateurs³⁵⁰.

Le décret n° 2015-844 du 10 juillet 2015 relatif au comité des opérateurs du réseau ferré national et à la charte du réseau, fixe les attributions, la composition et le fonctionnement du comité des opérateurs du réseau auprès de SNCF Réseau. Selon Madame Salque, ce comité « *est l'instance permanente de consultation et de concertation entre SNCF Réseau et ses membres sur les questions d'accès et d'utilisation du réseau ferré national et de son optimisation opérationnelle. Le comité des opérateurs du réseau a également pour fonction l'adoption de la charte du réseau destinée à faciliter les relations entre les membres du comité des opérateurs du réseau et à favoriser une utilisation optimale du réseau ferré national, dans un souci d'efficacité économique et sociale et d'optimisation du service rendu aux utilisateurs* »³⁵¹. A l'instar du Haut Comité, le Comité des opérateurs du réseau permet à ses membres de dégager des réflexions globales sur les problématiques d'accès et

³⁴⁴ Pour le contenu détaillé du rapport stratégique d'orientation, voir l'article L2100-3 du Code des transports.

³⁴⁵ Par exemple, et en application de l'article 10 du décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 précité renvoyant à l'article L2111-10 du Code des transports, le Haut Comité délibère annuellement sur des recommandations d'action et propositions d'évolution du contrat signé par SNCF Réseau avec l'État après avis de l'ARAFER.

³⁴⁶ *Ibid.* Article 9.

³⁴⁷ *Ibid.* Article 13.

³⁴⁸ *Ibid.* Article 15.

³⁴⁹ Article L2100-3 du Code des transports.

³⁵⁰ Article L2100-4 du Code des transports

³⁵¹ SALQUE (C.), « Transport ferroviaire interne-Groupe public ferroviaire. Contrôle des activités et instances de concertation », *Jurisclasseur Transport*, 8 décembre 2015 précité.

d'utilisation du réseau ferré national et sur les modalités d'une optimisation opérationnelle³⁵². Son rôle est important dans la mesure où le Comité est également en charge du règlement amiable des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la charte du réseau³⁵³.

125. **Une réforme ferroviaire inachevée.** L'architecture instituée par la loi du 4 août 2014, si elle était nécessaire pour corriger la séparation artificielle entre l'ancien RFF et la SNCF, la constitution d'un groupe ferroviaire intégrée apparaît insatisfaisante compte tenu du calendrier serré de l'ouverture à la concurrence du secteur. Selon le premier Ministre, Edouard Philippe le fonctionnement du GPF en trois établissements publics serait « *une organisation trop rigide et trop fragmentée* » et une transformation de la SNCF en société nationale à capitaux publics, selon le modèle allemand serait préférable. C'est ainsi qu'il avait annoncé le 26 février 2018 une nouvelle réforme de la SNCF intégrant le gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau³⁵⁴ dans une structure unifiée (§2). Il a ainsi ajouté que « *cette transformation de la gouvernance sera vertueuse. Elle permettra de sortir du piège d'une dette sans limite et responsabilisera les dirigeants de l'entreprise, l'État et les collectivités* »³⁵⁵.

§2. La consolidation du modèle d'intégration complète du groupe public ferroviaire (2018)

Le rapport élaboré par Monsieur Jean-Cyril Spinetta et remis le 15 février 2018 constate la dégradation du réseau, l'augmentation de la dette ferroviaire, le manque de performance du réseau, ainsi qu'une défaillance généralisée du système ferroviaire français (A). Ces constats ont ouvert, sur le fond de discussions sur la transposition du quatrième paquet ferroviaire, le débat sur l'opportunité d'une nouvelle réforme ferroviaire (B).

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ Dans un Avis n° 2015-019 du 27 mai 2015 sur le projet de décret relatif au Comité des opérateurs du réseau et à la charte du réseau, l'ARAF (devenue ultérieurement ARAFER) signalait l'incidence du Comité sur le fonctionnement concurrentiel du secteur ferroviaire en indiquant : « *Si les échanges d'informations entre les opérateurs, d'une part, et entre les opérateurs et les gestionnaires d'infrastructure, d'autre part, peuvent être profitables en ce qu'ils permettent les conditions d'une meilleure coordination opérationnelle, ces échanges d'information ne doivent pas compromettre le fonctionnement concurrentiel du secteur* ». En effet, les inquiétudes du régulateur portaient notamment sur le risque d'utilisation par le gestionnaire d'infrastructure des informations à caractère sensible échangées lors des séances du Comité à d'autres fins que l'optimisation de l'utilisation de l'infrastructure ».

³⁵⁴ Article de presse, « Réforme de la SNCF : le gouvernement aura recours aux ordonnances pour « faire voter les principes clés avant l'été », publié dans *Le Monde*, le 26 février 2018.

³⁵⁵ *Ibid.*

A. *Le contexte d'adoption d'une nouvelle réforme ferroviaire (2018) : le diagnostic d'un système ferroviaire défaillant*

ENCADRÉ N°6. LE DIAGNOSTIC DU RÉSEAU DANS LE RAPPORT SPINETTA

Face à la nécessité de redynamiser le secteur ferroviaire français, le Premier Ministre a confié le 12 octobre 2017 à Jean-Cyril Spinetta une « *mission de concertation avec l'ensemble des parties prenantes en vue de préparer une stratégie d'ensemble pour refondre le modèle du transport ferroviaire dans le cadre d'un marché ouvert à la concurrence, en préservant les missions d'un service public performant*³⁵⁶ ». Le rapport de Jean Cyril Spinetta a été remis le 15 février 2018.

Le Rapport de Jean-Cyril Spinetta est une compilation des réflexions menées jusqu'alors sur les points suivants (1) la stratégie de desserte du transport ferroviaire à l'horizon 2030 en fonction des besoins de mobilité et de l'offre intermodale ; (2) le modèle économique de gestion du réseau avec l'établissement prioritaire d'un diagnostic des modèles économiques des TGV et la proposition de solutions d'équilibre économique à long terme du réseau sans usage excessif de subventions publiques, ainsi que des leviers éventuels de la performance industrielle et commerciale des acteurs du secteur ; (3) « les conditions de réussite de la mise en œuvre de l'ouverture des services actuellement conventionnés, afin de garantir la continuité et la qualité du service offert aux usagers » et enfin (4) les conditions du transfert du personnel. D'autres aspects, tels que le sort des biens (le matériel roulant, les ateliers de maintenance, la gestion de l'information voyageurs, la billettique) ou encore les évolutions éventuelles de la gouvernance ferroviaire sont également développées. Ce rapport est le fruit des auditions de nombreux acteurs du secteur. Le rapport sert de base aux réflexions du gouvernement et alimente ce dernier dans sa mission d'élaboration d'une loi d'orientation des mobilités en 2018.

Monsieur Spinetta indique que le système ferroviaire français ne répond pas pleinement aux standards de performance auxquels ont droit les voyageurs, les collectivités publiques ou encore les contribuables. Observant une baisse de la part modale du ferroviaire à 9,2% en 2016, il conclut à une utilisation très hétérogène du réseau³⁵⁷ et à un déséquilibre important des investissements³⁵⁸. A ce titre, un nouveau cadre légal s'imposait pour faire évoluer la gouvernance ferroviaire en France. C'est dans ce contexte que Madame Élisabeth Borne, ministre des transports avait présenté au Conseil des ministres le projet pour un nouveau pacte ferroviaire le 14 mars 2018.

³⁵⁶ Extrait Lettre de la mission du Premier Ministre à Monsieur Jean-Cyril Spinetta, du 12 octobre 2017.

³⁵⁷ Selon Monsieur Spinetta, certaines lignes de RER supporteraient des trafics très denses alors qu'environ 10.000 km du réseau les moins circulés ne transporteraient qu'approximativement 2% des voyageurs.

³⁵⁸ Monsieur Spinetta déplore une utilisation déséquilibrée d'investissements au titre de l'entretien du réseau, dont une part importante aurait été consacrée au renouvellement des voies 5-6 et 7-9 au détriment du réseau plus circulé.

ENCADRÉ N°7. POSITIONNEMENT DES ACTEURS SUR LE RAPPORT

SPINETTA

Lorsque le rapport de M. Spinetta « a mis sur la table toutes les questions qui fâchent, sans doute avec une volontaire brutalité »³⁵⁹, il a inévitablement généré une pléiade des réactions des représentants politiques³⁶⁰ mais aussi des opérateurs économiques. A titre d'exemple, M. Claude Steinmetz, Directeur ferroviaire de Transdev France et Président de l'Association française du rail (AFRA) accueillait favorablement le rapport Spinetta en y voyant « un panorama brillant et lucide de l'état du rail français »³⁶¹. Partant, il expliquait que si les constats émis dans le rapport se trouvaient d'ores et déjà dans la place publique, « ce qui change c'est que le Premier Ministre a la volonté d'engager une réforme qui avait été toujours repoussée au lendemain »³⁶². Un consensus général semble exister entre les acteurs du secteurs, publics et privés sur le diagnostic du secteur opéré par M. Spinetta. Néanmoins, ses recommandations et plus spécifiquement celles relatives à la mise au terme du recrutement au statut des cheminots³⁶³ (nouveaux embauchés) et la fermeture des lignes capillaires³⁶⁴ ont été moins approuvées³⁶⁵ surtout par les syndicats des cheminots³⁶⁶.

A l'inverse, pour les opérateurs ferroviaires la fin du recrutement au statut représentait une condition essentielle de leur stratégie d'entrée sur le marché français. Le propos du M. Thierry Mallet, PDG de Transdev sont révélatrice dans ce sens lorsqu'il plaidait pour une organisation de travail différente et souple : « Il ne faut pas rigidifier le modèle social et faire en sorte que le statut et les conditions de travail qui existent à la SNCF soient imposés aux nouveaux entrants, sinon nous ne bougerons pas »³⁶⁷. La fermeture de petites lignes telle qu'envisagée par le rapport Spinetta n'est pas un projet

³⁵⁹ Propos du Prof. Yvet CROZET repris par WEINTROP (M.), « Peut-on fermer les petites lignes de chemins de fer ? », Article de presse dans *La Croix*, publié le 19 février 2018.

³⁶⁰ Article de presse, « SNCF : réactions politiques au rapport Spinetta », dans *L'Express*, publié le 15 février 2018, par exemple, M. Hervé Maurey (UC), président de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat, qui s'est dit être "en phase avec un certain nombre de points (...). En revanche, il ne serait pas acceptable que la réforme du système ferroviaire se fasse au détriment des territoires. La desserte ferroviaire ne saurait se limiter aux transports en zone urbaine et périurbaine et aux liaisons entre les principales métropoles françaises. Le transport ferroviaire doit concourir à l'aménagement du territoire"

³⁶¹ DUCROS (E.), « A Edouard Philippe la concurrence reconnaissante », Article de presse, dans *L'Opinion*, publiée le 27 février 2018.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Recommandation 38 du Rapport Spinetta, p.103.

³⁶⁴ Recommandation 4 du Rapport Spinetta, p.56.

³⁶⁵ Par exemple, Article de presse, « Bruno Gazeau sur la SNCF : On ne peut pas supprimer les petites lignes sinon c'est la mort de la France », dans *Europe1*, publié le 17 février 2018. Propos de Bruno Gazeau (Président de la FNAUT) entendus sur *Europe1* et repris dans l'article « C'est une vision méprisante de dire « les petites lignes ». En région, on ne peut pas les supprimer » ; voir aussi DE LA BROSSE (J.), « Les petites lignes ferroviaires en sursis », Article de presse dans *Le Monde*, publié le 26 août 2018, Extrait : « Mais face à l'agitation colère des médias et à la vindicte des élus locaux, le gouvernement a immédiatement fait machine arrière. « L'avenir des petites lignes ne sera pas tranché de Paris », a répliqué en substance le premier ministre, Edouard Philippe. Avant de préciser que rien ne serait décidé sans l'accord des régions ».

³⁶⁶ Article de presse, « SNCF. Les syndicats dénoncent le rapport Spinetta et menacent des grèves », dans *Ouest France*, publié le 15 février 2018. Extrait : « Le rapport est une attaque « inacceptable » contre le statut des cheminots, a estimé jeudi la CGT, premier syndicat à la SNCF. « Ce rapport vient confirmer la politique anti-ferroviaire du gouvernement et de la direction SNCF », alors que « d'autres choix sont possibles et nécessaires (...) Il faut maintenir et développer le service public ferroviaire, pas le saborder », écrit la Fédération CGT des cheminots dans un communiqué. ».

³⁶⁷ GLISZCZYNSKI (F.), « Pour attirer les cheminots, Transdev est prêt à les payer plus », Article de presse, dans *La Tribune*, publié le 10 avril 2018.

ENCADRÉ N°7. POSITIONNEMENT DES ACTEURS SUR LE RAPPORT

SPINETTA

favorable aux opérateurs alternatifs de transport qui, au contraire, n'attendent qu'une opportunité pour proposer un nouveau modèle d'exploitation de ces voies. A ce titre, les opérateurs ferroviaires se montrent intéressés outre à l'exploitation des trains, à la réalisation de la maintenance de l'infrastructure, selon l'exemple de la Suisse ou d'Allemagne. Ouvrir à la concurrence la maintenance des infrastructures serait, selon M. Thierry Mallet, « *une mesure que nous attendions* ». En effet, il poursuit « *Sortir ces lignes de SNCF Réseau c'est permettre d'appliquer de nouvelles normes plus adaptées à leur maintenance, toujours sous la surveillance de l'Établissement public de sécurité ferroviaire* »³⁶⁸. Des opérateurs ferroviaires pourraient également contribuer à l'émergence d'une filière d'innovation afin de développer un « train léger » pour la gestion des petites lignes dont l'objectif est la réduction des coûts d'exploitation. Si le train léger pourrait équiper certaines petites lignes, il est indispensable également que les constructeurs s'alignent à la fois aux besoins de ces lignes et à celles des opérateurs de transport qui manquent la dotation avec ce type de matériel roulant. C'est ainsi que M. Fares Goucha, Directeur des opérations ferroviaires de Transdev France avançait qu'« *Aujourd'hui il n'y a pas vraiment d'offres de la part des constructeurs pour répondre aux besoins de petites lignes* »³⁶⁹.

126. **La loi pour un nouveau pacte ferroviaire, porteuse d'une « *approche progressive et maîtrisée de la concurrence* »³⁷⁰**. Le projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire déposé le 14 mars 2018 s'inscrivait dans la démarche globale du Gouvernement de refondation de la politique des transports « *avec l'objectif d'améliorer la mobilité de tous les Français, dans tous les territoires* »³⁷¹, de concevoir les mobilités de demain « *plus propres, plus intermodales, plus connectées, plus solidaires, plus sûres et plus soutenables* »³⁷². Il avait été soumis à l'avis du Conseil d'État³⁷³, ce dernier manifestant son souhait que l'habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances « *soit définie avec une précision suffisante mais de façon à permettre la concertation envisagée pour reformer le secteur* »³⁷⁴. Le projet avait été d'abord adopté en première lecture, avec modifications par l'Assemblée nationale le 17 avril 2018, ensuite, en première lecture avec, les modifications par le Sénat le 5 juin 2018. Passée en commission mixte paritaire, l'adoption du texte définitif du projet de loi est réalisée par l'Assemblée

³⁶⁸ WAINDROP (M.), « SNCF : Comment le gouvernement veut sauver les petites lignes ? », Article de presse, dans *La Croix*, publié le 26 février 2020.

³⁶⁹ Article de presse, « Transport ferroviaire : quel petit train pour les petites lignes ? », dans Banque des territoires, publié le 2 mars 2020.

³⁷⁰ DE LA ROSA (S.), « La loi pour un nouveau pacte ferroviaire ou la nouvelle vie du rail », publié sur le blog *Le club des juristes*, le 18 juin 2018.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ CE, avis, 8 mars 2018, Rec. n°394425.

³⁷⁴ TESSON (F.), « Avis du Conseil d'État sur la réforme ferroviaire », *J.C.P.A.*, n°12, 26 Mars 2018, act.276.

nationale le 13 juin 2018 et par le Sénat le 14 juin 2018³⁷⁵. Ainsi, la loi a été promulguée le 27 juin 2018 et publiée au Journal officiel le 28 juin 2018.

ENCADRE N°8 LES ENJEUX DE L'HABILITATION GLOBALE DONT EST INVESTI LE GOUVERNEMENT POUR PORTER LA REFORME FERROVIAIRE

La loi pour un nouveau pacte ferroviaire fut une loi d'habilitation permettant au gouvernement, après avis public du Conseil d'État de prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires à la réforme ferroviaire sur le fondement de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958. En application de cet article, et afin que l'exécutif puisse réaliser son programme, il peut demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance, dans un délai limité, des mesures qui relèveraient autrement du domaine de la loi.

Légiférer par ordonnance est une procédure d'exception, distincte de la procédure habituelle qui consiste à soumettre un projet de loi à l'Assemblée nationale et au Sénat, les deux chambres discutant et amendant le texte afin d'aboutir à une version définitive.

L'adoption de la réforme ferroviaire par ordonnance avait permis au gouvernement de légiférer en raccourcissant le débat au Parlement. L'habilitation du gouvernement à mettre en œuvre la réforme ferroviaire via les ordonnances fut justifiée par les représentants du gouvernement par la célérité de ce régime³⁷⁶ qui pouvait permettre à la France de respecter le calendrier européen de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire de voyageurs.

Cette habilitation du Gouvernement lui a permis ainsi de se positionner sur des sujets sensibles tels que conditions dans lesquelles certaines missions de la société nationale SNCF étaient assurées au sein du groupe public, les conditions dans lesquelles le transfert du personnel sera réalisé ou encore les modalités de gestion transitoire des filiales jusqu'à l'installation de différents organes prévus par les statuts. Comme souligné par la Professeure Aurore Laget-Annemayer, la portée de ces ordonnances était considérable dès lors qu'elles « *devront fixer non seulement les conditions dans lesquelles certaines missions de la société nationale SNCF seront assurées au sein du groupe public,*

³⁷⁵<http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/projet-loi-pour-nouveau-pacteferroviaire.html>. Le projet de loi était centré sur deux aspects clés : la gouvernance ferroviaire en France, avec la nécessité de faire évoluer le groupe public ferroviaire et la transposition en droit national du quatrième paquet ferroviaire relatif à la construction d'un espace ferroviaire unique européen. Ce projet de loi autorisait le gouvernement à agir par voie d'ordonnance sur : (1) les missions, l'organisation, la gouvernance, le statut juridique de la SNCF ; (2) la gestion du personnel au sein de la SNCF ; (3) la transposition du 4^{ème} paquet ferroviaire et notamment sur les problématiques d'accès au réseau ferroviaire et la gouvernance du gestionnaire d'infrastructure ; (4) les modalités d'ouverture à la concurrence des services conventionnés ; (5) sur la tarification ; (6) sur la gestion des gares de voyageurs ; (7) sur la transposition des dispositions du « pilier technique » du 4^{ème} paquet ferroviaire.

³⁷⁶ Article de presse, « Réforme de la SNCF : le gouvernement choisit la voie des ordonnances », dans Europe 1, publié le 26 février 2018 ; voir aussi article de presse, « Reformier la SNCF par ordonnances : 5 questions pour comprendre », dans *France culture*, publié le 26 février 2018, Article de presse, « SNCF : le gouvernement lance sa réforme par ordonnances », dans *Le Monde*, publié le 14 mars 2018. Le Premier Ministre, Edouard Philippe déclarait ainsi : « *Face à l'urgence (...) nous voulons aller vite sans escamoter pour autant la concertation ou le débat parlementaire* », en proposant de réduire « *le contenu des ordonnances aux seuls aspects techniques* » tout en procédant à la concertation « *avec l'ensemble des partenaires concernés : organisations syndicales et patronales, usagers, région* ».

mais aussi les conditions de fonctionnement du groupe public, en prévoyant notamment les modalités de sa gouvernance et les garanties propres à assurer l'indépendance de SNCF Réseau³⁷⁷ ».

127. **L'habilitation du gouvernement validée avec des réserves par le Conseil d'État.** Saisi initialement le 26 février 2018 et ensuite, dans une saisine rectificative du 5 mars 2018, le Conseil d'État s'est prononcé sur le projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire, relatif à la transformation du système de transport ferroviaire et à l'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de transport ferroviaire. A ce titre, le Conseil d'État a été d'avis que l'habilitation du gouvernement devait être définie avec une « *précision suffisante, mais d'une manière assez ouverte*³⁷⁸ » afin de permettre à celui-ci de remplir sa mission telle qu'exposée dans les motifs du projet de la loi, à savoir notamment la poursuite de la concertation « *avec les principales parties prenantes, en particulier les représentants des usagers et clients, voyageurs et chargeurs, les autorités organisatrices de transport et les organisations syndicales et patronales du secteur* ». Le Conseil d'État a tout de même émis une réserve concernant le délai de six mois fixé par la loi, dans lequel devrait intervenir les ordonnances, l'estimant « *relativement court*³⁷⁹ », mais nécessaire afin d'assurer la transposition en temps utiles de la directive 2012/34/UE telle qu'elle a été modifiée par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016.

B. Le passage d'un Groupe Public Ferroviaire (GPF) à un Groupe Public Unifié (GPU)

La nouvelle architecture du secteur ferroviaire se concrétise par un abandon de la structure historique d'établissement public industriel et commercial et la societisation des entités du GPU (1). Dans cette structure ferroviaire renouée, les missions du gestionnaire d'infrastructure sont élargies grâce à l'inclusion dans son giron de la gestion des gares ferroviaires (2). Cela étant, les enjeux importants de cette loi appellent nécessairement une adoption future et progressive des textes réglementaires d'application, eux aussi riches en précisions (3).

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ CE, Avis n°394425 sur le projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire, 8 mars 2018, p.4.

³⁷⁹ *Ibid.*

1. L'abandon de la structure d'établissement public industriel et commercial

ENCADRÉ N° 9. L'EPIC, UNE STRUCTURE JURIDIQUE RIGIDE

Les établissements publics industriels et commerciaux sont des personnes morales de droit public, créées par l'État et chargées d'une mission d'intérêt général dans le domaine de l'industrie ou du commerce, à l'exclusion de celles qui sont chargées seulement de missions de police ou d'organisation et qui ne fournissent pas de prestations commerciales. Les EPIC échappent aux procédures collectives, lesquelles sont réservées par le législateur aux personnes privées. Lorsque les EPIC sont défaillants, l'État vient se substituer pour honorer les dettes de l'établissement public débiteur. Cette intervention de l'État, en accordant un avantage à l'EPIC peut fausser ou menacer de fausser la concurrence. Autrement dit, si le statut d'EPIC emporte systématiquement la garantie implicite et illimitée de l'État, cette garantie n'est pas toujours qualifiée d'aide d'État, selon l'article 107 du TFUE et risque ainsi de devenir incompatible avec le droit européen de la concurrence. Dans un arrêt CJCE, 3 avril 2014, *France c. Commission*, C-559/12, la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que le statut d'EPIC dont bénéficiait La Poste lui assurait une garantie implicite³⁸⁰ et illimitée de l'État assimilable à une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE. En effet, selon la Cour de justice, « *il existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget* »³⁸¹.

En France, la SNCF était organisée avant l'adoption de la réforme ferroviaire de l'année 2018 sous forme d'établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC). La création de la SNCF sous forme d'EPIC était le résultat de la politique de nationalisation appliquée au secteur. Si le choix de cette forme juridique pour les monopoles publics en charge des activités industrielles et commerciales se justifiait jadis par des considérations d'efficacité, la libéralisation des industries en réseaux a ouvert le débat sur la compatibilité de cette forme juridique avec les exigences du marché européen et le respect des règles de la concurrence³⁸² dans la mesure où elle ne permettait plus de clarifier en totalité les relations entre l'État et l'entreprise³⁸³. Si dans les traités européens aucune règle ne condamne les formes de propriété publique dans l'Union, la fin des monopoles plonge les grands établissements publics nationaux dans un environnement concurrentiel élaboré pour démanteler les opérateurs historiques notamment par l'exercice d'une régulation asymétrique. Ainsi, « *L'EPIC, statut d'exception, historiquement daté, c'est-à-dire inscrit dans une perspective strictement nationale, doit donc être substitué à des formes juridiques plus compatibles avec les exigences d'un marché mondialisé dans lequel les entreprises agissent, coopèrent ou se confrontent en s'appuyant sur un statut de "droit commun"* »³⁸⁴.

³⁸⁰ Sur la garantie implicite dont bénéficient les EPICs voir aussi BAZEX (M.), « Le régime des aides d'État octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », *Dr. admin.*, 2014, comm. 42 ; DABRETEAU (J.), « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit de ses EPIC », *AJDA* 2010, p. 2346 ; ECKERT (G.), « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *J.C.P.A.* 2014, 2160.

³⁸¹ CJCE, 3 avril 2014, *République française c/Commission européenne*, aff. C-559/12P., ECLI :EU :C :2014 :217.

³⁸² COSSALTER (P.), « Les EPIC face au droit de la concurrence », *J.C.P.A.*, n°38, 14 septembre 2009, 2221 ; voir aussi LOMBARD (M.), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006. 79. Voir aussi le rapport public thématique de la Cour des comptes intitulé « L'État actionnaire », janvier 2017, p.98.

³⁸³ Étude d'impact du « Projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire », 12 mars 2018, p.65.

³⁸⁴ COURIVAUD (H.), « Droit de la concurrence et entreprises publiques- L'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé », Fasc.122, 1^{er} avril 2009, pp.49.

128. La transformation des EPIC en sociétés commerciales dans un phénomène de « *sociétisation* » des EPIC(s)³⁸⁵. Ce mouvement a été déjà observable dans le cas de France Télécom et de la réforme qu'elle a subi à travers la loi n°99-660 du 26 juillet 1996. Les entreprises ferroviaires homologues étrangères ont été concernées par ce processus de « *sociétisation* ». Ainsi comme illustré antérieurement, en Allemagne l'opérateur ferroviaire historique, la Deutsche Bahn (DB) est organisée sous forme d'Aktiengesellschaft (AG). Cette forme d'organisation sociétale correspond en droit des pays germanophones à une forme de société par actions, l'équivalent en France des sociétés anonymes. Bien qu'elle soit organisée sous forme de société commerciale, l'État allemand est actionnaire à 100% de la DB AG.³⁸⁶. De la même manière, en Roumanie, CFR Calatori (Voyageurs) est une société par actions, dont le capital est intégralement détenu par l'État roumain³⁸⁷. À l'opposé, et compte tenu du contexte de privatisation des chemins de fer britanniques, les entreprises ferroviaires exploitant des services ferroviaires au Royaume-Uni sont des entreprises privées à capital privé. C'est dans ce contexte de modernisation de la gouvernance ferroviaire que la loi pour le nouveau pacte ferroviaire entraîne une mutation du statut juridique de la SNCF.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Extrait article 87e paragraphe 3 de la Constitution allemande: « *Federal railways shall be operated as enterprises under private law. They shall remain the property of the Federation to the extent that their activities embrace the construction, maintenance and operation of the lines. The transfer of federal shares in these enterprises under the second sentence of this paragraph shall be effected pursuant to a law; the Federation shall retain a majority of the shares. Details shall be regulated by a federal law.* », « *Les chemins de fer fédéraux sont exploités comme des entreprises de droit privé. Ils restent la propriété de la Fédération dans la mesure où leurs activités englobent la construction, la maintenance et l'exploitation des lignes. Le transfert des actions fédérales dans ces entreprises en vertu de la deuxième phrase du présent paragraphe est effectué conformément à une loi ; la Fédération conservera la majorité des actions. Les détails sont régis par une loi fédérale.* », [Traduction libre de l'anglais au français].

³⁸⁷ Article 2 des statuts de la Société Nationale des chemins de fer roumain – CFR Calatori.

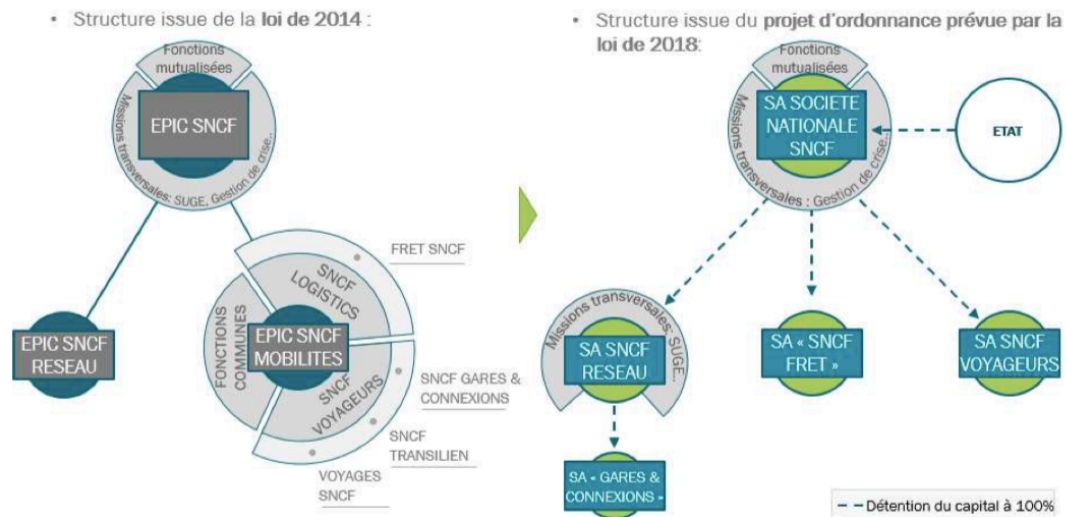


Fig. 4 Les changements de la gouvernance ferroviaire en France depuis les réformes des années

2014 et 2018

Source : ART

129. **La societisation des entités du GPU.** Selon la loi pour le nouveau pacte ferroviaire, le statut juridique de la SNCF Réseau et SNCF Mobilités est passé depuis le 1^{er} janvier 2020 d'établissements publics industriels et commerciaux à sociétés nationales à capitaux publics. Ainsi, l'EPIC SNCF Mobilités est devenu SNCF Voyageurs, une société anonyme. Si la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire ne qualifie pas textuellement la société nationale SNCF en tant que société anonyme, elle précise toutefois, que celle-ci est soumise « aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes ». Par conséquent, l'État demeurera le seul actionnaire de la SNCF, aucune ouverture soit elle minoritaire du capital du nouveau groupe ferroviaire unifié n'étant pas envisageable. En procédant de la sorte, le gouvernement n'a pas toutefois l'intention de procéder à la privatisation du groupe public ferroviaire³⁸⁸ et par conséquent, l'incessibilité du capital du groupe est inscrite dans la loi pour le nouveau pacte ferroviaire³⁸⁹. Par ailleurs, le choix pour la forme juridique de société n'est pas

³⁸⁸ Le texte initial du projet de loi ne contenait pas la référence au caractère incessible du capital du groupe public ferroviaire. Le projet de loi adopté par les députés en avril précisait uniquement dans son article 1^{er} que « le capital de la société nationale SNCF est intégralement détenu par l'État.

³⁸⁹ Article 1er de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *JORF*, n°0147 du 28 juin 2018 modifiant l'article L2101-1 du code des transports : « (...) Le capital de la société nationale SNCF est intégralement détenu par l'État. Ce capital est incessible. (...) ».

incompatible avec la vocation et les missions d'une entreprise publique³⁹⁰. Certains auteurs expliquent cette approche timide du législateur à consacrer un véritable mouvement de « *sociétisation* » de la SNCF par « la peur de la privatisation »³⁹¹, élément qui pourrait également justifier l'ajout du qualificatif capital « incessible » dans la loi.

ENCADRÉ N° 10. LES ENJEUX DU CHANGEMENT DE STATUT JURIDIQUE

En France, plusieurs avantages sont attachés au changement de statut juridique du groupe public ferroviaire et de ses entités³⁹².

D'abord organisée sous la forme d'une SA, la SNCF aura une structure propice à un fonctionnement strict pour des projets à fort potentiel³⁹³. En effet, le fonctionnement de la SA est strict car la loi impose, pour sa création, un nombre minimum d'associés (2 ou 7³⁹⁴, pour les SA cotées en bourse) ainsi qu'un capital minimal évalué à 37 000 euros. Le directeur, président ou non, assure la gestion de l'entreprise. Les décisions ordinaires et l'approbation des comptes sont réalisées par les actionnaires lors d'assemblées générales ordinaires. La nomination de commissaires aux comptes pour veiller aux intérêts des actionnaires, la présence de plusieurs organes –conseil d'administration ou directoire et conseil de surveillance–, nous amènent à croire que la SA est une forme de société appropriée pour le projet de Gares et Connexions, projet qui supposera à l'avenir de gros investissements pour se développer. Par ailleurs, la SA en tant que structure juridique est supposée créer plus de transparence au profit des autorités organisatrices de transport.

Ensuite, la SA est une structure juridique avantageuse du point de vue de la responsabilité financière de ses actionnaires, responsabilité qui se limite à leurs apports au capital. En outre, ceux-ci bénéficiant de prérogatives importantes via les assemblées générales où ils décident de l'attribution de dividendes,

³⁹⁰ Sur l'entreprise publique voir CE, « Les entreprises publiques », Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, 10 juin 2016, p.2, pp.7, Extrait : « *Dans un monde globalisé, traversé par d'importantes transformations technologiques et industrielles, elle conserve son irréductible spécificité et toute sa légitimité. L'entreprise publique reste un de ses instruments d'avenir. Car, par la diversité de ses formes, elle défend des intérêts qui transcendent les besoins d'une seule entreprise, d'une seule filière, d'un seul secteur. Elle porte l'ambition d'une vision globale, cohérente et stratégique de notre économie, dans laquelle l'État n'est certes plus le principal producteur de biens et de services, mais dans laquelle il doit intervenir pour préserver les fondements de notre souveraineté économique, actionner de nouveaux leviers de croissance et d'innovation et promouvoir la compétitivité de nos entreprises* ».

³⁹¹ BAZEX (M.), LANNEAUX (R.), « Loi pour un nouveau pacte ferroviaire – Commentaire de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », Étude par Michel Bazex et Régis Lanneau », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.

³⁹² Voir par exemple Cour des comptes, Rapport « L'État actionnaire », janvier 2017, p.97, précité, Extrait : « *Le statut d'établissement public, y compris industriel et commercial, ne permet pas d'assurer à une entreprise une gouvernance appropriée, particulièrement lorsqu'elle intervient dans un cadre concurrentiel. Le cas de la SNCF en est une illustration exemplaire* » ; ou encore J. C. Spinetta, « L'avenir du Transport Ferroviaire », 15 février 2018, p.127, Extrait : « *Les avantages d'une transformation en société nationale à capitaux publics détenue en totalité par l'État sont nombreux, avec notamment la progression de la liberté contractuelle, le renforcement des fonds propres, le développement d'activités nouvelles par la suppression du principe de spécialité et la responsabilité renforcée de ses instances de contrôle. Le besoin de fonds propres ne semble pas constituer une difficulté. En effet aujourd'hui, l'établissement dispose de 4 milliards de fonds propres* ».

³⁹³ Article « La SA, règles de fonctionnement strictes pour projets à très fort potentiel » disponible sur <http://www.lacomptabilite.fr/vos-attentes/sa.htm>

³⁹⁴ Article L225-1 du Code de commerce.

disposent d'une large marge de manœuvre quant à la manipulation de leurs actions. Les actions sont facilement négociables et cessibles, les actionnaires pouvant entrer ou quitter la société aisément. Enfin, les investisseurs ont une préférence pour les sociétés anonymes car ils y voient un gage de sécurité et de crédibilité compte tenu de l'encadrement strict par la loi, ainsi que du fonctionnement reparté entre plusieurs organes sociaux.

Cette structure offre une certaine flexibilité aux investisseurs en termes de structuration du capital. Il en résulte ainsi que l'évolution du statut juridique du groupe public unifié et de ses entités vise à permettre à long terme la possibilité à la SNCF de s'adapter à la dynamique de la vie d'affaire et à limiter les contraintes inhérentes au statut d'établissement public industriel et commercial³⁹⁵.

130. Les enjeux du changement de statut juridique pour les nouveaux entrants. Le changement de statut juridique intéresse directement les opérateurs nouveaux entrants car il permet une égalisation des conditions d'accès et d'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs entre les opérateurs alternatifs et SNCF Voyageurs. Les avantages attachés au statut d'EPIC sont ainsi abandonnés et SNCF Voyageurs est placé au droit commun des procédures d'exécution forcée et de faillite. Cette modification structurelle n'est toutefois dénuée des avantages pour SNCF Voyageurs. Comme le rappelle M. Spinetta dans son rapport, le statut de société anonyme permet une « *progression de la liberté contractuelle, le renforcement des fonds propres, e développement d'activités nouvelles par la suppression du principe de spécialité et la responsabilité renforcée de ses instances de contrôle* »³⁹⁶.

2. L'élargissement des missions de SNCF Réseau

Outre la sociétéisation des entités du Groupe ferroviaire, une modification structurelle marquante de la réforme de l'année 2018 consiste dans le placement dans le giron de SNCF Réseau de la gestion des gares de voyageurs par la création d'une filiale spécifique (a). Des mesures de renforcement de l'étanchéité du gestionnaire d'infrastructures en vue de garantir son indépendance sont également adoptées (b).

³⁹⁵ LAGET-ANNEMAYER (A.), « Le nouveau pacte ferroviaire : D'un groupe à l'autre », *RFDA* 2018, p.857. L'auteur renvoie à l'article de NICINSKI (S.), « Personnalité publique et droit du marché », in *La Personnalité publique*, Litec, coll. Coloques et débats 2007, p.225 et Droit public des affaires, coll. Domat, 5^e ed. 2016, n°716 dans lequel celle-ci relativise l'efficacité de ce changement de statut en indiquant « *la solution trouvée par les autorités françaises, consistant en une privatisation du statut, n'est probablement pas la plus efficace* ».

³⁹⁶ SPINETTA (J-C), « L'avenir du transport ferroviaire », précité.

- a) La translation dans le giron de SNCF Réseau de la gestion des gares ferroviaires de voyageurs

131. La réforme ferroviaire du 4 août 2014 n'avait pas réussi à garantir l'indépendance réelle du gestionnaire des gares dès lors que celui-ci demeurait une entité incluse au sein de l'opérateur ferroviaire national. Or, lorsque les gares de voyageurs ferroviaires présentent les caractéristiques des installations essentielles dont l'accès doit être garanti de manière équitable et non discriminatoire à tous les opérateurs ferroviaires, il était logique qu'elles soit rattachées au gestionnaire d'infrastructure soumis à une obligation de neutralité et de transparence dans la gestion des infrastructures ferroviaires. La loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, modifiant l'article L2111-9 du code de transports dans sa version depuis le 1^{er} janvier³⁹⁷ opère ce changement. Le gestionnaire des gares doit s'assurer de l'accès des entreprises de transport ferroviaire dans des conditions transparentes et non discriminatoires, favoriser la complémentarité des modes de transport collectifs et individuels et enfin contribuer au développement équilibré des territoires. Cette filiale est chargée, conformément à l'article L2111-10-1 A du code des transports de conclure un contrat pluriannuel avec l'État sur la base duquel les objectifs de qualité de service, de trajectoire financière, d'accès des entreprises ferroviaires aux gares, de sécurité, de rénovation et de propreté des gares et de développement équilibré des territoires lui seront fixés³⁹⁸. Cette nouvelle architecture institutionnelle qui prévoit à la fois la séparation juridique et comptable de l'exploitant des gares ferroviaires de voyageurs des autres entités du groupe public apparaît en conformité avec les exigences de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire. Les opérateurs nouveaux entrants peuvent apercevoir dans ce changement la volonté du législateur de mettre en place des conditions équitables de la concurrence ferroviaire.

³⁹⁷ Extrait article L2111-9 du Code des transports dans sa version à venir au 1^{er} janvier 2020.

³⁹⁸ Décret n°2019-1583 du 31 décembre 2019 relatif à l'élaboration du contrat entre l'Etat et la filiale de SNCF Réseau chargée de la gestion unifiée des gares de voyageurs, JORF n°0001 du 1^{er} janvier 2020, texte n°17. Pour un approfondissement des problématiques d'accès aux gares des voyageurs et aux installations de service Voir Partie 1, Titre II Chapitre 2.

b) L'approfondissement des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure

132. **Les efforts de sécurisation des conflits d'intérêts au sein du gestionnaire d'infrastructure.** La loi du 27 juin 2018 avait laissé le soin aux ordonnances et plus spécifiquement à l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs de prendre les mesures nécessaires en vue de renforcer les garanties d'indépendance et d'impartialité de SNCF Réseau. A ce titre, afin de sécuriser l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, l'ordonnance précitée modifie le code des transports en créant l'article L2122-4-1-1 paragraphe 2 qui interdit à toutes les autres entités juridiques de l'entreprise verticalement intégrée d'exercer « *une influence décisive sur les décisions prises par le gestionnaire de l'infrastructure en ce qui concerne les fonctions essentielles* ³⁹⁹ ». Elle ne permet pas aux membres du Conseil de surveillance ou du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure, lorsqu'ils sont également salariés d'une autre entité de l'entreprise verticalement intégrée, de prendre part aux décisions relatives aux fonctions essentielles ni à la nomination ou la révocation des dirigeants en charge des fonctions essentielles.

133. En outre, l'ordonnance charge l'ARAFER d'un pouvoir sur les nominations dans l'objectif de mieux encadrer la mobilité au sein de l'entreprise verticalement intégrée et d'éviter donc les conflits d'intérêts. Les personnes chargées de prendre les décisions sur les fonctions essentielles ne peuvent donc être soumises à l'autorité hiérarchique que d'un dirigeant nommé après avis conforme de l'ARAFER. Enfin, l'ordonnance interdit aux membres du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure et aux personnes décidant sur les fonctions essentielles de percevoir une quelconque rémunération ou des primes fondées sur la performance liée aux résultats financiers d'entreprises ferroviaires particulières. Le mérite de l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs est ainsi d'élargir le champ de l'interdiction qui ne concernait auparavant que les dirigeants de SNCF. Malgré les avancées établies par l'ordonnance, celle-ci soulève toutefois d'importants points de vigilance et des clarifications ultérieures s'imposent.

³⁹⁹ Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF*, n°0288 du 13 décembre 2018 ajoutant l'article Art. L. 2122-4-1-1 au Code des transports.

134. **La persistance de risque de conflit d'intérêts. L'encadrement insuffisant des doubles mandats au sein de l'entreprise verticalement intégrée.** La directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE⁴⁰⁰ en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire avait introduit de nouvelles exigences en matière d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et d'impartialité de ses fonctions essentielles. Le paragraphe 1^{er} de l'article 7 de la directive précitée exigeait aux États membres de veiller à ce que les membres du Conseil de surveillance et du Conseil d'administration du gestionnaire de l'infrastructure et les dirigeants qui leur rendent directement compte, agissent de manière non discriminatoire et à ce que leur impartialité ne soit affectée par aucun conflit d'intérêts. Si l'article L.2101-1-1 du code des transports modifié par la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire transpose cette disposition en droit français, sa portée est toutefois limitée⁴⁰¹ ».

135. En effet, le texte définitif de cet article précise que les fonctions de membre du Conseil de surveillance, du conseil d'administration ou de dirigeant de SNCF Réseau seront incompatibles avec les fonctions de « *membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou dirigeant mandataire social d'une entreprise exerçant, directement ou par l'intermédiaire d'une de ses filiales, une activité d'entreprise ferroviaire ou d'une entreprise filiale d'une entreprise exerçant une activité d'entreprise ferroviaire* »⁴⁰². Ce texte ne prend pas en compte les constats des travaux parlementaires sur le projet de loi sur le nouveau pacte ferroviaire selon lesquels « *ces dispositions conduisent à ce que ni le directeur financier de l'EPIC de tête SNCF ni le directeur sécurité commun aux trois établissements publics ne seraient concernés par cette interdiction* »⁴⁰³. Dans un tel contexte, l'ARAFER recommandait la suppression du terme « mandataire social » afin d'élargir le périmètre d'incompatibilité des fonctions. Toutefois, le texte définitif de l'article n'a pas suivi cette recommandation.

⁴⁰⁰ Dir. (UE) 2016/2370 précitée.

⁴⁰¹ ARAFER, Avis n° 2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, pp.30

⁴⁰² Article L2101-1-1 du code des transports dans sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2020

⁴⁰³ ARAFER, Avis n° 2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, pp.30

136. En outre, l'article 7 paragraphe 3 de la directive 2012/34/UE tel que modifié par la directive 2016/2370 oblige les États membres à interdire les doubles mandats au sein d'une entreprise verticalement intégrée. En effet, un membre d'un conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure ne peut pas être simultanément membre du conseil d'administration d'une entreprise ferroviaire. Les personnes en charges de fonctions essentielles du gestionnaire d'infrastructure (plus spécifiquement répartition des sillons et tarification de l'infrastructure) d'être membres du conseil d'administration d'une entreprise ferroviaire. Par ailleurs, un membre du conseil de surveillance du gestionnaire d'infrastructure, s'il en existe un, ne peut être concomitamment membre du conseil de surveillance d'une entreprise ferroviaire. Enfin, un membre du conseil de surveillance d'une entreprise faisant partie d'une entreprise verticalement intégrée et exerçant un contrôle à la fois sur une entreprise ferroviaire et sur un gestionnaire de l'infrastructure ne peut être membre du conseil d'administration de ce gestionnaire de l'infrastructure.

137. Or, des dispositions actuelles du droit national et plus précisément du code des transports ne transposent pas exactement les exigences de la directive 2016/2370 précitée. Par exemple, l'article L2111-16-1 du code des transports liste les incompatibilités entre les fonctions de dirigeants de SNCF Réseau et l'exercice de fonctions au sein d'entreprises ferroviaires pendant la durée de leurs mandats. Pourtant, et l'ARAFER le souligne elle-même dans son avis n° 2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, l'article L2111-16-1 du code de transports aurait dû s'étendre à l'ensemble du personnel du gestionnaire d'infrastructure en charge des fonctions essentielles sans se contenter uniquement des dirigeants de SNCF Réseau. Il en résulte ainsi que malgré les efforts d'une meilleure garantie d'indépendance et d'impartialité du gestionnaire d'infrastructure, des points de vigilance demeurent encore soulevés par l'ordonnance.

3. Les mesures posées par les textes réglementaires d'application de la loi

138. **Un texte de loi technique nécessairement complété par des mesures réglementaires.** Si la loi portant pour un nouveau pacte ferroviaire, avait pour objectif de modifier le paysage ferroviaire français, elle ne constituait pas une fin. La loi du 27 juin 2018 n'apportait pas une réelle solution à la question de la possession par le groupe public des dépendances du domaine public. A ce titre, la professeure Pascale Idoux dénonçait l'absence du législateur à faire le

choix entre plusieurs scénarios envisageables à savoir l'application de la domanialité publique aux biens nécessaires pour assurer la continuité du service public ferroviaire ou encore la création « d'un régime sur mesure » de quasi-domanialité publique »⁴⁰⁴. Les ordonnances qui ont suivi ont eu la difficile tâche de fixer des dispositions relatives à des aspects juridiques clés de l'ouverture à la concurrence du secteur. Ces enjeux et ces questions pendantes ont montré que le chantier juridique de la réforme ferroviaire n'a pas été facile à achever.

139. Par ailleurs, les niveaux de technicité et de complexité de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire ont induit des mesures d'application elles-mêmes riches en précisions :

ENCADRÉ N°11 LES MESURES D'APPLICATION DE LA LOI POUR UN NOUVEAU PACTE FERROVIAIRE⁴⁰⁵	
DECRETS	
OBJET	MESURE
Attribution directe des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs	Décret n°2020-728 du 15/06/2020 <i>JORF</i> du 17/06/2020 portant application de l'article L.2121-17 du code des transports et relatif aux modalités d'attribution directe des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs
Fonctionnement et missions des comités de concertation pour la gestion des gares ferroviaires de voyageurs	Décret en Conseil d'État n° 2019-728 du 11/07/2019, <i>JORF</i> du 12/07/2019 relatif aux comités de concertation pour la gestion des gares ferroviaires de voyageurs
Contrat pluriannuel conclu entre l'État et Gares& Connexions	Décret n° 2019-1583 du 31/12/2019, <i>JORF</i> du 01/01/2020 relatif à l'élaboration du contrat entre l'État et la filiale de SNCF Réseau chargée de la gestion unifiée des gares de voyageurs
Fixation des statuts de la SNCF, SNCF Réseau, Gares & Connexions	<p>Décret en Conseil d'État n° 2019-1585 du 30/12/2019, <i>JORF</i> du 01/01/2020 approuvant les statuts de la société nationale SNCF et portant diverses dispositions relatives à la société nationale SNCF et à la société mentionnée au c du 2° de l'article 18 de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019.</p> <p>Décret en Conseil d'État n° 2019-1587 du 31/12/2019, <i>JORF</i> du 01/01/2020 approuvant les statuts de la société SNCF Réseau et portant diverses dispositions relatives à la société SNCF Réseau.</p> <p>Décret en Conseil d'État n° 2019-1588 du 31/12/2019, <i>JORF</i> du 01/01/2020 approuvant les statuts de la filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 du code des transports et portant diverses dispositions relatives</p>

⁴⁰⁴ IDOUX (P.), « La loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire – Étude par Pascale Idoux », *Dr. Admin.*, n°1, Janvier 2019, étude 1.

⁴⁰⁵ Liste non-exhaustive.

ENCADRÉ N°11 LES MESURES D'APPLICATION DE LA LOI POUR UN NOUVEAU PACTE FERROVIAIRE⁴⁰⁵

	<p>à la filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 du code des transports.</p> <p align="center">Décret en Conseil d'État n° 2019-1589 du 31/12/2019, <i>JORF</i> du 01/01/2020 approuvant les statuts de la société SNCF Voyageurs et portant diverses dispositions relatives à la société SNCF Voyageurs.</p>
Notification des offres de services de transport ferroviaire de voyageurs librement organisés	Décret en Conseil d'État n° 2018-1275 du 26/12/2018, <i>JORF</i> du 28/12/2018 relatif à l'obligation de notification des offres de services de transport ferroviaire de voyageurs et à la procédure du test de l'équilibre économique
Informations sur le transfert du personnel	<p>Décret en Conseil d'État n° 2019-851 du 20/08/2019, <i>JORF</i> du 22/08/2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires</p> <p align="center">Décret en Conseil d'État n° 2019-696 du 02/07/2019, <i>JORF</i> du 03/07/2019 relatif à l'information, l'accompagnement et le transfert des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs</p> <p>Décret en Conseil d'État n° 2018-1242 du 26/12/2018, <i>JORF</i> du 27/12/2018 relatif au transfert des contrats de travail des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs</p>
ORDONNANCES	
OBJET	MESURE
Transformation du groupe public ferroviaire	Ordonnance n° 2019-552 du 03/06/2019, <i>JORF</i> du 04/06/2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF
Ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire	Ordonnance n° 2018-1135 du 12/12/2018, <i>JORF</i> du 13/12/2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs
Interopérabilité	Ordonnance n° 2019-397 du 30/04/2019, <i>JORF</i> du 02/05/2019 portant transposition de la directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et de la

ENCADRÉ N°11 LES MESURES D'APPLICATION DE LA LOI POUR UN NOUVEAU PACTE FERROVIAIRE⁴⁰⁵

	directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire et adaptation du droit français au règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004
Redevances d'infrastructure	Ordonnance n° 2019-183 du 11/03/2019, <i>JORF</i> du 12/03/2019 relative au cadre de fixation des redevances liées à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à l'élaboration et à l'actualisation du contrat entre l'État et SNCF Réseau

Tableau propre à l'auteur à partir de Legifrance

140. D'abord, l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018 complète la loi sur plusieurs terrains notamment sur la perspective de la concurrence ferroviaire. Elle autorise le régulateur ferroviaire à effectuer ou commander des audits externes auprès du gestionnaire d'infrastructure, des exploitants d'installations de service et des entreprises ferroviaires⁴⁰⁶ ; elle permet au gestionnaire d'infrastructure de déléguer des fonctions en absence de tout conflit d'intérêt ; elle généralise le régime concessif des contrats de service public de transport ferroviaire attribués par les régions⁴⁰⁷. En prolongement de cet ordonnance, le décret n°2019-851 du 20 août 2019⁴⁰⁸ prévoit la procédure de transmission et la liste des informations relatives aux services faisant l'objet d'un contrat de service public que les entreprises ferroviaires fournissant des services de transport ferroviaire de voyageurs, les gestionnaires d'infrastructure, les exploitants de gares de voyageurs et les exploitants d'installations de service autre que les exploitants des gares de voyageurs doivent communiquer aux autorités organisatrices de transport. Ces dernières doivent en outre préparer un plan de gestion d'informations couvertes par le secret d'affaires et l'adresser aux entreprises ferroviaires, au gestionnaire d'infrastructure, aux exploitants d'installations dans un délai d'un mois suivant son adoption. Enfin, l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018 prévoit les modalités de transfert de matériel roulant des ateliers de maintenance aujourd'hui gérés par SNCF Voyageurs à d'autres

⁴⁰⁶ Sur le renforcement des compétences du régulateur sectoriel, voir Partie 2, Titre III, Chapitre 1.

⁴⁰⁷ Voir Partie 2 Titre II Chapitre 1.

⁴⁰⁸ Décret n° 2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires publié au Journal officiel de la République française n°0194 du 22 août 2019.

opérateurs dans un contexte concurrentiel⁴⁰⁹. Ensuite, l'ordonnance n°2019-183 du 11 mars 2019 pose un nouveau cadre de fixation des redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire⁴¹⁰. L'ordonnance n°2019-397 relative à l'interopérabilité du 30 avril 2019⁴¹¹ explicite la définition d'un accident grave ou encore de l'interopérabilité. Enfin, l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 complète la loi sur les dispositions relatives au GPU.

141. Il en résulte ainsi que, la réforme ferroviaire française de 2018 opère un basculement du système ferroviaire au-delà des exigences européennes. La directive 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire⁴¹² contient des dispositions qui établissent le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur. Or, la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire prévoit, outre l'agenda de l'ouverture à la concurrence, une réforme du statut juridique de groupe public ferroviaire et du recrutement du personnel ferroviaire sans que ces aspects soient imposés par le droit européen. En effet, il n'existe aucune obligation en droit européen pour les entreprises ferroviaires d'adopter le statut de société anonyme. La Commission européenne et la Cour de Justice de l'Union européenne estiment que le passage du statut d'EPIC à celui de société anonyme met en place une présomption d'avantage concurrentiel, mais elle demeure encore à être établie. Il en résulte ainsi que le gouvernement français a fait le choix, en substance, politique, de s'appuyer sur les textes européens pour mener une réforme profondément structurante dont les obligations sont plus strictes que celles fixées par l'Union européenne⁴¹³.

⁴⁰⁹ Voir Partie 2 Titre I Chapitre 1.

⁴¹⁰ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁴¹¹ Ordonnance n° 2019-397 du 30 avril 2019 portant transposition de la directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et de la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire et adaptation du droit français au règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004, *JORF*, n°0102 du 2 mai 2019.

⁴¹² Dir. 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire précitée.

⁴¹³ Intervention du M. Le Prof. S. DE LA ROSA, Colloque 1ère journée annuelle Le Ferinter -14 décembre 2018, Table ronde « La réforme ferroviaire de 2018 » ; O. JACQUIN, Sénateur PS et Républicain de Meurthe et Moselle. Membre de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable selon lequel « *La volonté explicite du Président de la République, par cette réforme, est d'obtenir le scalp des cheminots. La réforme ferroviaire est pour lui la mère de toutes les réformes à conduire. C'est un totem politique. Il est de fait clair que le mouvement social d'aujourd'hui trouve ses racines dans le traitement politique de cette réforme du printemps* », Compte rendu par C. DESMARIS, 21 décembre 2018, pp.5.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

142. Ce chapitre montre que l'espace ferroviaire européen est le résultat de la coexistence de différentes formes de gouvernance chacune traduisant les spécificités nationales de l'industrie ferroviaire.

143. L'appropriation très variable par les États membre de la gouvernance ferroviaire telle que définie par le droit européen favorise une ouverture à la concurrence qui demeure marquée par la prévalence du cadre interne. Par conséquent, dans la mesure où les nouveaux entrants sont confrontés à des régimes éclatés de gouvernance ferroviaire, ils développent des stratégies d'insertion modulées selon les contraintes de l'environnement national d'accueil. Par exemple, les coûts d'exploitation, barrière à l'entrée des nouveaux entrants sont aussi susceptibles de traduire une répartition inefficace des responsabilités en termes de coûts et d'investissements parmi les acteurs du système français. La gouvernance ferroviaire se vérifie ainsi sur le terrain de la tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire - aspect fondamental de l'ouverture à la concurrence- et de la périodicité avec laquelle elle est fixée. Ce dernier aspect est indispensable pour les opérateurs ferroviaires car de cela dépend leur capacité de prévisibilité des coûts d'accès à l'infrastructure, élément décisif de la stratégie d'entrée sur le marché. Dans ce sens, alors que l'opérateur allemand FlixTrain, déjà présent en France via FlixBus avait manifesté son intention à exploiter cinq axes ferroviaires ⁴¹⁴, il a toutefois, décidé de reporter son entrée sur le marché français en jugeant les coûts des infrastructures en France supérieurs aux autres pays européens⁴¹⁵. La gouvernance ferroviaire et les risques anticoncurrentiels font ainsi parti des critères à considérer lors de la décision d'accéder à un marché ferroviaire.

144. Enfin la problématique de la gouvernance ferroviaire est à traiter intrinsèquement avec celle du roulement du personnel dirigeant. A ce titre, M. Claude Steinmetz, directeur ferroviaire de Transdev indiquait que « *La nomination du futur président de SNCF Réseau sera regardée avec attention* » car « *Le futur président ne devra pas être lié au système et être garant de*

⁴¹⁴ Article de presse, « Trois questions sur l'arrivée de FlixTrain sur le marché ferroviaire français », publié dans *Francetvinfo*, le 18 juin 2019 ; aussi DICHARRY (E.), « FlixTrain prêt à concurrencer la SNCF sur cinq liaisons longue distance », Article de presse dans *Les Echos*, publié le 17 juin 2019.

⁴¹⁵ LAVAL (P.), « FlixTrain renonce au marché ferroviaire français », Article de presse, publié dans *VRT*, le 16 avril 2020 ; aussi MARY (H.), « Pourquoi FlixTrain reporte son lancement de trains en France », Article de presse dans *L'Usine Nouvelle*, publié le 15 avril 2020.

l'indépendance de SNCF Réseau »⁴¹⁶. De manière analogue, il s'était dit « surpris » *de voir l'ancien président de Réseau, Patrick Jeantet, « celui qui a préparé pendant trois ans l'ouverture du réseau » et a donc eu connaissance d'innombrables données fournies par les opérateurs intéressés par la concurrence « prendre aujourd'hui les commandes d'une filiale de la SNCF Keolis, qui n'a jamais caché son ambition de répondre à des appels d'offres ferroviaires* »⁴¹⁷. Il en résulte ainsi, que pour que la gouvernance ferroviaire soit basée sur une véritable étanchéité des structures, il ne suffit pas que cette étanchéité soit uniquement institutionnelle ou organisationnelle, mais il est indispensable qu'elle s'applique aux postes et fonctions portées par les dirigeants.

145. Enfin, la gouvernance ferroviaire établie par la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, préparant l'ouverture à la concurrence du secteur se veut une gouvernance concurrentielle dans la mesure où elle concrétise des mesures allant au-delà du droit européen comme la sociétisation des entités du groupe. Malgré ces avancés apportés par la loi, il est raisonnable pour les opérateurs nouveaux entrants de continuer de s'interroger sur l'indépendance de SNCF Réseau et SNCF Voyageurs dans la mesure où le groupe reste uni et les deux filiales sont détenues à 100% par SNCF.

⁴¹⁶ POINGT (M.-H.), « Les concurrents de la SNCF listent leurs inquiétudes », Article de presse dans *La lettre du cheminot*, publié le 26 novembre 2019.

⁴¹⁷ *Ibid.*

CHAPITRE 2 LA DIVERSITÉ DES FORMES D'ACCÈS AUX RESEAUX FERROVIAIRES

146. Les opérateurs ferroviaires alternatifs disposent de deux modalités principales d'accès aux réseaux ferroviaires nationaux, même si plusieurs combinaisons sont possibles.

Tableau n°3 Comparaison open access- conventionnement

COMPARATIF DES FORMES D'ACCÈS AUX RÉSEAU FERROVIAIRE		
CRITÈRE	OPEN ACCESS	CONVENTIONNEMENT
OFFRE COMMERCIALE	Librement définie par l'EF	Fixée par l'AOT
ENTREE/SORTIE DU MARCHE	Libre	Conclusion contrat de service public ; sortie à son échéance.
MONTAGE CONTRACTUEL	Contrat d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire avec le GI	Contrat EF-AOT + Contrat EF-GI
INCIDENCE TARIFICATION	Entrée conditionnée par le prix de l'accès à l'infrastructure	Aucune incidence
RISQUE COMMERCIAL	Supporté par l'EF	Partagé EF-AOT, ou pris en charge par l'AOT
INCIDENCE INTEROPERABILITÉ	Pas d'obligation pour l'EF de mise en cohérence des correspondances ou de grille horaire avec les autres EF	Niveau de service dépend de la possibilité de l'EF d'assurer une concordance horaire/correspondances
SUBVENTIONS PUBLIQUES	Non	Oui
COÛTS DE TRANSACTION	Non	Oui, assumées par l'AOT lors de l'organisation des appels d'offres
POTENTIALITÉS D'INNOVATION	EF davantage inclinée à innover	Moins de marge de manœuvre au profit de l'EF pour innover

Source : tableau à partir du Rapport de C. Abraham « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs », 2011

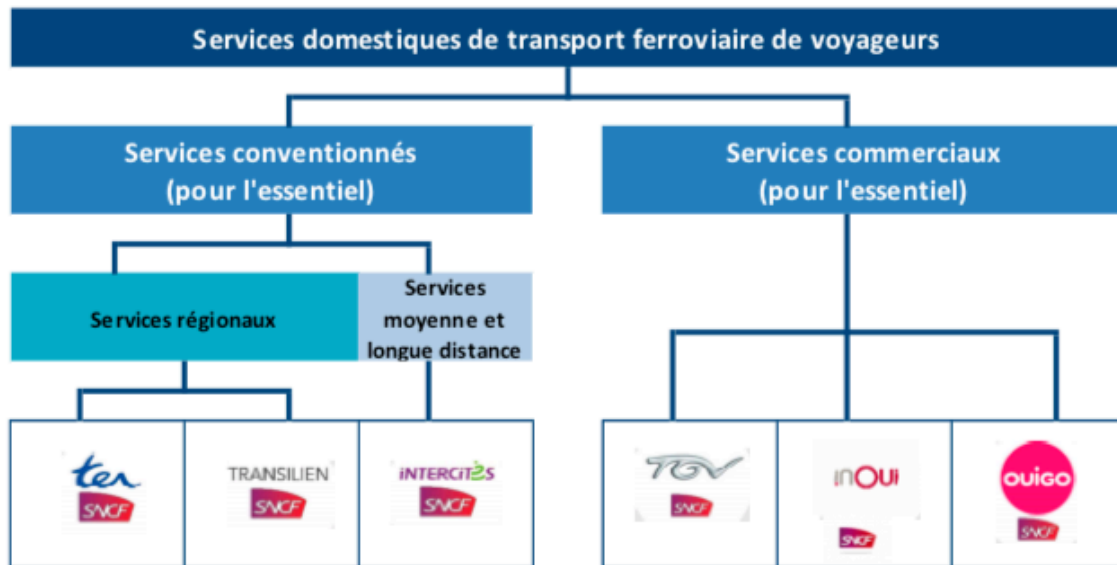


Fig. 5 Types de services ferroviaires en France

Source : ART

147. D'abord, les entreprises ferroviaires peuvent opérer en libre accès (open access) sur l'infrastructure ferroviaire (**Section 1**). Cette hypothèse de concurrence *dans* le marché reflète le caractère contestable du marché des transports ferroviaires de voyageurs. Tout opérateur qui respecte les conditions de sécurité (homologation du matériel roulant, certification des conducteurs, autorisations des organismes de sécurité) peut solliciter des capacités d'infrastructure. Généralement en Europe, le système de concurrence en « open access » n'a pas trouvé un terrain de fertilisation au même degré d'intensité dans tous les États membres. En France, la loi pour le nouveau pacte ferroviaire confirme le choix du gouvernement pour un système d'open access pour l'exploitation des services commerciaux nationaux, à l'exclusion d'un système de franchises.

148. Ensuite, les entreprises ferroviaires peuvent accéder au marché grâce à la conclusion des contrats de service public dans un système de concurrence *pour* le marché (**Section 2**). Les services objet de ces contrats sont des services publics, généralement peu rentables. Les opérateurs titulaires de ces contrats bénéficient d'un droit exclusif d'exploitation du réseau pour une offre spécifiquement et précisément définie par les autorités organisatrices de transport et pour une durée limitée.

SECTION 1. L'ACCES AU RESEAU DES ENTREPRISES FERROVIAIRES OPÉRANT EN « OPEN ACCES »

Le droit européen autorise l'exploitation des services ferroviaires en open acces (§1). Alors que ce modèle d'exploitation a généralement une propagation réduite au sein de l'Union européenne, nous nous interrogeons sur ces perspectives lorsque le marché ferroviaire français sera ouvert à la concurrence (§2).

§1. Le cadre légal européen de l'open access

Bien qu'intégré par le droit européen (A), l'accès libre aux réseaux ferroviaires nationaux se révèle actuellement une modalité d'exploitation ferroviaire rarement mise en œuvre au sein de l'Union (B).

A. L'appréhension de la notion d'« open access » par le droit de l'Union

149. **Avantages et enjeux de l'« open access ».** A la différence des services ferroviaires conventionnés où c'est l'autorité organisatrice de transport qui est en charge de la définition de l'offre de transport et du prix de service, dans le cadre d'un régime en *open access*, les opérateurs ferroviaires conçoivent eux-mêmes l'offre de transport, la politique tarifaire, le schéma de dessertes et des fréquences. Ils choisissent en toute liberté leur matériel roulant et ils ont la maîtrise totale de l'innovation et de la qualité de service. L'*open access* est généralement considéré compatible avec les transports ferroviaires sur les lignes de grande vitesse (LGV), de type TGV Paris-Lyon, des services en Espagne (Alta Velocidad Espanola-AVE), en Allemagne (ICE), en Italie (Treno Alta Velocita-TAV). A présent, en France, ce sont uniquement les lignes TGV, Thalys, Eurostar, le Thello de nuit Paris-Venise et le Thello de jour Marseille-Nice-Milan qui sont exploités en *open access*⁴¹⁸. La doctrine économique souligne les avantages procurés par la compétition *en open access* à savoir « *des améliorations significatives en faveur des consommateurs (comme) plus d'offre et de capacité, des gains de temps, plus de fréquence et de connexions, des services davantage différenciés à des prix inférieurs et la possibilité de choisir*

⁴¹⁸ L'activité de l'opérateur SNCF en France sous sa marque TGV consacrée à la haute vitesse est une activité purement commerciale qui ne comporte pas des obligations de service public. L'État n'a pas la maîtrise ni de l'offre commerciale, ni de la tarification, ni de la qualité de service, sa seule possible intervention se limitant au plafonnement du prix du plein tarif. Il incombe donc à l'opérateur ferroviaire de moduler les prix de l'offre en fonction du taux de remplissage des trains.

entre les prestataires »⁴¹⁹. A titre d'exemple, en Suède, l'arrivée de l'opérateur MTR sur la ligne Stockholm-Gothenburg en mars 2015 aurait permis une baisse des prix de l'exploitant historique de 12,6% en moyenne entre mars 2015 et juin 2016⁴²⁰. En République Tchèque, la concurrence en open access sur la ligne Prague-Otrava aurait permis une hausse de fréquentation⁴²¹.

150. Si la littérature économique suggère que l'open access permet des gains de productivité et une amélioration de l'efficacité des réseaux ferroviaires sur lequel il se déploie, il pourrait générer une instabilité de l'offre de transport, ainsi qu'un risque de non-coordination des opérateurs. Outre les importants coûts d'entrée sur le marché, les opérateurs open access seraient aussi confrontés à des coûts unitaires de production conséquents. Des auteurs comme Rasmussen, Wheat et Smith ont, toutefois, soutenu le contraire, en référence à l'open access au Royaume-Uni⁴²². En effet, certains auteurs soulignent que les prix et les coûts unitaires de production des opérateurs ferroviaires exploitant des services ferroviaires en open access et ceux des opérateurs ferroviaires intercitys franchisés en Grande Bretagne seraient comparables avant de conclure à une qualité de service plus faible exercée par les premiers⁴²³. Enfin, une partie de la doctrine a avancé l'idée selon laquelle l'open access n'entraîne pas nécessairement une baisse des coûts d'exploitation⁴²⁴, propos qui relativisent ainsi son efficacité.

⁴¹⁹ DESMARIS (C.), CROCCOLO (F.), PATUELLI (A.), « La compétition sur le marché dans la grande vitesse en Italie : une réforme ferroviaire majeure pour un jeu « gagnant-gagnant » ? », *Hal*, 20 septembre 2016, p.18 ; aussi CASCETTA (E.), COPPOLA (P.), « Competition on fast track : an analysis of the first competitive market for HSR services », *Procedia Social and Behavioural Sciences*, 111 (2014), p.176-185.

⁴²⁰ VIGREN (A.), « Competition in Swedish passenger railway: Entry in an open access market and its effect on prices », *Economics of Transportation*, vol. 11-12, September-December 2017, p.49-59.

⁴²¹ TOMES (Z.), KVIKZA (M.), JANDOVA (M.), REDERER (V.), « Open access passenger rail competition in the Czech Republic », *Transport Policy*, Vol.47, April 2016, p.203-211.

⁴²² RASMUSSEN (T.), WHEAT (P.), SMITH (A.), « Do open access train operators exhibit inherent cost benefits compared to their franchised counterparts », Working paper, à la demande de L'autorité pour la Concurrence et les marchés (Competition and Markets Authority), pp. 24.

⁴²³ STEAD (A. D.), WHEAT (P.), SMITH (A.), OJEDA-CABRAL (M.), « Competition for and in the passenger rail market: comparing open access versus franchised train operators' costs and reliability in Great Britain », *Journal of Rail Transport Planning & Management*, (12), 2019, p. 13.

⁴²⁴ CASULLO (L.), *The efficiency Impact of Open Access Competition in Rail Markets. The case of Domestic passenger services in Europe*, *International transport Forum*, OCDE, 2016, p.31.

B. Une application circonspecte du modèle de l'« open access » en Europe

151. **Un marché ferroviaire de grandes lignes dominé par l'opérateur historique.** En Allemagne, la concurrence en *open access* est formellement possible, mais les opérateurs privés *open access* exploitant services ferroviaires longue distance occupait seulement 1% du marché en 2014⁴²⁵, la quasi-totalité des services longue distance étant réalisé par la Deutsche Bahn. Parmi les opérateurs privés actifs sur le marché longue distance, nous rappelons InterConnex⁴²⁶ et HKX. InterConnex a représenté un véritable concurrent de la DB mais en 2014, face à la concurrence des autocars de longue distance, le service fourni par l'InterConnex a été arrêté. Plus récemment, l'entreprise de transport Locomore, qui a voulu également concurrencer la DB sur la longue distance, a eu le même sort que l'InterConnex. Locomore⁴²⁷ proposait des services sur la liaison quotidienne Berlin-Stuttgart, liaison qui a été interrompue en mai 2017⁴²⁸.

152. En Grande-Bretagne, la concurrence ferroviaire est essentiellement une concurrence « pour » le marché concrétisée dans le cadre des franchises ferroviaires. Si les opérateurs ferroviaires exerçant en *open access* sont peu nombreux (moins de 1% de tous les kilomètres parcourus par les trains), cela est dû à la limitation de la capacité ferroviaire attribuée en priorité aux opérateurs franchisés (fret et voyageurs)⁴²⁹. La politique d'accès de limitation de l'accès aux gares des opérateurs en *open access* lorsque les revenus des franchisés risquent d'être impactés est aussi un facteur dissuasif de la prolifération du modèle d'*open access*.

⁴²⁵ BERGER (R.), "20 years of German Rail Reform and Deutsche Bahn AG" précité.

⁴²⁶ L'InterConnex, a été le premier train privé longue distance en Allemagne et l'idée d'autoriser sur le marché allemand un opérateur privé effectuant des services longue distance a été initiée courant l'année 2001. En effet, la société Veolia Verkehr, qui a fonctionné ultérieurement sous le nom Connex Verkehr GmbH souhaitait, en bénéficiant de l'appui des gouvernements fédéraux et de l'État de proposer une offre de transport alternative au service Interregio, service qui montrait à l'époque ses limites en termes de rentabilité. L'InterConnex opérait sur la route Rostock- Leipzig via Berlin, avec un temps de trajet comparable aux trains ICE de la DB, à savoir 1h19 pour la ligne Berlin-Leipzig. Lors de la mise en œuvre du service, InterConnex a représenté un succès en transportant environ 200.000 voyageurs. En 2012, ce chiffre a doublé et la performance de transport était d'environ 425.000 km/an. Malgré une croissance du nombre de voyageurs de 38% entre 2007 et 2013, InterConnex a perdu 1,3 % de revenus (hors subvention et autres revenus) entre 2011 et 2013 (-22,8% entre 2011 et 2014). Les efforts apparents sur les coûts d'exploitation (-5% de 2011 à 2014 soit une économie de 299 K€) ne semblaient pas suffisants pour compenser la baisse des revenus (perte de 1 253 K€ en 4 ans).

⁴²⁷ Locomore est un opérateur de transport qui a été créé suite au crowdfunding avec un capital de départ de 600.000 euros. Utilisant des voitures Intercity de 1977 et de l'énergie verte, l'opérateur se positionnait comme un concurrent de la DB. Peu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, Locomore a été reprise par la compagnie de chemins de fer tchèque, Leo-Express. Voir <https://archiv.locomore.com/en/about/>; Article de presse, *Locomore repris par Leo-Express dans Transport Rail*, publié le 15 août 2017.

⁴²⁸ Article de presse, « La difficile libéralisation du rail allemand », publié dans *Les Echos*, le 1^{er} Aout 2017 .

⁴²⁹ ORR, "The potential for increased on-rail competition – a consultation document", October 2011, p.57.

153. A l’instar de l’Allemagne, en Roumanie, bien que la concurrence ferroviaire soit admise formellement, le marché reste atomisé essentiellement autour de l’opérateur ferroviaire national. Ainsi en 2016, CFR Calatori détenait environ 79% du marché, Régiotrans 14-15%, Transferoviar Calatori 3-4%, Interregional Calatori 1-2% et enfin Softrans 0-1%⁴³⁰. Nous observons que la concurrence ferroviaire a permis dans ce pays le développement d’un tissu d’opérateurs privés qui proposent une offre de transport alternative et complémentaire à l’opérateur historique bien que ce dernier détienne en pratique l’essentiel du marché ferroviaire de voyageurs. La part modale réduite de ces opérateurs se traduit par une mise en conformité de la législation roumaine avec la législation européenne très lente et par une concurrence accrue du train par la voiture individuelle.

154. **Des barrières d’entrée conséquentes sur le marché en open access.** La concurrence en open access n’est pas une suite immédiate à la libéralisation du marché⁴³¹. Le caractère réduit de l’exploitation ferroviaire en open access pourrait s’expliquer par les coûts importants d’entrée au marché, en particulier ceux relatifs à l’acquisition du matériel roulant. Les membres du groupe IRG-Rail ont identifié aussi certaines barrières à l’entrée des opérateurs exploitant des services en dehors des contrats de service public de transport ferroviaire comme il suit :

Barrier to market entry	Number of RBs that consider this to be an entry barrier in the non-PSO passenger railway market
High initial cost of purchase of rolling stock	15
Lack of access to qualified personnel (rolling stock operations)	10
Lack of commercially viable train paths	9
Low volume entry is considered not to be profitable because of high amounts of fixed costs	9
High amounts of sunk costs and/or upfront costs hinder profitability of low volume entry	9
Interoperability/technical barriers (rolling stock)	8
Long delivery time for new rolling stock	8

Fig. 6 Barrières à l’entrée des opérateurs exploitant des services ferroviaires en open access, Source : IRG Rail

⁴³⁰ Revista Romana de Concurenta, « Concurența în sectorul serviciilor de transport feroviar de călători în România și Uniunea Europeană », 2016, pp. 274.

⁴³¹ PERENNES (P.), “Open Access for Rail Passenger Services in Europe: Lesson learnt from Forerunner countries”, *Transportation Research Procedia* 25 (2017), 358-367.

Il apparait ainsi à la lecture de ce tableau qu'un nombre important des opérateurs ferroviaires considèrent les coûts conséquents liés à l'acquisition du matériel roulant comme une barrière à l'entrée sur le marché. Par conséquent, l'arrivée des nouveaux entrants proposant du matériel roulant neuf est ainsi une situation rare⁴³². Le manque de rentabilité du marché ainsi que les avantages de l'opérateur historique sont également des raisons pertinentes qui dissuadent les nouveaux entrants sur le segment open access⁴³³. A cela peuvent s'ajouter, la difficulté d'accès au personnel ferroviaire qualifiée, les difficultés administratives des nouveaux entrants à obtenir les sillons et les autorisations⁴³⁴, comme ce fut le cas de l'opérateur Nuovo Trasporto Viaggiatori (NTV) en Italie. Face à l'existence de ces barrières à l'entrée importantes, les régulateurs ferroviaires soulignent eux-mêmes le caractère restrictif ou permissif de l'accès aux marchés nationaux comme il apparait ci-après :

Figure 20 – Overview of the answers of IRG-Rail Members regarding the non-PSO passenger railway market

Country	Regulatory body views the barriers to market entry in general to be	Regulatory body views the competitive situation in general to be
Austria	High[1]	Restricted
Belgium	High	Restricted
Croatia	Low	Healthy
Czech Republic	High	Restricted
Estonia	Low	Restricted
Finland	High	Restricted
France	High[2]	Restricted[3]
Germany	High	Restricted
Greece	Low	Healthy
Hungary	Low	Restricted
Italy	Low	Healthy
Latvia	High	Restricted
Lithuania	High	Restricted
Luxembourg	High	Restricted
Netherlands	High	Healthy
Norway	High	Restricted
Poland	Low	Healthy
Portugal	Low	Restricted
Romania	High	Restricted[4]
Slovenia	High	Restricted
Spain	High	Restricted[5]
Sweden	High	Healthy
UK	Low	Restricted

Fig. 7 Positions des régulateurs sectoriels sur les barrières à l'accès aux marchés nationaux

Source : IRG Rail

⁴³² *Ibid.* Voir aussi FNAUT, « Franchise ou open access : quelle formule pour la libéralisation des services ferroviaires grandes lignes. Une réflexion comparative sur deux modèles économiques du transport ferroviaire à longue distance, » janvier 2018, p.68 ; ou encore ARAFER, *L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Lever les obstacles pour une ouverture à la concurrence réussie*, Mars 2018, p.28.

⁴³³ DESMARIS (C.), CROCCOLO (F.), PATUELLI (A.), « La compétition sur le marché dans la grande vitesse en Italie : une réforme ferroviaire majeure pour un jeu « gagnant-gagnant » ? », *Hal*, 20 septembre 2016, p.18, précité.

⁴³⁴ BERGANTINO (A. S.), CAPOZZA (C.), CAPURSO (M.), «The impact of open access on intra-and inter-modal rail competition. A national level analysis in Italy », *Transport Policy*, 39 (2015) 77-86.

Il résulte que les régulateurs ferroviaires considèrent généralement que les barrières d'entrée sur le marché en open access sont importantes et que la dynamique concurrentielle est peu intense. Il est aussi important de relever qu'en dépit des barrières à l'entrée réduites (Estonie, Hongrie, Royaume-Uni), la dynamique concurrentielle sur le marché demeure peu intense. A contrario, dans des pays comme la Croatie, la Grèce, la Pologne, la Suède, le niveau de concurrence est sain malgré l'importance des barrières à l'accès. Enfin, dans des pays comme le France, l'Allemagne, la Roumanie, les barrières à l'entrée sont conséquentes et le niveau de concurrence réduit sur le marché en open access.

155. **L'exploitation en open access par des opérateurs franchisés dans le cadre d'une diversification d'activités.** En Pologne des opérateurs ferroviaires publics actifs sur le marché des services publics régionaux ont décidé de pénétrer sur le marché des services commerciaux de longue distance⁴³⁵. Ce scénario est également présent au Royaume-Uni. Toutefois, selon Monsieur Simon Temple, si l'Office of Rail and Road autorise la concurrence en open access, le régulateur veille à la complémentarité entre les services franchisés et les services en open access⁴³⁶ ; autrement, l'Office of Rail and Road est réticent à permettre une concurrence entre les services londoniens et les centres régionaux principaux⁴³⁷. Au Royaume-Uni, le titulaire de la franchise, East Coast qui opère le service entre London King's Cross et l'Ecosse est en concurrence sur la même ligne avec deux opérateurs en open access, Grand Central et First Hull Trains⁴³⁸. Cette situation est unique au Royaume-Uni et les effets de la concurrence open access sur le franchisé sont considérés comme étant positifs. Cette conclusion ressort d'une étude du Centre for Policy Studies intitulée « Rail's Second Chance : Putting Competition Back on Track »⁴³⁹ montre une augmentation de 42% des trajets de passagers sur les lignes principales de la côte est, contre 27% pour ceux sans concurrence tout en sachant que les tarifs moyens

⁴³⁵ KROL (M.), TACZNOWSKI (J.), JARECKI (S.), KOLOS (A.), "Publicly-owned operators can also challenge incumbents. New cases of open-access passenger rail competition in Poland", *Journal of Rail Transport Planning Management*, vol. 12, December 2019.

⁴³⁶ TEMPLE (S.), « Open Access Long Distance Passenger Rail Services in the United Kingdom: The Central Experience », *Transportation Research Procedia* (2015), p.114-124.

⁴³⁷ *Ibid.* Extract, "ORR's position has, in essence, allowed open access where it serves niche markets ignored by the franchise operator, but not head to head competition between London and the main regional centres.", "La position de l'ORR a, en substance, permis l'open access lorsqu'il dessert des marchés de niche ignorés par l'opérateur de franchise, mais pas la concurrence directe entre Londres et les principaux centres régionaux", [Traduction libre de l'anglais au français].

⁴³⁸ Hull Trains est un opérateur ferroviaire exploitant des services ferroviaires de longue distance en open access entre Hull/ Beverly et London King's Cross. Parmi les destinations principales desservies par cet opérateur, nous citons Doncaster, Retford, ou encore Grantham. Pour l'exploitation de ces services il ne conclue pas des contrats de franchise. Sa société mère est la compagnie FirstGroup.

⁴³⁹ LODGE (T.), « Rail's second chance. Putting competition back on track », *Centre for Policy Studies*, p.48.

n'ont augmenté que de 11% dans les stations concurrentielles par rapport à 17% dans les stations, sans concurrence. La concurrence dans le marché semble être favorable aux nouveaux entrants qui ont su adapter l'offre de transport à la demande des voyageurs⁴⁴⁰ tout en occasionnant la régénération de l'infrastructure ferroviaire à travers les investissements privés⁴⁴¹.

§2. Les perspectives de l'exploitation concurrentielle des services ferroviaires de longue distance en France

Si l'hypothèse d'un système mix des franchises et de l'open access avait été avancée dans le cadre de la préparation de la concurrence ferroviaire (A), la loi pour le nouveau pacte ferroviaire formalise le choix exclusif de l'open access en France (B).

A. Le maintien d'un système simultané des franchises et de l'open access

156. Les sénateurs Hervé Maurey (UDI-UC Eure), président de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable et Louis Nègre (Les Républicains-Alpes Maritimes), président du Groupe de travail « Mobilités et transports » avaient, à travers leur proposition de loi sur l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs déposée au Sénat le 6 septembre 2017 envisagé un double système d'exploitation des services ferroviaires commerciaux nationaux. D'abord, un système de franchises, selon le modèle britannique, dans le cadre duquel l'État attribuait des droits exclusifs aux opérateurs ferroviaires en contrepartie de la réalisation d'obligations de service public⁴⁴². Ensuite, un système en *open access* selon la directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 et sous réserve que ces services ne compromettent pas l'équilibre économique des contrats de service public⁴⁴³. Ce mix confirmait ainsi la possibilité que l'exploitation des lignes TGV domestiques, généralement jugée une activité commerciale pouvait, pour combler

⁴⁴⁰ *Ibid.* « Par exemple, l'opérateur open access, Grand Central, exploite désormais des services à destination de Sunderland et du West Yorkshire depuis Londres. Il a montré qu'il est possible d'exploiter une demande importante non satisfaite grâce à un petit nombre de services quotidiens », [Traduction libre de l'anglais au français].

⁴⁴¹ *Ibid.* « Ces nouveaux services (open acces) ont également entraîné une importante régénération de l'infrastructure du secteur privé pour les stations desservies par ces services non franchisés » ; [Traduction libre de l'anglais au français].

⁴⁴² Article 4 de la Proposition de loi. Ces obligations devaient être définies en fonction des besoins d'aménagement du territoire dans le cadre d'un contrat à durée limitée et établies conformément au règlement européen n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et à l'issue d'une procédure de mise en concurrence.

⁴⁴³ Article 5 de la Proposition de loi.

le « *risque réel de contraction de l'offre TGV existante après ouverture à la concurrence* »⁴⁴⁴, faire l'objet d'une obligation de service public. La préférence des sénateurs à généraliser davantage le système de franchises se justifiait par la volonté de concevoir une concurrence régulée et maîtrisée et éviter ainsi l'écrémage des lignes rentables, conséquence éventuelle de l'open access. A l'instar de la proposition des sénateurs Maurey et Negre, le rapport de Jean-Cyril Spinetta, avait repris le système simultané des franchises et de l'open access⁴⁴⁵. De manière analogue, la FNAUT⁴⁴⁶ et l'association Régions de France⁴⁴⁷ s'étaient positionnées favorablement à la complémentarité de deux modèles

157. Si la coexistence franchises-open access était considérée opportune pour « *pérenniser des services -TGV, Inter Cités ou TER- nécessaires à l'aménagement du territoire* »⁴⁴⁸, elle ne fut pas approuvée à l'unanimité. A ce titre, l'AFRA plaidait pour l'abandon du système de franchises et pour une ouverture des lignes TGV en open access dans la mesure où l'État ne pouvait pas raisonnablement contraindre les opérateurs ferroviaires à exploiter des services déficitaires⁴⁴⁹. Il pouvait, autrement, considérer que ces services devaient répondre aux impératifs d'obligations de service public et compenser les opérateurs ayant décidé de les effectuer. Le syndicat UNSA ferroviaire, quant à lui, rejetait en bloc, les deux scénarios possibles⁴⁵⁰.

B. Le choix de l'open access dans la Loi pour un nouveau pacte ferroviaire

158. Dans le cadre de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire, le « *gouvernement semble avoir fait le choix exclusif de l'open access pour ouvrir les grandes lignes à la concurrence* »⁴⁵¹. En effet, l'article 8 de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire modifie l'article L.2121-12 du

⁴⁴⁴ FNAUT, « Franchise ou open access : quelle formule pour la libéralisation des services ferroviaires grandes lignes. Une réflexion comparative sur deux modèles économiques du transport ferroviaire à longue distance », janvier 2018, p.68, précité.

⁴⁴⁵ Recommandation n°25 du Rapport Spinetta.

⁴⁴⁶ FNAUT, « Franchise ou open access : quelle formule pour la libéralisation des services ferroviaires grandes lignes. Une réflexion comparative sur deux modèles économiques du transport ferroviaire à longue distance », janvier 2018, p.68, précité ; aussi M. BOEDEC, Article de presse, « Libéralisation des services ferroviaires : faut-il avoir peur de l'open access ? dans Banque des Territoires, 9 février 2018. La FNAUT avait proposé, après un découpage géographique, sept franchises possibles ainsi qu'une structure légère de type « Agence » intégrée au sein du ministère des transports chargée à déterminer les schémas de service des franchises.

⁴⁴⁷ *Ibid.* Extrait : « *« une desserte TGV bien articulée avec l'offre TER permet de proposer aux abonnés régionaux une desserte rapide et confortable entre agglomérations régionale ».*

⁴⁴⁸ CHLASTACZ (M.), « Franchise et open access pour les grandes lignes : choix ou synthèse ? », dans Mobilités magazine.

⁴⁴⁹ FNAUT, « Franchise ou open access : quelle formule pour la libéralisation des services ferroviaires grandes lignes. Une réflexion comparative sur deux modèles économiques du transport ferroviaire à longue distance », janvier 2018, p.68, précité.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ CHLASTACZ (M.), « Franchise et open access pour les grandes lignes : choix ou synthèse ? », précité.

Code des transports. Cet article, modifié à son tour par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires⁴⁵² renvoie à l'article L.2122-9 du Code des transports selon lequel les entreprises ferroviaires ont, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire. Les entreprises souhaitant exploiter des services ferroviaires librement organisés doivent notifier leur souhait aux gestionnaires d'infrastructures ainsi qu'à l'Autorité de régulation des transports. Cette dernière peut limiter ou interdire l'exercice du droit d'accès à l'infrastructure lorsque les nouveaux services librement organisés de transport ferroviaire « *est susceptible de compromettre l'équilibre économique d'un ou de plusieurs contrats de service public couvrant le même trajet ou un trajet alternatif* »⁴⁵³. Plusieurs entreprises ont notifié leur intention d'exploiter des services ferroviaires librement organisés comme il suit :

Notifications de services ferroviaires librement organisés

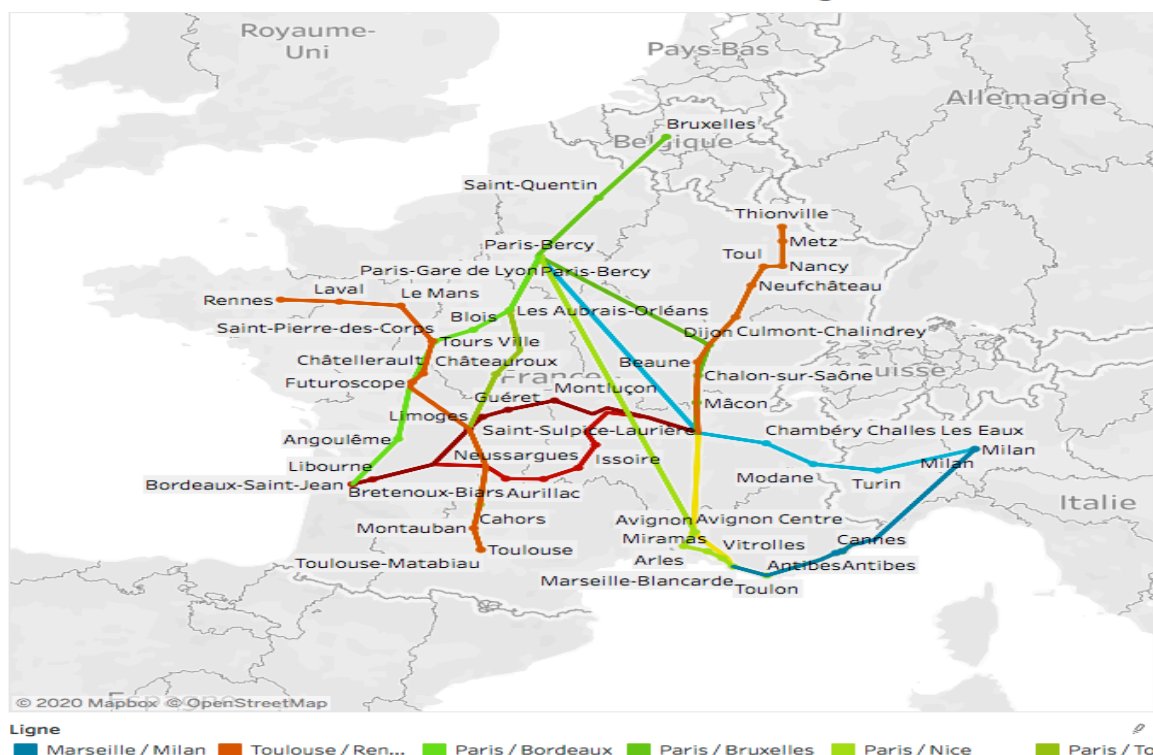


Fig. 8 Notification des services librement organisés auprès de l'ART

Source : AR

⁴⁵² Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires, publiée au *JORF* n°0171 du 25 juillet 2019, texte n°4.

⁴⁵³ Article L.2133-1 du Code des transports. Sur la procédure de l'analyse de l'équilibre économique des contrats de service public réalisée par l'ART, voir Partie II, Titre III, Chapitre 2.

SECTION 2. LE RÉGIME CONVENTIONNÉ D'EXPLOITATION DES SERVICES FERROVIAIRES INTERNES DE VOYAGEURS

Le régime conventionné ou la concurrence pour le marché porte sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs, notion dont le contenu est très variable au sein des États membres (§1). Le droit européen tend néanmoins à une convergence conceptuelle grâce au règlement « OSP » (§2).

§1. Le contenu variable de la notion de service public de transport ferroviaire de voyageurs au sein des États membres

Le droit évolue sous l'influence des cultures nationales et il est donc normal que les systèmes juridiques des pays observés n'opèrent pas une acception identique de la notion de service public⁴⁵⁴ selon qu'il s'agit des systèmes juridiques de common law (A) ou de droit civil (B.) La diversité conceptuelle de la notion de service public entraîne simultanément une diversité organisationnelle du climat ferroviaire.

A. *Le service public en common law*

159. **L'approche fonctionnelle du service public anglais.** Les droits du Royaume-Uni (anglais, écossais, nord-irlandais) ne définissent pas formellement le service public. Bell, se référant aux cinquante tomes de la grande encyclopédie Halsbury's Laws of England⁴⁵⁵ souligne l'utilisation de cette notion plutôt dans un contexte politique que juridique notamment dans des cas de « *divulgarion de renseignements commerciaux confidentiels (dans l'intérêt général) et d'expropriation de terrains* »⁴⁵⁶. Pour Bell, la notion de service public va au-delà de la simple identification et de l'analyse de l'activité selon ses règles d'organisation et de gestion. Chaque service étant soumis à son propre régime juridique, « *il n'existe pas une notion unificatrice du service public pour la structuration et la mise en œuvre du droit* »⁴⁵⁷. Le droit britannique a une approche davantage fonctionnelle que juridictionnelle de la notion de service public⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Pour une démarche comparative, cf. RAPP (L.), « Le service public : l'expérience américaine », *AJDA* 1997, p.159, GARCIA (E.M.), « Le service public : l'expérience espagnole », *AJDA* 1997, p.136.

⁴⁵⁵ Halsbury's Laws of England est une encyclopédie complète du droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles. Rédigée dans l'ordre alphabétique, l'encyclopédie couvre toutes les branches du droit et fait référence à des actes adoptés au Royaume-Uni ou au Pays de Galles. Une partie substantielle est consacrée à la jurisprudence du Royaume-Uni et au droit européen. L'éditeur est LexisNexis Butterworths et l'encyclopédie est rédigée par des experts issus de différentes branches de droit.

⁴⁵⁶ BELL (J.), « Le service public : l'expérience britannique », *AJDA* 1997, p.130.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Moins d'un an après sa prise de fonction de Premier Ministre, John Mayor, avait adopté le 22 Juillet 1991, le Citizen's Charter, document qui reconsidérerait les rapports entre l'administration et l'utilisateur, dans l'optique d'améliorer les services publics. Il s'agissait de garantir plus de transparence dans le fonctionnement des activités

L'impact sur la gestion des services publics britanniques est considérable et fait de la qualité de service et de la maîtrise des coûts, des leviers d'efficacité économique. Le rapport qu'entretient la Grande Bretagne avec le service public peut se justifier par le contexte socio-économique immédiat à la vague des privatisations dans le pays.

B. Le service public dans les systèmes juridiques continentaux

La place du service public n'est pas la même au sein des systèmes juridiques continentaux. Notion fondamentale en droit administratif français (1), elle n'a pas d'équivalence en droit allemand (2), mais elle influe sur la notion roumaine de service public (3).

1. L'attachement identitaire français à la notion de « service public » de transport ferroviaire de voyageurs

Alors que la notion de service public a une forte valeur en France, sa progression fait ressortir son passage d'une définition organique (a) à une définition fonctionnelle (b).

a) De la définition organique de service public

160. **La prévalence du critère organique.** La notion de service public est complexe et cela révèle de sa construction historique⁴⁵⁹ immuable. Invoqué parfois comme concept de création récente⁴⁶⁰ qui correspond, du moins en France, à l'émergence de l'État démocratique, « *il (le service public) s'expose, depuis le XIe siècle au moins, soit en filigrane, soit par quelques-uns de ses éléments constitutifs, au cœur des rapports juridiques les plus remarquables et les plus déterminants des activités humaines, qui s'établissent déjà entre personnes publiques et*

de service public et d'orienter l'administration vers une proximité renforcée avec les usagers. Dans une démarche d'application de la logique entrepreneuriale, les régies et le statut d'entreprise publique ont dû être abandonnés au profit des mécanismes du marché, seule possibilité pour le gestionnaire d'un service choisi d'agir et de répondre aux attentes du public. Les prérogatives de l'autorité publique se limitent souvent à la conception, à la concession et à la régulation du service public ; la prestation directe relevant généralement de la compétence d'un opérateur privé, choisi, au terme d'une mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offres. Bell souligne que la conception dominante de l'autorité publique est « *celle d'un acheteur de services en rapport avec des fournisseurs publics et privés. (...) L'autorité publique se substitue à l'usager pour acheter le service à moindre prix et à la qualité requise. Le service public n'est pas défini par rapport au programme établi par l'autorité concédante, mais par rapport à la réponse de celle-ci aux demandes des usagers* ».

⁴⁵⁹ JOURDAN (P.), « La formation du concept de service public », *RDJ* 1987, pp.89. ; VILLEY (M.), « *La formation de la pensée juridique moderne* », Montchrestien, 1975 ; MESTRE (J-L.), « *Introduction historique au droit administratif français* », PUF, coll. Droit fondamental, 1985 ; BURDEAU (F.), « *Histoire du droit administratif (De la Révolution au début des années 1970)* », PUF, Coll. Themis, 1995 ; enfin GAXIE (L.), « La construction des services publics en Europe : contribution à l'élaboration d'un concept commun », Paris, Université Paris Nanterre, thèse dactyl., 2016.

⁴⁶⁰ CHEVALIER (J.), « Regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, spécial : Le service public -unité et diversité, pp.11.

personnes privées »⁴⁶¹ à travers des notions comme « les besoins sociaux », ou encore « l'intérêt collectif ». La thématique du service public est abordée dans de nombreuses études⁴⁶², mais, en France, la notion reste incontestablement attachée à la personne de Léon Duguit, l'un des premiers juristes à se pencher sur ses répercussions en termes de compétences juridiques administratives et sur sa valeur en tant qu'outil d'État. Se rapportant à la politique d'intervention étatique dans les sphères économiques, Duguit désignait service public : « toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante »⁴⁶³. Il considérait qu'une activité relève du service public lorsqu'il s'agit « d'une activité que les gouvernants doivent obligatoirement exercer dans l'intérêt des gouvernés »⁴⁶⁴. Il en résulte ainsi que la définition classique telle qu'opérée par Duguit était fondamentalement calibrée sur la présence du critère organique : une personne publique en charge d'une activité d'« intérêt général »⁴⁶⁵. Appliquant le raisonnement de Duguit au secteur des transports, nous pouvons constater que celui-ci est caractérisé par un interventionnisme économique de l'État et de ses collectivités locales, base d'une tradition plutôt dirigiste. Ces interventions ont été observées notamment dans la participation active de l'État aux expropriations de terrains offerts aux transports ou en fournissant les infrastructures nécessaires⁴⁶⁶. A présent, la qualification des

⁴⁶¹ GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), LONG (M.), « *Droit du service public* », 4^{ème} édition, L.G.D.J., 2016, p.34, pp.890.

⁴⁶² Par exemple, HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *AJDA*, 1997, p.55, FRIER (N.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, p.270, LONG (M.), « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, 1995, p.497, KALOUDAS (C.), « La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2013, p.156 etc.

⁴⁶³ DUGUIT (L.), « *Traité de droit constitutionnel* », t.2, Sirey, 1923, p.55. Si Duguit pensait que « *les services publics sont un des éléments de l'État* » c'est parce qu'ils légitiment, dans une certaine mesure, la raison d'être de l'État, sa pérennité, malgré les transformations politiques et les différentes métamorphoses de l'action même de l'État (nous pensons notamment au passage de l'État providence (ROSANVALLON (P.), « *La crise de l'État providence* », ed. du Seuil, 1981, p.25.)) à un État moderne caractérisé par une intervention limitée dans la sphère économique).

⁴⁶⁴ L. DUGUIT, RDP, 1907, p.417.

⁴⁶⁵ L'élargissement jurisprudentiel ultérieur de la notion de service public par l'intégration des activités industrielles et commerciales n'a pas été très bien vécu par tous les juristes de l'époque. Nous pensons notamment à Maurice Hauriou qui avait développé « la théorie du *service public par nature* » (et qui *profondément attaché à l'État gendarme et inquiet de le voir transformé en État-Providence* (avait évoqué) « *Qu'on nous change notre État* » ; LEBRETON (G.), « *Droit administratif général* », Dalloz, 9^{ème} édition, 2017, pp. 615 ; HAURIOU (M.) « *On nous change notre État* », une note sous le célèbre arrêt du Tribunal des conflits Canal de Gignac – avant d'ajouter par la suite « ce qui est grave, c'est d'incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public ».).

⁴⁶⁶ BROUSSOLLE (D.), « Les transports de personnes », Chapitre 3 (folio n°4132), Encyclopédie des collectivités locales, mars 2012.

services de transport ferroviaires de voyageurs en tant que service public ne fait plus aucun doute⁴⁶⁷.

161. **La consécration jurisprudentielle de la notion de service public en France.** La notion de service public a une valeur forte en France et le Préambule de la Constitution de 1946 qui stipule « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* », en est la preuve. « *Le droit administratif français s'est construit autour d'une notion fédératrice du service public apparue comme seule susceptible de justifier et d'unifier les règles spécifiques applicables à l'administration garante de l'intérêt général* »⁴⁶⁸. L'expression de service public a connu un essor important grâce aux développements jurisprudentiels qui l'ont utilisée avant que la notion ne figure formellement dans le Préambule de la Constitution de 1946. A cet égard, la décision Blanco du 8 février 1873 du Tribunal des conflits⁴⁶⁹ ou encore l'arrêt Terrier du Conseil d'État de 1903⁴⁷⁰ méritent attention. Alors que la première pose les bases de la « *responsabilité de l'État par les personnes employées dans le service public* », le deuxième concerne le caractère administratif inhérent au fonctionnement des services publics généraux ou locaux. L'arrêt de la Compagnie générale des Tramways du Conseil d'État du 11 mars 1910

⁴⁶⁷ Mais la détermination du caractère de service public des transports en commun n'a pas été toujours facilement identifiable. Ainsi, il résultait d'une jurisprudence du Conseil d'État datant de 1948 (cf. CE, 6 février 1948, Compagnie Carcassonnaise de transport en commun, RDP 1948.248) que le transport de voyageurs était caractérisé par la présence d'un service public lorsqu'il était concédé par l'État à des compagnies ferroviaires. A l'opposé, des débats s'ouvraient lorsqu'il s'agissait de qualifier ou non de service public les services routiers, dès lors que ceux-ci étaient exploités en dehors d'une concession.

⁴⁶⁸ BELLOUBET-FRIER (N.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 20 avril 1994, p. 270-285.

⁴⁶⁹ Dans cette affaire, une petite fille, Agnès Blanco, est renversée par le wagonnet d'une manufacture de tabacs. Initialement perçu comme une affaire banale de responsabilité, ce cas prend rapidement de l'ampleur. Suite à des doutes sur la compétence des tribunaux administratifs ou judiciaires, le Tribunal des conflits déclare, dans un considérant de principe, que : « *La responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régi par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier* ». En outre, le Tribunal précise également que « *cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, (...) elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service, et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ». Cet arrêt pose le postulat de l'incompétence des tribunaux judiciaires à connaître des litiges relatifs aux services publics. Il en résulte que le service public deviendra le critère de la compétence de la juridiction administrative et de l'application du droit administratif.

⁴⁷⁰ Cette affaire de 1903 concerne le cas d'un conseil général ayant décidé d'attribuer une prime pour toute vipère qui serait tuée. Le sieur Terrier, bien qu'il ait apporté un certain nombre des vipères tuées, a essuyé le refus du conseil général dans l'incapacité de lui payer ladite prime du fait de l'épuisement des ressources. En effet, beaucoup trop de vipères avait été tuées, ce que le conseil général n'avait pas anticipé. Estimant qu'il y avait eu une violation du contrat entre lui et l'administration, le sieur Terrier saisit le Conseil d'État. Dans ce contexte, le commissaire du gouvernement précise de manière mémorable que : « *Toutes les actions entre les personnes publiques et des tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative* ». Il ressort de la lecture des jurisprudences Blanco et Terrier, que bien que la notion de service public ait dépassé le spectre juridique pour s'imposer ultérieurement comme sujet d'analyse quasi politique, elle reste une notion conçue et développée par le juge.

fait référence dans l'analyse juridique de la nature de service public dans le secteur des transports. Il ressort de cet arrêt phare et emblématique que la nature des services publics de transport, bien que transférés à la sphère privée, justifie l'intervention de l'État et la possibilité que détient ce dernier de « *prescrire les modifications (au cahier des charges incombant à la société Compagnie générale des Tramways) et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service* »⁴⁷¹.

162. Le mérite de l'arrêt est donc de poser la signification du principe de mutabilité du contrat administratif, mutabilité qui se traduit par la compétence du préfet, non seulement de décider sur les horaires de tramways dans son département, mais également d'imposer au concessionnaire des additions et modifications nécessaires, qui permettent, dans l'intérêt public, le fonctionnement du service. La contrepartie de ces pouvoirs unilatéraux du préfet est le droit du concessionnaire à bénéficier d'une indemnité, lorsque, du fait de l'intervention de la personne publique, l'équilibre financier du contrat est perturbé.

163. L'origine jurisprudentielle de la notion de service public, formalisée par le Préambule de la Constitution de 1946 et, de manière indirecte par la loi LOTI en référence à la mise en régie, il est judicieux d'identifier les composantes du service public de transport ferroviaire des voyageurs. En effet, il est d'un intérêt crucial pour les pouvoirs publics de définir de critères clairs permettant d'identifier l'existence de l'activité constitutive d'un service public. Les enjeux autour de cet exercice consistent à légitimer la dérogation à l'application des règles de la concurrence à cette activité, ainsi que l'intervention des pouvoirs publics au moyen de

⁴⁷¹ CE 11 mars 1910, Compagnie Générale Française Des Tramways, Lebon 216. Dans cette affaire, un contrat avait été conclu entre l'État et la Compagnie Générale française des Tramways. Afin de mieux répondre aux besoins de la population, le préfet des Bouches-du-Rhône, (fixant l'horaire du service d'été des tramways), avait imposé à la Compagnie générale française des tramways d'augmenter, le nombre de rames en service. Le préfet fondait sa demande sur l'art. 33 du décret du 6 août 1881, en vertu duquel : « le préfet détermine (..) sur proposition du concessionnaire (...) le tableau de service des trains ». Il comprenait par « *tableau de service* » non seulement les horaires de circulation des tramways, mais également le nombre de rames utilisées. A l'opposé, la Compagnie considérait que le préfet était allé au-delà de ses prérogatives et que l'augmentation du nombre des rames à circuler était un aspect à traiter par le biais d'un avenant. Le commissaire au gouvernement, Léon Blum souligna que l'État ne pouvait pas « *se désintéresser du service public de transports une fois concédé. Il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement* »⁴⁷¹. Léon Blum ajouta : « *L'État interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement, pour forcer l'un des termes de cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession, en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique* ». En l'espèce, le cahier des charges fixait un minimum de trains dus par le concessionnaire. Le préfet, en application des dispositions réglementaires, pouvait donc lui imposer « *une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement, pour forcer l'un des termes de cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession, en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique* ».

subventions. Le service public représente aujourd'hui en France une notion dont les caractéristiques ont évolué au cours du temps sous l'impulsion de l'État et de ses collectivités territoriales à créer des services publics⁴⁷² ou à étendre les catégories des services publics⁴⁷³.

b) À une définition fonctionnelle⁴⁷⁴ du service public

164. **L'intérêt général, critère essentiel de la définition fonctionnelle de service public.**

A la différence de la théorie de Duguit, l'identification du service public ne se limite plus à la présence de personnes publiques, d'institutions ou d'agents étatiques en charge de l'activité à caractère de service public, mais elle sous-entend la réalisation d'une activité d'intérêt général⁴⁷⁵. Le service public poursuit désormais invariablement, une finalité d'intérêt général, dont la valeur est invariable indépendamment de la personne publique à qui il est rattaché⁴⁷⁶. Si selon Duguit il importait de s'attacher à une définition matérielle du service public en se fondant essentiellement sur la nature de l'activité, pour Hauriou, le service public est une organisation, voire une institution réunissant un ensemble de moyens humains, matériels, financiers et juridiques. Enfin pour Gaston Jèze, le service public suppose un « *procédé de droit public qui doit ou peut-être être appliqué par les agents publics* »⁴⁷⁷. Mais c'est surtout lorsque des organismes disposant d'une structure privée, en charge d'une mission de service public, que la définition fonctionnelle de service public est née, basée sur l'existence d'un intérêt général sous-jacent à

⁴⁷² PONTIER (J.-M.), « La notion de service public » dans « Droit administratif 1 : L'action administrative », UNJF.

⁴⁷³ La naissance des services publics à caractère industriel et commercial montre la volonté politique et législative à étendre les catégories des services publics à des activités définies par une logique économique. C'est ainsi que le Tribunal des conflits a opéré dans une décision du 22 janvier 1921, n°00706, Société commerciale de l'Ouest africain : Rec CE 1921, p.91) la distinction entre les services publics administratifs (SPA) et les services publics à caractère industriel et commercial (SPIC). Ainsi, dans cette affaire, le juge a estimé que la société en question exploitait un service de transport selon les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire et a décidé, par conséquent, de la soumettre à l'application des règles du droit privé.

⁴⁷⁴ L'aspect fonctionnel du service public réside dans le fait qu'il est supposé donner satisfaction à un besoin d'intérêt général. Certains auteurs estiment qu'il incombe au législateur de définir le besoin d'intérêt général ; d'autres estiment qu'il existerait des services publics par nature. Pour cette deuxième hypothèse, voir TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain : Rec. CE, 1991, p.91, D.1921, 3, 1. Concl. Matter : certains services se rattachent par nature au fonctionnement de l'État, à la différence d'autres qui sont de nature privée.

⁴⁷⁵ Voir dans ce sens les conclusions Romieu sous l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 1903, Terrier, Extrait : « *Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes de droit civil* ; voir aussi CE, sect., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale : Rec. CE 1994, p.129 ; D. 1944, p.164, concl. CHENOT ; RDP 1944, p.236, Note Jèze ; CE, 6 février 1948, Société Radio-Atlantique et Compagnie carcassonnaise de transports en commun : Rec CE 1948, p. 65 et 69 ; RDP 1948, p.244, concl. CHENOT, note Jèze.

⁴⁷⁶ GUGLIELMI (G. J.), « De la théorie du service public virtuel à la reconnaissance d'un service public à l'initiative des personnes privées », dans PREBISSY-SCHNALL (C.), GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), « *Droit et économie. Interférences et interactions* », LexisNexis, 2009, p. 163, pp.368.

⁴⁷⁷ DE CORAIL (J.-L.), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, p.20 en référence aux travaux de Gaston Jèze.

l'activité considérée. L'approche fonctionnelle de la notion de service public a eu pour effet de reconsidérer la définition des pouvoirs et obligations des pouvoirs publics⁴⁷⁸.

2. Le service public en droit allemand : l'*öffentlicher Dienst*

165. **L'absence de convergence conceptuelle de la notion de service public en droit français et en droit allemand.** La notion de service public n'est pas transposable en droit allemand qui n'opère pas une classification duale de l'activité administrative dissociant d'un côté l'identification d'activités non porteuses de missions de service public⁴⁷⁹. A ce titre, un concept national a vu le jour - l'*öffentlicher Dienst*- traduction littérale du service public telle qu'employée par l'article 77 du traité du CE dans sa version allemande ou encore la communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général. Autrement dit, ce concept répond plutôt au sens qu'est donné en France à la notion de « *fonction publique* ». Selon Schwarze, la morphologie de l'expression allemande, traduction littérale du service public (tel que compris en droit français) est due à la manière dont le droit administratif allemand classifie l'action administrative. Ne fonctionnant pas selon la logique activité de service public/autre activité possible, le droit administratif allemand distingue fondamentalement l'activité marchande de l'activité non marchande de l'État. Par activité non marchande, il faut entendre toute activité traduisant des puissances publiques telles que les services de police, d'enseignement, de l'armée, services qui correspondent en droit français à la catégorie de services publics administratifs (SPA). Il est intéressant de constater, grâce aux observations de Schwarze, que l'État allemand, les Länders et les communes ont des activités marchandes très variées pouvant aller jusqu'à la participation au capital de certaines entreprises allemandes. La légitimité des activités économiques de l'État allemand et de ses entités est, en outre, justifiée par la satisfaction de l'intérêt général⁴⁸⁰. La notion de service public à

⁴⁷⁸ BAUBY (P.), « Service public, services publics », *Les études de la Documentation française*, n°5338, 2011. Comme le souligne Pierre BAUBY, « *La conception fonctionnelle met l'accent sur les objectifs, les finalités, les missions des services publics* (alors que dans l'approche organique) *le service public est assimilé à l'entité publique qui rend le service* (ce qui l'amène à conclure que) *la conception fonctionnelle est la seule à être commune aux différents États européens* ».

⁴⁷⁹ SCHWARZE (J.), « Le service public : l'expérience allemande », *AJDA* 1997, p.150. SCHWARZE précise que la notion d'*öffentlicher Dienst* désigne un contenu précis en droit administratif allemand en se référant à « une relation juridique, à savoir celle du personnel du secteur public avec son employeur, l'administration publique ».

⁴⁸⁰ *Ibid.* SCHWARTZE cite comme exemples les secteurs des transports publics, les télécommunications, la production de l'énergie. Il assimile ces activités aux services à caractère industriel et commercial en France (les SPIC). Par ailleurs, lorsque l'État ou ses entités assurent des activités marchandes, les services peuvent être organisés « soit sous forme de société commerciale contrôlée par une personne publique, soit être intégrés dans l'administration, soit encore constituer l'objet poursuivi par un établissement public ». Similairement à la France, le droit applicable à leur statut peut varier. En effet, leur statut peut être régi soit par le droit commercial, soit par le droit administratif.

l'allemande en incluant à la fois des activités non marchandes de l'État, et les activités marchandes fondées sur l'intérêt public, a rendu naturel le processus de privatisation des chemins de fer allemands et ultérieurement, l'ouverture à la concurrence ferroviaire.

3. Le service public en droit roumain : une diversité des définitions centrées sur « l'intérêt général »

166. Le droit roumain ne définit pas clairement la notion de service public. La doctrine juridique roumaine propose plusieurs définitions. Le service public a été décrit comme « *un organisme administratif créé par l'État ou une collectivité, avec une compétence et des prérogatives déterminés, avec des moyens financiers issus du patrimoine général de l'administration créatrice, mis à la disposition du public afin de satisfaire de manière régulière et continue un besoin à caractère général, auquel l'initiative privée ne pourrait répondre que partiellement et de façon intermittente* »⁴⁸¹. D'autres auteurs comme Anibal Teodorescu s'attachent au lien fort qui existe entre l'État et le service public. Pour lui, le service public traduit de manière indubitable une activité étatique⁴⁸² ; autrement dit, le service public résulte de l'exercice de la fonction exécutive qui incombe à l'État. De ce fait, pour Teodorescu, « *le service public est le service créé et organisé par l'État et ses subdivisions administratives afin d'accomplir leurs fonctions exécutives* »⁴⁸³. Le service public est, en droit roumain, un instrument juridique permettant aux collectivités territoriales et à l'État de réunir les conditions de réalisation des activités socio-économiques et juridiques des citoyens. C'est, ainsi, que le service public peut être compris « *comme l'organisation d'un système fonctionnel qui vise à servir une collectivité locale ou nationale ; répondre aux besoins d'une collectivité est le but fondamental de l'administration centrale ou locale* »⁴⁸⁴.

167. Très proche du droit français, le droit roumain fait état de conditions semblables à celles utilisées par le droit administratif français pour dénommer service public une activité donnée. Ce service doit avant tout être créé dans le but de satisfaire l'intérêt général de la société prise dans son ensemble, suite à l'adoption d'actes (d'autorité) normatifs par les instances étatiques compétentes. Ensuite, l'administration titulaire du service doit disposer de prérogatives larges et de moyens financiers reposant sur des subventions étatiques ou des

⁴⁸¹ NEGULESCU (P.), « *Tratat de drept administrativ* », Tipografiile Romane Unite, Bucuresti, 1925, p.621, [Traduction libre du roumain en langue française].

⁴⁸² TEODORESCU (A.), « *Tratat de drept administrativ* », Vol.I, p.256.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

ressources propres. Comme en droit français, le droit roumain permet aux personnes privées d'exercer des activités de service public, tant que le service public, satisfaisant une mission d'intérêt général n'est pas interrompu. Cela est notamment le cas, comme en droit français, lorsqu'une entreprise privée, exploitant une ligne ferrée ou une voie de tramway est soumise à certaines obligations exorbitantes de droit commun⁴⁸⁵. Il en résulte que la notion de service public est relativement souple en droit roumain et a permis d'envisager l'ouverture à la concurrence ferroviaire.

168. **Conclusion intermédiaire sur la variété conceptuelle de la notion de service public.** La régulation forte du secteur ferroviaire, l'une de ces spécificités inhérentes est fondée sur la nécessité de préserver la concurrence dans le secteur avec le maintien des services publics de transport ferroviaires de voyageurs. Malgré les différentes acceptions de la notion de service public dans les Etats membres, l'absence d'incompatibilité de la concurrence avec les missions traditionnelles de service public se vérifie, à l'instar du secteur des télécommunications et d'électricité⁴⁸⁶, également dans le secteur ferroviaire. La réalisation des services publics de transport ferroviaire de voyageurs exclusivement par un monopole public n'a désormais plus de sens dans le contexte de libéralisation des industries de réseaux. L'hétérogénéité des positions qu'occupe la notion de service public au sein des droits nationaux pourrait néanmoins expliquer le degré variable d'ouverture à la concurrence des réseaux régionaux.

§2. La convergence conceptuelle du service public en droit européen

Si la notion de service public de transport ferroviaire de voyageurs n'est pas aisément appréhendée par le droit européen (A), elle fut consolidée grâce à l'adoption du règlement « OSP » (B).

⁴⁸⁵ PAVELESCU (T.), « *Tratat elementar de drept administrativ* », Sitech, Craiova, 2007.

⁴⁸⁶ LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruylant, L.G.D.J., p.546.

A. *Le contenu variable du service public de transport ferroviaire de voyageurs en droit européen*

Alors que la notion de service public de transport ferroviaire de voyageurs est peu explicitée par les traités européens (1), les États membres ont convergé sur le sens à lui attacher grâce à l'émergence de la notion d'« intérêt général » (2).

1. La place réduite du service public dans les traités fondateurs de l'Union européenne

169. Le service public ferroviaire, une notion peu explicitée par les traités fondateurs.

L'appréhension par le droit communautaire de la notion de « service public » ne s'est pas faite facilement dans la mesure où la Communauté servait une finalité économique et était dès lors peu inclinée à intégrer la dimension sociale que sous-entend le service public. L'expression « *service public* » figurait de manière isolée dans le Titre IV du Traité CE consacré au secteur des transports et précisément à l'article 77⁴⁸⁷ (devenu art. 93 du Traité de Lisbonne). Si l'article 77 se referait à la notion de service public, il n'envisageait pas son contenu ; il se contentait uniquement à mentionner « *certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ». Au surplus, la notion était appréhendée sous l'angle d'une exception à l'application des règles de la concurrence en matière d'aides d'État.

170. L'émergence des obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports. Il a fallu attendre les règlements (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁴⁸⁸ modifié ultérieurement par le Règlement n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁴⁸⁹ pour avoir une définition des obligations de service

⁴⁸⁷ Relatif à l'admission des aides d'État, comptables avec le droit européen, lorsqu'elles répondaient aux besoins de coordination des transports ou encore lorsque ces aides permettaient le remboursement de certaines servitudes.

⁴⁸⁸ Règl. CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n°L 156/1 du 28 juin 1969.

⁴⁸⁹ Règl. n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable qui a apporté deux nouveautés essentielles, *JOCE*, n° L 169/1 du 29 juin 1991.

public et du contrat de service public. Une deuxième illustration du terme, cette fois-ci en référence aux « *services d'intérêt général* » était insérée à l'article 90-2 du Traité CE⁴⁹⁰.

171. Magali Arzac explique l'absence d'une définition de la notion de « service public ferroviaire », malgré l'utilisation des notions périphériques⁴⁹¹ par le refus « *des instances communautaires conformément à la logique du Traité de Rome de « libéraliser » ou de « déréglementer » le secteur des transports ferroviaires* »⁴⁹² mais aussi par « *un choix délibéré des États membres tant la référence aux compétences étatique et à la souveraineté nationale reste forte pour le service public* »⁴⁹³. A croire, cette auteure, le constat de l'absence textuelle du service public en droit communautaire se poursuit même ultérieurement, en 1991 à l'occasion de l'adoption de la directive 91/440/CEE⁴⁹⁴. Malgré la formulation modeste de la directive dont l'objectif était « *d'améliorer l'efficacité du réseau des chemins de fer afin de l'intégrer dans un marché compétitif tout en prenant en compte les aspects spécifiques des chemins de fer* »⁴⁹⁵, certains auteurs n'ont hésité de voire dans cette directive un instrument de l'introduction de la concurrence « *dans un secteur qui paraissait jusqu'à la peu perméable à cette donnée* »⁴⁹⁶. Si les mérites de cette directive ne sont nullement négligeables en termes d'organisation ferroviaire⁴⁹⁷, son apport est très limité au regard de la définition de la notion de « service public ». Celle-ci transperce toutefois via l'article 5 de la directive qui rappelle le principe de gestion commerciale à appliquer aux entreprises ferroviaires y compris lorsqu'elles sont chargées des obligations de service public et ont conclu des contrats de service public avec les autorités compétentes dans les États membres. La directive n'apporte pas des précisions complémentaires par rapport aux deux règlements précités, mais si elle a pu rassurer les défenseurs du service public, c'est par ce qu'elle a laissé l'ouverture à la concurrence du

⁴⁹⁰ Article 90-2 du Traité de Rome : « *Les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* ».

⁴⁹¹ BELLOUBET-FRIER (N.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 20 avril 1994, p. 270-285, précité.

⁴⁹² ARSAC (M.), « *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire* », Coll. Droit, Paris, Panthéon-Assas, Paris II, 1997, p. 11.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ Considérant n°2 de la Dir. du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires précitée.

⁴⁹⁶ IDOT (L.), « L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence », *Cahiers de Droit européen*, 1995, n°3-4, p. 263-321.

⁴⁹⁷ La directive affirme la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation des activités de transport ferroviaire ainsi que le principe de l'accès des tiers à l'infrastructure ferroviaire.

secteur à la volonté des États membres⁴⁹⁸. Relativement abandonnée par les traités fondateurs et le droit dérivé, la notion de service public de transport de voyageurs ne gagne non plus de terrain dans le contentieux communautaire dans la mesure où il a été décidé, grâce au règlement 1017/68 du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs de transport par chemin de fer, par route et par voie navigable que les entreprises ferroviaires étaient soumises aux règles de la concurrence⁴⁹⁹. Toutefois, la notion de service public de transport ferroviaire des voyageurs a pu être revalorisée grâce à l'affirmation progressive des services d'intérêt général en Europe et à l'aménagement par le Traité CEE, de la possibilité des entreprises ferroviaires, à déroger, sur le fondement de l'article 90 paragraphe 2 (actuellement article 107 paragraphe 2) à l'application des règles de la concurrence.

2. La consécration de la notion d'« intérêt général »

172. L'émergence de « l'intérêt communautaire », point de convergence des conceptions nationales de service public. Malgré les notions distinctes de service public au Royaume-Uni, en France, en Allemagne ou enfin en Roumanie dont l'explication réside naturellement dans l'histoire idéologique et juridique de ces pays, il importe, toutefois qu'un « *examen plus approfondi révèle, malgré les différences des concepts, ou du concept juridique et constitutionnel, la profondeur des convergences entre les différents pays (...) qu'il s'agisse de la place du secteur publique dans la desserte en service, des principes qui régissent le fonctionnement des services publics, ou la nature du débat public auquel donnent lieu les services publics (appréciation de leurs performances, égalité d'accès, place à faire aux opérateurs privés, rôle des collectivités locales)* »⁵⁰⁰. Ainsi, malgré la diversité conceptuelle de la notion de service public, nous pouvons tout de même observer que les pays européens ont majoritairement converger vers une vision partagée de la régulation publique « *fondée sur une double légitimité économique et sociale* »⁵⁰¹ et où « *l'intérêt général est, dans cette conception, le principe moteur de l'intervention publique* »⁵⁰². La construction européenne a permis ainsi

⁴⁹⁸ ARSAC (M.), « L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire », précité. La gestion de la concurrence ferroviaire par les États membres semble avoir conforté, nous dit l'auteure, les défenseurs du service public. Toutefois, cela ne voulait pas forcément signifier que le processus serait dépourvu des risques et le service public sauvegardé dans la mesure il pouvait disparaître faute des ressources financières suffisantes.

⁴⁹⁹ Règl. (CEE) n°1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application des règles de concurrence aux secteurs de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n° L. 175 du 23 juillet 1968.

⁵⁰⁰ LONG (M.), « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, n°3, 1995, p. 497-503.

⁵⁰¹ ARSAC (M.), « L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire », précité.

⁵⁰² *Ibid.*

une convergence de différentes conceptions nationales de « service public » grâce à l'émergence d'une notion autonome, « l'intérêt général communautaire »⁵⁰³. En effet c'est grâce à des efforts de régulation européenne qu'une forme spécifique de service public a pu se dégager au niveau européen car en réalité il n'y a pas eu de véritable unification conceptuelle⁵⁰⁴.

B. Le service public de transport ferroviaire de voyageurs dans le règlement « OSP »

La reconnaissance des obligations de service public de transport ferroviaire de voyageurs marque la conception européenne d'une nécessaire compatibilité entre libéralisation du secteur ferroviaire et l'intérêt général que ce secteur sous-entend. Si le chemin de cette reconnaissance fut long (1), elle entraîne désormais un certain nombre des conséquences procédurales sur l'attribution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs (2).

1. Le chemin vers la reconnaissance des obligations de service public dans le secteur de transport ferroviaire de voyageurs

La reconnaissance des obligations de service public dans le secteur ferroviaire est marquée par les hésitations institutionnelles entourant leur définition (b) et l'adoption du règlement « OSP » (a).

a) Les soubresauts entourant l'adoption du règlement « OSP »

o *De l'émergence des obligations de service public à la concurrence régulée*

173. La définition fonctionnelle des obligations de service public dans le règlement (CEE) n°1191/69. En 1969, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n°1191/69⁵⁰⁵ dont l'objectif était de définir les conditions selon lesquelles les autorités organisatrices de transport pouvaient garantir le maintien d'un certain niveau de transport public⁵⁰⁶. Pour cela, elles pouvaient conclure des contrats de service public avec les transporteurs ou leur fixer unilatéralement des obligations de service public en dehors de tout schéma contractuel⁵⁰⁷. Pour déterminer si les obligations devaient être maintenues, il fallait apprécier la fourniture suffisante des services de

⁵⁰³ DURAND (C-F.), « Service public européen et politique industrielle ou la promotion de l'intérêt général et du service des citoyens », *RMCUE*, mars 1996, p.211.

⁵⁰⁴ DELZANGLES (B.), « La typologie européenne des activités d'intérêt général : construction en déconstruction » dans « Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique, *Mélanges en l'honneur d'A.-S. Mescheriakoff*, Bruylant, 2013, p.71.

⁵⁰⁵ Règl. (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n°L 156/1 du 28 juin 1969,.

⁵⁰⁶ CER, « Public Service Rail Transport in the European Union: an Overview », June 2017, p.144.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

transport en fonction de l'offre de transport, de la demande et des besoins de la collectivité. Ainsi le règlement proposait une définition des obligations de service⁵⁰⁸. Pour arriver à cette définition, le Conseil avait distingué, en invoquant le désintérêt commercial de l'entreprise « l'obligation réalisée dans des conditions normales de marché et l'obligation « forcée » par la personne publique et pouvant en conséquence faire l'objet d'une compensation et d'une dérogation aux règles des traités »⁵⁰⁹. Le règlement n°1191/69 autorisait les États membres de la Communauté à disposer de l'entier pouvoir d'initiative pour supprimer ou maintenir lesdites obligations de service public. Ces obligations devaient être maintenues notamment au regard des prix et conditions de transport lorsqu'elles justifiaient de l'intérêt d'une ou des plusieurs catégories sociales particulières⁵¹⁰. Depuis ce règlement une distinction pouvait être opérée entre « le domaine soumis au contrat de service public et celui ouvert à l'initiative privée »⁵¹¹.

ENCADRÉ N°12. LES MODIFICATIONS DU REGLEMENT N°1893/91 DU CONSEIL DU 20 JUIN 1991 AU REGLEMENT N°1191/69

En 1991, le Conseil a modifié profondément le règlement n°1191/69 par le règlement n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991⁵¹². D'abord, ce nouveau règlement a apporté une première définition à la notion de « contrat de service public » à savoir « un contrat conclu entre les autorités compétentes d'un État membre et une entreprise de transport dans le but de fournir au public des services de transport suffisants »⁵¹³. Malgré cette définition, le règlement n'apportait pas de précisions complémentaires sur les modalités d'appréciation des « services de transport suffisants », les critères d'appréciation avancés par le règlement (CEE) n°1191/69 demeurant applicables⁵¹⁴.

S'agissant, ensuite, du contenu du contrat public, le règlement n°1893/91 distinguait entre des clauses facultatives (clauses relatives à des services de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité, de capacité, de qualité, des clauses prévoyant des adaptations des services aux besoins effectifs⁵¹⁵) et clauses obligatoires non exhaustives⁵¹⁶ (relatives aux caractéristiques des services offerts, aux prix des prestations aux recettes tarifaires, soit inclut les recettes etc)⁵¹⁷. Ce

⁵⁰⁸ Article 2 du Règl (CEE) n° 1191/69 précité.

⁵⁰⁹ DESTAILLEUR (T.), « L'obligation de service public en droit de l'Union européenne », Valenciennes, Université Polytechnique Hauts-de-Seine, thèse dactyl. 2018.

⁵¹⁰ Article 2 para 3 du Règl. (CEE) n° 1191/69 précité.

⁵¹¹ CALME (S.), « L'évolution du droit des transports ferroviaires en Europe », Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2008, pp. 315.

⁵¹² Règl. n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable qui a apporté deux nouveautés essentielles, *JOCE*, n° L 169/1 du 29 juin 1991.

⁵¹³ *Ibid.* Article 14.

⁵¹⁴ Article 3 para 2 du Règl. (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 précité.

⁵¹⁵ Article 14 para 1 du Règl. n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 précité.

⁵¹⁶ *Ibid.* Article 14 para 2 du règlement.

⁵¹⁷ *Ibid.*

règlement ne traitait pas de la manière dont ces contrats publics étaient conclus -certains étant soumis aux dispositions des directives communautaires en matière des marchés publics, - d'autres non.

Le règlement n°1893/91 marque un début de reconnaissance au niveau européen des missions de service public qui peuvent être imparties aux entreprises de transport.

- *Le processus d'adoption du règlement (CE) n°1370/2007 dit « OSP »*

174. **La modification du règlement 1191/69, l'opportunité de la Commission pour fixer une procédure concurrentielle d'attribution des contrats de service public.** Souhaitant adapter le cadre réglementaire des transports à l'émergence d'un marché européen unique de transports publics, la Commission européenne a élaboré une proposition de règlement⁵¹⁸ pour remplacer le règlement (CEE) 1191/69, modifié par le règlement (CEE) 1893/91. A ce titre, la Commission dénonçait le silence du règlement (CEE) n°1191/69 modifié sur l'ouverture du marché pour la fourniture de services de transports publics réguliers. La Commission a profité de la réforme de ce règlement pour définir une procédure commune de passation des contrats de service public⁵¹⁹. Désormais elle a mis à la charge des autorités organisatrices de transport l'obligation de procéder à une « *reconnaissance mutuelle des normes techniques* »⁵²⁰ et d'appliquer « *la proportionnalité des critères de sélection* »⁵²¹ dans les procédures envisagées. A la limite de la violation du principe de la « libre administration » des collectivités publiques⁵²², cette proposition de règlement qui rendait obligatoire la contractualisation y compris pour la régie faisait « *peser une sorte de suspicion sur le recours à la gestion publique* »⁵²³, ce qui « *revenait à faire de la gestion publique l'exception pour les transports publics, et du recours à des prestataires extérieurs le principe* »⁵²⁴.

⁵¹⁸ COM (2000) 7 final 2000/0212 (COD). Le règlement proposé par la Commission est fondé sur le principe de concurrence régulée et tient compte de l'expérience acquise dans les États membres et des recommandations de l'étude « Examen du droit communautaire relatif aux obligations et contrats de service publics dans le domaine des transports terrestres de passagers », soumis à la Commission européenne par NEA Transport research and training, 1998.

⁵¹⁹ *Ibid.* Ainsi, selon la Commission « *le recours aux appels à la concurrence pour les contrats de service public constitue un moyen efficace pour bénéficier des avantages offerts par la concurrence en matière de coût, d'efficacité et d'innovation, sans entraver l'accomplissement des missions particulières imparties aux opérateurs de services d'intérêt général* ».

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² BOUAL (J-B), « Le règlement communautaire des obligations de service public dans le domaine des transports depuis les années 1960 », *En perspective*, n°13,2014, p.6, pp.13, précité.

⁵²³ LOMBARD (M.), « L'ouverture à la concurrence de l'activité ferroviaire : rhétorique et pratique », dans VIDELIN (J-C.), (Dir) « *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques* », LexisNexis, p. 27 -39, pp. 255.

⁵²⁴ *Ibid.*

ENCADRÉ N°13. LES AMENDEMENTS DU PARLEMENT EUROPÉEN

Alors que la Commission souhaitait que le règlement s'applique à l'exploitation nationale et internationale de service de transport publics de voyageurs sans distinction entre les services de courte et de longue distance, le Parlement européen avait exclu du champ d'application du règlement les services longue distance, les trains historiques et les trains exploités sans but lucratif. Le Parlement européen avait amendé aussi la modalité d'évaluation de services de transport ainsi que les critères de sélection, d'adjudication et d'attribution des contrats⁵²⁵. En outre, si la Commission avait proposé une durée limitée qui ne dépassait pas cinq ans, sans distinction selon le mode de transport, le Parlement européen avait fixé une durée minimale de huit ans pour les services de transport par autobus et quinze ans pour les services par chemin de fer. Une plus longue durée des contrats de service publics engendrerait une plus grande sécurité en termes de planification à la fois pour les opérateurs que pour les autorités publiques⁵²⁶. Le Parlement européen n'avait pas donné suite à la proposition de la Commission visant à la généralisation de la contractualisation des services publics⁵²⁷.

Enfin, dans une optique de renforcement du principe de réciprocité en matière d'ouverture à la concurrence du marché au niveau européen, il importe de constater que le Parlement européen avait inclus un article 7 paragraphe 6 bis (nouveau) selon lequel les opérateurs de services publics de transport de voyageurs ainsi que les autres opérateurs qui sont contrôlés directement ou indirectement par les premiers ne pouvaient pas participer aux appels d'offres quand ils étaient attribués directement des contrats de service public dans leurs États. Cette disposition du moins originale avait permis au Parlement d'utiliser un argument procédural (l'attribution directe des contrats) favorable à un opérateur dans son État d'origine pour limiter son accès sur un marché étranger.

⁵²⁵ Pour une meilleure compatibilité du règlement avec la terminologie juridique allemande, le Parlement avait proposé d'amender le règlement en précisant que les contrats de service public seront attribués non pas par voie d'appels d'offres, comme disposait la proposition de la Commission, mais par voie de procédure d'attribution concurrentielle.

⁵²⁶ L'introduction des sanctions dans les contrats publics devait permettre aux autorités compétentes de pouvoir évaluer les performances économiques des opérateurs. Pour cela, le Parlement avait posé à la charge des exploitants l'obligation de publier annuellement des informations relatives à la possibilité qu'ils soient évalués ainsi que tous les ans et séparément sur chaque ligne « *des informations sur les services fournis, les tarifs pratiqués, le nombre de voyageurs transportés, et les plaintes enregistrées ainsi que sur des questions relevant de la sécurité, par exemple des problèmes ou des incidents, et de rendre ces informations publiques et accessibles gratuitement* ». Le Parlement européen avait également proposé l'insertion dans les contrats d'un « système d'encouragement », qui semble correspondre aujourd'hui au système de bonus-malus figurant dans les conventions d'exploitation des TER conclues par les autorités organisatrices de transport en France avec la SNCF.

⁵²⁷ Amendement 61 du Parlement européen relatif à l'article 6 ter (nouveau). Grâce à cet amendement, le Parlement européen visait à donner plus de poids au principe de subsidiarité et renforcer la compétence des autorités locales à gérer les services de transports terrestres soit elles-mêmes, soit par le biais de l'une de leurs propres sociétés, sans organiser une procédure d'appel d'offres.

ENCADRÉ N°14. LA POSITION ATTENDUE DU CONSEIL

Les propositions avancées par la Commission européenne en 2000 et en 2002 n'ont pas permis au Conseil de dégager une position commune. Celle-ci est à peine intervenue, à la majorité qualifiée⁵²⁸, à la suite de la proposition que la Commission a présentée en 2005⁵²⁹.

En continuité de la logique du Parlement européen, le Conseil estimait que les autorités compétentes devaient être libres de choisir, pour l'attribution des contrats, entre l'organisation d'une procédure d'appels d'offres ou l'attribution directe. La position commune du Conseil maintenait les dérogations à la procédure d'appel d'offres telle que proposée par la Commission tout en retenant quatre hypothèses permettant l'attribution directe⁵³⁰.

A contre-courant de la proposition du Parlement qui souhaitait limiter le champ d'application du règlement aux transports locaux, le Conseil estimait que le règlement devait couvrir tous les services de transport de voyageurs par chemin de fer.

Cette approche extensive du Conseil pouvait s'expliquer par la volonté de captation dans le champ d'application du règlement d'un nombre important des services publics de transport réalisés par des opérateurs dédommagés en contrepartie de la réalisation de ces missions ainsi qu'en évitant des subventions croisées. Le Conseil partageait la proposition avancée par la Commission qui retenait quinze ans de durée maximale des contrats de service de transport ferroviaire (et autres modes de transport) en limitant toutefois à dix ans la durée des contrats attribués directement pour le chemin de fer lourd.

175. L'adoption du règlement (CE) n°1370/2007. La décision du Parlement après une 2^{ème} lecture du règlement de la procédure de codécision est intervenue le 10 mai 2007 après six années de désaccord avec le Conseil⁵³¹. En mettant en œuvre l'article 93 TFUE, l'objectif du

⁵²⁸ La délégation tchèque s'était abstenue lors du vote.

⁵²⁹ Position du Conseil 1376/1/2006 du 11 décembre 2006.

⁵³⁰ Quatre hypothèses pouvaient, dans l'acceptation du Conseil, permettre une dérogation à la procédure d'attribution concurrentielle, à savoir : 1) l'attribution du contrat à un tiers, « opérateur interne » sur lequel la collectivité exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (l'exception « in house ») ; 2) les contrats de moindre importance à savoir notamment si la valeur annuelle moyenne du contrat est inférieure à 1 million euros ou si le contrat a pour objet la fourniture annuelle de moins de 300.000 kms de services publics de transport de voyageurs. Les seuils applicables aux PME ont été modifiés par le Conseil : une attribution directe est possible au profit de ces entreprises dans la mesure où la valeur annuelle des contrats de service public ne dépassait pas 1.7 millions d'euros ou ils portaient sur un maximum de 500.000 kms par an au bénéfice de compagnies n'exploitant pas plus de 20 véhicules. Le contrat pouvait également être attribué directement 3) en cas d'urgence pour une période de 2 ans (contrairement à la position de la Commission qui avait proposé un an). Enfin 4) le contrat pouvait être attribué directement lorsqu'il portait sur le chemin de fer lourd y compris le chemin de fer (sub)urbain.

⁵³¹ Le Parlement avait amendé le texte du règlement sur plusieurs aspects clés. Plus spécifiquement le Parlement avait formalisé l'obligation des autorités compétentes à établir à l'avance et de manière objective et transparente la nature et l'étendue des droits exclusifs conférés à l'opérateur ferroviaire en charge d'un service de transport public afin d'éviter tout risque de surcompensation. Confirmant la possibilité d'un opérateur ferroviaire à faire appel à la sous-traitance, le Parlement exigeait néanmoins, que l'opérateur ferroviaire, titulaire du contrat, exerce par ses soins une partie importante dudit service et non pas se désengager de ses responsabilités via le sous-traitant. Les seuils permettant l'attribution directe des contrats tel que fixés par le Conseil n'ont pas été retenus par le Parlement. Selon ce dernier l'attribution directe avait lieu d'être pour des contrats de service public a) dont la

règlement OSO est de définir les conditions selon lesquelles les autorités organisatrices de transport offrent une compensation aux opérateurs de transport public et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de la réalisation des obligations de service public.

b) La définition de l'obligation de service public dans le règlement « OSP »

176. **Une définition de service public inspirée du règlement (CEE) n°1191/69**⁵³². Le règlement « OSP » définit l'obligation de service public comme « *l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs, qu'un opérateur, s'il considérerait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie* »⁵³³. Si cette définition demeure toujours fondée sur le critère de l'intérêt commercial et est inspirée de l'ancien règlement (CEE) n°1191/69, elle fait cette fois-ci référence à « une exigence » et confirme l'adéquation des services de transports en tant que services d'intérêt général. La Commission européenne a souhaité compléter la définition très large des obligations de service public consacrée par le règlement (CE) n°1370/2007, en se référant à une nouvelle expression telle que « les effets de réseau »⁵³⁴.

177. Si en première lecture du 26 février 2014, le Parlement européen n'a pas rejeté cette proposition, il l'a considérablement amendée dans le sens d'une meilleure spécification des « effets de réseau »⁵³⁵. En effet, la description de ces « effets de réseau » était une mesure ambivalente. D'un côté, elle créait davantage de sécurité juridique pour les opérateurs de transports, de l'autre côté, elle limitait la souplesse des autorités compétente à définir les

valeur annuelle moyenne était estimée à moins d'un million d'euros ou qui avaient pour objet la fourniture annuelle de moins de trois cents milles kilomètres de services publics de transport de voyageurs ou encore b) des contrats conclus au bénéfice des PME n'exploitant pas plus de vingt-trois véhicules des lors que la valeur annuelle moyenne de leurs contrats était estimée à moins de deux millions d'euros ou à une fourniture annuelle de moins de six cents milles kilomètres de services publics de transport de voyageurs. Enfin, le Parlement confirmait la position du Conseil accordant la possibilité aux autorités publiques de poser des critères spéciaux et de qualité dans l'accomplissement par les opérateurs des obligations de service public.

⁵³² Règl.(CEE) N° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n° L 156/1 du 28 juin 1969.

⁵³³ Article 2 e) du Règlement « OSP ».

⁵³⁴ COM (2013) 28 final, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, précité, Extrait : « *La portée des obligations de service public exclut tous les services publics de transport qui ne sont pas strictement nécessaires pour bénéficier des effets de réseau au niveau local, régional ou infranational.* ».

⁵³⁵ Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 26 février 2014 en vue de l'adoption du règlement (UE) n° .../2014 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer.

obligations de service public. Finalement, la référence aux « effets de réseau » n'a pas été retenue par le Conseil. Celui-ci a proposé une nouvelle définition des obligations de service public, définition qui figure actuellement dans le règlement (UE) n°2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer. Cette définition, plus minimaliste que celle proposée par le Parlement, a le mérite de re consacrer l'approche extensive des obligations de service public ainsi que la large marge de manœuvre des autorités compétentes. Pour éviter toutefois, une approche trop subjective de la part ces dernières, surtout lorsque le règlement a abandonné l'obligation des autorités compétentes d'élaborer des plans de transport, le règlement (UE) n°2016/2338 précité contient un article 2 *bis* qui encadre davantage les spécifications des obligations de service public.

178. Les spécifications des obligations de service public dans le règlement « OSP » modifié par le règlement (UE) n° 2016/2338. L'article 2 bis proposé par la Commission européenne dans sa version initiale⁵³⁶ était beaucoup plus dense en informations que l'article retenu finalement par le règlement n°2016/2338. Dans cette version initiale, selon la Commission, et dans une optique intermodale, les autorités compétentes devaient établir et mettre régulièrement à jour des plans de transport qui contenaient les objectifs de la politique du transport public ainsi que les moyens de leur mise en œuvre. Malgré les avantages de la rédaction proposée par la Commission⁵³⁷, le Parlement européen avait jugé l'article trop formel et lourde limitant les possibilités de gestion des autorités compétentes et violant ainsi les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵³⁸. Suivant le raisonnement du Parlement, le

⁵³⁶ COM 2013/0028 (COD) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer.

⁵³⁷ La rédaction de la Commission présentait certains avantages, comme par exemple, : 1) elle valorise l'intermodalité, cette logique n'étant pas étrangère des opérateurs de transport qui ont procédé, depuis des années à la diversification de leurs activités ; 2) fixe un minimum d'informations présentes dans les plans de transport ce qui peut renforcer l'harmonisation des normes et procédures ; 3) insiste sur la cohérence entre les spécifications d'obligations de service public et la compensation liée à l'incidence financière nette de celles-ci et les objectifs des plans des transport ; ou encore 4) en fixant un volume annuel d'un contrat de service public en termes de trains-km ou un tiers du volume total du transport public national de voyageurs par chemin de fer géré par contrat de service public, la Commission souhaitait encourager les nouveaux entrants à accéder au marché.

⁵³⁸ Le Parlement avait amendé en première lecture, le texte dans le sens d'un abandon de certaines informations figurant dans les plans de transport telles que « *les caractéristiques de l'offre telles que l'horaire d'exploitation, la fréquence des services et le taux minimal d'utilisation des capacités* ». Néanmoins, les plans de transports devaient faire figurer pour le transport public de voyageurs par chemins de fer les critères d'efficacité, la part modale des transports publics, la ponctualité, la rationalité économique, la fréquence des services, la satisfaction des clients et la qualité du matériel roulant. Enfin, le Parlement n'avait pas retenu le seuil relatif au volume de service public proposé par la Commission jugé incompatible avec le cas des petits États membres où le volume de transport

Conseil a procédé à une grande simplification de l'article 2 bis, simplification approuvée ultérieurement par le Parlement⁵³⁹. La définition plus large des spécifications des obligations de service public dans la version finale du règlement (UE) 2016/2338 en absence des plans de transport offre aux autorités compétentes une marge de manœuvre davantage conséquente.

2. Les conséquences contractuelles de la prescription des obligations de service public

Le règlement « OSP » prévoit que des obligations de service public impartis aux opérateurs de transport sont nécessairement fixées dans le cadre des contrats de service public (a) à la suite d'un principe d'attribution concurrentielle (b), assorti néanmoins d'importantes exceptions.

a) La généralisation des contrats de service public

179. **L'élargissement de la définition des contrats de service public.** Si le règlement autorise l'implémentation par les États membres d'obligations de service publics comme règles générales (hors contrat de service public)⁵⁴⁰, il fixe le principe général d'utilisation des contrats de service public⁵⁴¹, « notion autonome du droit communautaire »⁵⁴². Introduit dans le règlement (CEE) n°1191/69 via un amendement datant de 1991⁵⁴³, ce principe est repris par la Commission européenne dans sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable⁵⁴⁴. A ce titre, la Commission européenne, définissait le contrat

n'excède pas trente-cinq millions de trains-km et c'est ainsi qu'il avait proposé de modifier le seuil et de supprimer le décompte par tiers.

⁵³⁹ Résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2016 sur la position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer (11198/1/2016 – C8-0425/2016 – 2013/0028(COD)), P8_TA(2016)0497, pp.3.

⁵⁴⁰ Article 3 paragraphe 2 du Règlement. Les obligations de service public qui visent à établir des tarifs maximaux pour l'ensemble des voyageurs ou pour certaines catégories de voyageurs peuvent faire l'objet des règles générales entendues comme des mesures qui s'appliquent « sans discrimination à tous les services publics de transport et voyageurs d'un même type dans une zone géographique donnée ou une autorité compétente est responsable » (art. 2 l) du Règlement) ; voir aussi GRARD (L.), « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *Revue de droit des transports* n°3, mars 2008, comm.26 ; Steer Davies Gleave, « Study on economic and financial effects of the implementation of Regulation 1370/2007 on the public passenger transport services », February 2016, p.169.

⁵⁴¹ KARPENSCHIF (M.), « Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ? », *J.C.P.A.*, n°8, 18 février 2008, 2038.

⁵⁴² RICHER (L.), « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *AJDA*, 2009, p.1023.

⁵⁴³ GAUTHIER (F.), « Le service public ferroviaire à l'heure de la libéralisation du transport ferroviaire de passagers : état des lieux et enjeux du 4ème paquet », pp.49-74, dans C. RAPOPORT (dir.), « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?* », Bruylant, 2015, pp. 362, précité.

⁵⁴⁴ Article 3 h) et article 5 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le

de service public : « *Un contrat de service public est conclu pour le versement de toute indemnisation financière des dépenses engagées pour satisfaire aux exigences de service public, y compris les indemnisations sous forme d'utilisation des éléments d'actif à des taux inférieurs à ceux du marché, sauf s'il s'agit d'indemniser les coûts liés au respect des règles générales applicables à l'exploitation des transports publics de voyageurs, conformément aux dispositions de l'article 10* »⁵⁴⁵. Conclu en contrepartie de l'octroi d'une indemnisation financière par l'autorité compétente à un opérateur en charge de la réalisation des obligations de service public le contrat de service public était très circonscrit. C'est pour cela, que dans la version amendée par le Conseil et finalement adoptée, les notions « droit exclusif » et « compensation » remplacent celle d'« indemnisation ». Le contrat de service public a ainsi un champ circonstanciel plus large couvrant deux hypothèses dans lesquelles les autorités compétentes prescrivent des obligations de service public. Comme le rappelle le Professeur Richer, la notion de contrat de service public est définie par le droit européen « *de telle sorte qu'elle englobe des actes, qui dans les droits nationaux, ont un caractère unilatéral* », correspondant des lors « *à un marché public qu'à une délégation de service public., mais aussi à la délibération d'un conseil municipal organisant une régie personnalisée* »⁵⁴⁶.

180. L'harmonisation des contenus des contrats de service public. Relativement absentes dans la proposition initiale de la Commission, le Parlement avait amendé la proposition dans le sens d'une meilleure spécification du contenu, amendements adoptés par la Commission. Nous devons au Conseil la formulation actuelle de l'article 4 du règlement « OSP » intitulé *Contenu obligatoire des contrats de service public et des règles générales* qui tend à une harmonisation *a minima* de ces contrats afin d'éviter la surcompensation. Cependant, les autorités compétentes disposent d'une large marge d'appréciation dans la définition du contenu de ces contrats notamment au regard du droit social⁵⁴⁷. Ainsi, en application de l'article 4 paragraphe 5, les autorités compétentes ont la *faculté* d'exiger de l'opérateur sélectionné d'appliquer au personnel préalablement engagé les normes sociales dont il aurait bénéficié s'il y avait eu transfert au regard du droit européen (directive 2001/23/CE plus spécifiquement). La révision de ce règlement dans le cadre du quatrième paquet ferroviaire n'a apporté aucune modification

domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (2000/C 365 E/10) publiée au Journal officiel des Communautés européennes le 19 décembre 2000, n° C 365 E/169.

⁵⁴⁵ Dans le cadre d'un amendement, le Parlement remplace le terme « versement » par le terme « octroi ».

⁵⁴⁶ RICHER (L.), *Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs*, précité.

⁵⁴⁷ GAUTHIER (F.), « Le service public ferroviaire à l'heure de la libéralisation du transport ferroviaire de passagers : état des lieux et enjeux du 4ème paquet », précité.

à la règle de l'utilisation générale des contrats de service public ni au contenu de ceux-ci. Il est ainsi regrettable que le règlement (UE) 2016/2338 n'ait pas rendu obligatoire la présence dans les contrats de service public des dispositions relatives à l'obligation de reprise du personnel, des dispositions relatives aux normes de qualité, ou encore des dispositions relatives à un éventuel recours à la sous-traitance. Cela aurait permis plus de sécurité juridique et de transparence pour tous les acteurs – autorités compétentes et opérateurs de transport.

b) Le principe d'attribution concurrentielle des contrats de service public

o *La difficile consécration du principe*

181. Les circonstances d'attribution directe envisagées par la Commission dans sa proposition du règlement « OSP » étaient relativement nombreuses⁵⁴⁸. Inversement le Parlement européen souhaitait réduire ces circonstances au stricte nécessaire. A ce titre, il avait sorti les chemins de fer du champ de la dérogation au principe d'attribution concurrentielle⁵⁴⁹. Par ailleurs, d'une manière très spectaculaire et innovante, le Parlement européen avait introduit le principe de réciprocité en ce qui concerne l'ouverture du marché au niveau européen interdisant aux opérateurs de services publics de transport de voyageurs (et ceux que ces dernières contrôlaient directement ou indirectement) à participer à des appels d'offres en Europe quand ils bénéficiaient d'une attribution directe des contrats de service public dans leurs pays. Or, dans sa proposition de 2002, la Commission européenne revenait largement sur l'attribution directe des contrats de service public. Évacués par le Parlement européen du champ des dérogations à l'attribution concurrentielle, les chemins de fer furent réintroduits par la Commission. Les autorités compétentes pouvaient désormais attribuer directement des contrats

⁵⁴⁸ Selon la Commission européenne, les autorités compétentes pouvaient ainsi attribuer directement le contrat : 1) dans le domaine du *chemin de fer*, du métro ou du métro léger lorsque des normes de sécurité nationales ou internationales ne pouvaient pas être respectées d'une autre manière ; 2) dans le domaine du métro ou du métro léger lorsque toute autre solution entraînerait des coûts supplémentaires pour maintenir la coordination entre l'opérateur et le gestionnaire d'infrastructure et que ces coûts ne seraient pas compensés par un accroissement des bénéfices ; 3) si un opérateur fournissait après attribution directe des services intégrés, l'autorité pouvait, sans mise en concurrence, inclure des services non ferroviaires (autobus) dans ledit contrat ; 4) si la valeur annuelle moyenne était estimée à moins de 400 000 euros ou à moins de 800 000 euros pour les contrats qui incorporaient plusieurs exigences de service public ; 5) sur une comparaison de qualité.

⁵⁴⁹ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)), 18 octobre 2001. Le Parlement avait fixé la possibilité d'attribuer des contrats de service public dans le domaine du métro et du tram « *lorsqu'elles* (les autorités compétentes) *l'estiment nécessaire pour des raisons d'efficacité ou de sécurité, ou bien lorsque des motifs juridiques ou concrets s'opposent à un appel d'offres* »

de service public « dans le domaine du chemin de fer lourd »⁵⁵⁰. Il apparaît ainsi que l'une des spécificités du régime juridique prévu par le règlement « OSP » est constituée par la coexistence du régime d'attribution concurrentielle et d'attribution directe pour les transports de voyageurs par chemin de fer. En effet, si le quatrième paquet ferroviaire a modifié le règlement « OSP » dans le sens de la généralisation de l'obligation d'attribution concurrentielle des contrats à compter du 25 décembre 2022, force de constater qu'il permet le maintien d'un certain nombre d'exceptions. Les autorités organisatrices de transport, peuvent dans des circonstances précises, attribuer directement le contrat. Cette coexistence des régimes est inhérente au règlement « OSP » et est pleinement reconnue par la Cour de justice. Ainsi, dans une affaire du 24 octobre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué : « *« l'article 7, paragraphes 2 et 4, du règlement n° 1370/2007 doit être interprété en ce sens que les autorités nationales compétentes qui ont l'intention d'attribuer directement un contrat de service public de transport de voyageurs par chemin de fer ne sont pas tenues, d'une part, de publier ou de communiquer aux opérateurs économiques éventuellement intéressés toutes les informations nécessaires afin qu'ils soient en mesure d'élaborer une offre suffisamment détaillée et susceptible de faire l'objet d'une évaluation comparative et, d'autre part, d'effectuer une telle évaluation comparative de toutes les offres éventuellement reçues à la suite de la publication de ces informations »*⁵⁵¹. Cette coexistence des régimes, une souplesse au bénéfice des autorités organisatrices de transport peut potentiellement représenter une source d'inquiétude voire de contentieux pour les opérateurs alternatifs et les nouveaux entrants si les premiers entendent user de ces dérogations pour limiter la concurrence sur les marchés. Ils devront ainsi se montrer vigilants et suivre les applications que feront les autorités organisatrices de ce différents choix offerts par le règlement « OSP » et ce d'autant plus que la pratique montre la tendance récurrente de pouvoirs publics d'attribuer directement ces.

182. Les statistiques relatives à attribution directe des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs. Selon l'IRG Rail, les États membres auraient attribué directement des contrats de service public de transports ferroviaires de voyageurs durant l'année 2017 comme il ressort ci-après :

⁵⁵⁰ La Commission illustre également dans un nouvel article 7 paragraphe 2 l'hypothèse de l'attribution directe par une autorité compétente (à elle-même ou à un opérateur qu'elle contrôle) des contrats de service public dans le domaine du métro. Le mérite de la Commission européenne est d'introduire grâce à cette nouvelle proposition, la possibilité pour les autorités compétentes de s'auto attribuer un contrat de service public ou de l'attribuer à un opérateur qu'elles contrôlent, hypothèses qui ne figuraient pas dans sa proposition de l'année 2000.

⁵⁵¹ CJUE, 24 octobre 2019, *Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato c/Regione autonoma della Sardegna*, aff. C-515/18, *Rec. num.* Pt 37.

Country	Average Duration of Contract (years)	Contracting Authority	Directly Awarded Contracts	
			Domestic Incumbent	Other RU
Austria	10	State Authority	1	-
Belgium	4 ⁽¹⁾	n.a.	1	-
Croatia ⁽²⁾	n.a.	Ministry of the Sea, Transport and Infrastructure	1	-
Czech Republic	10 - 15	Regional Authorities	1	3
Denmark	8 - 10	Danish State	1	1
Estonia	5	Ministry	1	-
Finland	5	Ministry of Transport and Communications / Helsinki Regional Transport Authority	2	-
France	8	Regional Authorities	18	-
Germany	4	Regional Authorities	33	15
Greece ⁽²⁾	5	State Authority	1	-
Hungary ⁽²⁾	10	Ministry for Innovation and Technology	2	-
Italy	6	Regional Authorities	24	10
Latvia Republic	1 - 15 ⁽⁶⁾	Council of Public Transport	1	1
Lithuania ⁽²⁾	1	Ministry of Transport and Communications	1	-
Luxemburg ⁽²⁾	14	Ministry for Mobility and Public Works	1	-
Norway	6 - 15	Ministry of Transport and Communications	1	1
Poland	1 - 4	Regional Authorities	-	13 ⁽¹⁾
Portugal	n.a. ⁽³⁾	Secretary of State for Infrastructure and Planning	1	-
Republic of North Macedonia ⁽²⁾	3	Ministry of Transport and Communications	1	1
Romania ⁽²⁾	4	Railway Reform Authority	1	6
Slovakia	10	Ministry of Transport and Construction	1	1
Slovenia ⁽²⁾	14	Ministry of Infrastructure	1	-
Spain	10 ⁽⁴⁾	Ministry of Transports and Regional Authorities	1	-
Switzerland ⁽⁵⁾	2	Federation and Cantons	n.a.	n.a.
Total			96 (65%)	52 (35%)
			148	

Fig. 9 Attribution directe de contrats de service public de transports ferroviaires de voyageurs durant l'année 2017 en Europe

Source : IRG Rail

183. Il apparaît ainsi que les autorités organisatrices de transport lorsqu’elles ont opté pour l’attribution directe des services publics de transports ferroviaires de voyageurs, ont privilégié l’opérateur ferroviaire historique national, 65% des attributions directe étant effectuées à son profit. Ainsi, en Allemagne, seulement quinze contrats ont été attribués à des opérateurs ferroviaires étrangers contre trente-trois accordés à la Deutsche Bahn. L’attribution directe apparaît plus avantageuse pour les opérateurs alternatifs en Roumanie lorsque six contrats ont leur été confiés. Une précision doit être relevée pour la Pologne : les treize opérateurs ayant récupéré les contrats régionaux ne sont pas des concurrents, mais des opérateurs ferroviaires régionaux à capitaux publics. Enfin, il convient d’indiquer l’absence d’attribution directe des contrats au Royaume-Uni. Si les contrats attribués directement ont bénéficié aux opérateurs historiques, les opérateurs alternatifs ont majoritairement récupérés les contrats conclus à la suite d’une procédure de mise en concurrence. Cela ressort des statistiques réalisées par l’IRG Rail comme il suit :

Country	Average Duration of Contract (years)	Contracting Authority	Tender Awarded	
			Domestic Incumbent ⁽¹⁾	Other RU
Bulgaria	n.a.	Ministry of Transport	1	-
Czech Republic	15	Regional Authorities	1	-
Germany	9	Regional Authorities	54	48
Netherlands	10 - 15	Local Authorities	1	11
Poland	n.a.	Regional Authorities	-	1
Portugal ⁽³⁾	6	Secretary of State for Infrastructure and Planning	-	1
Republic of North Macedonia ⁽²⁾	4	Ministry of Transport and Communications	1	-
Sweden	8	Regional Transport Authorities	4	7
United Kingdom	9	Department for Transport	-	10
Total			62 (44%)	78 (56%)
			140	

Fig. 10 Contrats de service public attribués à la suite des procédures concurrentielles entre 2013-2017

Source : IRG Rail

184. A l'exception de l'Allemagne où l'opérateur historique demeure l'interlocuteur principal des AOT allemandes y compris dans le cadre des procédures d'attribution concurrentielle des contrats, le tableau de IRG Rail met en avant un accès plus conséquent des opérateurs alternatifs (78%) aux contrats issus de ces procédures. Dans ce conditions, l'appel des opérateurs alternatifs et nouveaux entrants à la généralisation de la procédure de mise en concurrence des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs apparait comme étant justifié. En effet, même si les tableaux plus haut ne nous permettent pas de déceler les fondements juridiques sur la base desquels l'attribution directe des contrats est réalisée (autrement dit les exceptions au principe de mise en concurrence), force est de constater que cette dernière peut représenter un véritable outil au bénéfice des AOT pouvant empêcher l'accès des opérateurs alternatifs et des nouveaux entrants aux marchés régionaux.

185. De manière analogue, en matière des contrats portant sur des services ferroviaires longue distance, les opérateurs historiques se voient attribuer directement et prioritairement les contrats de service public alors que ce sont les opérateurs alternatifs qui obtiennent les contrats pour des services longue distance à la suite des procédures de mise en concurrence.

Country	Average Duration of Contract (years)	Contracting Authority	Directly Awarded	
			Domestic Incumbent	Other RU
Belgium	4	n.a.	1	-
Czech Republic	10	Ministry of Transport	1	-
Denmark	10	Danish State	1	-
Finland	10	Ministry of Transport and Communications	2	-
France	5	State Authority	1	-
Italy	10	Ministry of Transports and Infrastructure / Ministry of Economy	1	-
Netherlands	10	Ministry of Transport	1	-
Norway	6	Ministry of Transport and Communication	1	1
Poland	1	State Authority	2	-
Portugal	n.a. ⁽¹⁾	Secretary of State for Infrastructure and Planning	1	-
Slovakia	10	State Authority	1	-
Switzerland	10	Federal Office of Transport	1	-
United Kingdom	28	Department for Transport	-	2
Total			14 (82%)	3 (18%)
			17	

Fig. 11 Contrats attribués directement (longue distance) en 2017

Source : IRG Rail

Country	Average Duration of Contract (years)	Contracting Authority	Tender Awarded	
			Domestic Incumbent ⁽¹⁾	Other RU
Czech Republic	10	Ministry of Transport	1	
Norway	6	Ministry of Transport and Communication	-	1
Sweden	5	Swedish Transport Administration	1	
United Kingdom	12	Department for Transport	-	2
Total			2 (40%)	3 (60%)
			5	

Fig. 12 Contrats longue distance attribués à la suite des procédures concurrentielles en 2013- 2017

Source : IRG Rail

- Les exceptions à l'attribution concurrentielle des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs

186. L'article 5 du règlement « OSP » modifié pose le principe de l'attribution d'un contrat de service public par toute autorité compétente « qui recourt à un tiers autre qu'un opérateur interne » par voie de mise en concurrence. Toutefois, il convient de préciser que le règlement a assorti ce principe d'importantes exceptions qui donnent une large marge de discrétion aux autorités compétences dans la gestion des transports ferroviaires de voyageurs. Les exceptions retenues sont elles aussi le résultat d'un long processus de dialogue institutionnel, des hésitations et des amendements ayant tracé l'historique à la fois de l'adoption du règlement « OSP » mais aussi des négociations difficiles du quatrième paquet ferroviaire.

- L'exception « in house »

187. Le règlement (UE) 2016/2338 modifiant le règlement « OSP » permet à « une autorité individuelle ou d'un groupement d'autorités fournissant des services intégrés de transport public de voyageurs (...) d'attribuer directement des contrats de service public à une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité locale compétente, ou dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »⁵⁵². Le règlement (UE) 2016/2338 reprend le

⁵⁵² Article 5 paragraphe 2 du Règl. (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de

faisceau d'indices pour la détermination du contrôle exercé par l'autorité compétente sur ladite entité. Un contrôle à 100% de la part de l'autorité publique sur l'entité n'est pas requis⁵⁵³.

- L'exception relative aux « circonstances exceptionnelles »

188. **De la clause de réciprocité à l'exception relative aux circonstances exceptionnelles.** Le règlement (UE) 2016/2338 ajout à l'article 5 du règlement « OSP » un nouvel article 3 bis qui autorise les autorités compétentes d'attribuer des contrats de service public de transport de voyageurs par chemin de fer, sans mise en concurrence, pour une période limitée en cas des circonstances exceptionnelles.

189. L'article 3 bis tel qu'il figure aujourd'hui dans le règlement (UE) 2016/2338 ne figurait pas en tant que tel dans la proposition de la Commission européenne de 2013 et a subi des profondes modifications au cours du processus législatif. En effet, le Parlement européen avait en première lecture inséré un article 3 bis qui n'était pas consacré à l'exception de l'attribution concurrentielle en cas des circonstances exceptionnelles, mais à la clause de réciprocité⁵⁵⁴. Cette clause de réciprocité est abandonnée probablement à cause des difficultés politiques inhérentes au processus de négociation et la position commune du Conseil⁵⁵⁵ fait état de l'article 3 bis tel qu'il figure actuellement dans le texte final du règlement (UE) 2016/2338. Ce dernier précise des exemples non limitatifs qu'incluent les circonstances exceptionnelles telles que l'existence d'un certain nombre d'autres procédures d'appel d'offres susceptibles d'impacter le nombre et la qualité des offres auxquelles l'autorité compétente peut s'attendre ou l'hypothèse où celle-ci doit modifier le champ d'application des contrats de service public. La durée des contrats attribués directement du fait des circonstances exceptionnelles ne doit pas dépasser cinq ans. Ces hypothèses des circonstances exceptionnelles sont en l'état critiquables car ambiguës et ouvertes à des interprétations subjectives de la part des autorités compétentes. Le plafond de

transport de voyageurs par chemin de fer, *JOUE*, n° L 354/22 du 23 décembre 2016. Sur le mode de gestion directe par l'autorité organisatrice de transport, voir Partie 2 Titre II, Chapitre 2.

⁵⁵³ CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, *Rec.* p.I-8121 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, *Rec.* p.I-00001 ; sur la notion de contrôle analogue, voir CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p.I-08585.

⁵⁵⁴ Article 3 bis dans la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 26 février 2014 en vue de l'adoption du règlement (UE) n° .../2014 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, P7_TC1-COD (2013)0028.

⁵⁵⁵ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du Règlement du Parlement européen et du conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 17 octobre 2016.

procédures de mise en concurrence organisées par les autorités compétentes qui risqueraient d'affecter le nombre et la qualité des offres reçues reste inconnu. Cette formulation vague du règlement est à double tranchant : d'un côté, elle traduit un certain respect du principe de subsidiarité et de proportionnalité et laisse une large marge de discrétion aux autorités compétentes de ne pas procéder à l'attribuer concurrentielle ; de l'autre côté, elle est trop vague et est source d'insécurité juridique pouvant à terme, générer beaucoup de contentieux. Il appartiendra dès lors à la jurisprudence d'exprimer *in concreto* les hypothèses qui rentrent dans le champ des circonstances exceptionnelles.

- L'exception relative à l'attribution des contrats de service public de *minimis*

190. Dans le cadre de la révision du règlement « OSP », la Commission européenne avait proposé la modification, entre autres, de l'article 5 du règlement relatif à l'attribution des contrats de service public. Bien que le principe de l'attribution directe des contrats ne soit pas modifié, la Commission a souhaité apporter des changements au niveau des exceptions qui accompagnent cette règle. A ce titre, elle a proposé une modification de seuils relatifs à la valeur annuelle moyenne des contrats qui donnaient droit aux autorités compétentes d'attribuer directement, sans mise en concurrence, les contrats de services publics. En réalité, la modification de ces seuils constituait l'occasion pour la Commission européenne d'introduire les chemins de fer dans le spectre des dérogations. Ainsi, selon la Commission, à l'exception d'une interdiction de la législation nationale, les autorités compétentes devaient pouvoir attribuer directement des contrats de service public : a) « *dont la valeur annuelle moyenne est estimée à: moins de 1 000 000 EUR ou moins de 5 000 000 EUR dans le cas d'un contrat de service public incluant des prestations de transport public par chemin de fer* »⁵⁵⁶ ou « *qui ont pour objet la fourniture annuelle de moins de 300 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs ou moins de 150 000 kilomètres dans le cas d'un contrat de service public incluant des prestations de transport public par chemin de fer* »⁵⁵⁷ . La Commission poursuivait ensuite en indiquant : « *Lorsqu'un contrat de service public est attribué directement à une petite ou moyenne entreprise n'exploitant pas plus de vingt-trois véhicules routiers, les plafonds susmentionnés peuvent être relevés à une valeur annuelle moyenne*

⁵⁵⁶ COM (2013) 28 final, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 30 janvier 2013.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

estimée à moins de 2 000 000 EUR ou à une fourniture annuelle de moins de 600 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs »⁵⁵⁸.

191. La référence aux contrats de service public de transport de voyageurs par chemins de fer dans le cadre de la dérogation à la mise en concurrence ne traduisait pas la volonté de la Commission européenne de « soustraire » ce secteur à la règle de l'attribution concurrentielle. Bien au contraire, cela signifiait que la Commission reconnaissait que certains contrats de transport par chemin de fer à faible volume pouvaient être attribués directement mais elle conservait la main sur les plafonds permettant aux autorités compétentes d'agir selon cette procédure. De facto, cela signifierait que les contrats de service publics qui dépassaient les plafonds fixés par la dérogation devaient être attribués selon la procédure d'attribution concurrentielle. Selon la Commission, nous disait-elle, le plafond proposé n'était pas arbitrairement choisi, mais « *Le plafond proposé pour le chemin de fer suit la logique qui consiste à autoriser l'attribution directe si le coût d'organisation d'une procédure de mise en concurrence est supérieur aux avantages que l'on peut en attendre. Le plafond correspondant en termes de trains-kilomètres reflète le coût unitaire moyen du transport par chemin de fer* »⁵⁵⁹.

192. Le Conseil ne retient pas les seuils proposés par la Commission et il en fixe d'autres plus élevés. Les autorités compétentes pouvaient donc attribuer directement les contrats de service public : 1) dont la valeur annuelle moyenne est estimée à moins de un million euros ou, dans le cas d'un contrat de service public incluant des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer, moins de 7,5 millions euros; ou 2) qui ont pour objet la fourniture annuelle de moins de trois cents mille kilomètres de services publics de transport de voyageurs ou, dans le cas d'un contrat de service public incluant des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer, moins de cinq cents mille kilomètres⁵⁶⁰. La position du Conseil est approuvée par le Parlement l'article 5 paragraphe 4 étant modifié dans ce sens⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du Règlement du Parlement européen et du conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 17 octobre 2016

⁵⁶¹ Article 5 paragraphe 4 du Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, *JOUE*, n° L 354/22 du 23 décembre 2016.

- L'exception liée à une procédure allégée

193. Le règlement (UE) 2016/2338 a ajouté une nouvelle exception à la mise en concurrence des contrats de service public qui n'existait pas dans l'ancienne version du règlement « OSP ». A ce titre l'article 5 paragraphe 3 ter permet dans certaines circonstances d'attribuer un contrat de service public dans le cadre d'une procédure que nous qualifierons d'allégée. Les autorités compétentes peuvent faire connaître leur intention d'attribuer un contrat de service public dans un avis d'information publié au Journal officiel de l'Union européenne qui contiendra : les détails des services objets du contrat, le type et la durée du contrat. Les autorités compétentes devront faire figurer dans l'avis d'information le délai durant lequel les opérateurs pourront manifester leur intérêt. Pour bénéficier de cette procédure allégée, des conditions strictes doivent être réunies : 1) un seul opérateur doit avoir manifesté son intention de participer à la procédure d'attribution du contrat ; 2) il doit prouver qu'il est « effectivement en mesure d'offrir le service de transport en respectant les obligations prévues dans le contrat de service public ». Par ailleurs, il est indispensable 3) que l'absence des concurrents ne soit pas une « restriction artificielle des paramètres de la commande publique » et qu'enfin 4) aucune alternative raisonnable ne soit possible. Si toutes ces quatre conditions cumulatives sont remplies, les autorités compétentes peuvent commencer les négociations avec ledit opérateur dans l'objectif de lui attribuer le contrat sans l'organisation d'une procédure d'appels d'offre ouverte.

- L'exception relative aux résultats de l'opérateur

194. **Une exception absente dans la proposition de la Commission (2013).** Dans sa proposition de révision du règlement « OSP », la Commission européenne ne faisait aucune référence à une exception à l'attribution concurrentielle fondée sur les résultats de l'opérateur de transport. Elle se contentait uniquement à revoir les seuils des contrats de service public de transport ferroviaire et prévoyait la possibilité des autorités compétentes, pour stimuler la concurrence, d'attribuer à des entreprises ferroviaires différentes les contrats de transport public de voyageurs par chemin de fer couvrant les différentes parties d'un même réseau ou ensemble de lignes. C'est dans la position du Conseil en première lecture en 2016 que nous retrouvons l'ajout d'un article 4 bis qui permet, sauf interdiction du droit national, aux autorités compétentes *«d'attribuer directement des contrats de service public relatifs à des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer lorsque « l'attribution directe est justifiée par les caractéristiques structurelles et géographiques pertinentes du marché et du réseau concernés, et notamment leur taille, les caractéristiques de la demande, la complexité' du*

réseau, son isolement technique et géographique et les services couverts par le contrat »⁵⁶² et lorsqu' « *un tel contrat aurait pour effet d'améliorer la qualité des services ou le rapport coût-efficacité, ou les deux, par rapport au précédent contrat de service public attribué* »⁵⁶³.

195. L'exception à l'attribution concurrentielle sur la base de la performance de l'opérateur de transport plaçait l'autorité compétente dans l'obligation de définir des exigences en matière de performances mesurables, transparentes et vérifiables et de procéder à des évaluations périodiques afin de déterminer si l'opérateur les respecte et publier ses conclusions⁵⁶⁴. Cette exception a obtenu l'approbation du Parlement européen. Par conséquent, le règlement (UE) 2016/2338 a ajouté un paragraphe 4 bis l'article 5 du règlement « OSP » admettant l'exception à l'attribution concurrentielle des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs sur la base d'une approche qui combine à la fois les caractéristiques structurelles et géographiques pertinentes du marché, mais aussi l'effet d'amélioration de la qualité de service. L'autorité compétente doit motiver sa décision d'avoir attribuer directement le contrat sur ce fondement et informer la Commission dans le mois qui suit sa publication. La notion de « performance » de l'opérateur étant une notion large ainsi qu'hybride (imbrication entre l'économie des transports et le droit), le règlement précise qu'elle s'apprécie sous l'aspect de la ponctualité des services, la fréquence des circulations ferroviaires, la qualité du matériel roulant et les capacités de transport pour les voyageurs. Enfin, le contrat doit contenir « des indicateurs de performance spécifiques permettant à l'autorité compétente de réaliser des évaluations périodiques » ces dernières ayant lieu tous les cinq ans.

- L'exception relative aux mesures d'urgence

196. L'exception relative aux mesures d'urgence était présente dans le règlement « OSP » à l'article 5 paragraphe 5. Elle est le résultat d'un amendement proposé par la Commission de la politique régionale, des transports et du tourisme qui considérait qu'une autorité compétente devait pouvoir attribuer, sans appel d'offres un contrat d'urgence pour une période raisonnable n'excédant pas douze mois si le service cesse d'être assuré et qu'il faut prendre les mesures

⁵⁶² Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 17 octobre 2016.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Recommandation de la Commission des transports et du tourisme pour la deuxième lecture sur la position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer (11198/1/2016 – C8-0425/2016 – 2013/0028(COD))

d'urgence nécessaires pour assurer la continuité dudit service⁵⁶⁵. Dans le cadre de la révision du règlement « OSP », l'amendement relatif à la modification de l'article 5 paragraphe 5 incombe à la Commission des transports et du tourisme qui souhaitait remplacer le texte de l'OSP par le texte qui suit : « 5. *En cas d'interruption des services ou de risque imminent d'apparition d'une telle situation, l'autorité compétente peut prendre une mesure d'urgence. Une situation d'urgence peut comprendre l'incapacité de l'autorité compétente à lancer en temps utile une procédure de mise en concurrence pour un contrat de service public et/ou à attribuer en temps utile ledit contrat à un opérateur.* »⁵⁶⁶. La révision de cette exception relative à l'urgence était justifiée par la Commission par une raison relativement simple : éviter les situations de vide juridique lorsqu'un nombre important des contrats de service public arrivent à l'échéance en même temps. Par de considérations d'ordre purement organisationnel, il était, selon la Commission, nécessaire d'aménager la possibilité des autorités compétentes à déroger à la mise en concurrence et leur permettre d'attribuer directement certains contrats lorsqu'il leur était matériellement impossible d'organiser les procédures d'appels d'offres. Cette exception pouvait en outre convenir aux opérateurs eux-mêmes qui n'auraient pas pu participer à ces procédures (nombreuses). Le Parlement européen approuve le texte et clarifie les formes que cette mesure d'urgence peut prendre à savoir : 1) une attribution directe ou 2) un accord formel de prorogation d'un contrat de service public ou de l'exigence de l'exécution de certaines obligations de service public⁵⁶⁷ approuvé également par le Conseil⁵⁶⁸.

- L'exception relative aux contrats de service public d'une durée inférieure à dix ans

197. Le règlement (UE) 2016/2338 ajoute à l'article 5 du règlement « OSP » le paragraphe 4 ter modifiant substantiellement l'ancien article 5 paragraphe 6 de ce dernier. Ainsi, en application de l'article 5 paragraphe 4 ter, les autorités compétentes peuvent, sauf interdiction

⁵⁶⁵ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)), 18 octobre 2001.

⁵⁶⁶ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer (COM(2013)0028 – C7-0024/2013 – 2013/0028(COD)), 16 janvier 2014.

⁵⁶⁷ Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer (COM(2013)0028 – C7-0024/2013 – 2013/0028(COD)) (Procédure législative ordinaire: première lecture), 26 février 2014.

⁵⁶⁸ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 17 octobre 2016.

du droit national, attribuer directement un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs à un opérateur qui gère simultanément « *la totalité ou la majeure partie de l'infrastructure ferroviaire sur laquelle les services sont fournis* »⁵⁶⁹ lorsque cette infrastructure sort du champ d'application de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen⁵⁷⁰. La durée des contrats attribués directement, sans mise en concurrence, sur ce fondement ne dépasse pas dix ans sauf en cas de prolongation du fait des investissements dans le matériel roulant. Contrairement au règlement « OSP » qui posé une dérogation générale des autorités compétentes à la mise en concurrence des contrats de service public de transport par chemin de fer (à l'exception d'autres modes ferroviaires tels que le métro et le tramway), le règlement (UE) 2016/2338 restreint le champ d'application de l'exception permettant aux autorités compétentes d'attribuer directement ces contrats uniquement au profit de l'opérateur qui gère (en totalité ou en partie) l'infrastructure ferroviaire. Cette exception ne figurait pas dans la proposition de 2013 de la Commission européenne et elle apparaît dans la position commune arrêtée par le Conseil le 17 octobre 2016⁵⁷¹.

198. Positionnement des Transdev sur ces exceptions. Les exceptions au principe d'attribution concurrentielle des services public de transports ferroviaires de voyageurs se justifient par le besoin de souplesse dont doivent bénéficier les autorités organisatrices dans la gestion de leurs services régionaux. Toutefois, elles risquent d'affaiblir la portée du principe de mise en concurrence de services conventionnés. Transdev s'est positionné sur cet aspect à travers la déclaration de M. Laurent Mazille, Directeur des relations institutionnelles selon lequel : « *Le résultat global est mauvais pour le ferroviaire. Nous ne pouvons que déplorer son manque d'ambition par rapport au texte initial de la Commission de 2013 en raison de l'influence de plusieurs États membres, qui ont essayé de freiner l'ouverture à la concurrence. Nous regrettons, en particulier, que cet accord sur le volet politique du quatrième paquet introduise des exceptions à la règle d'attribution des marchés après appel d'offres, des périodes de transition plus longues ainsi qu'un contrôle affaibli des entreprises*

⁵⁶⁹ Article 5 paragraphe 4 ter du Règl. (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer précité.

⁵⁷⁰ Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen précitée.

⁵⁷¹ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, 17 octobre 2016.

intégrées. »⁵⁷². En réalité, le véritable effet de ces dérogations ne peut à l'heure être exactement mesuré en France du fait du caractère trop tôt de l'ouverture à la concurrence du secteur. Il en demeure toutefois que ces exceptions présentent des caractères contradictoires. Certaines sont rédigées d'une manière vague, imprécise comme l'exception relative au critère de performance ou celle relative aux circonstances exceptionnelles, notions qui susciteront peut-être du contentieux à la suite duquel le juge pourra apporter des clarifications sur leur définition exacte. D'autres, sont à l'opposé, très (trop) spécifiques comme celle relative aux petits marchés, pouvant donc être invoquées uniquement dans ces situations précises et ne représentant ainsi un risque réel de distorsion de la concurrence. Le maintien d'un ordre concurrentiel dépendra ainsi du degré d'utilisation que les régions entendront faire de ces dérogations. Si elles pourront opter, dans certains cas, pour la gestion directe in house des services ferroviaires, il n'est pas nécessairement sûr qu'elles utiliseront de manière disproportionnée ces exceptions pour préserver le monopole de la SNCF surtout lorsque certaines régions ont ouvertement manifesté leur intention à ouvrir à la concurrence leurs réseaux.

3. Calendrier de mise en œuvre

199. **Un calendrier complexe du fait de l'application différée des dispositions du règlement.** Le règlement « OSP » est rentré en vigueur le 3 décembre 2009. Il pose le principe selon lequel « l'attribution de contrats de service publics de transport par chemin de fer ou par route est conforme à l'article 5 à partir du 3 décembre 2019 », date maintenue par le règlement (UE) 2016/2338 ayant modifié le règlement « OSP ».

200. L'application différée du règlement « OSP » ne facilite pas son application malgré les efforts de précision de l'article 8 selon lequel : 1) les contrats attribués à la suite d'une mise en concurrence avant le 26 juillet 2000 peuvent se poursuivre jusqu'à leur expiration ; 2) les contrats attribués sur la base d'une procédure autre que la mise en concurrence avant le 26 juillet 2000 et ceux attribués sur la base d'une procédure de mise en concurrence entre le 26 juillet 2000 et avant le 3 décembre 2009 peuvent se poursuivre jusqu'à leur expiration, mais pas au-delà de trente ans et enfin 4) les contrats attribués sur la base d'une procédure autre qu'une mise en concurrence entre le 26 juillet 2000 et avant le 3 décembre 2009, peuvent se

⁵⁷² Déclaration de M. Laurent Mazille pour Check News, Article de presse, « La CGT affirme que l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs n'est pas une obligation juridique. Est-ce exacte ? », publié le 4 avril 2018.

poursuivre jusqu'à leur terme, sans dépasser trente ans tant que leur durée est limitée (dix ou quinze ans conformément à l'article 4). Par ailleurs, le règlement « OSP » prévoyait une période transitoire⁵⁷³ dont les dispositions relatives à la computation du règlement ne sont pas d'une très grande clarté⁵⁷⁴.

201. Une application différée désavantageuse pour les opérateurs alternatifs et les nouveaux entrants. L'application différée du règlement grâce à la souplesse que ce calendrier permet aux États membres approfondit l'hétérogénéité structurelle des paysages ferroviaires au sein de l'Union européenne. Elle n'est favorable non plus aux opérateurs alternatifs et aux nouveaux entrants des lors qu'ils ne bénéficient pas de façon harmonisée au sein de l'Union de la règle généralisée d'attribution concurrentielle des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs. L'effet du calendrier différé du règlement son observable en France. En effet, un nombre des régions ont choisi de renouveler leurs conventions avec l'opérateur historique. En pratique cela a pour effet de verrouiller certains marchés régionaux aux nouveaux entrants pour une période de dix ans et ce, malgré l'échéance prochaine de l'entrée en vigueur de la règle d'attribution concurrentielle.

4. La coexistence d'une *lex specialis*, avec le droit des marchés publics et des concessions

a) L'articulation des dispositifs dans le contexte de préparation du règlement « OSP »

202. La recherche de la compatibilité juridique entre l'attribution concurrentielle des contrats de service public et les directives marchés publics. La Commission européenne avait fixé dans sa proposition de règlement OSP le principe l'attribution des contrats de service public par appel d'offres⁵⁷⁵, terme remplacé ultérieurement, par le Parlement, par « attribution concurrentielle » afin de permettre une adaptation du texte à la terminologie allemande⁵⁷⁶. Cette formulation très large de la Commission européenne ne permettait pas l'articulation des

⁵⁷³ Article 8 du Règl. (CE) n° 1370/2007 précité.

⁵⁷⁴ LOMBARD (M.), « L'ouverture à la concurrence de l'activité ferroviaire : rhétorique et pratique », dans J-C. VIDELIN (Dir) « *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques* », LexisNexis, p. 27 -39, pp. 255, précité.

⁵⁷⁵ Article 6 a) de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable précitée.

⁵⁷⁶ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)), 18 octobre 2001.

dispositions du futur règlement avec celles des directives applicables en matière de marchés publics. Une tentative de remédier à cette incohérence figurait dans la proposition de 2002 de la Commission lorsqu'un article 2 intitulé *Relations avec le droit des marchés publics* donnait une primauté aux dispositions des directives applicables en matière des marchés publics⁵⁷⁷. Ainsi, si le contrat de service public relevait du champ d'application de ces directives, elles étaient applicables. Dans le cas contraire, le règlement demeurerait applicable y compris pour les concessions de service public. La Commission rappellera de nouveau dans sa proposition de 2005, la primauté de ces dispositions sur le futur règlement⁵⁷⁸. L'articulation de ces dispositifs fut finalement tranchée par le Conseil le 11 décembre 2006, ce dernier opérant une distinction selon les modes de transport et selon la nature des contrats : les contrats de service publics de transport de voyageurs par autobus ou par tramway ne revenant pas la forme de contrats de concessions de service étaient régis par les directives 2004/17/CE ou directive 2004/18/CE⁵⁷⁹. Cette disposition n'a pas été modifiée par le règlement (UE) n°2016/2338.

- b) L'articulation des dispositifs après l'adoption du 4^{ème} paquet ferroviaire
 - o Une articulation facilitée par la diversité des champs d'application des dispositifs

203. L'application exclusive du règlement « OSP » modifié aux contrats de transport public ferroviaire de voyageurs. La directive « secteurs classiques » ne s'applique pas aux marchés publics de services relatifs aux services de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro, ceux-ci relevant des dispositions du règlement « OSP » tel que modifié par

⁵⁷⁷ Article 2 Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, 2000/0212 (COD), 21 février 2002.

⁵⁷⁸ Article 5 de la Proposition révisée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer, par route, COM (2005) 319 final, Extrait, « *Les paragraphes 2 à 6 du présent article s'entendent sans préjudice des obligations applicables aux autorités compétentes découlant des directives 92/5036, 93/3637, 93/3738 et 93/3839 telles que modifiées et des directives 2004/1740 et 2004/1841 sur la passation des marchés publics (...)* ».

⁵⁷⁹ Clarifier l'articulation des dispositions du règlement « OSP » avec les autres dispositifs du droit européen était indispensable car durant 2014 trois directives avaient été adoptées et elles rejoignaient potentiellement les thématiques d'ores et déjà couvertes par celui-ci. Il s'agit des directives suivantes : Directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession ; directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Les trois directives ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne le 28 mars 2014, n°L 94. Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE qui concernent les marchés publics de service (et non les concessions) s'appliquent aux achats de services fournis par les autobus et les tramways. Le règlement n°1370/2007 (y compris après modification) s'applique aux services fournis par les chemins de fer et les métros et dans le cas de concession de services. Tout naturellement, l'application de ces directives précitées étaient applicables excluait l'application du futur règlement OSP.

le quatrième pacte ferroviaire⁵⁸⁰. A l'instar de la directive « secteurs classiques », la directive « secteurs spéciaux » ne s'applique non plus aux marchés publics de services et aux contrats de concession de service de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro⁵⁸¹. Enfin, l'article 7 paragraphe 2 b) de la directive « Concessions », qui renvoie à son Annexe III, ne confère pas la qualité d'entité adjudicatrice aux autorités organisatrices de transport qui concluent des contrats de service public de transport de passagers par autobus, par tramway, par chemin de fer ou par métro. Il en résulte ainsi que, malgré un droit européen de la commande publique exigeant et précis, les règles procédurales d'attribution des contrats de transport public ferroviaire de voyageurs sont pour l'essentiel régies par le règlement « OSP ».

- *La persistance d'une convergence des dispositifs, source de contentieux*

204. Le mode de transport, critère de différenciation des dispositifs confirmé par le juge européen. L'article 5 du règlement « OSP » montre l'imbrication de ces différentes dispositions. Il renvoie aux dispositions des anciennes directives de 2004 applicables aux marchés publics. Par une interprétation littérale de l'article 5 du règlement « OSP », le juge européen⁵⁸² a récemment confirmé que des lors que les contrats portant sur des services publics de transport de voyageurs par autobus relèvent du champ d'application matériel et *ratione temporis* des directives marchés publics et qu'ils ne sont pas des contrats de concessions au sens de ces directives, le règlement « OSP » n'est pas applicable. Cette règle également formalisée par les directives marchés publics adoptées en 2014 qui abrogent et remplacent les anciennes directives marchés publics est désormais clairement posée⁵⁸³. En somme, si l'autorité organisatrice de transport qualifie le contrat de service public comme un marché public ou comme une concession au sens du droit de l'Union, ledit contrat doit être attribué conformément aux règles

⁵⁸⁰ Considérant n°27 de la directive « secteurs classiques ».

⁵⁸¹ Considérant n°35 de la directive marchés publics « secteurs spéciaux ».

⁵⁸² CJUE, 8 mai 2019, *Stadt Euskirchen c/ Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*, aff. C-253/18, *Rec. num.* La question préjudicielle posée par le tribunal régional supérieur de Dusseldorf (L'Oberlandesgericht Dusseldorf « *« En imposant à l'opérateur interne d'assurer lui-même la majeure partie du service public de transport de voyageurs, l'article 5, paragraphe 2, sous e), du règlement n° 1370/2007 exclut-il que l'opérateur interne fasse réaliser la majeure partie de ce service par une société dans laquelle il détient 2,5 % des parts sociales et dont les parts sociales restantes sont détenues directement ou indirectement par d'autres autorités compétentes ? »*

⁵⁸³ *Ibid.* Par conséquent, la Cour a décidé : « *« L'article 5, paragraphe 2, du 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, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à l'attribution directe de contrats portant sur des services publics de transport par autobus qui ne revêtent pas la forme de contrats de concession, au sens de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession ».* Aussi : CJUE, 21 mars 2019, *Rhein-Sieg-Kreis contre Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH et BVR Busverkehr Rheinland GmbH et Rhenus Veniro GmbH & Co. KG contre Kreis Heinsberg*, aff. Jointes C-266/17 et C-267/17, *Rec. num.*

contenues dans les directives marchés ou concession. A contrario, l'autorité qui considère que le contrat ne répond pas aux définitions du marché ou de la concession devra organiser une procédure de mise en concurrence ouverte, transparente et non discriminatoire. A ce titre, le règlement « OSP » « *introduit une lex specialis, dérogatoire et optionnelle pour l'attribution des contrats* »⁵⁸⁴ et « *qui se caractérise par quelques spécificités, liées à un contrôle renforcé de la sous-traitance ou à la possibilité d'aménager pour les autorités une période transitoire entre un régime d'attribution directe et un régime concurrentiel* »⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ DE LA ROSA (S.), « *Droit européen de la commande publique* », Coll. Droit de l'Union européenne -Manuels, Bruxelles, 2^{ème} ed. Bruylant, 2020.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

205. L'une des voies empruntées dans le droit européen et dans les droits nationaux est constituée par l'encadrement des formes d'accès aux réseaux ferroviaires. Il ressort de ce chapitre qu'il s'agit essentiellement de deux formes d'accès des opérateurs ferroviaires alternatifs - open access et conventionnée-. En pratique, ces formes peuvent être associées de manières différentes pour créer des multiples scénarios. L'open access et le conventionnement sont récurrents au sein des paysages ferroviaires concurrentiels des États membres. Si elles ont un caractère générique, elles ont été aussi adaptées aux spécificités ferroviaires nationales. Prenons ainsi l'exemple du système des franchises, qui malgré la présence des obligations de service public imparties aux opérateurs en contrepartie d'une compensation, n'est pas assimilable au système de conventionnement français. Au contraire, dans les débats en France sur les modalités d'ouverture à la concurrence du secteur, le système des franchises fut souvent considéré par opposition à l'open access.

206. L'open access et le conventionnement sont des instruments complémentaires qui forment la palette des choix des opérateurs ferroviaires lorsqu'ils souhaitent accéder aux réseaux. Ces formes d'accès répondent, nous notons, à des logiques différentes et des règles différentes. En effet, le fonctionnement de l'open access réclame principalement une application du droit privé, le comportement stratégique de l'opérateur ferroviaire étant assimilable à n'importe quel opérateur économique dans la mesure où il assume entièrement le risque commercial et sa dotation avec le matériel roulant. Or, le conventionnement suppose une application hybride des règles privées, des règles issues du règlement OSP voire des règles du code général des collectivités territoriales.

207. Pour les opérateurs ferroviaires le choix pour un ou l'autre des formes d'accès est un élément de stratégie et dépend à la fois de la rentabilité des services ferroviaires et de leurs propres ressources économiques, humaines, techniques. Pour les autorités publiques, ces choix ont des conséquences industrielles sur l'ensemble de l'industrie ferroviaire lorsqu'ils impactent les opérateurs en place à un tel point ou par exemple, le « *découpage des services en grandes franchises peut s'accompagner de la disparition de l'opérateur historique* »⁵⁸⁶. L'articulation

⁵⁸⁶ ABRAHAM (C.), « *L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs* », 2011, précité.

de ces formes d'exploitation est un réel défi pour les décideurs publics lorsqu'ils doivent maintenir un équilibre entre l'encouragement de la concurrence ferroviaire et la préservation des intérêts des services publics de voyageurs.

208. Par ailleurs, ces formes d'accès ne sont pas nécessairement disponibles pour tous les opérateurs ferroviaires. Par exemple, s'agissant de l'open access, l'opérateur de transport doit pouvoir être en capacité d'assumer les coûts d'entrée importants qu'implique cette forme d'accès (achat du matériel roulant). Pour cela, les opérateurs PME peuvent difficilement accéder en open access au marché ferroviaire. Ainsi, les opérateurs en open access sont souvent des opérateurs ferroviaires forts, filiales de groupes réputés pour leur expertise ferroviaire etc. S'agissant de la forme conventionnée d'exploitation ferroviaire, les autorités organisatrices des transports qui la pilotent peuvent aménager les contrats de service publics pour encourager la concurrence ferroviaire et l'arrivée des opérateurs, à côté de ceux historiques, des PME. Le partage de risque commercial entre les opérateurs et les autorités organisatrices peut représenter ainsi une incitation des opérateurs ferroviaires plus petits à accéder aux marchés ferroviaires.

CONCLUSION DU TITRE I

209. La souplesse et la latitude permise par le droit de l'Union ont permis de conforter une diversité des modèles de gouvernance et des formes d'accès aux réseaux ferroviaires en Europe. L'hétérogénéité structurelle de l'industrie ferroviaire traduit une variété des régimes juridiques qui peuvent alourdir voire freiner l'accès des nouveaux entrants aux marchés ferroviaires européens et donc fragiliser le potentiel de création de l'espace ferroviaire unique européen. En effet, se voit confrontés à une complexité des législations nationales, des rapports institutionnels dues à des architectures institutionnelles distinctes d'un pays à l'autre et qui peuvent placer les gestionnaires d'infrastructures dans des relations plus au moins étroites avec les exploitants historiques. etc. De ce fait, les opérateurs alternatifs risquent de se voir confrontés à des pratiques discriminatoires de gestionnaires d'infrastructures⁵⁸⁷ ou de se retrouver face à des coûts de transaction importants pour compenser les conséquences des régimes juridiques variés.

210. Pourtant, outre les réitérations des besoins d'indépendance des gestionnaires d'infrastructures, il n'y a pas de véritables prises de positions des opérateurs ferroviaires à l'encontre de la diversité des modèles de gouvernance et formes d'accès aux réseaux. La position du PDG de Transdev et président de l'UTP, M. Thierry Mallet reflète ce propos. Il déclarait ainsi qu'« *au-delà des conditions d'ouverture à la concurrence, l'UTP n'a fait aucune demande en ce qui concerne l'organisation de la SNCF. Nous avons toutefois expliqué qu'il est logique que Gares & Connexions soit plutôt du côté de SNCF Réseau. La loi demande une filiale autonome, dont acte !* ». Il en résulte ainsi que ce qui intéresse les opérateurs ferroviaires nouveaux entrants plus que le niveau d'intégration atteint est l'indépendance fonctionnelle des gestionnaires d'infrastructures et des gares et la présence d'une autorité de régulation forte et indépendante. Ce sont ces aspects et moins la diversité des physionomies institutionnelles qui lorsqu'ils font défaut, représentent des contraintes à l'accès aux réseaux des opérateurs ferroviaires.

⁵⁸⁷ HEULARD (A.), « DB Netz condamné pour ses pratiques discriminatoires », Article de presse dans VRT, publié le 23 mai 2017.

TITRE 2 LA MULTIPLICITÉ DES BARRIÈRES

211. Sur le marché français de la grande vitesse, les barrières techniques à l'entrée restent nombreuses⁵⁸⁸.

212. La notion de « barrière » dans le sens d'obstruction à la réalisation de l'espace ferroviaire unique européen peut être définie comme « *toute mesure qui est susceptible d'interdire, d'empêcher, de rendre plus coûteuse ou pénible ou autrement moins avantageuse l'offre des services entre États membres* »⁵⁸⁹. La typologie de barrières à l'entrée est multiple : elles peuvent être des barrières structurelles lorsqu'elles « *découlent des caractéristiques fondamentales du secteur en cause comme la technologie, les coûts et la demande* »⁵⁹⁰ ou encore des barrières stratégiques « *lorsqu'elles résultent du comportement des firmes en place* »⁵⁹¹. A cela s'ajoute enfin les barrières légales, administratives ou réglementaires imposées par les pouvoirs publics eux-mêmes. Tant sur le plan économique que juridique, l'éradication totale ou partielle de ces barrières devait inciter et/ou faciliter l'accès des opérateurs aux marchés ferroviaires nationaux. Or, l'exploitation des services de transport ferroviaire de voyageurs est fondamentalement caractérisée par une lourdeur et une complexité de l'appareillage contractuel des acteurs (par exemple les contrats d'accès à l'infrastructure ferroviaire conclus par les EF avec les GI), mais également par une exhaustivité de systèmes d'autorisations, de certification et des licences auxquels sont soumis les opérateurs ferroviaires. Autrement dit, les marchés ferroviaires sont « *caractérisés par des conditions institutionnelles et juridiques spécifiques* »⁵⁹².

213. L'eupéanisation du secteur des transports ferroviaires, concrétisée dans le rapprochement et l'harmonisation des cadres légaux a représenté un vecteur d'intégration du

⁵⁸⁸ Propos partagé par les opérateurs ferroviaires alternatifs. Dans ce sens, l'Intervention de M. Roberto RINAUDO au Colloque de l'AFRA, organisé le 7 novembre 2019 au sujet « Ferroviaire : un mode de transport propre au cœur de l'intermodalité » ; aussi BOEDEC (M.), « Ouverture à la concurrence du ferroviaire : « une page blanche s'écrit », Article de presse dans *Banque des territoires*, publié le 7 novembre 2019.

⁵⁸⁹ CINCERA (M.), « *L'importance et l'étendue des barrières légales et administratives dans le cadre de la directive « Bolkestein » : une analyse comparative entre la Belgique et ses principaux partenaires commerciaux* », reflets et perspectives de la vie économique, 2005/3, Tome XLIV, p.29 à 50.

⁵⁹⁰ Glossary of Competition terms, revue Concurrence Antitrust Publication & Events.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Expression employée dans la décision BankAustria/Creditanstalt (Comm. CE, déc. n° IV/M.873, 11 mars 1997, Bank Austria/Creditanstalt, Pt. 46, *JOCE* n° C 160, 27 mai 1997 en relation avec la question de la dominance dans le secteur bancaire.

marché intérieur unique. Pourtant, des barrières administratives et/ou réglementaires entre les États membres subsistent notamment en matière d'accès aux réseaux ferroviaires (**Chapitre 1**), ainsi qu'aux installations essentielles (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 LES BARRIÈRES INHÉRENTES AUX RÈGLES D'ACCES AU RESEAU FERROVIAIRE NATIONAL

214. La Professeure M.-A. Frison-Roche indiquait qu'« *un des points cardinaux de la théorie de la régulation réside dans le droit d'accès. Le droit d'accès est la clé des régulations* »⁵⁹³. Le Professeur Laurent Richer proposait sa définition, à savoir l'« *obligation pour le détenteur du réseau d'en permettre l'utilisation par des tiers à des conditions économiquement acceptables, lorsque l'entrée sur le marché n'est pratiquement possible que par l'intermédiaire de ce réseau* »⁵⁹⁴. Il en résulte ainsi que l'accès au réseau est une condition indispensable et nécessaire de la préservation d'une dynamique concurrentielles et de la diversité d'offres de transport sans lequel le principe européen de la séparation des activités de gestion d'infrastructure et d'exploitation de services de transport ferroviaire serait vidé de toute substance.

215. Le cadre normatif et technique régissant l'utilisation du réseau national est particulièrement complexe. Ce chapitre a pour vocation de dresser un état des lieux des conditions contractuelles d'accès et utilisation de l'infrastructure (**Section 1**) et des modalités d'exécution du contrat d'accès au réseau (**Section 2**).

⁵⁹³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », *Revue Lamy Concurrences* août-octobre 2005, n°4, p.126.

⁵⁹⁴ RICHER (L.), « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p.73.

SECTION 1. LA CONSECRATION D'UN DROIT DES ENTREPRISES DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS D'ACCES AU RESEAU

L'accès des opérateurs de transport au réseau national découle d'un contrat d'utilisation de l'infrastructure. La conclusion de ce contrat implique le respect par les opérateurs ferroviaires d'un ensemble d'obligations générales (§1). Lorsqu'elles respectées, elles donnent droit aux entreprise ferroviaire de se voir attribuer de sillons (§2).

§1. Les conditions d'accès au Réseau Ferroviaire National

L'accès aux réseaux ferroviaires nationaux est assorti des conditions précises comme la détention par l'opérateur de transport d'une licence ferroviaire (A), d'un certificat de sécurité (B). Le respect de certaines conditions commerciales est ainsi obligatoire (C).

A. La détention d'une licence ferroviaire

Le cadre européen, transposé dans les droits nationaux, précise les conditions de délivrance des licences ferroviaires (1) ainsi que la procédure d'instruction de leur demande (2).

1) Les conditions de délivrance des licences ferroviaires

216. **Le cadre légal européen de délivrance des licences ferroviaires.** Toute entreprise ferroviaire⁵⁹⁵ souhaitant exploiter des services de transport ferroviaires doit être détentrice d'une licence ferroviaire, c'est-à-dire d'une « *une autorisation accordée par l'État membre à une entreprise à laquelle la qualité d'entreprise ferroviaire est reconnue* »⁵⁹⁶. Conformément à l'article 4 de la Directive 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires, une entreprise ferroviaire peut solliciter l'attribution d'une licence ferroviaire dans l'État membre où elle est établie⁵⁹⁷. Une fois accordée, cette licence est valable sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Afin d'obtenir une licence, les entreprises

⁵⁹⁵ Dir. 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires, *JOUE*, n° L 143/70 du 27 juin 1995. Dans l'esprit de cette directive, une entreprise ferroviaire est une entreprise privée ou publique ayant pour activité principale la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemins de fer. Cette directive exclue de son champ d'application les entreprises ferroviaires en charge exclusivement des transports urbains, suburbains et régionaux ainsi que les entreprises ferroviaires et les regroupements internationaux dont l'activité est limitée à la fourniture de services de navette transportant des véhicules routiers à travers le tunnel sous la manche.

⁵⁹⁶ *Ibid.* Article 2 b).

⁵⁹⁷ *Ibid.* Article 4 paragraphe 1.

ferroviaires doivent satisfaire un certain nombre des conditions en matière d'honorabilité⁵⁹⁸, de capacité financière⁵⁹⁹ et professionnelle⁶⁰⁰. Elles doivent en outre justifier d'une couverture de responsabilité civile⁶⁰¹. Le droit européen prévoit que la validité de la licence ferroviaire est reconnue toute au long de la durée dans laquelle les entreprises ferroviaires titulaires de licence respectent les conditions de délivrance.

217. La marge de manœuvre des droits nationaux dans la fixation des conditions de délivrance des licences ferroviaires. Le texte de la directive 95/18/CE se limite uniquement à énoncer ces exigences sans pour autant définir leur contenu. Il incombe désormais aux États membres de détailler ces exigences et de poser le cadre concret de l'attribution de licences ferroviaires.

ENCADRÉ N° 15. LES CADRES LEGAUX NATIONAUX RELATIFS À LA DELIVRANCE DES LICENCES FERROVIAIRES

→ En droit français ce sont le titre II du décret du 7 mars 2003 et ses arrêtés d'application du 6 mai et 20 mai publiés au Journal officiel des 17 mai et 5 juin 2003 modifiés par le Décret n°2015-960 du 31 juillet 2015 relatif à la licence d'entreprise ferroviaire et portant diverses

⁵⁹⁸ Faute de définition du droit européen de la condition d'honorabilité, celle-ci est satisfaite des lors que l'entreprise qui demande une licence ferroviaire n'a été condamnée pénalement, ou pour des violations des dispositions applicables au domaine de transport, n'a pas encouru une procédure collective (faillite), ou enfin n'a été condamnée pour des violations des dispositions du droit social, ou plus globalement de la législation en matière de protection du travail. Des dispositions similaires existent dans les droits nationaux des pays étudiés.

⁵⁹⁹ En France, afin de prouver sa capacité financière, l'entreprise ferroviaire doit fournir au Ministère chargé des transports : les comptes annuels (le bilan et le compte de résultat), le plan de trésorerie portant sur la première année d'exploitation, le plan d'affaire relatif à l'activité ferroviaire de l'entreprise (qui se réfère notamment au compte prévisionnel de résultat, indiquant les trafics et les recettes sur les quatre ans à venir, le besoin en fond de roulement, le plan de financement initial, le plan de financement sur quatre ans). Afin d'apprécier le respect par le demandeur de sa capacité financière, celui-ci doit en outre fournir les soldes intermédiaires de gestion, les informations sur la rentabilité et les fonds de roulement, le tout sur une durée de trois ans. Le capital social minimal dont doivent disposer l'entreprise ferroviaire sollicitant la licence ferroviaire et dont l'activité est le transport de voyageurs est fixé par un arrêté conjoint des ministres à un million cinq cent mille euros.

⁶⁰⁰ Le demandeur de la licence ferroviaire doit justifier qu'il dispose d'une organisation de gestion, des connaissances et des expériences qui lui sont « nécessaires pour exercer un contrôle opérationnel et une surveillance surs et efficaces en ce qui concerne le type d'opérations spécifiées dans la licence » (conformément à l'Article 8 de la Dir. 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires).

⁶⁰¹ La dir. 95/18/CE pose l'obligation à l'entreprise sollicitant une licence ferroviaire d'« être suffisamment assurée ou avoir pris des dispositions équivalentes pour couvrir, en application des législations nationales et internationales, sa responsabilité civile en cas d'accidents, notamment en ce qui concerne les passagers, les bagages, le fret, le courrier et les tiers ». En France, l'exigence relative à la conclusion par les demandeurs de licence ferroviaire de contrats d'assurance est transposée en droit national par l'article 9 du décret du 7 mars 2003. En Grande-Bretagne, les opérateurs ferroviaires doivent souscrire à une assurance de responsabilité civile selon les conditions de l'Office of Rail and Road.

dispositions en matière de transport qui fixent les conditions d'attribution des licences ferroviaires.

- ➔ En droit roumain, la procédure d'attribution des licences ferroviaires est fixée par le chapitre 2 de la loi 202/2016 relatif à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace unique européen⁶⁰².

- ➔ En Allemagne, la directive 95/18/CE ainsi qu'ultérieurement la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité ont été transposées en droit national en Allemagne le 16 avril 2007 par la loi sur les chemins de fer généraux (modification) et la loi sur l'administration des chemins de fer fédéraux⁶⁰³.

- ➔ En Grande Bretagne, les conditions d'obtention de la licence ferroviaire sont fixées par le Railway (Licensing of Railway Undertakings) Regulations 2005 ainsi que le Railways Act (1993). Outre le respect de ces dispositions, les opérateurs exploitant des services ferroviaires en Grande-Bretagne doivent se conformer à certaines dispositions fixées par le Statement of National Regulatory Provisions (SNRP), une sorte de Charte des dispositions réglementaires nationales visant à renforcer l'effectivité des relations du secteur en obligeant ces derniers à adopter des normes et des règles communes en matière de billetterie, de traitement des réclamations, de politiques relatives aux personnes handicapées et d'informations passagers, que nous pouvons appliquer⁶⁰⁴.

2) L'instruction de la demande de délivrance des licences ferroviaires

218. **L'autorité compétente.** En France, l'autorité en charge de la délivrance des licences ferroviaires est le ministre chargé des transports⁶⁰⁵. En Grande-Bretagne, cette autorité est, l'Office of Rail and Road⁶⁰⁶. Cette institution est le régulateur du secteur ferroviaire

⁶⁰² Legea nr. 202/2016 privind integrarea sistemului feroviar din România în spațiul feroviar unic European, Text publicat în M.Of. al României. În vigoare de la 12 noiembrie 2016. Par ailleurs, sur la base du Règlement d'exécution (UE) 2015/171 de la Commission du 4 février 2015 sur certains aspects de la procédure d'octroi des licences des entreprises ferroviaires, le gouvernement roumain a adopté la décision nr. 361/2018 relative à l'approbation de la procédure d'attribution de licences dans le domaine du transport ferroviaire publiée dans le Journal officiel de la Roumanie, Partie 1, n°482 le 12 juin 2018, entrée en vigueur le 27 juillet 2018. Hotărârea nr. 361/2018 privind aprobarea procedurilor pentru acordarea licențelor în domeniul transportului feroviar În vigoare de la 27 iulie 2018 Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 482 din 12 iunie 2018. Formă aplicabilă la 27 iulie 2018. (Traduction libre du roumain en français).

⁶⁰³ Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure (Germany), article "Railway operating safety", disponible sur <https://www.bmvi.de/EN/Topics/Mobility/Rail/Railway-Operating-Safety/railway-operating-safety.html>

⁶⁰⁴ Office of Rail and Road, Background to operator licensing, disponible au <https://orr.gov.uk/rail/licensing/licensing-the-railway/background-to-operator-licensing>.

⁶⁰⁵ Article 4 du décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire précité.

⁶⁰⁶ Article 6 Part 2 European Licence, The Railway (Licensing of Railway Undertakings) Regulation 2005.

britannique⁶⁰⁷, l'équivalent de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) en France. En Roumanie, Organismul de Licente feroviar Român (l'Autorité des licences de chemins de fer roumains) créée en vertu de la loi n°55/2006 sur la sécurité ferroviaire telle que modifiée et complétée ultérieurement est l'organe qui délivre les licences ferroviaires fonctionnant comme une entité décisionnelle et fonctionnellement indépendante au sein de l'Autorité ferroviaire roumaine (AFER)⁶⁰⁸. En Allemagne, les demandeurs de licences ferroviaires s'adressent à l'État fédéral dans lequel elles sont basées. Chaque autorité dispose de son processus d'instruction du dossier de demande de licence ferroviaire.

219. Le processus d'instruction en France. L'administration française doit accuser réception de la demande dans un délai de dix jours à compter de la réception du dossier. Un deuxième contact intervient dans un délai d'un mois à compter de la réception du dossier lorsque l'administration informe l'entreprise demanderesse soit de la complétude du dossier soit elle sollicite la communication des pièces complémentaires. Dans cette dernière hypothèse, un nouveau délai d'un mois est déclenché avant que l'administration certifie que le dossier est complet. Le traitement effectif de la demande est réalisé dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'administration a estimé que le dossier était complet. Lorsque le ministre chargé des transports souhaite délivrer la licence ferroviaire, sa décision ministérielle prendra la forme d'un arrêté qui sera publié au Journal officiel de la République française ainsi que d'une licence au format européen qui, elle, sera publiée sur la base de données ERADIS⁶⁰⁹. Au contraire, lorsque l'administration refuse l'autorisation de licence ferroviaire, elle est obligée de notifier sa décision motivée au demandeur.

⁶⁰⁷ Sur le rôle et missions des autorités de régulation dans le secteur ferroviaire de voyageurs, voir Deuxième partie, Titre II, Chapitre 2.

⁶⁰⁸ Site internet AFER. « *L'Autorité ferroviaire roumaine - AFER est l'organe technique spécialisé du ministère des Transports, chargé de fournir principalement les activités suivantes: autorisation de sécurité des gestionnaires d'infrastructure ferroviaire; licence et certification des opérateurs de transport ferroviaire; l'évaluation et la surveillance des constituants d'interopérabilité et des sous-systèmes structurels du système ferroviaire; le respect des conditions permettant d'assurer l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel et à grande vitesse sur le territoire roumain; contrôle et inspection étatiques dans les transports ferroviaires et métropolitains; surveiller, promouvoir et développer le cadre réglementaire dans le domaine de la sécurité ferroviaire; autorisation et supervision technique des fournisseurs internes de produits et services dans le domaine ferroviaire; activité ferroviaire spécifique, consistant principalement à immatriculer du matériel roulant et à mettre en évidence une infrastructure ferroviaire publique; l'organisation des examens et la délivrance des autorisations, attestations et certificats, selon le cas, pour le personnel du système ferroviaire; certifier des produits, services et systèmes de qualité dans le domaine de l'environnement, respectivement de la sécurité et de la santé au travail, ainsi que dans d'autres domaines pour lesquels il est accrédité au niveau national ou international (...)* », (Traduction libre du roumain au français).

⁶⁰⁹ European Railway Agency Database of Interoperability and Safety (ERADIS) contient les données relatives à la sécurité et l'interopérabilité des transports ferroviaires ; voir par exemple <https://eradis.era.europa.eu>.

B. La détention d'un certificat de sécurité⁶¹⁰

C. Les conditions commerciales d'accès au réseau

220. **Des règles d'accès à l'infrastructure ferroviaire posées par le Document de référence du réseau (DRR).** Le DRR répond à une obligation posée par le droit européen⁶¹¹ et plus spécifiquement par l'article 3 de la directive 2001/14/EC de l'Union européenne. Les règles d'accès à l'infrastructure ferroviaire, les délais, les procédures et les critères qui permettent l'utilisation de celle-ci par les opérateurs ferroviaires sont contenues dans le DRR, élaboré par le gestionnaire d'infrastructure dans chaque État membre. Il apporte des précisions sur les contrats conclus par le gestionnaire d'infrastructure. Le DRR n'a pas de valeur contractuelle, or il est dit dans le DRR de Network Rail que « lorsqu'une entreprise ferroviaire conclut un accord d'accès aux voies avec Network Rail, ce contrat donnera une valeur contractuelle aux documents tels que le code du réseau, le Document de référence d'accès de l'ingénierie (Engineering Access Statement) et aux Règles de planification des horaires (Timetable Planning Rules) auxquelles le DRR britannique renvoie ». S'agissant d'une exigence essentiellement européenne à la charge des gestionnaires d'élaborer les DRR, ceux-ci ont dans les États membres étudiés une structure identique. Nous y trouvons donc les informations générales sur l'adoption des DRR et sur les réseaux ferrés, les conditions d'accès aux réseaux et à l'infrastructure, l'attribution des sillons, les services offerts par les gestionnaires, la tarification de l'accès aux réseaux.

⁶¹⁰ Sur les règles relatives à la sécurité ferroviaire, voir Partie 2 Titre I Chapitre 2.

⁶¹¹ Plusieurs textes adoptés au niveau européen fondent l'obligation des gestionnaires d'infrastructure à établir des documents de référence du réseau (DRR) tels que : le règlement n°913/2010 du 22 septembre 2010 relatif au réseau ferroviaire européen pour un fret compétitif ; la directive 2004/49/CE du 29 avril 2004 modifiée par les directives 2008/110/CE du 16 décembre 2008 2009/149/CE du 27 novembre 2009 et 2012/34/UE concernant la sécurité des chemins de fer communautaires ; la directive 2008/57/CE du 17 juin 2008 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire européen au sein de la Communauté ; la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen modifiée par la directive 2016/2370/UE du 14 décembre 2016. Ces textes ont été transposés dans les États membres, l'obligation d'élaborer des DRR, étant outre ces textes, fondée sur des dispositifs nationaux.

ENCADRÉ N°16. LES CADRES LEGAUX NATIONAUX RELATIFS À L'ÉLABORATION DES DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE DU RÉSEAU (DRR)

→ En France :

- la loi n°2014-872 du 4 août portant réforme ferroviaire
- le décret n°97-444 du 5 mai 1997 modifié relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau,
- le décret n° 97-446 du 5 mai 1997 modifié relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national perçues au profit de SNCF Réseau,
- le Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié relatif à l'utilisation du réseau ferré national,
- le décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 modifié relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire,
- le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire et
- enfin l'arrêté du 19 mars 2012 fixant les objectifs, les méthodes, les indicateurs de sécurité et la réglementation technique de sécurité et d'interopérabilité applicables sur le réseau ferré national
- qui obligent SNCF Réseau à produire chaque année un document de référence du réseau.

→ En Roumanie :

- l'Ordonnance d'Urgence n°89/2003 telle que modifiée transposant la directive 2001/14/EC qui pose cette obligation à la charge de CFR SA.

→ Enfin, en Allemagne :

- la Loi générale sur les chemins de fer (AEG),
- les dispositions allemandes relatives à la construction et l'exploitation des chemins de fer (EBO) et à la signalisation ferroviaire (ESO),
- l'ordonnance sur la sécurité ferroviaire (ESiV),
- la loi allemande sur l'interopérabilité ferroviaire transeuropéenne (TEIV)

221. En France, l'article L2122-11 du Code des transports précise que l'entreprise ferroviaire qui souhaite utiliser l'infrastructure doit conclure un contrat d'utilisation de l'infrastructure avec SNCF Réseau « *sans préjudice du droit des autres candidats à conclure un accord avec le gestionnaire d'infrastructure portant sur l'attribution de sillons* »⁶¹². Les annexes du DRR

⁶¹² Conformément à l'article L2122-11 du Code des transports, outre le contrat d'utilisation de l'infrastructure conclue par une entreprise ferroviaire avec le gestionnaire d'infrastructure, il est possible pour un candidat, autre qu'une entreprise ferroviaire, de conclure en vue d'obtenir l'attribution des sillons afin de les mettre ensuite à

renvoient aux conditions générales et particulières du contrat d'utilisation d'infrastructure. Même si ce contrat est conçu pour répondre aux exigences du transport international de voyageurs ou au transport de marchandises, la même trame pourrait être utilisée pour le transport national ferroviaire de voyageurs lorsque la concurrence sera ouverte. Tant les opérateurs ferroviaires opérant sur les réseaux régionaux que les opérateurs fournissant des services sur les lignes commerciales, non-conventionnées (TGV) seront amenés à conclure des contrats d'utilisation de l'infrastructure avec SNCF Réseau. L'objectif de ce contrat est de formaliser les conditions administratives, techniques et financières de l'utilisation par les opérateurs ferroviaires du réseau ferré national⁶¹³. En plus du contrat d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, les entreprises ferroviaires et tout autre candidat, autre qu'une entreprise ferroviaire concluent d'autres contrats pour répondre à leurs besoins de capacités.

222. Des contrats-cadres pour la répartition des capacités d'infrastructure. La problématique des contrats-cadres est intéressante du point de vue du droit de la concurrence car ces dispositifs portent sur le potentiel des entreprises ferroviaires à accéder au réseau ferré jugé généralement très saturé⁶¹⁴. La manière dont le gestionnaire d'infrastructure arrive à concilier les demandes parfois concurrentes des capacités des entreprises est ainsi un indicateur de sa capacité à coordonner ses demandes et à faire une utilisation optimale desdites capacités conformément aux exigences de l'article 26 de la directive 2012/34/UE⁶¹⁵. Deux postulats, à

disposition d'une ou de plusieurs entreprises ferroviaires conclure un contrat d'attribution de sillons sur le réseau ferré national avec SNCF Réseau.

⁶¹³ A ce titre, il contient une multitude d'informations relatives : (1) aux services assurés par le gestionnaire d'infrastructure au bénéfice de l'entreprise ferroviaire ou au candidat autorisé sur le réseau ; (2) aux droits et obligations des parties au contrat tel que l'obligation de l'entreprise ferroviaire ou du candidat autorisé à respecter les règles relatives à l'exploitation du réseau et à la gestion des circulations ou encore l'obligation de l'entreprise ferroviaire à répondre aux exigences fixées par le gestionnaire au sujet du matériel roulant utilisé ou du personnel ferroviaire ; (3) à la tarification de l'utilisation de l'infrastructure, à l'attribution des sillons et aux conditions de paiement. En effet, le contrat stipule les règles générales de la tarification applicable ainsi que les conditions de paiement et de facturation à la charge de l'entreprise ferroviaire ou du candidat autorisé.

⁶¹⁴ European Commission, « Report from the commission to the European Parliament and the Council. Fifth report on monitoring development of the rail market », COM (2016) 780, 8.12.2016, pp.1-13. Au Royaume-Uni, Luxembourg, Danemark, Belgique et en Allemagne, le taux d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire est d'environ 60% supérieure au taux moyen européen ⁶¹⁴(19 train-km per ligne-km) avec environ 30.000 train-km per ligne-km/an. Le réseau le plus saturé est le réseau des Pays Bas avec environ 50.000 train-km per ligne/an. Bien que dans les pays précités le taux d'utilisation du réseau est croissant, dans des pays comme la Roumanie, Pologne, Grèce, la Croatie et la Bulgarie, un peu plus que 5000 train-km/an sont déployés. Le règlement d'exécution UE 2016/545 de la Commission européenne du 7 avril 2016 sur les procédures et les critères concernant les accords-cadres pour la répartition des capacités de l'infrastructure qui est le plus récente en la matière traduit la volonté de la Commission européenne à concilier le besoin des entreprises ferroviaire de disposer d'une sécurité juridique conséquente en ce qui concerne les capacités d'infrastructure disponibles et l'impératif du gestionnaire d'infrastructure d'utiliser de manière effective et optimale les capacités d'infrastructures disponibles.

⁶¹⁵ Pour rappel, l'article 26 de la Dir. 2012/34/UE précitée.

notre sens, essentiels sont rappelés dans le considérant du règlement 2016/545 à savoir : a) les accords-cadres ne doivent pas faire un obstacle à l'établissement de l'horaire de service annuel tel que défini par l'article 42 de la directive 2012/34/UE et b) les gestionnaires d'infrastructure doivent veiller à fournir une réserve de capacités pour répondre aux demandes ad hoc des intéressés. La volonté de la Commission européenne à poser un socle commun des critères et de procédures d'attribution des contrats-cadre est une reconnaissance par celle-ci du besoin des investisseurs potentiels d'avoir une visibilité sur les capacités disponibles avant même d'entamer les démarches et la décision d'investissement.

223. Une obligation de communication transparente des capacités ferroviaires disponibles impartie au gestionnaire. Le règlement précité oblige le gestionnaire d'infrastructure à établir une déclaration-cadre et fournir pour chaque période de contrôle, chaque type de service et chaque section de ligne des informations comme la capacité déjà attribuée et le nombre de sillons, la capacité indicative encore disponible qui pourrait faire l'objet des contrats-cadres, la capacité maximale disponible pour les accords-cadres pour chaque section de ligne. Selon ce même article, la déclaration-cadre est à joindre au DRR ou encore elle doit être disponible sur un site public sur la base d'un lien internet publié dans le DRR. La déclaration doit, toutefois, respecter la confidentialité commerciale. Le règlement décrit en outre, dans son article 6 un certain nombre d'aspects dont les gestionnaires d'infrastructure doivent tenir compte avant la conclusion d'un accord-cadre. Nous rappelons parmi ces aspects : les besoins commerciaux du candidat lorsque celui-ci démontre qu'il veut et qu'il peut utiliser la capacité demandée dans l'accord-cadre, les besoins des passagers, son propre financement et le développement futur du réseau, la garantie d'une gestion « *du réseau proportionnée, ciblée, transparente, équitable et dotée de moyens suffisants* ».

224. Enfin, les parties peuvent inclure dans ces contrats des dispositions qui leur permettent de modifier la capacité prévue dans le contrat-cadre ainsi que des dispositions autorisant la restitution ou le transfert de ladite capacité d'infrastructure sur la base du volontariat. Toutefois, selon le paragraphe 2 de l'article 6 du règlement, il n'est pas possible d'inclure dans un contrat-cadre des dispositions qui interdisent au gestionnaire d'infrastructure d'accorder, lorsque la capacité est disponible des droits d'accès sur une ou plusieurs lignes du réseau à un candidat différent. Ensuite, toujours dans une optique d'intégration ferroviaire et de mise en œuvre d'un espace ferroviaire unique, le règlement prévoit à la charge des gestionnaires d'infrastructure une obligation de coopération en matière d'attribution de la capacité-cadre sur plusieurs

réseaux. Lorsque, un ou plusieurs accords-cadres ont été conclus pour la réalisation d'un service de transport empruntant plusieurs réseaux, il convient, en application de l'article 12 du règlement que les plages horaires soient identiques avec celles convenues dans les accords-cadres et « que *les capacités disponibles prévues dans chaque accord-cadre concordent les unes avec les autres* ». Aussi, sur le terrain de la programmation des sillons, ceux-ci doivent, en vertu de l'obligation de coopération qui incombe aux gestionnaires, coïncider les uns avec les autres.

225. La possibilité du gestionnaire d'infrastructure de conclure des contrats cadres est reprise dans tous les DRR des États considérés. En Roumanie, elle est fondée sur l'article 42 de la loi 202/2016 qui rappelle que ces contrats ne doivent pas porter atteinte aux articles 101, 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces accords cadre sont en outre soumis à l'analyse du Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire (Consiliul National de Supraveghere din Domeniul Feroviar). En Roumanie les accords-cadres sont conclus pour une durée de 5 ans avec une possibilité de renouvellement pour une durée identique et ils n'empêchent pas l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire par d'autres opérateurs. En France, conformément au DRR qui lui-même renvoie aux dispositions européennes telles que la directive 2012/34/UE et le règlement d'exécution UE 2016/545 de la Commission européenne du 7 avril 2016 sur les procédures et les critères concernant les accords-cadres pour la répartition des capacités de l'infrastructure et aux dispositions internes du Code des Transports et du décret n°2003-194 modifié par le décret n° 2015-1040 du 20 août 2015 relatif à l'accès au réseau ferroviaire, SNCF Réseau peut conclure des contrats-cadres avec les intéressés.

§2. Le processus d'attribution des sillons : le cas de la France

Des exigences légales strictes sont prévues pour le gestionnaire d'infrastructure lorsqu'il traite des demandes d'attribution de sillons (A). En l'absence d'un processus de demande de sillons pour l'exploitation des services ferroviaires de voyageurs en France, le processus utilisé dans le secteur du fret sert de référence pour déterminer les enjeux de l'attribution de sillons aux nouveaux entrants exploitant des services ferroviaires de voyageurs (B).

A. Les exigences légales

226. **L'obligation d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans l'attribution des sillons.** Le gestionnaire français assure la maintenance de l'infrastructure ferroviaire, ainsi que la gestion des installations de services qu'il détient. Les fonctions de répartition des capacités ferroviaires et de tarification doivent, être assurées « *en toute indépendance sur le plan juridique, décisionnel et organisationnel vis-à-vis des entreprises ferroviaires et dans des conditions garantissant une concurrence libre et loyale et assurant un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure* »⁶¹⁶. Un sillon ferroviaire correspond à la capacité d'infrastructure requise « *pour faire circuler un train donné d'un point à un autre à un moment donné durant une période donnée* »⁶¹⁷.

227. **La procédure de demande de sillons du fret et des transports internationaux, référence pour les transports ferroviaires de voyageurs.** Pour l'instant en France, en absence de concurrence ferroviaire sur le segment de transports domestiques de voyageurs, la procédure qui nous sert de base pour l'analyse de l'attribution des sillons est la procédure utilisée dans le secteur du fret ou de voyageurs internationaux. Ainsi, lorsqu'une entreprise ferroviaire souhaite faire circuler un train d'un point A à un point B à des dates et horaires précises, elle doit communiquer sa demande auprès du gestionnaire d'infrastructure. L'approche dont le gestionnaire d'infrastructure en France ou à l'étranger traite les demandes d'attribution des sillons est similaire dans le secteur du fret que des transports de voyageurs⁶¹⁸. Or nul ne peut douter que bien que cette approche est quasi-identique il n'en demeure pas moins qu'il existe des différences appréciables entre les deux secteurs, conditionnant en réalité, un comportement différent du gestionnaire, selon le cas. Par exemple, le gestionnaire d'infrastructure britannique, Network Rail, part du postulat que nous partageons selon lequel « *les services ferroviaires de voyageurs poursuivraient un modèle pré-planifié et cyclique et génèreraient une augmentation du trafic alors que les services de fret sembleraient se produire, changer et cesser de répondre aux exigences changeantes du marché dans un modèle qui est difficilement prévisible* »⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Article L2122-4-3 de Code des transports.

⁶¹⁷ HERRGOTT (D.), « Modélisation et mise en perspective de la diversité du fonctionnement des transports ferroviaires conventionnés de voyageurs », Strasbourg, Université de Strasbourg, thèse dactyl. 2015.

⁶¹⁸ Network Rail, « Access Rights Policy » 2016, version du 23 September 2015, pp.23, p. 7.

⁶¹⁹ *Ibid.* « (...) passenger services tend to follow pre-planned and cyclical patterns which in turn drive traffic growth whereas freight flows tend to occur, change and cease to meet changing markets needs in a pattern that is challenging to predict », [Traduction libre de l'anglais en français].

228. La capacité d'infrastructure attribuée à une entreprise ferroviaire par le gestionnaire d'infrastructure dépend de plusieurs facteurs dont : 1) les caractéristiques techniques de la ligne ; 2) la planification des travaux d'entretien et de rénovation des installations disponibles sur la ligne qui impacte la disponibilité des installations ferroviaire ; ou encore 3) le paysage ferroviaire dans lequel s'inscrit la demande de capacité, c'est-à-dire les circulations simultanées d'autres trains. Au respect de ces exigences, s'ajoute le besoin du gestionnaire d'infrastructure à gérer le réseau en vue « *d'une utilisation optimale du réseau ferré national, dans des objectifs de sécurité, de qualité de service et de maîtrise des coûts* »⁶²⁰. A ce titre, les entreprises ferroviaires (ou un groupement international d'entreprises ferroviaires) ou toute autre personne qui justifient d'un intérêt commercial ou qui sont porteuses d'activités de service public, peuvent, en vertu de l'article L.2122-11 du Code des transports solliciter l'attribution par SNCF Réseau des capacités d'infrastructure.

B. Le processus de demandes de sillons auprès de SNCF Réseau

229. **Choix des sillons et signalements divers.** Le demandeur de capacité⁶²¹ peut solliciter de la part de SNCF Réseau⁶²² de ou des sillon(s) préconstruit(s). Un sillon est considéré préconstruit dès lors que les caractéristiques de celui-ci notamment l'origine et la destination sont connues et intéressent particulièrement le demandeur de capacité. Ce dernier peut alors demander qu'un tel sillon lui soit attribué soit en l'état soit en demandant à ce que certaines de ses caractéristiques soient modifiées. Il incombe au gestionnaire d'infrastructure de décider de répondre favorablement aux demandes des entreprises ferroviaires. Conformément au Manuel

⁶²⁰ Art. L2111-9 du Code des transports.

⁶²¹ Le demandeur qui sollicite auprès du gestionnaire d'infrastructure l'attribution des sillons doit informer ce dernier du parcours qu'il envisage, des gares d'origine, des gares intermédiaires ainsi que de la gare d'arrivée. Le demandeur doit en outre apporter à la connaissance du gestionnaire d'infrastructure toute information susceptible d'influencer la construction du sillon ou de manière générale l'utilisation du réseau. Enfin il est du ressort du demandeur de vérifier que le matériel roulant qu'il compte utiliser est compatible avec les caractéristiques techniques des lignes empruntées en consultant les attestations de compatibilité fournies par SNCF Réseau. Plusieurs espaces de demandes sont disponibles en France : les systèmes d'information GESICO, DSDM (Dynamic Systems Development Method en anglais est une méthode de gestion du projet qui se caractérise par l'implication des utilisateurs durant toute la période d'évolution du projet. Les acteurs du projet coopèrent et doivent faire preuve de souplesse quant aux évolutions du projet.) ou encore Path Coordination System (PCS) (Path Coordination System est un système informatique de coordination des demandes de sillons internationaux). SNCF Réseau oblige les demandeurs à ne formuler une demande de sillons qu'une seule fois dans les systèmes informatisés précités.

⁶²² Des structures dédiées ont été créées au sein du gestionnaire d'infrastructure français telles que la Direction de la Capacité et des Sillons (ci-après « DCS ») ou encore le Plateau National Technico-Commercial (ci-après « PNTC »). La DCS est l'entité clé du processus de commande et d'attribution des sillons. Elle a pour mission principale de répartir et attribuer les sillons. Le PNTC fait partie intégrante de la Direction Commerciale et Marketing de SNCF Réseau et est formé des chargés de comptes, de chargés de concertation et coordinateurs d'axe.

du demandeur de capacité commerciale qui a vocation à compléter les précisions de DRR en la matière, le demandeur de sillons doit informer le gestionnaire d'infrastructure sur ses tolérances horaires de départ et d'arrivée (en + et en -). Cela permet au gestionnaire de mieux encadrer la demande et de « permettre aux services horaires de rechercher une réponse pertinente tenant compte de l'environnement graphique (les services horaires peuvent le cas échéant demander des précisions) ». Selon le modèle applicable au fret, ou les entreprises apportent à la connaissance du gestionnaire d'infrastructure dès la demande des sillons de contraintes diverses telles que les impératifs réels de production, les contraintes issues éventuellement d'un arrêté préfectoral etc, les entreprises ferroviaires devront lors de l'exploitation de services ferroviaires de passagers échanger avec SNCF Réseau au regard de potentielles contraintes qui pourront influencer sur l'exploitation du service. Par ailleurs, lorsque le demandeur a identifié avant de faire sa demande de sillons des problématiques diverses en lien avec l'infrastructure sollicitée, il peut indiquer dans sa demande comment il entend apporter des réponses à celles-ci en cas d'obtention du sillon. Par exemple, en cas de fenêtre travaux sur l'infrastructure pendant la période sollicitée, le demandeur doit indiquer dans sa demande s'il compte procéder à un détournement du trajet et si oui, décrire l'itinéraire de détournement.

230. Le besoin de simplification de la procédure de demande des sillons. La description de ce processus dans le DRR ainsi que dans le Manuel du demandeur de capacité commerciale est globalement saluée par les entreprises ferroviaires. Néanmoins ce processus est un processus complexe pour un nouvel entrant et il est particulièrement important qu'il fasse l'objet d'une méthodologie claire et transparente. Par exemple, pour pallier les éventuelles carences, il est indispensable que le gestionnaire d'infrastructure se dote d'une plateforme d'assistance aux opérateurs ferroviaires, riche en ressources humaines et financières afin de bien remplir sa mission : conseiller et accompagner les entreprises ferroviaires dans le processus de demande de sillons. L'adoption par le gestionnaire d'infrastructure d'une approche orientée vers le client le met néanmoins devant un nouveau défi : savoir concilier le besoin de fournir aux opérateurs ferroviaires un marge de manœuvre dans le processus d'attribution de sillons à travers la négociation tout en conservant et en développant une vision globale du réseau ferré.

231. La nécessité d'une réduction de délai de traitement des demandes de sillons. La phase de traitement par le gestionnaire d'infrastructure des observations des opérateurs ferroviaires quant aux propositions de sillons formulées par le premier au préalable est également d'une importance cardinale. Le dialogue qui s'institue entre les acteurs ferroviaires

à ce stade devait permettre de dépasser les clivages entre d'un côté les exigences du GI à garantir la stabilité des effets réseau et les besoins des clients, opérateurs ferroviaires, à accepter les aléas des chantiers des travaux. Le perfectionnement du processus de demande et d'attribution de sillons suppose l'accélération de la procédure de décision du gestionnaire d'infrastructure quant à la capacité ferroviaire dont il dispose et la manière dont il peut la répartir. Cette accélération se justifie par le besoin des opérateurs d'avoir une visibilité sur la capacité ferroviaire disponible ce qui leur permet in fine de bénéficier d'une certaine sécurité voir prédictibilité quant à la façon dont ils vont pouvoir mener leur modèle business ainsi que l'opportunité à honorer leurs engagements contractuels. Sans doute, le processus de demande et d'attribution des sillons, influe, vu sa longueur (5 ans)⁶²³ sur la capacité et l'opportunité des opérateurs à prendre des décisions d'affaires. La manière dont le gestionnaire d'infrastructure traite les demandes de sillons est susceptible d'évoluer aussi d'un point de vue informatique à travers le perfectionnement et l'amélioration des outils d'enregistrement des demandes telle que le système GESICO, le e-Houat⁶²⁴ ou encore le PCS. L'évolution technologique de ces outils sera, à notre sens, très bien accueillie car elle impactera positivement le traitement opérationnel de demandes de sillons.

⁶²³ L'attribution des sillons est une procédure qui s'inscrit dans la durée (5ans) et qui préoccupe substantiellement les entreprises ferroviaires car de l'obtention de ces capacités dépend leur activité pour les prochaines années. Pour l'essentiel, la procédure d'obtention des sillons est structurée dans deux phases principales : (1) une phase de concertation en amont des acteurs intervenant entre l'année A-5 et fin de l'année A-2 et (2) une phase de dialogue industriel en aval des acteurs s'instituant entre avril de l'année A-1 et jusqu'à la fin de l'année A. Le processus complet de l'allocation des capacités ferroviaires suppose quatre étapes, qui commencent 5 ans avant la circulation effective d'un train.

⁶²⁴ Interface de communication entre le gestionnaire d'infrastructure et les demandeurs de sillons. Par exemple, lorsque le gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau communique aux demandeurs de sillons, le projet de l'horaire de service, ces derniers peuvent consulter sur le e-Houat les sillons prévus à la base de cet horaire de service ainsi qu'une description personnalisée comme réponse aux sollicitations desdits demandeurs.

SECTION 2. L'EXECUTION DU CONTRAT D'ACCES AU RESEAU

L'utilisation du réseau ferré national et des diverses prestations de service offertes par le gestionnaire d'infrastructure (§1) donne lieu à la perception de ce dernier des redevances (§2).

§1. Les services réalisés par le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire au bénéfice des opérateurs de transport

Lorsque le gestionnaire d'infrastructure décide d'attribuer à l'entreprise ferroviaire des sillons, l'accès au réseau crée au premier l'obligation de fournir et proposer à l'opérateur de transport un certain nombre des services sur les voies principales (A) ainsi que sur les installations de service (B)⁶²⁵.

A. Les services du gestionnaire d'infrastructure ferroviaire sur les voies principales

232. **Les prestations minimales.** Les DRR(s) des pays analysés indiquent une même classification des prestations minimales⁶²⁶ que les opérateurs ferroviaires peuvent solliciter aux gestionnaires d'infrastructure. Il s'agit des prestations relatives à la signalisation, à la régulation, à la gestion des circulations, la fourniture par le gestionnaire d'infrastructure des informations relatives à la circulation ferroviaire etc⁶²⁷. Le gestionnaire d'infrastructure doit communiquer aux opérateurs de transport les données nécessaires à la programmation des trains ou généralement à l'exploitation du service pour lequel les capacités d'infrastructure ont été attribuées. Enfin, le gestionnaire d'infrastructure permet, dans le cadre des prestations minimales, l'accès par le réseau aux installations de service. Outre les prestations minimales, le gestionnaire d'infrastructure offre à l'opérateur de transport de prestations complémentaires, sur demande.

⁶²⁵ Pour des considérations de clarté, la présentation de ces services techniques reprendra la structure de la classification telle qu'opérée par les Documents de référence du réseau dans les pays analysés.

⁶²⁶ Voir point 5.2 du Document de référence du réseau allemand 2019 (DB Netz AG Network Statement 2019), en vigueur depuis le 9 décembre 2018, p.61, pp.117 ; point 5.2 du Document de référence du réseau français 2019, en vigueur depuis le 7 décembre 2019, p.85, pp.122 ; point 5.2 du Document de référence du réseau britannique 2019 (Network Statement 2019), p.56, pp. 84 ; point 5.2 du document de référence du réseau roumain 2019 (Documentul de referinta al retelei C.F.R.) en vigueur depuis le 9 décembre 2018, p. 46, pp. 64.

⁶²⁷ Par ailleurs, en France des lors que l'utilisation des services de télécommunication (tels que le radio sol-train, la transmission de signaux via ERTMS etc.), il incombe au gestionnaire d'infrastructure de mettre en œuvre ces services auprès des entreprises ferroviaires. Voir en ce sens SNCF Réseau, Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2016 », p.78, pp. 126, précité.

233. **Les prestations complémentaires.** Des prestations dites complémentaires sont offertes par le gestionnaire d'infrastructure à tout opérateur qui en fait la demande. Elles couvrent les demandes d'ouverture supplémentaire de lignes, gares et postes non ouverts en permanence⁶²⁸. Des services de Systèmes d'information (SI) peuvent également être offerts par le gestionnaire d'infrastructure en prestations complémentaires comme, par exemple, la documentation qui comprend au minimum un manuel utilisateur, une notice fonctionnelle ou un support de formation ou encore l'accès à la cellule support »⁶²⁹. Enfin, le gestionnaire ferroviaire français peut proposer aux entreprises ferroviaires de les accompagner dans l'élaboration de Dossier technique visant à vérifier la compatibilité du type d'engin moteur qu'elle compte utiliser avec l'infrastructure ferroviaire⁶³⁰. Celui-ci propose également à son initiative propre des prestations connexes. Si celles-ci sont offertes par le gestionnaire d'infrastructure, ce dernier doit les proposer par la suite à tout opérateur qui en fait la demande⁶³¹. Ces services incluent par exemple l'accès des opérateurs au service de télécommunication utilisant la technologie GSM-R, ou encore la réalisation par le gestionnaire d'infrastructure français des études de faisabilité. L'ensemble de ces services, minimaux, complémentaires et connexes sont proposés par le gestionnaire d'infrastructure français sur les voies principales. Le contrat d'utilisation de l'infrastructure pose également l'obligation du gestionnaire d'infrastructure de proposer aux opérateurs de prestations sur les installations de service⁶³².

⁶²⁸ C'est-à-dire non ouverts par rapport à la notification définitive de décembre a-1 de l'horaire de service.

⁶²⁹ Point 5.2 Prestations associées à la fourniture d'un service SI complémentaire de l'Annexe 3.4.1. du DRR 2019

⁶³⁰ Cette procédure concerne la vérification par la SNCF Réseau de la compatibilité du type de l'engin moteur qu'une entreprise ferroviaire souhaite utiliser sur une section de ligne. L'opérateur ferroviaire doit compléter un formulaire type (disponible à l'annexe 11.2 du DRR) et le transmettre à la SNCF Réseau. Cette dernière dispose d'un délai de quinze jours pour « signaler une non-complétude du dossier de demande transmis » ; dans ce sens point 2.7.2 du DRR 2019.

⁶³¹ Point 5.5.1. Prestations connexes sur les voies principales du SNCF Réseau, Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2019 » en vigueur depuis le 7 décembre 2018, p.89, pp. 122.

⁶³² Point 5.3 du Document de référence du réseau britannique 2019 (Network Statement 2019), p.57, pp. 84 ; point 5.3 du Document de référence du réseau allemand 2019 (DB Netz AG Network Statement 2019), en vigueur depuis le 9 décembre 2018, p.61, pp.117 qui renvoie au Network Statement for Service Facilities by DB Netz AG 2019 (NSSF 2019) General Part (AT), en vigueur depuis le 9 décembre 2019 ; point 5.3 du document de référence du réseau roumain 2019 (Documentul de referinta al retelei C.F.R.) en vigueur depuis le 9 décembre 2018, p. 47, pp. 64

B. Les services du gestionnaire d'infrastructure sur les installations de service

234. **Typologie.** Les installations de service incluent les gares de voyageurs⁶³³, pour le fret – les terminaux de marchandises –, les gares de triage à la gravité⁶³⁴, les voies de service, les centres de maintenance et de logistique, les infrastructures d’approvisionnement en combustible etc. A l’instar des services fournis par le gestionnaire d’infrastructure sur les voies principales, les services proposés par le gestionnaire sur les installations de service se composent des prestations de base et de prestations complémentaires et autres services. Les prestations de base offertes par le gestionnaire d’infrastructure sont des prestations fournies en gare de voyageurs⁶³⁵, des prestations relatives à l’utilisation d’installations d’alimentation électrique et distribution de l’électricité de traction sur les voies ferrées ouvertes à la circulation publique⁶³⁶, à l’utilisation des voies de service⁶³⁷. Enfin les services de base comprennent la prestation d’accès sécurisé (sur la base de la détention du badge CANIF⁶³⁸) aux installations de service. Concernant le spectre de prestations complémentaires et autres services fournis sur les installations de service, le Document de référence du réseau français énumère des prestations fournies dans les gares de voyageurs ouvertes au public, la fourniture de courant de traction, des manœuvres d’installations de sécurité simple, l’accès au canal radio etc. En contrepartie de l’utilisation de ces services, les opérateurs de transport s’acquittent auprès des gestionnaires d’infrastructures des redevances.

⁶³³ En France c’est le Document de Référence des Gares (DRG) qui décrit l’infrastructure des gares de voyageurs ouvertes au public et les informations relatives à leur utilisation (annexe 9.1 Document de référence des gares (DRG) avec DRG partie SNCF Réseau avec Annexes B (9.1.1), Annexes 0 et 0 bis (9.1.3)) du « Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2019 » en vigueur depuis le 7 décembre 2018, pp. 122.

⁶³⁴ Point 3.6.3., SNCF Réseau, « Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2019 » en vigueur depuis le 7 décembre 2018, p.45, pp. 122, Extrait, « Les triages à la gravité sont des lieux d’exploitation où sont assurés, dans le cadre d’un plan de transport, le tri des wagons à la gravité, la recomposition de rames et la formation des trains ».

⁶³⁵ Voir Première Partie, Titre 2 Chapitre 2.

⁶³⁶ Il s’agit en effet de la possibilité des opérateurs de transport des installations de traction électrique, d’alimentation, transport, distribution d’électricité, d’acheminement de l’énergie au point de consommation.

⁶³⁷ Point 5.3.1., SNCF Réseau, « Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2019 » en vigueur depuis le 7 décembre 2018, p.85, pp. 122 Ces prestations comprennent l’utilisation des faisceaux, branchements et aiguilles, utilisation des services de télécommunication, manœuvres des installations de sécurité en vue de l’accès ou l’utilisation de ces installations de service.

⁶³⁸ CANIF : Contrôle d’Accès National Interopérable Ferroviaire. Le badge CANIF est une mesure de sûreté liée à la sécurisation des sites et des activités qui y sont déployées. Pour les conditions particulières d’usage et de l’habilitation CANIF, voir l’annexe 3.2.3 du SNCF Réseau, « Document de référence du réseau ferré national. Horaire de service 2019 » en vigueur depuis le 7 décembre 2018, pp. 122.

§2. La tarification de l'utilisation du réseau ferroviaire national

Fondamentale dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur, la tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire est encadrée par le droit européen (A) dans l'objectif d'une transposition harmonisée au sein des Etats membres (B).

A. Les efforts d'harmonisation du cadre européen de la tarification⁶³⁹

Dans l'objectif de l'harmonisation de la tarification de l'infrastructure ferroviaire, le droit européen prévoit le principe de la tarification au coût directement imputable (1). Néanmoins, ce principe présente des limites (2).

1) Le principe de la tarification au coût directement imputable

235. L'absence de définition de la notion « coût directement imputable ». La tarification, contrepartie de l'utilisation du réseau ferroviaire est l'un des leviers de la création de l'espace ferroviaire unique⁶⁴⁰. Elle contribue à la soutenabilité financière du gestionnaire d'infrastructure tout en constituant un repère de l'utilisation optimale de l'infrastructure ferroviaire⁶⁴¹. L'article 31 paragraphe 3 de la directive 2012/34/UE dite « Recast » pose le principe de base de la tarification au « coût directement imputable ». Ce principe de tarification au coût directement imputable était déjà consacré par le premier paquet ferroviaire infrastructure, à savoir, plus spécifiquement, par l'article 7 paragraphe 3 de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité⁶⁴². Malgré l'absence d'une consécration par la littérature économique de la notion « *coût directement imputable* »⁶⁴³, il semblerait que celui-ci correspond en réalité au coût

⁶³⁹ L'analyse du système tarification est limitée dans cette thèse à la tarification des prestations minimales.

⁶⁴⁰ La tarification regroupe l'ensemble des barèmes des redevances que les gestionnaires d'infrastructure définissent et perçoivent auprès de leurs clients, les entreprises ferroviaires – opérateurs de transport. La tarification de l'accès au réseau ferré national est encadrée par les réglementations européennes. Plusieurs critères sont pris en compte dans la définition des redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire tel que le type de ligne, la tranche horaire, les prévisions de trafic, la nature de l'activité objet de l'exploitation ferroviaire (voyageurs, fret), les services fournis par le gestionnaire d'infrastructure (les sillons, l'accès aux installations de service etc.).

⁶⁴¹ AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), « (CO)Régulation économique des industries de réseau : le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe », dans C. RAPOPORT, « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalités ?* », Bruylant, 2015, Bruxelles. 239, pp.362 ; voir aussi l'article 8.4 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte) publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 14 décembre 2012, n° L 343/32, ses Considérants 42, 43 et 44.

⁶⁴² Dir. 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, JOCE, n°L75/29 du 15 mars 2001.

⁶⁴³ AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), précité. Les auteurs renvoient à un arrêt CJUE, 30 mai 2013, *Commission européenne c/République de Pologne*, aff. C-512/10, ECLI :EU :C :2013 :338 dans lequel la

marginal⁶⁴⁴. Dans cette optique même, le règlement d'exécution (UE) 2015/909 de la Commission du 12 juin 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire a établi dans son Considérant 12 que « *Selon un principe économique bien établi, les redevances d'utilisation de l'infrastructure basées sur les coûts marginaux garantissent que les capacités de l'infrastructure seront utilisées de manière optimale. Par conséquent, le gestionnaire de l'infrastructure peut décider de recourir au substitut des coûts marginaux pour le calcul des coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire* »⁶⁴⁵. Selon ce règlement le coût direct est le coût « directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire »⁶⁴⁶. Enfin, en application de l'article 31 paragraphe 4 de la directive 2012/34/UE précitée, les redevances de base peuvent inclure, au-delà du coût directement imputable, des coûts liés à la rareté des capacités offertes par le gestionnaire d'infrastructure.

236. L'interprétation par la Cour de la notion de « coût directement imputable ». Ni la directive 2001/14/CE précitée ni, ultérieurement, la directive Recast ne comportent aucune définition de la notion de « *coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* ». Par ailleurs, le droit européen ne détermine à aucun moment les coûts qui sont ou non associés à cette notion. Les États membres ont bénéficié ainsi d'une certaine marge d'appréciation dans la transposition dans les droits nationaux de cette notion. Dans l'objectif d'harmonisation des règles d'accès à l'infrastructure ferroviaire, l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne, en sa qualité d'interprète du droit de l'Union, s'était vite rendue indispensable des lors que la Commission européenne avait engagé des procédures en manquement contre un nombre important d'États membres⁶⁴⁷.

Commission avait apprécié que : la notion de « *coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* », au sens dudit article 7, paragraphe 3, renvoie à celle de « coût marginal ». Cette dernière notion correspond uniquement, selon la Commission, aux coûts engendrés par les mouvements effectifs de trains et non aux coûts fixes qui couvrent, outre les coûts liés à l'exploitation du service ferroviaire, les frais généraux afférents au fonctionnement de l'infrastructure devant être supportés même en l'absence de mouvements de trains ».

⁶⁴⁴ Le coût marginal est la différence entre l'ensemble des charges nécessaires à une production donnée et l'ensemble de celles qui sont nécessaires à cette même production majorée ou minorée d'une unité.

⁶⁴⁵ Considérant 12 du Règl. d'exécution (UE) 2015/909 de la Commission du 12 juin 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, *JOUE*, n° L 148/17 du 13 juin 2015.

⁶⁴⁶ *Ibid.* Article 2.

⁶⁴⁷ CJUE, 7 décembre 2012, *Commission européenne c/ République Portugaise*, aff. C-557/10, *JOUE*, n° C 399/3, du 22 décembre 2012; CJUE 14 décembre 2012, *Commission c/Grèce*, aff. C-528/10, ECLI:EU:C:2012:690; CJUE, 28 février 2013, *Commission européenne c/Allemagne*, aff. C-556/10, ECLI:EU:C:2013:116 ; CJUE 18 avril 2013, *Commission c/France*, aff. C-625/10, ECLI :EU:C:2013:243; CJUE 30 mai 2013, *Commission c/Pologne*, aff. C-512/10, ECLI :EU:C:2013:338.

237. **Une application stricte de la notion de « coût directement imputable ».** A l'occasion d'une procédure en manquement engendrée par la Commission européenne contre la Pologne, la Cour de justice a pu rappeler que la notion de coût directement imputable était d'application stricte et que des lors des coûts fixes, les coûts d'entretien et de gestion que le gestionnaire d'infrastructure supportait en absence de mouvements de trains ne pouvaient être que partiellement considérés comme « *imputables* » à l'exploitation du service ferroviaire. En outre, la Cour de justice indique que les coûts financiers, les coûts indirects de l'activité ferroviaire et les amortissements qui ne reflètent pas l'usure réelle de l'infrastructure ne sauraient pas être considérés comme directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire⁶⁴⁸. Dans cette affaire, les conclusions de l'avocat général Niilo Jaaskinen présentées le 13 décembre 2012 étaient aussi intéressantes dans la mesure où il soulignait la complexité de l'interprétation de l'expression « coût directement imputable ». Suivant ses conclusions, cette complexité découlait à la fois de l'imprécision des textes européens sur la notion, mais également de l'absence d'une définition et d'une méthodologie commune créées par des experts au sein de l'Union. Dans ces conditions, rappelait-il, « *la Cour n'est pas en mesure de donner des précisions utiles à cet égard. En particulier, il me paraît vain d'essayer de préciser le sens juridique de cette notion du droit de l'Union, alors qu'il s'agit d'une notion de sciences économiques dont l'application soulève des difficultés pratiques considérables* »⁶⁴⁹.

238. Ces affaires dont le fondement juridique était la directive 2001/14/CE ont montré les difficultés liées à la marge d'appréciation dans la transposition de cette directive. Avec l'apport de la directive Recast et du règlement d'exécution du 12 juin 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, l'harmonisation des règles d'accès à l'infrastructure ferroviaire devra, à long terme, permettre de diminuer ce type de contentieux.

648 CJUE, 30 mai 2013, *Commission européenne c/ République de Pologne*, aff. C-512/10, ECLI :EU :C :2013 :338. Dans cette affaire, la Commission européenne soutenait que la Pologne avait manqué au respect de l'article 7 paragraphe 3 de la directive 2001/14/CE. Elle soutenait que la notion de « coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire » correspondait à la notion économique de « coût marginal », qui elle-même correspondait uniquement aux coûts engendrés par les mouvements effectifs de train, à l'exclusion des coûts fixes qui impliquent des frais généraux de fonctionnement de l'infrastructure et qui sont supportés par le gestionnaire d'infrastructure en absence même de mouvements de trains. La République de Pologne estimait d'abord que la législation polonaise excluait que les coûts imputables à l'exploitation du service ferroviaire correspondaient aux coûts globaux d'entretien et d'exploitation. Ensuite, elle estimait qu'en absence de précision dans le texte de la directive 2001/14/CE sur le sens exact de la notion « coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire », il lui était de possible de fixer les éléments constitutifs de la notion des lors que les États membres pouvaient disposer d'une certaine marge d'appréciation dans ce sens.

649 Concl. A.G. JAASKINEN (N.), 30 mai 2013, *Commission européenne c/ République de Pologne*, aff. C 512/10, ECLI :EU :C :2012 :790, Pt.93.

239. **Des majorations aux coûts encourus par le gestionnaire d'infrastructure.** La directive 2012/34/UE autorise les gestionnaires d'infrastructure à déroger au principe européen de la tarification au coût directement imputable. Ainsi, l'article 32 de la directive précitée permet aux États membres et afin que les gestionnaires recouvrent le total des coûts encourus, de percevoir des majorations aux redevances dans la mesure où le marché s'y prête. L'objectif de cette mesure est de permettre aux gestionnaires d'infrastructure de recouvrer en totalité via la tarification des entreprises ferroviaires les coûts qu'ils supportent. Pour que cette prérogative soit effective, il est indispensable que (1) les entreprises ferroviaires puissent être financièrement soutenables afin de s'acquitter desdites majorations et (2) qu'un examen de soutenabilité du segment de marché même soit réalisé. Ainsi, lorsque les gestionnaires d'infrastructure décident d'introduire des majorations, ils doivent prendre en compte, sur les segments de marché, d'un certain nombre des éléments tel que décrits par l'annexe VI de la directive précitée à savoir spécifiquement la classification service de transport de voyageurs/services de fret, trains services urbains ou régionaux de transport de voyageurs .services interurbains de transport de voyageurs, services ferroviaires réguliers/services ferroviaires occasionnels⁶⁵⁰. Les gestionnaires d'infrastructure sont en outre tenus d'agir dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination des opérateurs ferroviaires et de garantir une compétitivité optimale des segments du marché.

- 2) Les limites de l'harmonisation tarifaire de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire en Europe

240. **Les ambiguïtés du calcul du coût marginal.** La directive 2012/34/UE ne détaillait pas les composantes du coût marginal. A titre d'exemple, M. Amaral et N. Danielowitzova soulignent deux problématiques importantes relatives à la composition du coût marginal : d'abord, les l'intégration ambiguë des coûts de renouvellement dans le calcul du coût marginal et ensuite, l'absence d'encadrement des modalités d'indexation des résultats des modèles de coûts⁶⁵¹. La directive se limite à l'annonce du principe de la tarification au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire⁶⁵². La directive précise que la redevance d'utilisation de l'infrastructure peut inclure une redevance au titre de la rareté des capacités de la section identifiable de l'infrastructure ou encore qu'elle puisse être modifiée pour tenir

⁶⁵⁰ Annexe VI Exigences En Matière De Coûts Et De Redevances En Rapport Avec L'infrastructure Ferroviaire de la Dir. 2012/34/UE précitée.

⁶⁵¹ Amaral (M.), DANIELOWITZOVA (N.), précité.

⁶⁵² Considérant 69 et l'article 31 paragraphes 3 et 6 de la directive 2012/34/UE précitée.

compte des effets sur l'environnement de l'exploitation des trains⁶⁵³. Enfin, la directive autorise le gestionnaire d'infrastructure à percevoir des redevances au titre des capacités utilisées pour l'entretien de l'infrastructure⁶⁵⁴.

241. Les spécifications des composantes du coût marginal. Une précision des méthodologies de calcul. Pour combler les lacunes de la directive 2012/34/UE précitée et pour favoriser l'intégration ferroviaire via l'harmonisation des règles de la tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, le règlement d'exécution (UE) 2015/909 de la Commission du 12 juin 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire a le mérite de définir les composantes du coût marginal ainsi que les méthodologies à utiliser dans le calcul de ces coûts. Ainsi, le règlement précité précise dans son article 3 le mode de calcul des coûts directs à l'échelle du réseau, à savoir notamment les coûts résultant de la différence entre les coûts relatifs à la fourniture des services relevant de l'ensemble des prestations minimales et à l'accès à l'infrastructure reliant les installations de service et, d'autre part, les coûts que l'article 4 du règlement qualifie de « non éligibles ». La liste des coûts non éligibles comprend par exemple, les coûts de l'acquisition, de la vente, du démantèlement, de la décontamination, de la remise en culture ou de la location de terres ou d'autres actifs immobiliers, les coûts généraux afférents au réseau dans son ensemble, notamment les salaires et pensions, les coûts liés au progrès ou à l'obsolescence technologique, les coûts des équipements d'information, des équipements de communication non «sol» ou des équipements de télécommunication etc⁶⁵⁵. Outre la méthodologie prévue par l'article 3(1) du règlement précité, l'article 6 du même règlement permet au gestionnaire d'infrastructure de calculer les coûts directs par le biais des techniques économétriques et/ou d'ingénierie avancées⁶⁵⁶. Dans la mesure où ces méthodologies contribuent à l'estimation concrète des coûts marginaux, elles sont d'une importance cardinale.

⁶⁵³ Article 31 paragraphes 4 et 5 de la directive 2012/34/UE précitée.

⁶⁵⁴ Article 31 paragraphe 9 de la directive 2012/34/UE précitée.

⁶⁵⁵ Article 4 du Règl. d'exécution (UE) 2015/909 précité.

⁶⁵⁶ Les méthodologies d'ingénierie sont basées sur les connaissances et les techniques d'ingénierie et sont parfois complétées par les informations contenues dans les modèles de comptabilité analytique. Elles permettent d'évaluer la relation physique entre l'exploitation des services de train et l'usure de l'infrastructure ainsi que d'estimer les coûts futurs de maintenance et de renouvellement et les allouer à des catégories de coûts et à des objets de référence. L'économétrie est une méthode qui combine mathématiques, statistiques et économie et qui présente l'avantage de ne compter que sur des données pour calculer le coût marginal du trafic. Cette méthodologie nécessite que le gestionnaire d'infrastructure collecte des données détaillées sur les coûts d'exploitation, de maintenance et de renouvellement, sur le trafic et sur d'autres caractéristiques (infrastructures, caractéristiques géographiques ou topologiques, par exemple) à un niveau suffisamment désagrégé pour permettre des estimations satisfaisantes. Voir définitions de ces méthodologies dans IRG–Rail Charges Working Group An introduction to the calculation of direct costs in respect of implementing regulation 2015/909 9 November 2016, p.2, pp.13.

242. **Des méthodologies de calcul fragilisées par la disponibilité des données.** Si ces techniques économétriques et/ou d'ingénierie sont une avancée dans la détermination plus exacte des coûts marginaux, elles sont fragilisées par la disponibilité ou la fiabilité des données qu'elles requièrent⁶⁵⁷. A titre d'exemple, dans son papier du 9 novembre 2016, le groupe européen des régulateurs indépendants⁶⁵⁸ attire l'attention sur le fait que le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire allemand dispose d'un « *système de comptabilité (qui) contenait trop de transactions et de positions de coût dans le bloc « maintenance' du bloc de coûts, ce qui compromettait la faisabilité des calculs* »⁶⁵⁹. Le papier dénonce aussi le fait que certains gestionnaires d'infrastructure ne collectent pas d'informations sur certaines caractéristiques du trafic telles que, par exemple, les charges à l'essieu ou la vitesse des trains qui « *pourraient être utilisées pour améliorer la qualité des estimations économétriques des coûts directs* »⁶⁶⁰. Les difficultés d'estimation des coûts marginaux probléatisent les barèmes de redevances perçues par les gestionnaires d'infrastructure. De ce fait, il est regrettable qu'actuellement les études académiques n'ont pas pu permettre l'élaboration d'une méthodologie standardisée garantissant une estimation plus fidèle des coûts marginaux. A ce titre, le groupe européen des régulateurs indépendants IRG Rail estimait qu'une telle méthodologie standardisée devrait permettre un calcul cohérent des coûts direct des lors qu'elle reposerait sur une définition cohérente des coûts directs, sur des méthodes transparentes de calcul et de mesure et sur des méthodes et techniques similaires pour les estimations économétriques et d'ingénierie⁶⁶¹. A cette complexité méthodologique s'ajoute également l'absence de standardisation dans le calcul des coûts marginaux au sein des pays de l'Union européenne, la conséquence évidente étant l'hétérogénéité

⁶⁵⁷IRG–Rail Charges Working Group An introduction to the calculation of direct costs in respect of implementing regulation 2015/909 9 November 2016, p.10, pp.13; aussi M. AMARAL, N. DANIELOWITZOVA, précité.

⁶⁵⁸ Site internet IRG Rail, Extrait « IRG-Rail est le «Groupe des régulateurs indépendants - Rail», un réseau comprenant actuellement des organismes de réglementation ferroviaire indépendants de 31 pays européens, dont l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, l'ancien République yougoslave de Macédoine, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Kosovo, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse et Royaume-Uni. (...) L'objectif général du groupe des régulateurs indépendants - Rail est de faciliter la création d'un marché ferroviaire européen unique, compétitif, efficace et durable en Europe. L'IRG-Rail sert de plateforme de coopération, d'échange d'informations et de partage des meilleures pratiques entre les régulateurs ferroviaires nationaux afin de faire face aux défis réglementaires actuels et futurs des chemins de fer et de promouvoir une application cohérente du cadre réglementaire européen. », (Traduction libre de l'anglais au français).

⁶⁵⁹ IRG–Rail Charges Working Group An introduction to the calculation of direct costs in respect of implementing regulation 2015/909 9 November 2016, p.10, pp.13, (Traduction libre de l'anglais au français)

⁶⁶⁰ *Ibid.* (Traduction libre de l'anglais au français).

⁶⁶¹ IRG-Rail, "Position paper on the European Commission's upcoming draft implementing act on the modalities for the calculation of the cost that is directly incurred as a result of operating the train", 14-15 October 2013, p.5, pp.6.

des estimations des coûts marginaux et donc de facto l'hétérogénéité des barèmes des redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire.

243. **L'absence d'une standardisation des calculs.** Il y aurait dans l'Union européenne une multitude de variables de facturation, c'est-à-dire une diversité des critères utilisés dans la définition des redevances perçues aux entreprises ferroviaires. En Roumanie⁶⁶², en France⁶⁶³, en Grande Bretagne⁶⁶⁴ et en Allemagne, la variable de facturation est le train km (ou sillon km), mais dans des pays comme la Suède⁶⁶⁵ ou encore le Pays Bas, la facturation s'opère sur la base de l'indicateur tonne km. Il en résulte ainsi que plusieurs aspects limitent l'effort d'harmonisation du cadre légal européen de la tarification tels que l'absence d'une définition commune des coûts marginaux, l'absence d'une méthodologie standardisée et commune pour le calcul de ces coûts voire aussi l'existence de différentes variables de facturation utilisées par les gestionnaires d'infrastructure en Europe. Ainsi, une tarification trop disparate au sein de l'Union risque de nuire à l'intégration ferroviaire et donc à la constitution d'un espace ferroviaire européen.

⁶⁶² DRR CFR 2019 : « Art 4. - La méthode de calcul de la TUI est basée sur les éléments tarifaires suivants: a) la distance parcourue par le train; b) la jauge brute du train; c) type de trafic: fret ou passagers; d) l'itinéraire; e) classe de la section de trafic et dotation avec des systèmes d'électrification pour l'assurance courant de traction ». (Traduction libre du roumain au français).

⁶⁶³ En France, le prix de la redevance de circulation, dont l'objectif, nous l'avons vu, est de couvrir la part variable des charges d'exploitation et de maintenance du réseau supportées par SNCF Réseau, peut être peut-être modulé, dans des conditions non discriminatoires, selon le type de convoi ou de trafic, du tonnage, du mode de traction ou de l'inclusion, dans un convoi, de matériels roulants ou de marchandises entraînant des contraintes particulières

⁶⁶⁴ Schedule 3 Access Charging, the Railways Infrastructure (Access and Management) Regulations 2005 ; aussi Network Statement, 2020, p.63, pp.82. En Grande Bretagne, la redevance d'utilisation de l'infrastructure tient compte de la distance parcourue par le train, de la vitesse, du degré ou de la période d'utilisation de l'infrastructure⁶⁶⁴. Par ailleurs, sur demande des entreprises ferroviaires, Network Rail peut estimer la redevance à payer en fonction du poids, du nombre d'essieux, de la masse non suspendue, de la rigidité en lace, de la vitesse maximale ou de la vitesse de fonctionnement du véhicule, de nombre de place (pour les trains de passagers) etc

⁶⁶⁵ Trafikverket, Network Statement 2020, édition du 14 décembre 2018, p. 87, pp.114. La tarification des prestations minimales s'opère aux tonnes km. La tarification des services de passagers dont la charge est moins ou égale à 17 tonnes par essieu porteur est facturée par 0.0155 couronnes suédoises/ tonne km.

B. La transposition des principes de tarification dans les droits nationaux

Malgré les efforts d'harmonisation de la tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, les États membres mettent en place des pratiques tarifaires différentes (1). En France, le système de tarification a évolué grâce à l'adoption de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire (2).

1) La tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire en France

244. **Le système de tarification avant l'année 2018. Une redevance de circulation au-delà du coût marginal.** Les règles de tarification de l'utilisation du réseau ferré national étaient posées par le décret 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national perçues par SNCF Réseau. Ce décret ne transposait pas exactement les dispositions de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte)⁶⁶⁶ dans la mesure où il ne consacrait pas explicitement le principe de la tarification au coût directement imputable. Cette transposition inexacte en France a permis au gestionnaire d'infrastructure de fixer une redevance de circulation qui allait au-delà du coût marginal⁶⁶⁷.

245. A ce titre, le système de tarification français était dédoublé en fonction de la nature de l'activité : services de transport ferroviaire conventionnés et non-conventionnés. La tarification des activités conventionnées était dite « binôme » du fait de la participation de la région et de l'opérateur historique à la couverture des coûts. En effet, l'État (ou le STIF en Ile de France) prenait en charge les coûts fixes d'exploitation et de maintenance via le paiement d'une redevance forfaitaire (redevance d'accès) qui était équivalente à un droit d'entrée alors que le transporteur s'acquittait des coûts variables à la hauteur de l'utilisation du réseau⁶⁶⁸. Quant à la tarification des activités non conventionnées, celle-ci était dite « linéaire » et l'opérateur historique était soumis au paiement d'une redevance de circulation (RC) couvrant le coût marginal de d'entretien, d'exploitation et de renouvellement, et enfin d'une redevance de réservation (RR) couvrant tout ou partie du coût du capital investi⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 précitée.

⁶⁶⁷ AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), précité.

⁶⁶⁸ SNCF Réseau, Annexe 6.1.1 Principe de la Tarification des prestations minimales, Document de référence du réseau Horaire de service 2018 (version de septembre 2017), p.7, pp.20.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

246. **Le système de tarification depuis l'année 2018. La consécration d'une redevance au coût marginal.** Le cadre tarifaire applicable pour la détermination et la perception des redevances sur le réseau ferré national tel que défini par le décret n°97-446 du 5 mai 1997 précité a été récemment modifié par le décret n°2018-462 du 7 juin 2018 relatif aux redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferroviaire⁶⁷⁰. Ainsi, le principe de la tarification au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire est finalement consacré⁶⁷¹. Après l'adoption du décret du 7 juin 2018, et dans la perspective de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire français, la structure de la tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire est identique pour les activités conventionnées et non conventionnées⁶⁷².

2) La tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire dans les États membres

247. En Grande Bretagne, le principe de la tarification au coût directement imputable à l'exploitation de services ferroviaires est explicitement transposé en droit national. C'est ainsi que le Schedule 3 intitulé « Access Charging » annexé au Railways Infrastructure (Access and Management Regulations) 2005 prévoit au point 1 (4) que «*The charges for the minimum access package and track access to service facilities referred to in paragraphs 1 and 2 of Schedule 2 shall be set at the cost that is directly incurred as a result of operating the train services* »⁶⁷³. Une étude réalisée pour le compte du Centre de régulation en Europe (CERRE) conclut à une variabilité des coûts d'entretien et de renouvellement d'environ 20% alors que les charges actuelles ne récupèrent qu'environ 6% des coûts de maintenance et de renouvellement⁶⁷⁴. Par ailleurs, l'étude fait ressortir que la redevance de capacité en Grande-Bretagne serait en réalité une redevance de congestion dont le caractère trop conséquent n'incite pas les acteurs à une utilisation plus efficace de la capacité ferroviaire.

⁶⁷⁰ Décret n°2018-462 du 7 juin 2018 relatif aux redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferroviaire, *JORF*, n°0131 du 9 juin 2018, texte n°32.

⁶⁷¹ *Ibid.* L'article 1 du décret n°2018-462 du 7 juin 2018 modifie l'article 4 du décret du 5 mai 1997.

⁶⁷² Ainsi, en France, le système de tarification actuel est composé des redevances dues au titre des prestations minimales, des redevances quai (RC), des redevances pour l'usage d'installations de service et enfin des redevances relatives aux prestations complémentaires et connexes. Les redevances des prestations minimales sont les suivantes : (1) une redevance de circulation (RC), (2) une redevance de circulation électrique (RCE), (3) une redevance de marché (RM), (4) une redevance d'accès (RA), (5) une redevance de saturation (RC) et enfin (6) une redevance pour le transport et la distribution de l'énergie de traction (RCTE). Selon le régulateur français, seule la redevance de circulation (RC) « doit refléter directement les coûts encourus par l'entreprise et intégrer ainsi l'effort de productivité produit par le gestionnaire de l'infrastructure ».

⁶⁷³ Schedule 3 « Access Charging », Railways Infrastructure (Access and Management Regulations) 2005 point 1 (4), « Les coûts des prestations minimales et de l'accès en voie aux installations de service visés aux paragraphes 1 et 2 de l'annexe 2 sont fixés au coût directement imputable par l'exploitation des services ferroviaires », (Traduction libre de l'anglais au français).

⁶⁷⁴ Centre on regulation in Europe (CERRE), A. Smith, C. Nash, «Track access charges: reconciling conflicting objectives. Case Study-Great Britain», 9 May 2018, p.26.

248. En Allemagne, la loi Générale sur les Chemins de fer allemands (Allgemeines Eisenbahngesetz) du 27 décembre 1993⁶⁷⁵ transpose explicitement la tarification au coût directement imputable tout en visant « *un objectif plus large qui consiste à apporter de la flexibilité au gestionnaire d'infrastructure dans la construction des redevances* »⁶⁷⁶. La tarification sur la base du coût direct, en allemand -*Einzelkosten*- est par ailleurs confirmée par le Document de référence du réseau allemand et plus spécifiquement par son annexe 6.1⁶⁷⁷. La tarification allemande comprend « *trois éléments généraux pour un ensemble de segments de marché définis : 1. Le cout direct (ou marginal) de l'exploitation ferroviaire ; 2. Marges pour le recouvrement intégral des coûts ; 3. Réductions et surtaxes pour tenir compte par exemple des coûts de bruit, de la flexibilité du temps et demandes de priorité* »⁶⁷⁸. L'étude réalisée par le Professeur Link pour le CERRE met en avant qu'à l'instar de la tarification britannique, la tarification allemande « *ne comprend que quelques éléments pour tenir compte de la rareté (de sillons) et pour définir des incitations à une utilisation efficace des voies* »⁶⁷⁹. Enfin, nous dit Professeur Link, les principaux outils pour l'utilisation efficace des capacités sont « *le contrat de financement pluriannuel entre le gouvernement fédéral et DB (dénommée Leistungs-und Finanzierungsvereinbarung LuFV) (qui) fixe des normes de qualité à respecter dans le cadre d'une contrainte budgétaire et prévoit des sanctions en cas de non-exécution (et) le système de pénalités pour retards qui a été révisé par DB Netz* »⁶⁸⁰. La tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire sur la base du coût directement imputable s'applique aussi en Roumanie (article 31 de la loi 202/2016).

⁶⁷⁵ Loi générale sur les chemins de fer (AEG) en date du 27.12.1993 publiée au Journal officiel fédéral I pp. 2378, 2396, 1994 I p. 2439, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 29 novembre 2018 (Journal officiel fédéral I p.

⁶⁷⁶ AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), précité.

⁶⁷⁷ Voir p. 18 de l'Annexe 6.1. intitulée "Description of how the market segmentation, the costs directly attributable to train operation and the full cost mark-ups were derived"

⁶⁷⁸ Centre on regulation in Europe (CERRE), H. LINK, « Track access charges: reconciling conflicting objectives. Case Study- Germany », 9 May 2018, p.29., (Traduction libre de l'anglais au français).

⁶⁷⁹ *Ibid.*, (Traduction libre de l'anglais au français).

⁶⁸⁰ *Ibid.*, (Traduction libre de l'anglais au français).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

249. **Le rôle déterminant des gestionnaires d'infrastructure.** Les gestionnaires d'infrastructure sont, nous l'avons compris, les garants de l'attribution équitables, transparente et non discriminatoires des sillons. Leur rôle d'arbitrage des demandes concurrentes de sillons est indispensable pour permettre une utilisation optimale de l'infrastructure ainsi que la desserte de l'ensemble des territoires. En prolongement de cette idée, le dialogue entre les opérateurs de transport et le gestionnaire d'infrastructure dans le cadre du processus de demande de sillons est une condition essentielle d'une concurrence ferroviaire réussie. Or, le contrat d'accès aux infrastructures conclu à l'heure par les gestionnaires avec les opérateurs de transport s'apparente à un contrat d'adhésion dont le contenu est fixé arbitrairement par le gestionnaire d'infrastructure.

250. Cette standardisation du contrat, plutôt favorable au gestionnaire d'infrastructure place ses rapports avec les opérateurs de transport dans une logique d'institutionnalisation, au détriment d'une logique de concertation et d'une réelle négociation entre les parties. Une évolution du cadre de ces rapports seraient ainsi opportune. Par ailleurs, un contexte concurrentiel caractérisé par une multitude d'opérateurs ferroviaires sous-entend nécessairement une optimisation des règles d'attribution des sillons qui tiennent compte de la maintenance et de la programmation des travaux. Enfin, l'efficacité des mesures des gestionnaires d'infrastructures ne peut être déterminée de manière isolée, mais, au contraire, elle dépend sensiblement de la collaboration instituée au réseau européen entre les gestionnaires d'infrastructure des États membres.

251. Enfin, instrument juridique de la régulation⁶⁸¹, la tarification de l'utilisation de l'infrastructure présente des enjeux importants pour les nouveaux entrants. Cette importance se vérifie par la mise en œuvre d'un contrôle des régulateurs sectoriels sur cette tarification fixée par le gestionnaire d'infrastructure. Alors que l'objectif de ce dernier est de couvrir par ses recettes le coût complet de l'infrastructure, les régulateurs veillent à ce qu'ils ne commettent pas d'abus telle qu'une tarification abusive ou anormalement élevée par ce dernier, pratiques qui affectent principalement l'exploitation des services en open access (la tarification est fixée en fonction de la capacité contributive du marché).

⁶⁸¹ LAGET-ANNAMAYER (A.), « *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité* », précité.

CHAPITRE 2 LES BARRIÈRES INHÉRENTES AUX RÈGLES D'ACCÈS AUX INSTALLATIONS ESSENTIELLES

252. Les installations de service dont le plus communes sont les centres de maintenance et d'entretien ainsi que les gares de voyageurs sont indispensables aux opérateurs de transport. En effet, « *La maintenance du matériel roulant constitue une composante essentielle de la fourniture de services de transport ferroviaire. Elle vise en effet à assurer une exploitation normale des matériels roulants dans des conditions sûres et efficaces et à limiter les perturbations.* »⁶⁸². Outre leur caractère essentiel à l'exploitation des transports ferroviaires (marchandises et voyageurs), les installations de service présentent des enjeux stratégiques dans la mesure où n'étant pas aisément reproductibles, elles engendrent d'important coûts pour les opérateurs de transport. Une entreprise détentricice d'une telle installation tout en charge de l'exploitation des services de transport pourrait être tentée de refuser l'accès d'autres opérateurs afin de consolider sa domination sur le marché⁶⁸³. Elle bénéficierait ainsi d'un avantage concurrentiel, mais elle commettrait un accaparement illicite du marché. Il apparaît ainsi que les conditions d'accès de ces derniers aux installations de service se répercutent sur le développement de la concurrence et l'émergence d'un tissu d'opérateurs alternatifs.

253. Afin de réduire les barrières à l'entrée sur le marché de transport ferroviaire de voyageurs, le droit européen et les droits nationaux, prévoient un régime d'accès des opérateurs de transport aux installations de service centré sur un droit d'accès, de manière non-discriminatoire, aux installations d'entretien et aux autres infrastructures techniques, ainsi qu'aux services qui y sont fournis (**Section 1**). Un tel droit est également prévu pour l'accès aux gares ferroviaires, « *Temples de la nouvelle religion du chemin de fer (la railwaymania)* »⁶⁸⁴, et pôles d'échanges et de multimodalité (**Section 2**).

⁶⁸² Autorité de régulation des transports (ex-Arafer), Décision n°2020-033 du 28 mai 2020 portant mise en demeure de SNCF Voyageurs pour non-respect des obligations lui incombant au titre de l'accès aux installations de service des centres d'entretien et aux prestations qui y sont fournies pour l'horaire de service 2020, p.13.

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ SAUGET (S.), « Pour une histoire des usages détournés des gares parisiennes ou l'envers des grandes gares de voyageurs », *Revue d'histoire des chemins de fer*, 38, 2008, mis en ligne le 17 mai 2011.

SECTION 1. L'AMÉNAGEMENT DE L'ACCES AUX INSTALLATIONS DE SERVICE FERROVIAIRE

Les conditions d'accès aux installations de service sont posées par le droit européen (§1). Elles ont été transposées en France (§2).

§1. Les conditions d'accès aux installations de service en Europe

Initialement prévu par la directive 2012/34/UE (refonte) (A), le régime d'accès aux installations de service a été reconsidéré dans le cadre du règlement d'exécution 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire (B).

A. Le régime d'accès posé par la directive 2012/34/UE (refonte)

Distinguant entre les infrastructures ferroviaires et les installations de service (1), la directive 2012/34/UE, consacre le droit d'accès des opérateurs ferroviaires à ces dernières (2). Toutefois, dans certaines circonstances, ce droit peut être refusé (3).

1. La notion d'« installation de service »

254. **La différenciation des installations de service par rapport à l'infrastructure ferroviaire.** La directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique⁶⁸⁵ distingue entre les infrastructures ferroviaires et les installations de service. L'infrastructure ferroviaire comprend les éléments qui font partie des voies principales, des voies de service⁶⁸⁶ tels que les quais à voyageurs et à marchandises, les passages à niveau, les chaussées des cours de voyageurs et de marchandises. Les installations de service, sont définies comme des installations (terrains, bâtiments et équipements) spécialement aménagées pour permettre la fourniture des services ferroviaires. L'annexe II de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012, plus détaillée et plus exhaustive que celle de la directive 2001/14/CE, s'y réfère en listant les gares de voyageurs, les gares de triage, de manœuvre, les installations

⁶⁸⁵ Dir. 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, JOCE, n° L 75/29 du 15 mars 2001.

⁶⁸⁶ A l'exception des voies de service situées à l'intérieur des ateliers de réparation du matériel et des dépôts ou garages d'engins de traction.

d'entretien⁶⁸⁷, tout en listant les services offerts dans ces installations – des prestations complémentaires⁶⁸⁸ et connexes⁶⁸⁹. Si les installations au sens large permettent la réalisation du service de transport ferroviaire de voyageurs et de marchandises, le régime d'accès est différent selon qu'il s'agit de l'accès à l'infrastructure ferroviaire ou aux installations de service, l'un étant obligatoire pour le gestionnaire d'infrastructure, l'autre étant facultatif⁶⁹⁰ et ouvrant la voie à un refus en cas d'« *alternative viable* ». La directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 n'a pas modifié l'annexe II de la Directive 2012/34/UE. Néanmoins des incohérences subsistent entre les annexes I et II de la directive 2012/34/UE ce qui peut affecter la différenciation installations de service-infrastructure ferroviaire.

255. Des incohérences textuelles dans la directive 2012/34/UE. La directive 2012/34/UE soulève une difficulté en termes d'articulation entre l'annexe I (Liste des éléments de l'infrastructure ferroviaire) et l'annexe II (Services à fournir aux entreprises ferroviaires). Une lecture fragmentée de ces annexes non seulement nuirait à la cohérence économique et technique, mais aussi impacterait de manière négative la rigueur du périmètre du droit d'accès équitable et non-discriminatoire. Pour y remédier, l'ARAFER⁶⁹¹, propose une lecture combinée qui permettrait de placer les installations de service, indispensables au fonctionnement des services ferroviaires, dans le champ du droit d'accès obligatoire d'opérateurs de transport qui accèdent au réseau national. Par ailleurs, la présence d'éléments communs comme les quais à voyageurs à la fois dans l'annexe I et l'annexe II listés est susceptible de poser des difficultés d'interprétation et de nuire à la lisibilité de la tarification des redevances à payer par les opérateurs de transport. C'est précisément cet aspect qui découle de l'affaire WESTbahn Management GmbH contre ÖBB-Infrastruktur AG⁶⁹².

⁶⁸⁷ Point 2 de l'annexe II de la directive 2012/34/UE.

⁶⁸⁸ *Ibid.* Point 3

⁶⁸⁹ *Ibid.* Point 4.

⁶⁹⁰ Il est nécessaire de délimiter avec beaucoup de précision le périmètre physique et technique des installations de service et de l'infrastructure ferroviaire. De cette délimitation physique et technique dépend la répartition des compétences entre le gestionnaire d'infrastructure et les exploitants d'installations de service ferroviaire. L'exactitude de ces délimitations influe aussi sur les procédures de demandes d'accès à l'infrastructure et aux installations de service, sur les conditions et la tarification d'accès et donc in fine sur la dynamique concurrentielle des opérateurs ferroviaires qui peuvent être dissuadés d'accéder sur le marché des lors que les coûts de mise en œuvre de ces installations de service sont trop importants.

⁶⁹¹ ARAFER, Avis n° 2015-023 du 1er juillet 2015 sur les projets d'ordonnance et de décrets transposant la directive 2012/34/UE, p.20, pp.32.

⁶⁹² Concl. A.G. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA (M.), 28 mars 2019, *WESTbahn Management GmbH c/ ÖBB-Infrastruktur AG*, aff. C-210/18, *Rec. num.*

256. **La concrétisation jurisprudentielle.** En Autriche OBB-Infrasruktur, le gestionnaire d'infrastructure est aussi exploitant des installations de service. Considérant que les redevances pour l'utilisation des stations de chemin de fer étaient trop élevées, l'entreprise ferroviaire Westbahn avait déposé une plainte auprès de l'organisme de contrôle autrichien⁶⁹³, cette dernière adressant ultérieurement les questions préjudicielles à la Cour de Justice. La question centrale était de savoir si les quais de voyageurs devaient être considérés des éléments de l'infrastructure ferroviaire (annexe I) relevant des prestations minimales fournis par le gestionnaire d'infrastructures conformément à l'annexe II point 1 de la directive 2012/34/UE ou encore d'installations de service ferroviaire tel que prévues par l'annexe II point 2 de la même directive. Si avant l'entrée en vigueur de la directive 2012/34/UE la réponse à cette question était simple car à toute évidence l'utilisation des quais dérivait de l'utilisation des gares, l'adoption de la directive 2012/34/UE avec l'intégration d'un point c) « utilisation de l'infrastructure ferroviaire » dans l'annexe II Services à fournir aux entreprises ferroviaires créait une confusion quant à la nature des quais à voyageurs.

257. Comme l'a souligné l'Avocat Général M. Manuel Campos Sanchez -Bordona, l'identification avec précision de la nature des quais à voyageurs était cardinale d'un point de vue de la tarification des redevances. Si les quais à voyageurs étaient considérés des installations de service, la tarification de leur accès devait être réalisée au coût de la prestation de service majorée d'un bénéfice raisonnable. A contrario, lorsque les quais à voyageurs étaient considérés des éléments de l'infrastructure ferroviaire leur accès était soumis à la tarification au coût directement imputable fixée par l'article 31 paragraphe 3 de la directive 2012/34/UE. En continuité de la juridiction de renvoi et des conclusions de l'Avocat Général⁶⁹⁴, la Cour de Justice avait jugé que les quais de voyageurs faisaient partie de l'infrastructure ferroviaire et, donc, des prestations minimales fournies par le gestionnaire d'infrastructure. Si avec cette jurisprudence la Cour confirme les incohérences textuelles entre les directives européennes⁶⁹⁵, sa position traduit la volonté de favoriser les conditions d'accès des entreprises ferroviaires au

⁶⁹³ Institué en application de l'article 55 de la directive 2012/34/UE précitée.

⁶⁹⁴ Concl. A.G. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA (M.), 10 juillet 2019, *WESTbahn Management GmbH c/ OBB-Infrastruktur AG*, aff. C-210/18, *Rec. num.* précitées. Selon l'A.G., les quais à voyageurs dans les gares « font partie de l'infrastructure ferroviaire dont l'utilisation relève de l'ensemble des prestations minimales disponibles pour toute entreprise ferroviaire ». Par ailleurs, il indique : « 46. Le législateur de l'Union semble donc avoir voulu que la disponibilité des quais soit toujours assurée, en tant que composante de l'ensemble des prestations minimales, en incluant ceux-ci parmi les composantes essentielles auxquelles renvoie l'annexe I de la directive 2012/34 »⁶⁹⁴ tout en étant logique « ... puisque l'on ne saurait imaginer une utilisation efficace du train sans la garantie d'effectuer l'embarquement et le débarquement par les quais ».

⁶⁹⁵ CJUE, 10 juillet 2019, *WESTbahn Management GmbH c/ OBB- Infrastruktur AG*, aff. C-210/18, *Rec. num.*, Pt.29-32.

marché du transport ferroviaire dans la mesure où la tarification des prestations minimales est davantage favorable aux entreprises ferroviaires.

2. La consécration d'un droit d'accès des opérateurs de transport aux installations de service

258. Les exploitants des installations de service sont des entités publiques ou privées en charge d'une ou plusieurs installations de service qui doivent « *fournir à des entreprises ferroviaires un ou plusieurs services visés à l'annexe II, points 2, 3 et 4* »⁶⁹⁶. Si la directive 2012/34/UE accordait aux entreprises ferroviaires exploitant des services ferroviaires de *fret* et des services ferroviaires *internationaux* un droit d'accès non discriminatoire et équitable aux installations de service, la directive 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 oblige les exploitants d'installations de service d'accorder aux entreprises ferroviaires, un droit d'accès pour « *l'exploitation de service de transport ferroviaire de voyageurs* »⁶⁹⁷. L'article 8 du règlement d'exécution (UE) 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire adopté pour préciser les détails de la procédure et des critères d'accès aux installations de service et services afférents⁶⁹⁸ oblige les entreprises ferroviaires à indiquer dans leurs demandes l'installation de service à laquelle ils souhaitent accéder ainsi que le/les services associés au transport ferroviaire souhaité⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Article 3 point 12 de la directive 2012/34/UE.

⁶⁹⁷ Article 7 septies de la directive 2016/2370.

⁶⁹⁸ Règl. d'exécution (UE) 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire, *JOUE*, n° L 307/1 du 23 novembre 2017.

⁶⁹⁹ Les exploitants ne peuvent pas obliger les entreprises ferroviaires à acheter d'autres services qui ne sont pas liés au service souhaité. Les exploitants d'installations de service ont l'obligation de répondre dans le délai raisonnable fixé par l'organisme de contrôle. S'ils estiment que les demandeurs n'ont pas fourni des informations suffisantes leur permettant de prendre une décision éclairée sur leur accès aux installations, ils peuvent solliciter de la part de ces derniers qu'ils leur communiquent les informations manquantes dans un délai bien déterminé. Lorsque les exploitants décident de refuser l'accès aux installations, ils doivent, en application de l'article 13 paragraphe 4 de la directive 2012/34/UE justifier par écrit leur décision et indiquer les alternatives viables dans d'autres installations. En cas de différend entre les exploitants et les entreprises ferroviaires, ces dernières peuvent introduire une plainte auprès de l'organisme de contrôle. Enfin, pour assurer une utilisation optimale des installations de service, lorsqu'une installation de service n'a pas été utilisée pendant au moins deux années consécutives et lorsque des entreprises ferroviaires se sont déclarées intéressées auprès de l'exploitant pour y accéder, la directive 2012/34/UE permet au propriétaire de l'installation de service d'annoncer publiquement la disponibilité de celle-ci.

3. Le refus d'accès aux installations de service

259. **L'alternative viable, refus objectif de l'accès aux installations de service.** Outre les cas de saturation et de rareté de la capacité, la directive 2012/34/UE permet aux exploitants d'installations de service de refuser les demandes d'accès formulées par les entreprises ferroviaires des lors que ces dernières disposent d'« *alternatives viables (leur) permettant d'exploiter le service de fret ou de transport de voyageurs concerné sur le même trajet ou sur un itinéraire de substitution dans des conditions économiquement acceptables* »⁷⁰⁰.

260. **L'appréciation de l'« alternative viable ». La prévalence du critère économique.** Le critère de *viabilité* de l'alternative de l'opérateur de transport réside principalement dans « les conditions *économiquement acceptables* » dans lesquelles l'opérateur exploitera ses services sur le même trajet ou sur un itinéraire de substitution. La détermination de ce critère purement économique était légèrement différente dans l'article 5 de la directive 2001/14/CE où il était précisé que « *Les services de l'annexe II, point 2, sont fournis de manière non discriminatoire et les demandes des entreprises ferroviaires ne peuvent être rejetées que s'il existe d'autres options viables aux conditions du marché* ». Même si la terminologie employée par la directive 2012/34/UE est différente de celle de la directive 2001/14/CE (alternative vs. option), il en demeure pas moins que des lors que l'opérateur de transport peut réaliser son service sans accès à une infrastructure de service spécifique et opter pour une autre, l'exploitant est libre de refuser sa demande d'accès. Néanmoins, nous notons une subtilité dans l'évolution des termes utilisés dans la mesure où l'alternative viable ne s'apprécie plus en fonctions des conditions du marché (qui peuvent ne pas être limitées uniquement aux aspects économiques), mais aux conditions économiques acceptables. Il y a donc une prévalence du critère économique dans l'appréciation des alternative viables des opérateurs de transport.

261. Enfin, pour éviter l'arbitraire éventuel de l'exploitant des installations de service, la directive oblige ce premier à motiver à l'écrit sa décision de refus et à indiquer les alternatives viables dans les autres installations. Le différend entre un exploitant d'installations de service et une entreprise ferroviaire au regard du refus d'accès est traité par la commission de contrôle qui « examine le dossier et prend des mesures, le cas échéant pour qu'une partie adéquate de la capacité soit dévolue à ce candidat ».

⁷⁰⁰ Article 14 paragraphe 3 de la directive.

262. Pour l'instant le contentieux d'opérateurs ferroviaires en relation avec l'accès aux infrastructures de service n'est pas abondant. Toutefois, compte tenu de l'importance de ces installations dans le contexte de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires de voyageurs, la Commission européenne a souhaité apporter des précisions quant aux procédures, conditions et délai des traitement des demandes d'accès d'opérateurs de transport auxdites installations. C'est dans ce cadre qu'est intervenu le règlement d'exécution 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire⁷⁰¹.

B. L'évolution du cadre d'accès au marché des installations de service ferroviaire

Le règlement 2017/2177 fait évoluer le cadre de l'accès aux installations de service ferroviaire par la fixation d'un ensemble des obligations comme celle relative à la description de l'installation de service (1). Il tend à renforcer la coopération entre les gestionnaires d'infrastructures et les exploitants d'installations de service (2) et il vise à clarifier la notion d'« alternative viable » (3). Assorti d'un certain nombre de dérogations à son application, sa portée est limitée (4).

1. Le renforcement de la transparence de l'accès aux installations via l'obligation stricte de description de l'installation de service

263. **L'obligation stricte d'exploitants à décrire l'installation de service ferroviaire.** Si la portée du règlement est limitée par la possibilité des dérogations au bénéfice d'exploitants, l'obligation stricte de ces derniers à procéder à la description de l'installation de service et à sa publication constitue un ancrage juridique important de l'augmentation de la transparence de l'accès à ces installations. C'est pour cela qu'en application de l'article 4 du règlement d'exécution 2017/2177, les exploitants d'installations de service doivent établir une description des installations de service et de services dont ils sont responsables. Cet article comporte une liste non exhaustive d'informations qui doivent apparaître dans la description comme par exemple, la description des caractéristiques techniques de l'installation, les services associés proposés dans l'installation⁷⁰² etc. L'objectif de cette disposition est de renforcer la transparence des conditions d'accès aux installations de service et aux services associés. Cette liste confirme,

⁷⁰¹ Règl. d'exécution 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire, *JOUE*, n° L 307/1 du 23 novembre 2017.

⁷⁰² *Ibid.* Article 4.

sans ambiguïté, que la communication d'exploitants sur les installations de service est un facteur essentiel de l'accès d'opérateurs à ces installations et donc de la soutenabilité et pérennité du marché des installations de service dans son ensemble. En effet cette description permet aux opérateurs de transport souhaitant un accès à ces installations et service d'avoir une visibilité sur la nature et la disponibilité de celles-ci, et donc de s'organiser, anticiper et agir en connaissance de cause. L'inclusion dans cette liste d'informations sur les tarifs d'accès aux installations de service et sur les systèmes de réduction offerts aux candidats est aussi un élément qui renforcera la prévisibilité des charges au bénéfice d'opérateurs de transport.

264. **Des éléments indispensables manquants de la liste.** Toutefois, aussi compréhensive et exhaustive que cette liste se veut, elle se garde toutefois d'intégrer certains aspects, pourtant indispensables aux opérateurs et au marché. Nous pensons notamment à la méthodologie et les règles de calcul que les exploitants d'installations utiliseront dans la définition des charges, ou encore, aux informations sur les modifications à venir de la méthodologie de calcul et des principes de tarification de l'accès. Ensuite le texte est aussi silencieux sur la notion d'« *impact important* (de modifications des caractéristiques techniques et des restrictions temporaires de capacité) *sur le fonctionnement de l'installation de service, y compris les travaux prévus* »⁷⁰³. Vague par nature, cette notion aurait nécessité une quantification plus exacte, dans des paramètres propres définis, conjointement par l'opérateur de transport et l'exploitant de l'installation et non pas être laissée à la seule appréciation de ce dernier. Cet encadrement aurait permis d'éviter l'arbitraire éventuel de l'exploitant dans l'appréciation dudit impact. Enfin, il est aussi regrettable que parmi cette liste seuls les points a) à d) et m) sont rendus obligatoires dans la description alors que l'ensemble de ces éléments auraient dû être rendus obligatoires afin de consolider le régime et les conditions de l'accès à ces installations.

265. Compte tenu de l'importance d'installations de service et des services associés dans le contexte concurrentiel, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'aligner le régime du droit d'accès que les exploitants de ces installations mettent en œuvre aux exigences du régime d'accès que les gestionnaires d'infrastructures pratiquent eux même quant à l'accès au réseau national.

⁷⁰³ *Ibid.* Article 4 point l).

2. Le renforcement de la coordination entre l'allocation de la capacité et l'accès aux installations de service

266. La coopération entre les gestionnaires d'infrastructures et les exploitants d'installations de service. Les besoins de synchronisation de la programmation entre l'accès aux sillons et l'accès aux installations de service appellent indubitablement à une coopération entre les gestionnaires d'infrastructure et les exploitants d'installations de service. A ce titre, la Commission européenne a formalisé la coordination entre l'allocation de la capacité et l'accès aux installations de service à l'article 7 du règlement d'exécution 2017/2177 précité.

267. Un cadre insuffisant de coopération. Le règlement indique que l'obligation de coopération s'applique aux gestionnaires d'infrastructure, aux exploitants d'installations de service et d'installations liées et aux candidats qui *peuvent être associés à cette coopération s'ils en font la demande*. Or, selon une logique de cohérence complète il aurait été plus judicieux que tous les candidats soient associés au processus de coopération, dans le cadre d'une obligation de résultat. Leur participation n'aurait dû pas se résumer à leur seule « association ». A ce titre, le règlement aurait dû consacrer clairement la possibilité des candidats à faire des propositions et à contribuer véritablement à l'articulation de la capacité ferroviaire avec l'accès aux installations de service dans la mesure où ce sont les opérateurs ferroviaires qui sont directement et individuellement impactés par les deux processus. Enfin, le processus de coopération est fragilisé par l'absence dans l'article 7 du règlement d'une réelle hiérarchisation des pouvoirs de décision des participants. Par exemple, le texte ne précise pas si, en cas de désaccord, la position des exploitants d'installations prévale sur celle de gestionnaires d'infrastructure ou si c'est la situation inverse qui devra être retenue. La procédure de coopération consacrée ainsi par l'article 7 est désormais ambiguë car par la signification même du mot « coopération » employé par le règlement, elle est orientée davantage sur les résultats escomptés et moins sur la capacité d'anticipation et de planification d'acteurs au regard des mesures à adopter. Autrement dit, le cadre de la coopération est construit d'une manière à favoriser plutôt la cohésion des acteurs au détriment de la cohérence des mesures à intervenir⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Sur ce point voir aussi Alliance of Rail New Entrants (AllRail), Public consultation, "Access to service facilities and rail related services", Allrail's inputs to the European Commission's draft implementing act, August 2017, p.10, pp.21 précité qui avait proposé l'utilisation du mot « *coordination* » à la place de celui de « *coopération* » pour décrire l'essentiel de la procédure prévue par l'article 7.

3. La tentative de clarification de la notion d'« alternative viable »

268. **L'appréciation de l'existence d'une « alternative viable » dans une approche collaborative entre le candidat et l'exploitant.** A l'exception d'une définition susceptible d'interprétations, la directive 2012/34/UE ne fournit pas suffisamment de précisions sur la notion d'alternative viable. Pour combler ces lacunes, le règlement d'exécution s'y réfère. A la différence de la directive 2012/34/UE, le règlement fournit a minima des critères cumulatifs que l'exploitant prendra en considération pour estimer la viabilité de l'alternative à savoir « *le caractère remplaçable des caractéristiques opérationnelles de l'installation de service de substitution; le caractère remplaçable des caractéristiques physiques et techniques de l'installation de service de substitution; l'impact évident du caractère attractif et compétitif du service de transport ferroviaire envisagé par le candidat; le coût supplémentaire estimé pour le candidat* ». Par ailleurs, le candidat lui-même évaluera si l'utilisation de l'installation de substitution proposée lui permettrait d'exploiter le service de transport envisagé dans des conditions économiquement acceptables.

269. Malgré la proposition de l'association European Rail Freight (ERFA)⁷⁰⁵ que l'évaluation de l'existence d'une alternative viable pour les opérateurs soit réalisée dans le cadre d'un processus d'analyse qui associe outre le candidat et l'exploitant de l'installation de service, l'exploitant de l'installation de service proposée et le gestionnaire d'infrastructure, la Commission européenne a retenu que les seuls en mesure d'apprécier l'alternative viable étaient l'exploitant d'installation qui a reçu la demande et le candidat.

⁷⁰⁵ L'association European Rail Freight (ERFA) dédié au fret avait formulé des commentaires et des changements lors de la consultation de la Commission sur le projet de l'actuel règlement d'exécution 2017/2177. Elle avait proposé ainsi, que l'évaluation de l'existence d'une alternative viable pour les opérateurs soit réalisée dans le cadre d'un processus d'analyse qui associe outre le candidat et l'exploitant de l'installation de service, l'exploitant de l'installation de service proposée et le gestionnaire d'infrastructure. Cette proposition est basée sur l'idée d'une extension de la démarche collaborative associant les acteurs clés du processus d'attribution des capacités d'infrastructure et d'installations de service afin de rendre plus cohérent ce processus. Les avantages de la proposition faite par l'association European Rail Freight auraient été nombreux : (1) l'amélioration de la transmission des informations relatives à l'usage de l'installation de service, des coûts qu'elle implique, des besoins des candidats ; (2) l'articulation de l'attribution des capacités d'infrastructure ferroviaire avec l'accès aux installations de service ; (3) le renforcement de l'organisation, de la méthodologie et des échanges des acteurs ; (4) l'augmentation de la visibilité et de la transparence dans le processus d'attribution de l'accès aux installations de service ; (5) la collaboration des acteurs en amont sur le plan de l'accès aux installations de service est supposée améliorer la dynamique du marché même des installations de service.

270. Les critères de l'analyse de la « *viabilité* » portent pour l'essentiel sur les caractéristiques opérationnelles, physiques et techniques de l'installation de service de substitution⁷⁰⁶.

4. La portée du règlement limitée par le champ extensif de dérogations

271. **Les dérogations au règlement, le risque des pratiques anticoncurrentielles sur le marché des installations de service.** Malgré la volonté de la Commission européenne à mettre en place un cadre d'optimisation de l'utilisation des infrastructures de services ferroviaire, le règlement d'exécution 2017/2177 du 22 novembre 2017 précité, instrument de référence en la matière voit sa vocation fragilisée par l'autorisation d'exploitants de ces installations à solliciter qu'ils soient exemptés de l'application « *de l'ensemble ou de certaines des dispositions* »⁷⁰⁷. Ce dernier fixe toutefois *a minima* l'obligation des exploitants à respecter l'article 4 paragraphe 2 points a) à d) et m) relatif à la description de l'installation de service et l'article 5 relatif à la publication de ladite description. Cette marge de manœuvre au profit d'exploitants d'installations de service à choisir librement les dispositions auxquelles ils souhaitent se soumettre risque de nuire à la fois à la rigueur de la mise en œuvre d'un régime claire et objectif d'accès d'opérateurs à ces installations, mais aussi à l'harmonisation des normes européennes. Il existe ainsi le risque d'une réelle fragmentation de l'intégration européenne des chemins de fer des lors qu'il existe une hétérogénéité des procédures, délais et exigences applicables aux exploitants d'installations de service ferroviaire dans l'ensemble des pays de l'Union européenne.

272. A l'instar de la position d'AllRail, les dispositions qui auraient pu faire l'objet d'une dérogation sont celles qui n'ont aucun potentiel discriminatoire vis-à-vis de demandeurs d'accès aux installations, à savoir, par exemple, l'obligation d'exploitant à communiquer les informations complémentaires prévus par l'article 6 paragraphe 3 en temps réel sur une portal internet commun⁷⁰⁸. Enfin, la possibilité envisagée par l'article 2 paragraphe 2 du règlement à exonérer de l'application du règlement les exploitants d'installations « *de service ou les services*

⁷⁰⁶ L'exploitant de ces installations se trouve donc dans la meilleure position pour connaître ces éléments. Cette situation génère une certaine asymétrie de l'information qui profite à l'exploitant de l'installation. Dans ce cas, et pour que l'évaluation de l'alternative viable soit la plus exacte possible, il est indispensable que des efforts de collaboration soient mis en œuvre par les deux parties.

⁷⁰⁷ Article 2 paragraphe 1 du Règl. d'exécution 2017/2177 précité.

⁷⁰⁸ Alliance of Rail New Entrants (AllRail), Public consultation, "Access to service facilities and rail related services", Allrail's inputs to the European Commission's draft implementing act, August 2017, p.4, pp.21 précité.

qui sont exploités ou fournis dans un environnement de marché concurrentiel » ne dispose pas d'une justification objective. En effet, l'existence d'un marché concurrentiel d'installations de service ne peut pas suffire à lui-même pour considérer qu'il n'existerait pas de risque d'atteinte au droit d'accès des opérateurs ferroviaires à ces installations. Similairement, le fait que diverses entreprises offrent des services similaires ne constitue pas un argument pertinent pour attribuer le bénéfice de ces dérogations aux exploitants de service ferroviaire. Comme souligné par AllRail, cette disposition va à l'encontre de l'esprit de la directive 2012/34/UE même qui vise à la préservation d'un ordre concurrentiel dans le secteur de transport ferroviaire de voyageurs⁷⁰⁹.

273. Le cadre européen de l'accès aux installations de service illustré, il est indispensable d'appréhender la transposition de ces dispositions européennes en France.

274. **L'abandon d'une appréciation purement économique de la viabilité.** Les critères de l'analyse de la « *viabilité* » portent pour l'essentiel sur les caractéristiques opérationnelles, physiques et techniques de l'installation de service de substitution. Le candidat doit expliquer en détail le schéma d'accès et d'utilisation de l'infrastructure et l'exploitant doit s'efforcer de fournir une analyse individualisée de l'alternative viable qui réponde aux besoins spécifiques du candidat⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Voir dans ce sens la position du European Rail Freight Association (ERFA), Input Paper, « Access to service facilities and rail related services », ERFA input to the European Commission 's draft implementing act », december 2016, p.8, pp.12.

§2. La régulation de l'accès aux installations de service en France

La régulation de l'accès aux installations de service en France (B) porte sur un périmètre précis (A).

A. Le périmètre de régulation

275. **Le cadre légal national de régulation des installations de service.** Le Décret n° 2016-1468 du 28 octobre 2016 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire⁷¹¹ transpose en France les dispositions de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen. Il a modifié le décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire⁷¹² ainsi que le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national⁷¹³. Plus récemment, l'ordonnance n°2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire⁷¹⁴ consolide les règles d'accès non discriminatoires des opérateurs aux installations de service en y ajoutant un ensemble des mesures. Elle ajoute le nouvel article L.2123-3-1 du Code des transports qui rappelle le principe de l'accès à des conditions équitables, non discriminatoires et transparentes des opérateurs aux installations de service et services afférents. A la suite de la réforme ferroviaire de l'année 2014, SNCF Réseau a récupéré les cours de fret, certaines stations de distribution de gazole, qui s'ajoutent aux gares de triage et aux voies de service dont il était déjà propriétaire⁷¹⁵. Les gares de voyageurs sont gérées par Gares & Connexions⁷¹⁶ appartenant à la branche Voyageurs de SNCF Mobilités. Les centres de maintenance et les stations de distribution de gazole dans ces centres se trouvent dans le giron de SNCF Mobilités.

⁷¹¹ Décret n° 2016-1468 du 28 octobre 2016 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire *JORF*, n°0255 du 1^{er} novembre 2016.

⁷¹² Décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaires, *JORF*, n°0019 du 22 janvier 2012.

⁷¹³ Décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF*, n°57 du 8 mars 2003.

⁷¹⁴ Ordonnance n°2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF*, n°0162 du 16 juillet 2015.

⁷¹⁵ ARAFER, site internet, «5 mai 2015 – Installations de service du réseau ferré : l'ARAF (devenue ARAFER) rend son avis sur les projets de tarification 2016 à la suite de la réforme ferroviaire »

⁷¹⁶ Voir Section 2.

276. **Des installations de service hors le champ de la régulation.** Il existe des installations de service qui ne sont pas soumis aux exigences qui découlent du décret du 20 janvier 2012 tel que modifié en 2016. A titre d'exemple, les voies situées à l'intérieur des centres d'entretien, des lors qu'elles ne sont pas utilisées pour la réalisation des prestations de maintenance ou encore les voies situées à l'intérieur des dépôts ou garages spécialement conçus pour les engins de traction⁷¹⁷. Le maintien de ces exclusions permet de sortir du périmètre de la régulation un nombre important des sites d'approvisionnement,⁷¹⁸ dont la pertinence dans un contexte concurrentiel est considérable. Le risque de maintien de ces exclusions est donc à long terme d'heurter la possibilité d'opérateurs de transports d'y accéder et donc de maintenir et développer un climat concurrentiel opportun.

B. L'accès aux installations de services en France

Pour bénéficier des services réalisés par les exploitants d'installations (2), les entreprises ferroviaires doivent suivre une procédure de demande d'accès aux installations (1).

1. La procédure

277. **Le délai raisonnable de traitement des demandes d'accès aux installations de service.** Les exploitants d'installations de service doivent traiter les demandes d'accès des entreprises ferroviaires aux installations de service dans un délai raisonnable fixé par le régulateur sectoriel⁷¹⁹.

⁷¹⁷ A l'instar de l'annexe I de la Dir. 2012/34/UE qui elle-même exclut ces éléments de la liste des éléments constitutifs de l'infrastructure ferroviaire, le décret du 20 janvier 2012 modifié par le décret du 28 octobre 2016 les exclu aussi du périmètre des installations soumises à régulation. Si la directive exclue du périmètre des installations dans son annexe I dédiée au éléments constitutifs du réseau, il n'est pas clairement établi si elles devaient être aussi exclues sur la base de l'annexe II consacrée aux installations de service ; dans ce sens voir, ARAFER, Avis n°2016-094 du 8 juin 2016 portant sur le projet de décret relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service, et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire, pp.23.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ Article L.2123-3-3 du Code des transports. En France, le régulateur sectoriel a lancé entre le 13 novembre 2019 et le 13 janvier 2020 une consultation publique sur le projet de décision relatif à la fixation d'un délai de réponse aux demandes d'accès aux installations de service. A la fin de la consultation, plusieurs délais de réponse ont été établis par le régulateur sectoriel en fonction du type de demande (dans le calendrier, tardive, ad hoc) et des installations de service demandés (ART, Décision n°2020-012 du 30 janvier 2020 relative à la fixation de délais de réponse aux demandes d'accès aux installations de service visées à l'annexe II point 2 de la directive 2012/34/UE et de fourniture de services dans lesdites installations, p.8.). Par exemple, pour une demande tardive d'accès et de fourniture de services relatifs aux voies de service, les exploitants doivent répondre dans les meilleurs délais et au plus tard sous trente jours calendaires. La réponse de l'exploitant à une demande ad hoc d'accès et de

278. **L'obligation de publicité des informations relatives aux conditions d'accès aux installations et à la fourniture des services.** L'article L.2123-3-2 conçu par l'ordonnance du 15 juillet 2015 précitée fixe l'obligation des exploitants des installations de service de publier sur leurs sites internet les informations relatives aux conditions d'accès aux installations et aux services afférents, sans aucune contrepartie financière. Ils sont aussi tenus de transmettre ces informations au gestionnaire d'infrastructure du réseau auquel l'installation est reliée, à charge pour ce dernier d'intégrer lesdites informations dans le document de référence du réseau. L'article 1^{er} du décret n°2016-1468 du 28 octobre 2016 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire⁷²⁰ énumère les informations que les exploitants doivent publier, à savoir, par exemple, les principales caractéristiques de l'installation et les conditions techniques d'accès à cette installation et de fourniture des services de base et, le cas échéant, des prestations complémentaires et des prestations connexes, permettant en particulier d'apprécier les matériels roulants compatibles, la procédure à suivre pour la présentation des demandes d'accès à l'installation (personnes à contacter, délai de traitement de la demande), la procédure à suivre en cas de conflit entre les demandes d'accès, la tarification de l'accès etc.

2. Les services fournis par les exploitants d'installations

279. **Une liste des services non exhaustive, application limitée du droit européen.** A l'instar des gestionnaires d'infrastructure, les exploitants d'installations de service fournissent aux opérateurs des transport de services de base et des services complémentaires. Le décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 modifié par le décret n°2016-1468 du 28 octobre décrit ces services en fonction de la typologie d'installation de service concernée⁷²¹. En outre, si les points

fourniture de services relatives aux centres d'entretien pour une opération de maintenance lourde doit intervenir dans les meilleurs délais et au plus tard sous cinq jours ouvrables.

⁷²⁰ Décret n°2016-1468 du 28 octobre 2016 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire, *JORF*, n°0255 du 1 novembre 2016.

⁷²¹ Article 6 du décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service au réseau ferroviaire modifié par le décret n°2016-1468 du 28 octobre 2016 précité. Il en résulte ainsi que dans les gares de triage, les gares de formation des trains, les gares de manœuvre et sur les voies de garage, les services de base fournis aux entreprises ferroviaires comprennent, par exemple, « a) *L'utilisation des infrastructures, installations et équipements des gares et voies désignées existants comprenant en particulier l'utilisation des faisceaux, branchements et aiguilles, l'utilisation des buttes de triage, des quais, des bâtiments d'accès, la fourniture des informations nécessaires à l'utilisation normale de la gare ou de la voie et, le cas échéant, l'utilisation des services de télécommunication*

3 et 4 de l'annexe II de la directive 2012/34/UE sont rédigés d'une manière permettant une lecture exhaustive de la liste de ces prestations⁷²², le décret du 20 janvier 2012 modifié par le décret du 28 octobre 2016 décrit une liste des prestations non-exhaustives, sans aucune possibilité pour l'exploitant de l'installation de service d'en rajouter d'autres. Une telle liste limitative des prestations ciblées est prévue, par exemple, par l'article 6 précité. Or, il serait judicieux que le décret du 20 janvier 2012 soit de nouveau modifié dans le sens d'une meilleure compatibilité avec la directive précitée. Les exploitants d'installations de service devraient bénéficier d'une certaine marge d'appréciation dans l'élaboration des listes de prestations complémentaires et connexes des services fournis. Une exhaustivité de ces services permettrait une meilleure satisfaction des opérateurs de transport. Ceux-ci qui verront l'obligation des exploitants de service à leur fournir un accès aux installations et services qu'ils exploitent étendue à une palette plus large des services et prestations. La fourniture de ces prestations et services donne lieu à la perception de redevances dont s'acquittent les opérateurs de transport qui en bénéficient.

280. Les enjeux de la classification des services. Le cas de la détermination du courant de traction. L'identification de ces prestations dans la liste adéquate (service de base, prestations complémentaires) et indispensable. Néanmoins, elle n'est pas une opération simple, comme le montre le débat sur le courant de traction. En effet, le projet de modification du décret du 20 janvier 2012 incluait, comme souligné par l'ARAFER, la fourniture du courant de traction à la liste des prestations complémentaires fournies dans les gares de voyageurs, les voies ferrées portuaires, les gares de triage, les gares de formation des trains, les gares de manœuvre, les voies de garage, les terminaux de marchandises, les installations d'entretien et les autres infrastructures techniques. Or, l'annexe II de la directive 2012/34/UE prévoit que si l'accès à l'utilisation du système d'alimentation électrique pour le courant de traction fait partie de la liste des prestations minimales offertes par le gestionnaire d'infrastructure, la fourniture du courant de traction relevé des prestations complémentaires à réaliser par les exploitants d'installations de service. Partant des constats pragmatiques⁷²³, l'ARAFER avait proposé de

dont l'usage est rendu obligatoire par l'exploitant de l'installation de service (...)». Quant aux prestations complémentaires, celles-ci comprennent les services de pilotage à l'intérieur du site et la mise à disposition des contrats sur mesure pour le contrôle du transport de marchandises dangereuses ainsi que l'assistance à la circulation de convois spéciaux.

⁷²² Le point 3 de l'annexe II de la directive 2012/34/UE précise : « Les prestations complémentaires *peuvent* comprendre » ; similairement l'article 4 dispose « Les prestations connexes *peuvent* comprendre ».

⁷²³ Voir dans ce sens ARAFER, Avis n°2016-094 du 8 juin 2016 portant sur le projet de décret relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service, et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire, p.5, pp.23. Le

supprimer la prestation relative à la fourniture du courant de traction de la liste des prestations complémentaires réalisées par les exploitants d'installations. La recommandation du régulateur a été retenue par le législateur français. Cette prestation relève désormais du périmètre de compétence du gestionnaire de l'infrastructure.

SECTION 2. LES GARES FERROVIAIRES DE VOYAGEURS, DES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES »

Les gares de voyageurs présentent d'importants enjeux concurrentiels pour les transports ferroviaires de voyageurs (§1). Partant, elles font l'objet d'une vaste régulation au sein des États membres (§2).

§1. Les enjeux de la régulation des gares ferroviaires de voyageurs

Vecteurs d'intermodalité et de diversification d'activités es opérateurs de transport (A), les gares ferroviaires de voyageurs sont essentielles dans un contexte concurrentiel dans la mesure où elles sont qualifiées d'installations essentielles au sens du droit de la concurrence (B).

A. Les nouveaux contextes de la régulation des gares ferroviaires de voyageurs

281. Les autorités de transport, des concepteurs de l'intermodalité. L'évolution des modes de vie rend obsolète la conception segmentaire des modes de transport et les frontières urbain-interurbain. Une offre de transport complète ne peut pas se concevoir sans intégrer le principe d'intermodalité. Ce principe d'organisation et d'articulation de l'offre de transport consiste dans la coordination de plusieurs système modaux⁷²⁴. Pour que l'approche intermodale

régulateur sectoriel constate qu'en France les exploitants d'installations de service ne disposent pas de compteurs électriques aux bornes de leurs installations afin de pouvoir effectivement fournir aux entreprises ferroviaires de courant de traction et de pouvoir précisément identifier la consommation de celles-ci. Il souligne également que les opérateurs de transports qui auraient un contrat de fourniture avec un fournisseur autre que SNCF Réseau et qu'ils auraient négocié en fonction de la consommation globale en courant de traction sur l'ensemble des infrastructures ferroviaire, seraient peu susceptibles de demander une telle prestation aux exploitants d'installations de service.

⁷²⁴ Pour une définition de l'intermodalité voir RICHER (C.), RABAUD (M.), LANNOY (A.), « L'intermodalité au quotidien. Un panorama de la mobilité intermodale en France », 2015 dans ARMOOGUM (J.), GUILLOUX (T.), RICHER (C.), (dir), « *Mobilité en transitions. Connaitre, comprendre et représenter* », ed. CEREMA-IFSTTAR, coll. Rapport d'études et de recherches, pp. 131-142 ; DE NOUE (M.F.) et al., *Réseaux et territoires*, rapport du Groupe d'Étude et de Mobilisation RECLUS, 1993 ; MARGAIL (F.), « De la correspondance à l'interopérabilité : les mots de l'interconnexion », *Flux* 25, 1996, pp. 28-35 ; CHAPELON (L.), « Évaluation des chaînes intermodales de transport : l'agrégation des mesures dans l'espace et le temps », *Actes du colloque Technological innovation for Land transportation*, TILT, Lille, 2-4 décembre 2003 Commission Générale de Terminologie et de Néologie,

produise son plein effet, elle doit être soutenue par un management de mobilité efficace déployé par les autorités organisatrices de transport⁷²⁵. A ce titre, sans pour autant représenter une fin en soi, l'intermodalité est un élément important de la vitrine des politiques locales de transport. Les gares jouent ainsi un rôle essentiel dans le développement de l'intermodalité des lors qu'elles permettent, « *de par leur positionnement au centre des agglomérations et le rôle historique du transport ferroviaire dans les modes de déplacement* »⁷²⁶ de constituer une espace d'interconnexion. Cela permet notamment de « *favoriser une mobilité moins dépendante de l'automobile* »⁷²⁷.

282. Les gares ferroviaires, espace de diversification des activités des opérateurs de transport. Placées au centre de l'intermodalité, les gares ferroviaires de voyageurs constituent une vitrine de la diversification d'activités des opérateurs de transport ferroviaire⁷²⁸. A titre

Vocabulaire de l'équipement, des transports et du tourisme. Termes, expressions et définitions publiés au Journal officiel, 162 p., 2007 ; LACROUTE (V.), « Synthèse de l'atelier thématique mobilités plus intermodales. Mieux articuler toutes les offres de transport », *Assises nationales de la mobilité*, décembre 2017, p.3, pp. 37 ; aussi RUSSET (P.), IONESCU (D.), DIACONESCU (A.), PROSTEAN (G.), « Transposing constraints into feasible alternative solutions by using intermodal passenger transport in Timisoara City », *Procedia- Social and Behavioral Sciences* 238, 2018, pp. 331-339 ; ou encore SOUCHON (A.), « De l'intermodalité à la multimodalité : enjeux, limites et perspectives, illustré par un projet d'expérimentation d'une tarification multimodale entre Martigues et Marseille », *Hal, Gestion et management*, 2006, p. 6, pp.108 ; voir aussi Transdev, « Mobilités et intermodalité, la nouvelle donne. Les enjeux de l'intermodalité dans la perspective de la nouvelle planification régionale », juillet 2016, p.10, pp.59. l'intermodalité poursuit trois objectifs primordiaux : (1) l'optimisation et la rationalisation des systèmes publics de transport ; (2) la mise en œuvre et le développement d'une « *meilleure continuité de service non seulement entre les réseaux et les systèmes publics de transport (urbain, interurbain, ferroviaire...) mais également avec l'ensemble des services de mobilité (conventionnés ou non)* » et enfin (3) la promotion « *des conditions techniques et psychologique d'émergence de comportements agiles et réactifs en matière de mobilité (une flexmodalité adossé aux outils numériques mobiles capable de faire régresser une culture « auto soliste de bout en bout » pénalisante et pesant plus fortement sur l'environnement* ».

⁷²⁵ Pour que les gares contribuent efficacement à l'intermodalité, une coordination entre les acteurs des politiques d'urbanisme et des transports est indispensable afin que l'organisation des réseaux de transport et des aménagements urbains soit cohérente.

⁷²⁶ ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », juillet 2016, p. 7, pp. 30 précité.

⁷²⁷ RICHER (C.), Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA), « Quels services pour les gares régionales », juin 2016.

⁷²⁸ En France, SNCF exploite de lignes d'autocars longue distance par l'intermédiaire de sa filiale Ouibus. La société Transdev est aussi présente sur ce marché sous la dénomination Isilines, marque de la société Eurolines que Transdev avait créé en 2015 à l'occasion de la libéralisation du transport longue distance par autocar en France. La société FlixBus est également présente sur le marché français de transport longue distance par autocar. FlixBus un opérateur de mobilité depuis 2013 assure l'interface entre les usagers et les transporteurs locaux. FlixBus ne possède pas des bus ni n'emploie des chauffeurs, mais elle est « *basée sur la numérisation d'un mode de transport traditionnel* » via l'« *alliance inédite entre la technologie start-up, l'esprit entrepreneurial d'Internet et l'industrie du transport* » (Site internet Flixbus). A la fin de l'année 2016 FlixBus « *possédait l'offre commerciale la plus étendue, à la fois en diversité et en capacité, à la faveur d'un rythme de développement plus soutenu que ses concurrents* » (cf. Rapport annuel de l'ARAFER, « Marché du transport par autocar et gares routières. Exercice 2016 », pp.86). Aussi en 2016, le marché des transports longue distance par autocar a connu deux opérations de concentration qui ont modifié le paysage concurrentiel à savoir le rachat de Megabus par Flixbus ainsi que le rapprochement de Starshipper et de Ouibus via un contrat de franchise d'une durée de 10 ans prenant effet le 24 juillet 2016 (cf. ARAFER, Observatoire des transports et de la mobilité, « Analyse du marché libéralisé des services interurbains par autocar. Bilan du 3^{ème} trimestre 2016 », pp.17.). Par ailleurs, selon l'ARAFER d'autres

d'exemple, les gares sont un lieu d'interconnexion du rail-route favorisant ainsi le passage du transport ferroviaire à l'utilisation de l'autocar⁷²⁹. Lors du 3^{ème} bilan de l'année 2012 ARAFER centralisait 12 opérateurs de transport actifs sur ce marché réunissant d'opérateurs dont l'offre était plus locale et ciblé, 3 opérateurs disposant d'un réseau national (dont Isilines, FlixBus et ouibus) et des opérateurs proposant leur offre via la plateforme BlaBlaCar. Cette réorganisation du marché montre les stratégies commerciales des opérateurs en vue d'un accroissement du maillage de de leur offre ainsi que leur volonté d'augmenter leurs parts de marché sur des axes importantes du territoire. Avec une recette moyenne par passager aux 100 km de 5 euros⁷³⁰, la rentabilité de ce marché est assujettie aux débats⁷³¹, bien que son potentiel soit reconnu. Compte tenu de la dynamique de ce marché, les gares ferroviaires de voyageurs jouent un rôle clé dans la prolifération de l'intermodalité en abritant la diversification d'activité à la fois de l'opérateur ferroviaire national mais aussi d'autres transporteurs nationaux et/ou étrangers.

283. Les gares ferroviaires, pôles des binômes « serviciels »⁷³² régulés et non-régulés. Le Séminaire Chaire Gare conduit par la CEREMA le 11 avril 2016 montre la polyvalence ou la multifonctionnalité des gares ferroviaires de voyageurs. Outre les voyages dans le train et la réalisation de l'intermodalité, les gares ferroviaires sont aussi une espace d'achats du quotidien⁷³³, de dépôt ou retrait des colis⁷³⁴. Certaines gares fournissent également une espace de *coworking*⁷³⁵ ou encore des services à la personne⁷³⁶. Enfin, les gares ferroviaires ouvrent également leurs espaces aux manifestations culturelles. Selon l'ARAFER « *l'activité régulée du gestionnaire des gares exerce une externalité positive sur les activités non régulées*

transporteurs comme Migratour, Darbier Keolis Sud Lorraineet Fréthelle auraient décidé de commercialiser des trajets de moins de 100 km dans le cadre du régime de la déclaration préalable auprès de l'Autorité.

⁷²⁹ Par opposition aux « autobus » qui sont des véhicules à moteur conçus et aménagés pour être exploités principalement en agglomération, les « autocars » sont des véhicules à moteur conçus et aménagés pour le transport en commun de personnes principalement assises.

⁷³⁰ ARAFER, Observatoire des transports et de la mobilité, « Analyse du marché libéralisé des services urbains par autocar », Bilan du 3^{ème} trimestre 2018, p.24, pp.28

⁷³¹ BLAQUIERE (J.), « La lente rentabilité des « cars Macron » », Article de presse dans *Le Figaro*, 10 janvier 2019.

⁷³² BARON (N.), « L'incertain tournant serviciel des gares », *Puca France*, 2016 (34), pp.4.

⁷³³ Voir la présence dans la Gare Paris Saint Lazare des enseignes alimentaires (Monoprix, Hema etc.)

⁷³⁴ Par exemple le Relais « Pass 'O » dans la gare d'Obernai, Alsace.

⁷³⁵ Présentation CEREMA, « La gare TER comme pôle de services », séminaire Chaire Gare, 11 avril 2016, p.15, pp.17. La Gare de Clichy-Levallois (92) a aménagé un espace de coworking ouvert au public. Cette mesure adoptée à l'initiative de SNCF Transilien en partenariat avec les collectivités a permis aux utilisateurs quotidiens de Transilien de bénéficier d'un espace de coworking tout en optimisant l'espace disponible dans la gare. L'espace est géré par l'entreprise Intensity, spécialisée dans 'accompagnement et le développement des TPE ; aussi CEREMA, « Les petites gares françaises, lieux d'innovation en matière de services », Entretiens Jacques Cartier, Lyon, 1^{er} décembre 2015.

⁷³⁶ Présence des pharmacies et/ou des laboratoires d'analyses médicales dans la Gare Paris Saint Lazare

présentes en gares (commerces, restaurants etc.)⁷³⁷ » car « plus les entreprises ferroviaires transportent de voyageurs plus le nombre de clients potentiels des commerces et donc le bénéfice attendu des activités non régulées sont importants »⁷³⁸. C'est ainsi que l'ARAFER se réfère aux marchés des gares de voyageurs comme un « marché biface »⁷³⁹, c'est-à-dire un marché dont plusieurs groupes d'agents ont des gains potentiels à interagir et où leurs activités engendrent des externalités indirectes car le bénéfice d'un agent dépend du nombre d'agents de l'autre groupe⁷⁴⁰. L'implantation de ces services variés permet de concilier les intérêts des acteurs du système ferroviaire via l'amélioration du patrimoine et de l'attractivité des gares et du train, des collectivités locales par la redynamisation du quartier de gare et de la ville et la soutenabilité des initiatives locales et enfin des prestataires de services qui peuvent amener les services aux usagers⁷⁴¹. Ces services composent le périmètre des services non régulés, les prestataires de ces services s'acquittant des loyers commerciaux auprès du gestionnaire de gares, en France, Gares et Connexions. A l'opposé, la tarification de l'accès aux gares et aux quais fait l'objet d'une régulation⁷⁴².

B. Les gares ferroviaires, des « installations essentielles »

ENCADRÉ 17. L'EMERGENCE DE LA THEORIE DES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES » DANS L'ANTITRUST AMERICAIN

La théorie des installations essentielles est née aux États-Unis en 1912 lors de l'affaire *United States v. Terminal RailRoad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912). Le défendeur principal était la société Terminal RailRoad Association de St. Louis qui, avec d'autres compagnies de chemins de fer opérant à partir de St Louis, avait créé un système unitaire d'exploitation des ponts et terminaux de St Louis pour traverser la Mississippi.

La problématique dans cette affaire était de savoir si cette structure était compatible avec les dispositions du Sherman Anti-Trust Act du 2 juillet 1890, à savoir le premier acte du gouvernement américain à limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises dès lors que la ville était accessible uniquement par voie ferrée. Cet acte est aujourd'hui à l'origine du droit de la concurrence moderne.

⁷³⁷ ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », juillet 2016, p. 9, pp. 30 précitée.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ Autorité de la concurrence, note soumise par la délégation de la France au Comité de la Concurrence, OCDE, 3 juin 2009.

⁷⁴¹ Présentation CEREMA, « La gare TER comme pôle de services », séminaire Chaire Gare, 11 avril 2016, p.3, pp.17 précitée.

⁷⁴² Article L2133-5 du Code des transports.

ENCADRÉ 17. L'EMERGENCE DE LA THEORIE DES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES » DANS L'ANTITRUST AMERICAIN

La conclusion de la Cour suprême appliquée ultérieurement par les cours inférieures a été de constater qu'il n'existait pas une obligation générale qui pèserait sur une entreprise et qui l'obligerait de contracter avec ses concurrents. Néanmoins, le refus de contracter n'était pas absolu et que dans certaines circonstances l'entreprise en question pouvait encourir des sanctions. En 1991, cette doctrine est clairement formalisée par le US Court of Appeals dans les termes suivants : « *La doctrine des infrastructures essentielles suppose qu'une entreprise est tenue pour responsable, quand, lorsqu'elle contrôle une infrastructure essentielle, refuse à une seconde entreprise l'accès raisonnable à un produit ou service, que dont seconde entreprise a besoin pour concurrencer la première* »⁷⁴³. Il en résulte ainsi, en application de cette théorie, que le propriétaire d'une infrastructure qui ne peut pas être dupliquée par des investissements habituels, par des mécanismes d'innovation, de développement et de la recherche et qui conditionne absolument l'accès au marché des concurrents potentiels doit ouvrir l'accès de ces derniers à ladite infrastructure.

284. **Une application stricte de cette théorie.** Pour qu'une entreprise soit tenue responsable sur la base du refus de contracter et donc de donner accès à une infrastructure essentielle, il est indispensable que l'infrastructure soit essentielle et que la reproduction de l'infrastructure soit économiquement impossible. Comme le mot « essentielle » l'exprime, un concurrent potentiel doit démontrer, pour obtenir l'accès à l'infrastructure, d'avantage que le seul fait qu'il lui est incommode ou qu'il lui revient plus cher d'organiser l'accès par ses propres moyens⁷⁴⁴. Le concurrent doit en effet prouver qu'une alternative à l'infrastructure essentielle n'est pas envisageable⁷⁴⁵. Enfin, bien que la théorie des facilités essentielles soit née aux États-Unis dans un contexte dérégulé, il n'est pas anodin d'observer qu'elle a trouvé un terrain fertile dans les contextes industriels régulés, lorsque, par exemple, l'entreprise détenant l'infrastructure essentielle est une entreprise publique. L'accueil de la théorie des facilités essentielles dans les environnements régulés est à notre sens une subtilité européenne.

⁷⁴³ US Court of Appeals, Ninth Circuit, *Alaska Airlines, Inc. v. United States, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (1991), "The essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility

⁷⁴⁴ RIDYARD (D.), "Compulsory access under EC Competition law – A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation, 2004, ECLR 669, 673.

⁷⁴⁵ *Twin Labs v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566,570 (2d Cir. 1990). Pour plus de jurisprudence américaine voir PITOFSKY (R.), PATERSON (D.), HOOKS (J.), « The Essential Facilities Doctrine under US Antitrust Law », *Antitrust L.J.*, vol.70, p. 443. Voir aussi AREEDA (Ph. E.), "Essential facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", 58 *Antitrust L.J.*, 841, 1990 ou AREEDA (Ph. E.), HOVENKAMP (H.), "The essential facility doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned", in *Antitrust Law*, 2ème ed., Aspen publishing, 2002.

285. **L'émergence de la théorie des installations essentielles en droit français.** Le droit français a accueilli la théorie des installations essentielles sous une terminologie très variable : « structure essentielle »⁷⁴⁶, « ressource essentielle »⁷⁴⁷, « infrastructure essentielle »⁷⁴⁸. Dans sa décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil de la concurrence a considéré à propos de la licence informatique Resail que les agences de voyages en ligne devaient acheter qu' : « *Etant donné que Résarail contient des informations non duplicables et indispensables à la vente de billets de train, il peut être considéré que Résarail constitue une facilité essentielle pour vendre des billets de train.*⁷⁴⁹ ».

ENCADRE 18. LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION SUR LES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES »

La Cour de cassation a nourri la réflexion sur la théorie des facilités essentielles grâce à l'affaire des Nouvelles Messageries de la presse parisienne⁷⁵⁰. Se prononçant sur le pourvoi formé par la société Messagerie lyonnaise de presse, ci-après « MLP » contre l'arrêt rendu sur renvoi après cassation par la Cour d'appel de Paris⁷⁵¹, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a refusé de faire application dans l'espèce de la théorie des installations essentielles. Dans cette affaire, la société Nouvelles Messageries de la presse parisienne, ci-après « NMPP », société dominante sur le marché de distribution de la presse avait conçu un logiciel (Presse 2000) qui permettait aux dépositaires de presse de suivre la distribution par les marchands des journaux. Le tronc commun de ce logiciel était en outre utilisé par trois messageries de presse. La société MLP, concurrent sur le marché s'est vue obligée de créer son propre logiciel qui supposait des opérations de saisie manuelle, donc une procédure plus fastidieuse. Interrogés sur le caractère essentiel du logiciel Presse 2000, les juges du fond ont y vu « une infrastructure essentielle dont la reproduction a des conditions économiques raisonnables n'est pas envisageable ». La Cour de cassation ne retient pas ce

⁷⁴⁶ Cons. Conc., décision n°96-D-51 du 3 décembre 1996 relatives à des pratiques de la SARL Héli Inter Assistance.

⁷⁴⁷ CE, 2 avril 2003, *Sté Cegedim, Rec. Lebon* n°247769 ; aussi CA Paris, 9 septembre 1997, *Héli-Inter assistance*, Juris-Data, n° 022854, confirmant Cons. Conc., décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SARL Héli-Inter Assistance; arrêt confirmé par Cass. com., 25 janvier 2000, n° de pourvoi 97-20199 Inédit, obs. Malaurie-Vignal.

⁷⁴⁸ Cons. Conc., décision n° 08-D-02 du 12 février 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles de type FTTh ; Autorité de la concurrence, Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs démontrant que les gares de voyageurs revêtent toutes les caractéristiques d'une infrastructure essentielle dont l'accès doit être garanti de façon non discriminatoire et transparente pour les entreprises ferroviaires ; voir dans ce sens ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », Juillet 2016, pp.29 ; Cons. Conc., décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en lignes ; Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-22 du 19 novembre 2010 relatif au projet de lancement par la Communauté Urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau.

⁷⁴⁹ Cons. Conc., décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en lignes ; pour les précisions des conditions justifiant une limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle, voir aussi Cons., Conc., Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse ;

⁷⁵⁰ Cass., com., 12 juillet 2005, n° de pourvoi 04-12388.

⁷⁵¹ CA Paris, 1re ch., 31 janvier 2006 RLDI 2006/17, n° 503, obs. Auroux J.-B.

ENCADRE 18. LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION SUR LES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES »

raisonnement et relève que « le refus d'accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 opposé par les NMPP (Nouvelles messageries de la presse parisienne) aux MLP n'était pas à l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'intérêt des MLP ou au secteur intéressé »⁷⁵².

La position de la Cour de cassation est révélatrice de sa volonté de faire une application stricte de la théorie des installations essentielles en France. La Cour de cassation explique ainsi clairement que, pour que la théorie des installations essentielles soit applicable, il est indispensable que la reproduction de l'infrastructure soit économiquement déraisonnable et non pas uniquement « moins avantageuse ». Il en résulte ainsi que la jurisprudence nationale et les décisions des autorités de la concurrence reprennent les conditions européennes d'application de la théorie des installations essentielles.

286. La définition des gares ferroviaires, calquée sur celle des « installations essentielles ». Le règlement d'exécution (UE) 2015/1100 de la Commission du 7 juillet 2015 concernant les obligations d'information incombant aux États membres dans le cadre de la surveillance du marché ferroviaire⁷⁵³ définit les gares ferroviaires à l'article 2 point d) dans les termes suivants : « *« gare », un lieu, situé sur une ligne ferroviaire où un service ferroviaire de voyageurs peut commencer, s'arrêter ou se terminer* ». Les gares ferroviaires répondent aux caractéristiques des « *installations essentielles* », autrement dit des « *infrastructures indispensables à la production d'un bien ou d'un service (les services de transports ferroviaires de personnes ont nécessairement besoin d'embarquer et de débarquer leurs clients dans des « gares » (...) mais non reproductibles par l'opérateur dans des conditions économiques raisonnables (la construction d'une gare nouvelle par un opérateur concurrent est inenvisageable économiquement et commercialement à l'extérieur des villes et, a fortiori, en centre-ville*⁷⁵⁴) »⁷⁵⁵. L'exécution des services de transport ferroviaire de voyageurs ne peut pas avoir lieu sans l'accès des opérateurs ferroviaires aux gares de voyageurs. Elles abritent ainsi

⁷⁵² Cass., com., 12 juillet 2005, n° de pourvoi 04-12388 précité.

⁷⁵³ Règl. d'exécution (UE) 2015/1100 de la commission du 7 juillet 2015 concernant les obligations d'information incombant aux États membres dans le cadre de la surveillance du marché ferroviaire, *JOUE* n° L 181/1 du 9 juillet 2015.

⁷⁵⁴ La construction et l'exploitation des gares de voyageurs nécessitent des investissements considérables ce qui empêche presque automatiquement la possibilité des opérateurs ferroviaires à dupliquer ces infrastructures pourtant indispensables à l'exploitation des services de transport ferroviaire de voyageurs. A cette complexité financière s'ajoute également les contraintes de reproduction de l'infrastructures de gares du fait du positionnement le plus souvent central de celles-ci dans les espaces urbains ; voir dans ce sens l'Autorité de la concurrence, Avis n°09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, p.16, pp. 42.

⁷⁵⁵ TERNEYRE (P.), « Les gares ferroviaires de voyageurs », *RFDA* 2018, p.903.

la même importance stratégique que le réseau ferré des lors qu'elles sont indispensables à l'activité des opérateurs.

287. La logique d'interdépendance entre la voie ferrée et les stations de voyageurs, ses « accessoires » a été confirmée par le Conseil d'État⁷⁵⁶. A ce titre, en France, l'Autorité de la concurrence a souligné l'importance de « *garantir la neutralité concurrentielle des gares de voyageurs, comme c'est le cas pour le réseau ferré national, pour ne pas entraver un développement effectif de la concurrence dans le secteur ferroviaire* »⁷⁵⁷. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires, l'ARAFER reconnaît également le caractère indispensable des gares de voyageurs au développement de l'offre de transport⁷⁵⁸.

288. La qualification de gares de voyageurs d'« *installations essentielles* » justifie l'encadrement de l'accès à ces infrastructures sur des bases équitables et non-discriminatoires. L'accès aux gares génère d'ores et déjà, malgré la situation de monopole en France, des problèmes de saturation. A ce titre, il est d'autant plus indispensable que le traitement d'accès aux gares fasse état, dans la perspective de l'ouverture à la concurrence du secteur, d'une mise en œuvre efficace d'un mécanisme d'arbitrage des différends qui réponde à la fois aux besoins éventuels d'augmentation de la capacité d'infrastructure, mais aussi d'optimisation de l'exploitation. Outre l'incidence des gares sur le plan concurrentiel, celles-ci constituent également des plateformes commerciales très riches qui peuvent intéresser non seulement les opérateurs de transport ferroviaires, mais aussi d'autres enseignes commerciales. A ce titre, les gares dépassent leurs simples statuts d'infrastructures essentielles ou encore d'installations de service⁷⁵⁹ pour représenter des véritables pôles d'échanges commerciaux et de multimodalité.

⁷⁵⁶ CE, 22 juillet 1848, *Ministère des travaux publics c/Tournois*.

⁷⁵⁷ Aut. Conc., Avis n°15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire renvoyant à l'Avis n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

⁷⁵⁸ ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », juillet 2016, p. 7, pp. 30.

⁷⁵⁹ Terme technocratique en droit des transports, selon P. TERNEYRE, « Les gares ferroviaires de voyageurs », précité.

§2. La place des gares de voyageurs dans les États membres de l'Union européenne

La gestion des gares de voyageurs présente des spécificités selon qu'elle soit réalisée dans les Etats membres ouverts à la concurrence ferroviaire (A) ou bien en France (B).

i. La gestion de gares ferroviaires de voyageurs dans les Etats membres

L'étude des gares ferroviaires de voyageurs montre une diversité des régimes de propriété et de gestion au sein de l'Union européenne (1). Si au Royaume-Uni, des opérateurs ferroviaires gèrent des gares (2), en Roumanie, cette prérogative revient au gestionnaire d'infrastructure ferroviaire (3).

1. Une diversité organisationnelle et fonctionnelle des gares ferroviaires de voyageurs en Europe

289. **Un nombre variable des gares ferroviaires de voyageurs.** Dans un rapport adressé le 6 février 2019 au Parlement européen et au Conseil, la Commission a recensé environ 31.000 gares ferroviaires de voyageurs⁷⁶⁰. Le groupe de régulateurs indépendants IRG-Rail a identifié 3029 gares ferroviaires en France, 6561 en Allemagne, 2539 au Royaume-Uni et 918 en Roumanie⁷⁶¹. Selon le rapport de l'IRG-Rail, l'Allemagne est le pays européen qui compte le plus grand nombre de gares ferroviaires. Ces chiffres sont révélateurs de la corrélation entre le nombre des gares, l'« *importance de l'infrastructure* » et « *la fréquentation des gares au plan national* »⁷⁶². L'Allemagne est ainsi le pays qui enregistre le nombre le plus conséquent de passagers, à savoir 2660 millions passagers/an, à l'opposé de la Grèce qui compte 7,4 millions de passagers/an⁷⁶³.

290. **Une diversité des classifications de gares ferroviaires de voyageurs.** Au niveau de l'Union européenne, les pays ont utilisé une multitude de critères de différenciation de gares

⁷⁶⁰ Report from the Commission to the European Parliament and the Council. Sixth report on monitoring development of the rail market », COM (2019) 51, p.2, pp.18.

⁷⁶¹ IRG-Rail, « Overview on charging principles for passengers stations in Europe, "November 2016, p.4, pp.23.

⁷⁶² ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », juillet 2016, p. 10, pp. 30 précité.

⁷⁶³ IRG-Rail, « Overview on charging principles for passengers stations in Europe, "November 2016, p.4, pp.23

ferroviaires de voyageurs⁷⁶⁴. Ainsi, pour classer ses gares, la France prend en compte le nombre de voyageurs. A ce titre, la France distingue entre les gares ferroviaires d'intérêt national⁷⁶⁵, les gares d'intérêt régional⁷⁶⁶ et enfin les gares d'intérêt local. L'Allemagne utilise d'autres critères complémentaires au nombre des voyageurs pour classer ses gares ferroviaires à savoir, le nombre des plateformes des voies, la longueur de celles-ci, le nombre d'arrêts de trains dans les gares⁷⁶⁷. A l'instar de la France, le Royaume-Uni différencie les gares en fonction du nombre de voyageurs⁷⁶⁸ ou encore en fonction de l'autorité qui ouvre leurs accès. C'est ainsi que le régulateur sectoriel, l'Office of Rail and Road distingue entre les gares franchisées⁷⁶⁹, gares indépendantes⁷⁷⁰ ou encore les autres gares⁷⁷¹. Enfin, la Roumanie prend en compte la complexité et le volume de l'activité dans les gares ferroviaires de voyageurs⁷⁷². La segmentation des gares en fonction de ces différents critères est essentielle en termes de dynamique concurrentielle car elle permet à l'exploitant des gares d'appliquer une tarification variable à l'accès des opérateurs de transport.

291. Propriété et gestion des gares ferroviaires de voyageurs en Europe. Au Royaume-Uni, le gestionnaire d'infrastructure, Network Rail est le propriétaire des gares ferroviaires existantes sur le réseau britannique⁷⁷³. En Allemagne, DB Stations & Services, filiale de Deutsche Bahn AG dirigée par DB Netz, le gestionnaire d'infrastructure détient les gares

⁷⁶⁴ *Ibid.* Le groupe IRG-Rail observe que certains pays européens comme la Belgique, le Luxembourg ou encore la Norvège ne disposent d'aucune différenciation de leurs gares ferroviaires. Le cas de la Suède est particulièrement intéressant car la location et l'activité commerciale exercée au sein des gares et un critère de classification de celles-ci.

⁷⁶⁵ Article 2 du Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF*, n°0164 du 17 juillet 2012. Il s'agit de gares de type a) dont la fréquentation est au moins égale à 250.000 voyageurs sur les trajets nationaux ou internationaux.

⁷⁶⁶ Article 3 du Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF*, n°0164 du 17 juillet 2012. Il s'agit des gares de type b) dont la fréquentation totale est au moins égale à 100.000 voyageurs.

⁷⁶⁷ IRG-Rail, « Overview on charging principles for passengers stations in Europe », « November 2016, p.7, pp.23

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ Gare d'Angleterre, du pays de Galles ou d'Écosse à laquelle à l'accès est accordé par un franchisé du secrétaire d'État, de ministres écossais ou du gouvernement gallois. Voir dans ce sens l'Approbation générale des gares (2017) élaborée par l'Office of Rail and Road, p.1, pp.7.

⁷⁷⁰ Gare D'Angleterre, du Pays de Galles ou d'Écosse dont l'accès est autorisé par Network Rail (propriétaire de la gare). Voir dans ce sens l'Approbation générale des gares (2017) élaborée par l'Office of Rail and Road, p.1, pp.7.

⁷⁷¹ Toute gare située en Angleterre, au Pays de Galles ou en Écosse, qui n'est ni une station franchisée ni une station indépendante. Voir dans ce sens l'Approbation générale des gares (2017) élaborée par l'Office of Rail and Road, p.1, pp.7.

⁷⁷² IRG-Rail, « Overview on charging principles for passengers stations in Europe », « November 2016, p.7, pp.23

⁷⁷³ Network Rail, « Getting access to stations managed by Network Rail », p.1, pp.4, Extrait, « We (Network Rail) own all the other stations, but lease them to a Train Operating Company who acts as the Station Facility Owner », « Nous (Network Rail) sommes propriétaires de toutes les autres gares, mais les louons à une compagnie d'exploitation de train qui agit en tant que propriétaire d'installation », (Traduction libre de l'anglais au français).

ferroviaires⁷⁷⁴. En Roumanie, CFR SA, le gestionnaire d'infrastructure est propriétaire des bâtiments abritant les gares ferroviaires⁷⁷⁵. Par ailleurs, la majorité des pays européens ont placé la gestion de toutes leurs gares ferroviaires sous la responsabilité du gestionnaire d'infrastructure⁷⁷⁶. C'est notamment le cas de la Bulgarie, de la Croatie, de la Grèce, du Norvège, de l'Espagne. Certaines des gares ferroviaires en Allemagne, en Finlande et au Royaume-Uni sont gérées par le gestionnaire d'infrastructure. La gestion du reste des gares ferroviaires dans ce pays étant répartie entre l'opérateur ferroviaire historique et des entités tierce (Finlande), entre le gestionnaire d'infrastructure, les opérateurs ferroviaires et des entités tierces (Allemagne). Dans des pays comme la Roumanie, la Pologne, l'Italie, le gestionnaire de l'infrastructure gère la plupart des gares ferroviaires⁷⁷⁷. Enfin, en France, à l'instar de la Belgique, la gestion de toutes les gares ferroviaires incombe à l'opérateur ferroviaire historique. La gestion des gares par les entreprises ferroviaires (autres que l'opérateur national historique) n'est pas un procédé répandu à part au Royaume-Uni.

2. Le cas du Royaume-Uni : la gestion des gares par les opérateurs de transport ferroviaire

Alors qu'il existe un cadre contractuel réglementant l'accès des opérateurs ferroviaires aux gares de voyageurs (a), leurs régimes d'accès diffèrent selon qu'il s'agit d'une gare unique ou bien des gares gérées par Network Rail (b).

a) Le cadre contractuel de l'accès aux gares ferroviaires de voyageurs

292. Des contrats d'accès aux gares préétablis par le régulateur sectoriel. Le réseau ferroviaire britannique compte 2.550 des gares ferroviaires de voyageurs. Network Rail gère les 18 plus grandes gares ferroviaires de voyageurs (*Managed Stations*)⁷⁷⁸. Les autres gares de voyageurs appartiennent à Network Rail qui en est le propriétaire, mais elles sont gérées soit par les entreprises ferroviaires titulaires de franchises attribuées par appels d'offres (les *Trains*

⁷⁷⁴ COM(2014) 353 final, Report from the commission to the Council and the European Parliament. Fourth report on monitoring development of the rail market {SWD(2014) 186 final, 2014, pp.43.

⁷⁷⁵ Site internet du gestionnaire d'infrastructure.

⁷⁷⁶ IRG-Rail, « Overview on charging principles for passengers stations in Europe, "November 2016, p.5, pp.23, précité.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ Liste disponible dans Network Rail, Network Statement 2019, p.31, pp.84 : Birmingham New Street, Bristol Temple Meads, Edinburgh Waverley, Glasgow Central, Leeds, Liverpool Lime Street, London Bridge, London Cannon Street, London Charing Cross, London Euston London King's Cross, London Liverpool Street, London Paddington, London St. Pancras International (Midland Road), London Victoria, London Waterloo (excluding Waterloo East) Manchester Piccadilly, Reading.

Operating Companies -TOC- qui agissent comme *Station Facility Owner*) soit par des parties tierces. Network Rail loue les bâtiments de la gare et les terrains (mais pas la voie) aux *Stations Facility Owners*. A leur tour, ces dernières ouvrent le droit d'accès aux autres opérateurs ferroviaires par l'intermédiaire de contrats d'accès (*access agreements*). Propriétaire de l'infrastructure ferroviaire, Network Rail est responsable de la maintenance et le renouvellement du réseau ferroviaire. Les *Station Facility Owners* sont globalement responsables de l'entretien, du nettoyage, de la sécurité et de la maintenance des zones de la gare et du parking⁷⁷⁹. A la différence des opérateurs de transport franchisés, les entreprises ferroviaires exploitant les services en *open access* au Royaume-Uni ne gèrent pas des gares de voyageurs⁷⁸⁰.

293. **L'encadrement du régulateur ferroviaire de l'accès aux gares.** Depuis l'article 18 (1) du Railways Act 1993⁷⁸¹ et l'article 22 (3)⁷⁸² le régulateur sectoriel britannique (*Office of Rail and Road*) donne son avis sur les contrats d'accès aux gares ferroviaires de voyageurs. Le régulateur a en outre publié sur son site des projets de contrats d'accès qui bénéficient de son validation (*General approval*). L'approbation générale émise par l'Office of Rail and Road porte sur les nouveaux contrats d'accès aux gares de voyageurs et sur les modifications de ceux en cours. Des lors que ces contrats nouveaux et les modifications respectent les termes de l'approbation générale, il n'est pas nécessaire pour les parties concernées de solliciter l'avis du régulateur sectoriel⁷⁸³. Conformément à l'approbation générale (*General approval*) établie en 2017⁷⁸⁴, les entreprises ferroviaires souhaitant avoir un accès aux gares ferroviaires de voyageurs doivent conclure le contrat d'accès selon les trames fournis par le régulateur sectoriel. Le régulateur sectoriel est ainsi pleinement associé à la procédure d'accès aux gares des lors qu'il propose des projets de contrats.

⁷⁷⁹ Network Rail, « Investments in Stations. A Guide for promoters and developers », June 2017, p.20, pp.29

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ Article 18 Railways Act 1993.

⁷⁸² Article 22 (3) Railways Act 1993.

⁷⁸³ Office of Rail and Road, « General approval for stations (2017) Guidance », pp.14.

⁷⁸⁴ La dernière approbation générale élaborée par le régulateur sectoriel britannique est rentrée en vigueur le 6 février 2017 et elle a pour objectif de remplacer l'approbation générale de l'année 2013.

b) Étude de cas : analyse contractuelle

294. **Différents contrats d'accès aux gares ferroviaires de voyageurs.** Les contrats d'accès aux gares sont des contrats types qui diffèrent selon qu'ils portent sur des gares uniques (*Single station*), des gares multiples (*Multiple stations*) ou encore selon les parties contractantes (opérateurs de fret ou de transport ferroviaire de voyageurs).

- Analyse du contrat-type d'accès à une gare ferroviaire unique

295. **Les conditions strictes d'un contrat d'accès à une gare unique.** Nous analyserons le contrat conclu par le *Station facility owner* avec l'opérateur des services ferroviaires de passagers (*Beneficiary*) relatif à l'accès à une gare unique (*Single station*). Les conditions préalables (liste exhaustive) à la conclusion de ce contrat sont très précises⁷⁸⁵. Par exemple, l'opérateur de transport doit être bénéficiaire d'un contrat de garantie avec le *Service Facility Owner*, contrat qui serait transmis ensuite au gestionnaire d'infrastructure. S'agissant du *Service Facility Owner*, celui-ci doit détenir une licence d'exploitation de la gare⁷⁸⁶. Lorsque les parties ne remplissent pas ces conditions au plus tard à la date d'entrée en vigueur du contrat, le contrat sera caduc.

296. **L'objet du contrat.** En application de ce contrat de droit civil, le *Service Facility Owner* ouvre l'accès à l'opérateur de l'utilisation de la gare dans les conditions et termes évoqués dans ledit contrat. En contrepartie de l'utilisation de la gare, l'opérateur ferroviaire paye au *Service Facility Owner* des redevances d'utilisation, tel qu'indiqué au point 6 du contrat (*Charges for permission to use the station*), redevances qui comprennent des redevances communes et des redevances exclusives à la suite de l'utilisation des services exclusives fournies par le *Service Facility Owner* à l'opérateur. Ces services exclusifs sont obligatoirement listés dans l'annexe 2 (*Schedule 2*) accompagnant le contrat. Enfin, le contrat est soumis au droit anglais et les différends qui peuvent surgir en relation avec celui-ci sont exclusivement traités par les cours anglaises. Le régulateur sectoriel autorise dans ce contrat la possibilité d'une des parties de

⁷⁸⁵ Point 2 (Conditions precedent) du TEMPLATE [Station Access Agreement (SAA) reference number Will be supplied by the Office of Rail and Road], pp.17, (Traduction libre de l'anglais au français).

⁷⁸⁶ *Ibid.* Par ailleurs le Facility Station Owner doit aussi détenir une autorisation de sécurité en lien avec ladite exploitation. Le contrat d'accès à l'infrastructure ferroviaire (*Track Access Agreement*) doit être en vigueur. Par ailleurs, l'opérateur de transport doit détenir un certificat de sécurité ou d'un certificat de sécurité réputé en lien avec l'exploitation des services ferroviaires de transport. Enfin les parties ne doivent avoir subi aucune insolvabilité. Une copie de ce contrat devra être transmise au régulateur sectoriel dans un délai de quatorze jours à partir de sa signature.

sous-traiter (*Sub-contract*) ces droits et obligations dans la mesure où elle fournit les détails du sous-traitant.

297. **La fin du contrat.** Le contrat a pour objectif de garantir autant que possible la sécurité juridique des parties et pour cela, il a le mérite de lister au point 5.2 une liste des causes de non-exécution du contrat (*Events of default*), selon la partie responsable. Ainsi, le contrat peut être mis à terme lorsque l'opérateur de transport fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité (1) ou (2) il a violé le contrat d'accès, ou (3) en cas de force majeure, ou (4) lorsqu'il a perdu son licence ou (5) son certificat de sécurité, ou (6) en cas d'échéance du contrat d'accès à l'infrastructure (*Track Access Agreement*), ou (7) en cas de non réalisation des services de transport dans la gare durant une période continue de plus de 270 jours ou enfin (8) en cas d'échéance du contrat de franchise. *Le Service Facility Owner* peut également être tenu responsable pour non-exécution du contrat dont les causes sont identiques aux celles de l'opérateur de transport, à l'exception de la clause portant sur le contrat d'accès à l'infrastructure, la non-réalisation du service, et enfin le contrat de franchise.

298. **Un processus collaboratif de conclusion du contrat.** Le régulateur ferroviaire publie les demandes et décisions relatives à l'accès aux gares ferroviaires. L'analyse des trois demandes et décisions⁷⁸⁷ nous confirme que le processus d'accès aux gares ferroviaires de voyageurs au Royaume-Uni est un processus collaboratif basé sur les échanges entre le demandeur de l'accès, le *Station Facility Owner* et l'Office of Rail and Road. Si l'opérateur ferroviaire et le *Station Facility Owner* sont d'accord sur le projet de contrat (trame proposée par l'Office of Rail and Road), il sera effectif de la signature. Si a contrario, les parties ne sont pas d'accord sur le projet de contrat, le demandeur de l'accès à la gare sollicite, en application de la section 17 du Railways Act 1993⁷⁸⁸ le régulateur sectoriel pour qu'il donne des instructions

⁷⁸⁷ Le cas de l'opérateur Abellio Greater Anglia Limited (Beneficiary) sollicitant auprès de Stobart Rail Limited (Station Facility Owner) l'accès à la gare Southend Airport Station ; le cas de l'opérateur East Midlands Trains Limited (Beneficiary) sollicitant auprès de First Capital Connect Limited (Station Facility Owner) l'accès à la gare Luton Airport Parkway ; le cas de Grand Central railway Company Limited (Beneficiary) sollicitant auprès de Great North Eastern Railway Limited (Station Facility Owner) l'accès à la gare York.

⁷⁸⁸ Extrait Section 17, Railways Act 1993: "Access agreements: directions requiring facility owners to enter into contracts for the use of their railway facilities. [The Office of Rail and Road] may, on the application of any person, give directions to a facility owner requiring him to enter into an access contract with the applicant for the purpose specified in subsection (...) (2) The purpose for which directions may be given is that of enabling the beneficiary to obtain (whether for himself alone or for himself and, so far as may be applicable, associates of his)- (a) from a facility owner whose railway facility is track, permission to use that track for the purpose of the operation of trains on that track by the beneficiary; (b) from a facility owner whose railway facility is a station, permission to use that station for or in connection with the operation of trains by the beneficiary; (...)", " Contrats d'accès: instructions obligeant les propriétaires d'installations à conclure des contrats pour l'utilisation de leurs installations ferroviaires. [L'Office of Rail and Road] peut, à la demande de toute personne, donner des instructions au propriétaire d'une

aux parties afin de permettre l'accès à la gare concernée. Cette demande auprès du régulateur prend la forme d'une « *Application form* » dans lequel le demandeur doit spécifier ses coordonnées, indiquer des informations relatives au certificat ferroviaire et à la licence ferroviaire, l'objet du projet de contrat. En outre, cette façon de procéder permet au régulateur de prendre connaissance des points de désaccords des parties au regard du projet de contrat. A la suite de l'analyse du projet de contrat et des échanges entre le demandeur et le *Station Facility Owner*, le régulateur engendre aux parties des instructions (*Directions*) à suivre. L'intervention du régulateur peut avoir pour conséquence l'amendement du contrat (*Directed contrat*) que les parties peuvent décider de signer ou abandonner.

- L'accès des opérateurs aux gares ferroviaires gérées par Network Rail (Managed Stations)

299. **La procédure. Le projet de contrat d'accès.** Lorsqu'un opérateur ferroviaire souhaite avoir accès à une gare ferroviaire gérée par le gestionnaire d'infrastructure Network Rail, il doit adresser à ce dernier une *Letter of intent*. Ensuite, Network Rail transmettra à l'opérateur un document intitulé « *Independent Station Access Conditions* »⁷⁸⁹ qui permettra à l'opérateur de prendre connaissance des services dont il pourra bénéficier en cas d'accès favorable à la gare. Après analyse des informations communiquées par l'opérateur⁷⁹⁰, Network Rail lui communiquera un projet de contrat d'accès. Soit l'opérateur de transport est d'accord avec le projet de contrat et dans ce cas, dès sa signature, le contrat prend effet. Soit, l'opérateur ne consent pas aux termes du projet de contrat et, ensemble avec Network Rail modifieront le projet de contrat. Cette nouvelle version devra obligatoirement être soumise pour validation au régulateur ferroviaire. Enfin, le régulateur ferroviaire pourrait décider de donner suite à la

installation l'obligeant à conclure un contrat d'accès avec le demandeur aux fins spécifiées au paragraphe (...) (2) Les instructions peuvent être données dans le but de permettre au bénéficiaire d'obtenir (que ce soit pour lui-même ou pour lui-même et, dans la mesure du possible, ses associés): - (a) d'un propriétaire d'installation dont le chemin de fer l'installation est une voie, autorisation du bénéficiaire d'utiliser cette voie pour l'exploitation de trains sur cette voie; (b) du propriétaire de l'installation dont l'installation ferroviaire est une gare, la permission d'utiliser cette gare pour ou en relation avec l'exploitation de trains par le bénéficiaire; (...)" (Traduction libre de l'anglais au français).

⁷⁸⁹ Les *Independent Station Access Conditions* constitue un document exhaustif qui prévoit un nombre important des clauses en matière d'accès à la gare, de modification des conditions d'accès, en matière de travaux, réparation et maintenance dans la gare, des assurances, des redevances d'accès en contrepartie de l'accès à la gare etc. Ce document sera joint aux annexes du futur contrat d'accès à la gare.

⁷⁹⁰ Il s'agit notamment de l'information par du Network Rail par l'opérateur des horaires d'exploitation du train dans la gare concernée, des informations sur la licence ferroviaire et le certificat de sécurité, les coordonnées de l'opérateur ferroviaire, les informations sur la date prévisionnelle du début et de l'échéance du contrat d'accès envisagé.

nouvelle version du contrat ou de faire ses propres modifications en communiquant ainsi aux parties les instructions à suivre pour signer et finaliser le contrat. La version définitive du contrat dument signée et complétée devra être adressée au régulateur dans un délai de quatorze jours depuis la signature.

300. **Le central de Network Rail.** La procédure d'accès est construite sur un échange direct entre Network Rail et l'opérateur ferroviaire. Elle permet de renforcer le rôle du gestionnaire d'infrastructure comme acteur clé de l'accès des opérateurs aux gares ferroviaires. Le projet de contrat proposé par Network Rail à l'opérateur ferroviaire s'apparente initialement à un contrat d'adhésion, dans la mesure où l'opérateur ferroviaire n'a pas une large marge de manœuvre dans son élaboration. Autrement dit, l'opérateur ferroviaire n'a aucun rôle actif dans la préparation du contrat. Sa position se définit toutefois davantage, dans un second temps, une fois confronté à l'analyse du projet de contrat.

301. La gestion parallèle des gares à la fois par Network Rail et aussi par les *Train Operating Companies* (TOC) dans leur qualité de *Station Facility Owner* semble traduire, dans le schéma de l'industrie ferroviaire britannique, la volonté de décharger, du moins en partie, le gestionnaire d'infrastructure de la gestion des gares ferroviaires. Aussi ce fonctionnement est conçu pour permettre une amélioration de l'environnement et dotations dans les gares puisque les *Station Facility Owners*, étant aussi des exploitants ferroviaires, disposent par principe d'une connaissance fine de leurs utilisateurs et des besoins qui doivent être adressés⁷⁹¹. Il est possible de déduire, que les *Station Facility Owners* soient pleinement associés aux investissements et collaborent avec le gestionnaire d'infrastructure qui demeure par définition, pilote de la coordination de la planification d'investissements dans le secteur⁷⁹².

3. Le cas roumain : une gestion des gares intégrée à la gestion de l'infrastructure ferroviaire

302. **Un contrat unique d'accès à l'infrastructure et aux gares ferroviaires des voyageurs.** En Roumanie, CFR SA, le gestionnaire d'infrastructure est également le gestionnaire de la majorité des gares ferroviaires⁷⁹³. Le contrat d'accès à l'infrastructure

⁷⁹¹ Network Rail, « Investments in Stations. A Guide for promoters and developers », June 2017, p.20, pp.29 précité.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ Annexe 4 au Contrat d'accès à l'infrastructure ferroviaire conclu entre CFR SA et les opérateurs de transport ferroviaires, version du 9 décembre 2018 : « Accesul inclusiv accesul pe calea ferată la infrastructurile de servicii și la serviciile furnizate Cuprinde prestațiile efectuate de CFR pentru accesul la următoarele infrastructuri și la serviciile furnizate în cadrul acestora: a) gările pentru călători, clădirile acestora și celelalte instalații, inclusiv

ferroviaire conclu entre CFR SA et l'opérateur de transport donne à ce dernier automatiquement le droit d'accéder aux gares ferroviaires gérées par le gestionnaire d'infrastructure. Il n'y a donc pas de contrat séparé dédié à l'accès aux gares ferroviaires de voyageurs à conclure avec le gestionnaire d'infrastructure⁷⁹⁴. A la différence du système britannique où les opérateurs de transport sont amenés à conclure des contrats d'accès avec d'autres opérateurs de transport franchisés qui agissent également comme *Station Facility Owner*, le système roumain se caractérise par une unification du régime d'accès à l'infrastructure ferroviaire et aux installations de services formalisée dans le cadre d'un seul contrat. Ce système traduit, nous semble-il, la conception du gestionnaire roumain selon lequel la gestion de l'infrastructure ferroviaire ne peut pas être dissociée de la gestion de gares ferroviaires de voyageurs. L'inclusion des gares dans le giron du gestionnaire d'infrastructure bien qu'elle alourdisse les charges de responsabilités qui lui incombent, a le mérite de consolider le cadre de l'accès équitable et non discriminatoire des opérateurs à l'infrastructure ferroviaire et aux installations de service. En Roumanie, à l'instar de la majorité de pays européens⁷⁹⁵, la gestion de l'infrastructure et des gares est imbriquée comme une conséquence quasi-naturelle de l'organisation historique de l'industrie.

303. L'absence d'un modèle unique de gestion des gares ferroviaires. L'analyse des modes d'organisation des gestionnaires de gares en Europe ne permet pas de dégager un modèle unique. Néanmoins, nos voisins européens ont principalement opté pour des modèles d'organisation garantissant l'indépendance du gestionnaire de gares via une stricte séparation organisationnelle. Chaque pays, de par son histoire, a fait des choix d'organisation différents. Mais il faut noter qu'aucun n'a placé le gestionnaire d'infrastructure dans le périmètre d'un opérateur intégrateur. Il est néanmoins fréquent que les gares soient gérées par une filiale du

afișarea informațiilor despre călătorie și amplasamentul adecvat pentru serviciile de emiteră a biletelor; b) terminale de marfă; c) stațiile de triaj și infrastructurile de formare a trenurilor, inclusiv infrastructuri pentru manevră; d) linii de garare; e) infrastructurideîntreținere; f) alte infrastructuri tehnice, inclusiv instalații de curățare și de spălare; g) infrastructurile portuare maritime și interioare legate de activități feroviare; h) infrastructurile de intervenție; i) infrastructuri de alimentare cu combustibil. », « "Accès, y compris l'accès aux installations aux infrastructures de service et aux services fournis" Comprend les services fournis par CFR pour l'accès aux infrastructures suivantes et les services qui y sont fournis: et l'emplacement approprié pour les services de billetterie; b) terminaux de fret; c) les stations de manœuvre et les installations de formation des trains, y compris les installations de manœuvre; d) les lignes de garage; e) infrastructure de maintenance; f) autres installations techniques, y compris les installations de nettoyage et de lavage; g) infrastructures portuaires maritimes et intérieures liées aux activités ferroviaires; h) infrastructures d'intervention; (i) infrastructure d'approvisionnement en carburant. », (Traduction libre du roumain au français). A côté du gestionnaire d'infrastructure il existe d'autres exploitants des gares ferroviaires de voyageurs parmi lesquels nous notons RC-CF Trans, Apria, Via Terra.

⁷⁹⁴ Toutefois lorsque l'opérateur de transport souhaite accéder aux gares qui sont gérées par des tiers, il est obligé de conclure un contrat d'accès avec ceux-ci.

⁷⁹⁵ Même rapprochement de la gestion des gares et de l'infrastructure ferroviaire en Espagne, en Slovaquie, en Norvège, en Luxembourg, en Hongrie, en Grèce, en Croatie, en Bulgarie.

groupe ferroviaire historique, attenante à la filiale d'exploitation, ou par le gestionnaire d'infrastructure. Le rapprochement de la gestion des gares et de la gestion de l'infrastructure est un processus qui est actuellement en cours de mise en œuvre en France grâce à la nouvelle loi pour le Pacte ferroviaire.

ii. La gestion des gares ferroviaires en France

Sujet central dans le cadre du projet de préparation de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire en France, la gouvernance de gares ferroviaire de voyageurs a subi une évolution grâce à la loi du 27 juin 2018. Initialement prévu dans le giron de l'exploitant historique (1), Gares & Connexions sera placé sous l'égide du gestionnaire d'infrastructure (2). En plus de ce changement structurel, la loi de l'année 2018 apporte une modification de la tarification de l'accès des opérateurs aux gares.

1. Le rattachement contestable de Gares & Connexions à l'exploitant ferroviaire

L'une des critiques formulées à l'encontre de la gouvernance ferroviaire antérieure à l'année 2018 consiste dans l'absence des garanties suffisantes d'indépendance de Gares & Connexions par rapport à l'exploitant historique (a). Son système de tarification était considéré également largement perfectible (b).

304. L'affectation des gares ferroviaires de voyageurs à l'opérateur historique (1997). Si la loi n°97-135 du 13 février 1997⁷⁹⁶ a permis le transfert de certains biens⁷⁹⁷ appartenant à l'État et gérés jusqu'à là par SNCF au patrimoine du Réseau ferré de France, les bien dévolus à l'exploitation des services de transport tel que les gares, les entrepôts et cours de marchandises, les installations d'entretien du matériel roulant, les ateliers de fabrication, de maintenance et de stockage et enfin les immeubles administratifs ont été affectés à l'opérateur national historique, devenu SNCF Mobilités.

⁷⁹⁶ Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public << Réseau ferré de France >> en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF*, n°39 du 15 février 1997.

⁷⁹⁷ Il s'agit des biens constitutifs de l'infrastructure et les immeubles non affectés à l'exploitation des services de transport appartenant à l'État et gérés jusqu'à là par SNCF. Ces biens transférés comprenaient, par exemple, les voies, les ouvrages d'art et es passages à niveau, les quais à voyageurs et les marchandises, les triages, les installations de signalisation, de sécurité de traction électrique. Pour la liste complète des biens et immeubles transférés, voir l'article 5 de la loi 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public << Réseau ferré de France >> en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF*, n°39 du 15 février 1997 ; voir aussi le Décret n°97-445 du 5 mai 1997 portant constitution du patrimoine initial de l'établissement public Réseau ferré de France, *JORF*, n°106, du 7 mai 1997.

305. **La création des Gares & Connexions (2009).** Malgré l'absence d'une obligation européenne, la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports⁷⁹⁸ a posé l'obligation d'une comptabilité séparée des activités de gestion des gares et d'exploitation des services de transport à compter du 1^{er} janvier 2011. Selon cette loi, l'utilisation des gares et de toute infrastructure de service par les entreprises ferroviaires donnait lieu à la passation d'un contrat. Ainsi, a été créée Gares & Connexions⁷⁹⁹, une direction autonome de l'opérateur historique à savoir particulièrement « *une entité séparée en termes organisationnel, décisionnel et comptable (depuis le 1^{er} juillet 2011) du reste des activités de l'opérateur historique* »⁸⁰⁰.

- a) Des faibles garanties d'indépendance de Gares & Connexions par rapport à l'exploitant historique SNCF Mobilités

306. **L'insuffisante indépendance décisionnelle et organisationnelles de Gares et Connexions.** L'article 13 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen⁸⁰¹ oblige les exploitants d'installations de service placés sous le contrôle direct ou indirect d'une entité ou entreprise également active et dominante sur le marché national des services de transport ferroviaire d'être organisés d'une manière à garantir leur indépendance organisationnelle et décisionnelle vis-à-vis de ladite entité ou entreprise. Dans la mesure où la directive ne réclame pas l'indépendance juridique des exploitants d'installations de service, la création et la fonction de Gares & Connexions sont supposées être compatibles avec les exigences du droit européen. Depuis la loi portant réforme ferroviaire du 4 août 2014, Gares & Connexions s'est constituée comme une direction au sein de l'EPIC SNCF Mobilités. A ce titre, l'article L.2141-1, paragraphe 3 du code des transports, autorise SNCF Mobilités à « *gérer, de façon transparente et non*

⁷⁹⁸ Loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *JORF*, n°0285 du 9 décembre 2009.

⁷⁹⁹ Gares & Connexions est aujourd'hui le gestionnaire des gares françaises, en charge du développement, de la maintenance et de l'exploitation des 3000 gares et points d'arrêts et de l'accueil des 10 millions de voyageurs et visiteurs quotidiens. L'activité de SNCF Gares & Connexions est pour partie une activité régulée, soumise à ce titre à une obligation d'équité de service envers les transporteurs et placée sous le contrôle de l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires Et Routières (ARAFER). Ces obligations envers les transporteurs sont également prescrites par le droit européen (Directive 2012/34/UE) qui impose au gestionnaire de gare de fournir à toutes les entreprises ferroviaires un accès non discriminatoire aux gares de voyageurs (article 13.2) qui comprend notamment l'accès aux voies en gares, aux parkings et aux ateliers de maintenance.

⁸⁰⁰ GEFFARD (J.), « Le système de transport ferroviaire national à la recherche de son équilibre. A propos de la loi n° 014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire », *RLC*, n°42, Janvier-Mars 2015, pp.151-163.

⁸⁰¹ Directive 2012/34/UE précitée.

discriminatoire, les gares de voyageurs qui lui sont confiées par l'État ou d'autres personnes publiques et (a) percevoir à ce titre auprès des entreprises ferroviaires, toute redevance ». Toutefois, différents rapports et avis de l'Autorité de la concurrence ont exigé que les gares de voyageurs soient dévolues à une entité indépendante de l'opérateur national historique⁸⁰². L'Autorité de la concurrence a ainsi dénoncé l'organisation ferroviaire française en précisant : « : « (...) *Le fait que la SNCF n'ait pas rendu Gares & Connexions plus indépendant des activités concurrentielles de l'EPIC, en filialisant par exemple cette activité comme cela a été le cas en Allemagne, et que cette entité soit placée sous l'autorité directe du président de la SNCF n'apparaît pas de nature à offrir des garanties suffisantes de transparence dans la gestion des gares reposant sur d'autres facteurs que la seule bonne volonté de l'opérateur historique.* »⁸⁰³. De manière analogue, le régulateur sectoriel considère que Gares & Connexions ne dispose pas des garanties d'indépendance organisationnelle et décisionnelle telles qu'exigées par le droit européen dans la mesure où il ne dispose pas de ressources humaines propres, fait appel « *aux services de SNCF Mobilités pour assurer la réalisation de ses prestations en gares* »⁸⁰⁴ et « *son budget demeure tributaire d'arbitrage internes à cet établissement public* »⁸⁰⁵.

307. Le défaut de la procédure de nomination des directeurs des gares. L'imprécision de ses missions. Le fonctionnement actuel des Gares & Connexions et plus particulièrement sa procédure de nomination du directeur des gares par le conseil d'administration de SNCF et son président remet en cause la véritable autonomie entre les deux entités. L'indépendance entre Gares & Connexions doit être consolidée par rapport à SNCF Mobilités des lors que les missions du directeur des gares définies à l'article 26 du décret n°2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités ne sont pas suffisamment explicitées⁸⁰⁶. Or, à l'instar du président du conseil d'administration de SNCF Réseau, le directeur des gares

⁸⁰² Voir dans ce sens les avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs et avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire ; aussi le Rapport de Mme Fabienne Keller, sénatrice du Bas-Rhin à M. le Premier ministre, La gare contemporaine précité.

⁸⁰³ Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

⁸⁰⁴ ARAFER, « Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France », juillet 2016, p. 5, pp. 30 précité.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

⁸⁰⁶ « *Le directeur des gares ne reçoit aucune instruction qui soit de nature à remettre en cause ou à fausser l'indépendance de sa direction et veille au caractère non discriminatoire des décisions prises pour l'exécution des missions de celle-ci. Le directeur des gares est seul responsable de la gestion administrative et budgétaire de sa direction. Les personnels employés par cette direction ne peuvent recevoir d'instruction que du directeur des gares ou d'un personnel placé sous son autorité.* ».

occupe des missions clés et son poste est chargé d'une forte responsabilisation en termes des garanties de l'accès équitable et non-discriminatoire des nouveaux entrants aux gares ferroviaires. A ce titre, « *il devra disposer des missions et des responsabilités précisément définies, et doit jouir de garanties d'indépendance qui lui soient propres pour prévenir toute influence de l'opérateur historique de transport auquel il est intégré* »⁸⁰⁷. L'imprécision du périmètre des fonctions du directeur des gares soulève des difficultés en termes d'indépendance entre Gares & Connexions et Sncf Mobilités des lors que le directeur des gares est soumis à la décision discrétionnaire du conseil d'administration de SNCF Mobilités. Les dispositions des articles 25 et 26 du décret n°2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités concernant l'interdiction du directeur des gares de recevoir des instructions de nature à remettre en cause l'indépendance de la direction autonome et respectivement l'interdiction d'être membre du conseil d'administration de SNCF Mobilités ne peuvent pas, en l'état actuel du droit, véritablement établir l'indépendance totale du directeur des gares et isoler celui-ci de toute tentative de traitement favorable à la SNCF Mobilités. L'indépendance du directeur des gares est d'autant plus nécessaire qu'il dispose d'un pouvoir de proposition de fixation des redevances d'accès en gares (services de base et prestations complémentaires).

308. Les garanties insuffisantes d'autonomie financière de Gares & Connexions.

L'architecture actuelle ne permet non plus de garantir l'autonomie financière de Gares & Connexions par rapport à l'opérateur historique. Pourtant, « *cette autonomie financière est une garantie d'un environnement ferroviaire purgé de la pratique des subventions croisées et ou la compétitivité des entités du secteur est préservée* »⁸⁰⁸. La loi du 4 août 2014 prévoit une limitation monétaire à la délégation de pouvoir dont dispose le directeur de gares. Sa liberté d'action est donc encadrée par les limites du portefeuille financier dont il dispose. Toutefois, « *Un éventuel contrôle sur le budget exercé par le conseil d'administration de SNCF pourrait, dans certaines conditions être justifiée, mais, dans l'état actuel, il semble trop direct. Cela a pour effet de générer un trop grand risque que les investissements bénéficieront davantage à la SNCF qu'à l'ensemble des entreprises ferroviaires, qui en supporteront pourtant le coût par l'intermédiaire des redevances en gares.* »⁸⁰⁹. Doter la branche Gares & Connexions et plus spécifiquement son directeur d'une réelle indépendance vis-à-vis de SNCF Mobilités devrait

⁸⁰⁷ Autorité de la concurrence, avis n° 15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire.

⁸⁰⁸ OPREA (A.), DUPONT (P.), Document interne à la Direction ferroviaire Transdev, « Pourquoi Gares & Connexions devait être indépendante de SNCF Mobilités. Projet de réponse », 2015, p. 5.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

aussi permettre au directeur de bénéficier d'une véritable liberté à gérer la politique des investissements sur le périmètre dont il est chargé de la gestion⁸¹⁰.

309. Le scénario du placement de Gares & Connexions dans le giron de SNCF Réseau. Considérant que l'Autorité de la concurrence avait exprimé la nature d'infrastructure essentielle des gares de voyageurs⁸¹¹, il serait indispensable, de rattacher Gares & Connexions à SNCF Réseau, gestionnaire de l'infrastructure et ne pas maintenir cette branche dans le giron de l'opérateur national historique. Un tel scénario organisationnel permettrait d'éviter tout contact entre le gestionnaire des gares et l'opérateur national et constituerait donc un gage de développement de la concurrence dans des conditions équitables et non-discriminatoires. Ainsi, *« l'indépendance entre G & C et SNCF Mobilités permettrait d'éviter tout abus de position dominante de SNCF Mobilités sur le marché ferroviaire progressivement ouvert à la concurrence, mais également sur le marché de l'intermodalité et ses services associés qui concernent tous les niveaux de collectivités locales et pour lequel SNCF Mobilités se positionne également via ses multiples filiales »*⁸¹².

- b) Les limites relatives au système de tarification de l'accès aux gares ferroviaires de voyageurs

310. La dualité des prestations et services proposés dans les gares ferroviaires de voyageurs. A l'instar du gestionnaire du réseau qui rédige un Document de référence du réseau (DRR), le gestionnaire des gares (le directeur des gares) publie un Document de référence des gares (DRG)⁸¹³. Ce document a pour objet d'illustrer le cadre dans lequel se déroulent les relations entre le gestionnaire des gares, les entreprises ferroviaires et les candidats réclamant l'accès aux gares ferroviaires, aux haltes ouvertes au public, aux quais, aux bâtiments etc⁸¹⁴. Il y a deux groupes de services qui sont proposés dans les gares ferroviaires : d'un côté de prestations d'accès aux gares de voyageurs fournis par Gares & Connexions aux entreprises ferroviaires et de l'autre, celles fournies par SNCF Réseau aux entreprises ferroviaires et

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ Autorité de la concurrence, Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

⁸¹² OPREA (A.), DUPONT (P.), précité.

⁸¹³ Conformément à l'article 14-1 du décret n°2003-194 du 7 mars 2003 modifié par les décrets n°2012-70 du 20 janvier 2012 et n°2016-1468 du 28 octobre 2016.

⁸¹⁴ Le Document de référence des gares fixe les prestations fournies dans les gares, ainsi que les principes définissant le système de tarification de l'accès à ces prestations et services.

candidats autorisés⁸¹⁵. Gares & Connexions ainsi que le gestionnaire d'infrastructure proposent les deux des services de base⁸¹⁶ et de services complémentaires⁸¹⁷. La réalisation des prestations et des services au bénéfice d'opérateurs de transport permet à Gares & Connexions et SNCF Réseau de percevoir de tarif d'utilisation des gares ferroviaires.

311. Le principe de double caisse « aménagée ». Une méthodologie de calcul complexe

Le chiffre d'affaire de Gares & Connexions s'élevait en 2014 à 1,2 milliards d'euros dont 600 millions d'euros de prestation de base (péages) et 400 millions d'euros de revenus non régulés (croissance des revenus non régulés de 14% entre 2011 et 2015)⁸¹⁸. Pour fixer les charges de fonctionnement dans une gare, il faut au préalable définir ce qui relève du périmètre régulé et ce qui relève du périmètre non régulé (les revenus commerciaux par exemple). Gares & Connexions ambitionne de développer le périmètre non-régulé, ce qui profiterait au financement du périmètre régulé. Il existe aujourd'hui 1400 niveaux de redevances calculés

⁸¹⁵ Le Document de référence des gares pour l'horaire de service 2017 a une structure bipartite présentant les prestations d'accès aux gares de voyageurs fournis par Gares & Connexions aux entreprises ferroviaires (Partie A) et celles fournies par SNCF Réseau aux entreprises ferroviaires et candidats autorisés (Partie B). En application de l'article 14-1- III du Décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire, Gares & Connexions et SNCF Réseau soumettent conjointement, ou chacun pour la partie qui le concerne, le projet de document de référence des gares de voyageurs pour avis à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.

⁸¹⁶ Parmi les services de base proposés par Gares & Connexions, nous rapellons : la mise à disposition et l'entretien des bâtiments, espaces et équipements nécessaires à l'accueil des voyageurs et à l'accès des voyageurs aux trains (les surfaces communes de circulation de voyageurs, le mobilier de gare etc), la mise à disposition des services nécessaires à l'accueil des voyageurs et à l'accès des voyageurs aux trains (l'accueil général, le service de prise en charge des personnes handicapées et à mobilité réduite), la mise à disposition de l'information collective des voyageurs en gare) etc. Parmi, les services de base proposés par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs, nous rapellons la mise à disposition de ses biens aux entreprises ferroviaires afin d'assurer la « *montée et la descente des voitures à voyageurs, la traversée des voies à niveau ou en ouvrage dénivelé (y compris les équipements associés-ascenseurs, escaliers mécaniques), le cheminement des voyageurs et du personnel de l'entreprise ferroviaire (ou de ses prestataires) y compris l'accessibilité PMR quand l'infrastructure le permet (...)* », Extrait DRG pour l'horaire 2017, p.75, pp.98.

⁸¹⁷ Selon le DRG, la réalisation de prestations complémentaires par Gares & Connexions suppose la conclusion d'un contrat spécifique avec l'entreprise ferroviaire (convention d'occupation du domaine public) soumis aux règles du code général de la propriété des personnes publiques. S'agissant des prestations complémentaires fournis par SNCF Réseau, les entreprises ferroviaires peuvent solliciter la mise à disposition d'espace pour l'installation de bornes et automates de délivrance, d'échange ou de validation des titres de transport ; voir DRG pour l'horaire 2017, p.75, pp.98 précité. L'accès aux prestations réalisés par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs est régi par le contrat d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire conclu entre l'opérateur de transport et SNCF Réseau.

⁸¹⁸ Groupe de travail UTP, « Projet nouveau modèle tarifaire », 21 janvier 2016, p.6, pp.18. Suite à la demande des entreprises ferroviaires (relayée par l'UTP dans ses observations à la consultation sur le DRG HDS 2016 révisé et HDS 2017) et de l'ARAFER (à l'époque ARAF) pour une amélioration et une simplification du modèle économique et tarifaire de Gare & Connexion, cette dernière a proposé d'associer l'UTP dans la construction de ce nouveau modèle en l'informant des pistes de réflexion de Gares & Connexions sur ce nouveau modèle. Gares & Connexions a travaillé sur ce sujet également en lien avec l'ARAF et la DGITM. La première réunion de cette « *concertation* » s'était tenue le 21 janvier 2016.

chaque année, pour 173 périmètres de gestions⁸¹⁹. En fonction du type de gare, le périmètre se définit par gare ou par région⁸²⁰. Il a été également souligné⁸²¹ qu'il existe actuellement des différences significatives des redevances entre gares. A titre des références, les différences entre les gares ST Lazare/ Austerlitz ou encore entre la gare Lyon Part Dieu/ Gare Lyon St Exupéry ont été citées. Ces différences s'expliquent par un certain nombre des facteurs parmi lesquels, le volume de trafic de voyageurs. Le calcul des redevances d'accès aux gares se fait selon une formule précise⁸²² que nous analyserons comme il suit.

B. La tarification des activités régulées

312. **Le principe de la stricte couverture des charges.** L'article 31 point 7 de la directive 2012/34/UE transposé en France à l'article 3 du décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire⁸²³ précisent que la redevance perçue par le gestionnaire des gares pour ouvrir l'accès à ces voies et aux services dans ces installations « *ne dépasse pas le coût de leur prestation majoré d'un bénéfice raisonnable* ». Les redevances perçues en contrepartie de l'utilisation d'installations de service et des prestations régulées sont calculées sur la base de « *l'utilisation réelle de l'installation ou de la catégorie d'installations de service au cours des trois dernières années, ainsi que des perspectives de leur utilisation durant la période au cours de laquelle le tarif de la redevance est prévu de s'appliquer* »⁸²⁴.

313. **La tarification des prestations de base. Une partie fixe et une partie pondérée.** La tarification du service de base en gare s'opère selon le principe de stricte couverture des coûts. Ces charges comprennent : (1) les charges courantes d'entretien et d'exploitation, (2) le financement de la dotation aux amortissements des investissements (y compris les investissements de renouvellement et de mise aux normes, nets des subventions reçues) et enfin

⁸¹⁹ *Ibid.* En outre un périmètre de gestion peut être constitué d'une ou plusieurs gares. Le DRG 2020 indique que le tarif de la redevance doit strictement couvrir les coûts d'un périmètre de gestion, sans influencer sur les coûts d'un autre périmètre de gestion. La mutualisation ou la péréquation ne sont pas admises.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ OPREA (A.), DUPONT (P.), Document interne à la Direction ferroviaire de Transdev « Compte rendu de la réunion du 21 janvier 2016 portant sur le projet de tarification de Gares & Connexions », 22 janvier 2016, p.2.

⁸²² Le calcul des redevances d'accès aux gares se fait selon la formule suivante : les charges prévisionnelles liées aux activités régulées – rétrocession + amortissements + coût moyen pondéré au capital (CMPC) / #départs (par type de train).

⁸²³ Article 13-1-II du Décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, *JORF*, n°0019 du 22 janvier 2012 p. 1291.

⁸²⁴ Article 3 du Décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire, *JORF*, n°0019, du 22 janvier 2012.

(3) le coût des capitaux nécessaires au financement des investissements. Le principe de tarification s'applique pour chaque périmètre de gestion⁸²⁵ tel que correspondant à la segmentation des gares⁸²⁶. Les charges prévisionnelles sont les charges affectées au périmètre des transporteurs ferroviaires dans les gares⁸²⁷. Sont inclus dans ces charges les coûts liés à l'exploitation de la gare⁸²⁸ ainsi que les frais de structure. La prestation de base fournie par Gares & Connexion et dont la redevance est supportée par les entreprises ferroviaires comporte une partie fixe et une partie pondérée⁸²⁹. Une fois affectés aux transporteurs, les charges courantes d'entretien et d'exploitation sont affectées soit à la part fixe soit à la part pondérée de la prestation de base. A titre d'exemple, les charges engagées pour la gestion et le fonctionnement des consignes et espaces prévus pour les objets trouvés sont exclusivement affectées au périmètre des transporteurs et à la part pondérée de la prestation de base. Les charges liées aux prestations d'accompagnement ou d'assistance pour le voyage d'une personne à mobilité réduite (PMR) sont exclusivement affectées au périmètre des transporteurs et à la part fixe de la prestation de base. Enfin les charges prévisionnelles comportent les impôts et les taxes telle que la contribution économique territoriale, la taxe foncière, la taxe d'enlèvement des ordures ménages etc⁸³⁰. Une fois les charges prévisionnelles déterminées, elles seront déduites d'une rétrocession basée sur le résultat courant prévisionnel des activités non

⁸²⁵ Par gare ou par région.

⁸²⁶ Pour rappel, les gares sont classifiées dans des (1) gares d'intérêt national (A) lorsqu'elles comptent plus de 250.000 voyageurs nationaux ou internationaux ou 100% de voyageurs nationaux ou internationaux ; (2) des gares d'intérêt régional (B) lorsqu'elles comptent plus de 100.0000 voyageurs/an ; et enfin (3) les gares d'intérêt local (C) qui ne correspondent pas au 1) et 2).

⁸²⁷ Il faut savoir que les gares comptent deux périmètres d'activité : un périmètre affecté aux transporteurs ferroviaires (soumis au tarif de gare) et un périmètre des occupants de la gare locataire et les concessionnaires), ces derniers générant des retenus au titre de leurs activités non régulées, non liées au transport ferroviaire per se.

⁸²⁸ Les charges liées à l'exploitation ne sont pas toutes et automatiquement affectées aux transporteurs ferroviaires. Gares & Connexions réalise une répartition des ces charges par périmètre (certaines charges sont supportés par les locataires, par les concessionnaires) ou par placement (« cœur de gare » et « autres surfaces »). Deux clés de répartition sont ainsi utilisées dans cette ventilation : « m2 totaux » et « m2 cœur de gare ».

⁸²⁹ Le DRG indique que la redevance de la prestation de base est modulée en fonction du type de trafic. L'unité d'œuvre retenue pour la partie fixe est le nombre de départs de trains commerciaux. Pour la partie pondérée, l'unité d'œuvre est l'estimation du nombre de voyageurs.

⁸³⁰ Selon le DRG, « Les impôts et taxes par gare sont affectés sur l'ensemble des périmètres au prorata des surfaces totales (clé « m2 totaux »). Les impôts et taxes du périmètre des transporteurs sont affectés à la part fixe de la prestation de base ».

régulées⁸³¹. De ce fait il est essentiel que le gestionnaire des gares développe le périmètre non régulé, qui profite au financement du périmètre régulé⁸³².

314. **La prise en considération du coût moyen pondéré.** Le Document de références des gares (DRG) définit le coût moyen pondéré du capital (CMPC) après l'impôt sur les sociétés comme « *la moyenne pondérée du coût des fonds propres et du coût de la dette* »⁸³³. Selon l'ARAFER, il s'agit d'un « *Taux de rentabilité moyen attendu par les actionnaires et les créanciers, en retour de leur apport de fonds.* »⁸³⁴. Le calcul du coût moyen pondéré du capital comporte une prime de risque spécifique aux activités de SNCF Gares & Connexions⁸³⁵. Ce prime tient compte, comme le rappelle le DRG, « *de la nature des activités régulées du SNCF Gares & Connexions en matière ferroviaire et notamment la sensibilité de leurs résultats aux aléas économiques* »⁸³⁶. La méthode socio-économique du calcul du coût moyen pondéré du capital été précédemment utilisée par l'ARAFER et a fait l'objet d'une validation par le Conseil d'État⁸³⁷. Comme le rappelle l'ARAFER, cette méthode prend en compte les données de marché et permet « *d'établir un taux stable pour une période pluriannuelle, conformément à la pratique en vigueur dans la plupart des régulations sectorielles, par exemple dans les secteurs de*

⁸³¹ L'article 13-1-IV du décret du 7 mars 2003 précité modifié par le décret 2012-70 du 20 janvier 2012 indique clairement « *Le résultat courant positif, déterminé pour chaque périmètre de gestion défini au I, provenant des activités liées aux prestations non régulées assurées directement ou indirectement par SNCF Réseau ou la direction autonome instituée par l'article 25 du décret du n° 2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités dans les gares de voyageurs du réseau ferré national vient en déduction, à hauteur de 50 %, des charges prises en compte, conformément au II, pour ce même périmètre de gestion, pour la fixation des redevances liées aux prestations régulées définies à l'article 4 du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire. Ce résultat est net de l'ensemble des charges d'exploitation directement liées à ces activités et intègre une rémunération des capitaux mobilisés ainsi que le financement de la dotation aux amortissements* ».

⁸³² Gares & Connexions établit ses tarifs en incluant également dans l'assiette les amortissements sur les investissements ainsi que les charges d'emprunt et les frais financiers afférents aux coûts d'immobilisation (des bâtiments et équipements mis en service par exemple). Ces charges peuvent être affectées soit directement au périmètre des transporteurs ou d'autres occupants soit repartis sur les périmètres de la gare. Le montant des investissements fait l'objet d'une régularisation à la fin du service annuel, les tarifs des redevances pouvant être modifiés en conformité avec la réalité des circulations et donc de l'utilisation réelle de l'infrastructure.

⁸³³ DRG pour l'horaire de service 2017, p.45, pp.98.

⁸³⁴ Site internet de l'ARAFER.

⁸³⁵ Voir la consultation de l'ARAFER lancée entre le 7 et le 29 juin 2012 sur le taux de rémunération des capitaux employé pour l'établissement des redevances liées aux prestations régulées dans les gares de voyageurs pour l'horaire de service 2014. A cette occasion, plusieurs acteurs ont pu communiquer leurs observations sur la méthode d'évaluation du CMPC. Par exemple, Veolia Transdev signalait qu'il n'existait pas dans le cadre réglementaire de l'époque une méthode particulière d'évaluation du coût des capitaux engagés et que par conséquent, il n'incombait pas à l'opérateur historique de proposer cette évaluation dans la mesure où les gares de voyageurs présentaient les caractéristiques d'infrastructures essentielles. L'un des débats de la consultation portait en outre sur l'opportunité de transposer la méthode de détermination du risque systématique utilisées au sein des entreprises cotées par Gares & Connexions et le gestionnaire de l'infrastructure (à l'époque le RFF).

⁸³⁶ DRG pour l'horaire de service 2017, pp.98

⁸³⁷ Conseil d'État n°389643 du 3 octobre 2016.

l'énergie ou des télécommunications »⁸³⁸. Enfin, le coût moyen pondéré du capital est fixé par Gares & Connexions et l'Autorité peut le contester ou le valider dans le cadre de son avis sur les redevances liées aux prestations régulées⁸³⁹.

315. **La régularisation sur le nombre de départs de trains.** Le résultat est ensuite divisé par le nombre des départs des trains. A l'instar de la régularisation sur les investissements, Gares & Connexions propose un mécanisme de régularisation sur le nombre de départs de trains. Le nombre des départs de trains fait l'objet d'une détermination prévisionnelle réalisée par Gares & Connexions dans le cadre de sa concertation et la procédure d'avis sur le DRG avec les transporteurs et les autorités organisatrices de transport. Le plan de transport est conçu deux ans à l'avance de la réalisation effective du transport ferroviaire. Précisément ce caractère incertain inhérent à l'élaboration prévisionnelle du plan de transport justifie l'existence d'un mécanisme de régularisation par la suite. La régularisation porte sur toutes les gares. Soit le trafic de la gare a été sous-estimé (et donc le tarif a été surestimé) et dans ce cas, le trop-perçu est remboursé aux entreprises ferroviaires⁸⁴⁰. Soit le trafic de la gare a été surestimé (et donc le tarif sous-estimé) et dans ce cas, Gares & Connexions émettra une facture complémentaire au plus tard en juin de l'année N+1⁸⁴¹. L'application de la méthodologie décrite permettra d'identifier le tarif de l'accès au périmètre régulé des gares de voyageurs.

C. La tarification des activités non régulées

316. **Les charges liées aux activités non régulées.** Les charges liées aux activités non régulées sont réparties en fonction du type de charges entre les locataires du périmètre non-régulé. Dans la même manière que charges prévisionnelles du périmètre régulé, les charges liées aux activités non régulées incluent les charges d'exploitation, les frais de fonctionnement ainsi que les taxes et impôts. Des clés de répartition sont aussi applicables aux amortissements et aux coûts moyens pondérés du capital. Gares & Connexion opère une distinction entre le coût moyen pondéré du capital pour les activités régulées de celui retenu pour déterminer le montant de la rétrocession pour les activités non régulées⁸⁴². Enfin, 50% du résultat servira

⁸³⁸ ARAFER, avis n° 2018-057 du 9 juillet 2018 relatif aux redevances liées aux prestations régulées fournies par SNCF Gares & Connexions dans les gares de voyageurs pour les horaires de service 2018 et 2019, p.14, pp.20.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ Le DRG précise que le remboursement s'opère sous forme d'avoir en N+1 au prorata du nombre de départs des trains des transporteurs de la gare considérée. L'avoir est émis au plus tard en juin de l'année N+1.

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² ARAFER, avis n°2018-057 du 9 juillet 2018 relatif aux redevances liées aux prestations régulées fournies par SNCF Gares & Connexions dans les gares de voyageurs pour les horaires de service 2018 et 2019, p.6, pp.20.

comme rétrocession à prendre en compte et à déduire du périmètre régulé. Le 50% restant correspond à la capacité d'autofinancement de Gares & Connexions.

2. L'évolution de la gestion des gares ferroviaires en France

Venant corriger les défaillances de la réforme ferroviaire de l'année 2014, la loi du 27 juin 2018 place Gares & Connexions dans le giron du gestionnaire d'infrastructure, SNCF Réseau (a). L'hypothèse de l'association des autorités organisatrices de transport à la gestion des gares ferroviaires de voyageurs est en outre avancée (b). Enfin, le système de tarification est reconsidéré (c).

a) L'établissement de Gares & Connexions comme une filiale de SNCF Réseau

317. **La gestion unifiée des gares de voyageurs par Gares & Connexions, filiale autonome de SNCF Réseau.** A la différence du législateur de 2014 qui n'avait pas impacté l'organisation de gares ferroviaires, le législateur de 2018 a voulu mettre en place un véritable *unbundling*⁸⁴³ du gestionnaire des gares dans le cadre de l'entreprise nationale verticalement intégré. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2020, SNCF Réseau, a pour mission « *d'assurer, de façon transparente et non discriminatoire, (...)« 5° la gestion unifiée des gares de voyageurs, à travers une filiale dotée d'une autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière »*⁸⁴⁴. La gestion unifiée des gares de voyageurs est supposée représenter « *un atout majeur au quotidien* »⁸⁴⁵ dans la mesure où, selon les mots propres du Monsieur Patrick Ropert, Directeur général de SNCF Gares & Connexions, « *l'entretien des quais, rénovation de halles, travaux sur les installations électriques ne seront plus partagés entre deux entités, mais bénéficieront d'une synergie de compétences et de moyens, au service de tous nos clients et partenaires* »⁸⁴⁶. La réforme visée par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire a ainsi eu pour finalité la création d'un gestionnaire des gares de plein exercice, complètement séparée des autres entités du groupe public ferroviaire. Sa séparation d'autres entités n'est donc uniquement comptable, mais également organisationnelle et juridique. Enfin, le rattachement de Gares & Connexions en tant que « *filiale dotée d'une autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière* » au gestionnaire d'infrastructure s'inscrit dans une logique de complémentarité de l'infrastructure

⁸⁴³ TERNEYRE (P.), « Les gares ferroviaires de voyageurs », précité.

⁸⁴⁴ Article L.2111-9 du Code des transports modifié par la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 et par l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

ferroviaire et des gares de voyageurs⁸⁴⁷, des lors que ces installations correspondent toutes les deux aux « installations essentielles » conformément au droit de la concurrence.

318. **La conclusion d'un contrat pluriannuel entre Gares & Connexions et l'État.** A l'instar de la conclusion par le gestionnaire d'infrastructure d'un contrat de performance avec l'État, l'article L2111-10-1-A du code de transport crée par la loi du 27 juin 2018 précise que Gares et Connexions conclura avec l'État un contrat pluriannuel. L'État déterminera dans le cadre de ce contrat « *les objectifs assignés au gestionnaire de gares en matière de qualité de service, de trajectoire financière, d'accès des entreprises ferroviaires aux gares, de sécurité, de rénovation et de propriété des gares et de développement équilibré es territoires* ». L'article poursuit en indiquant que le projet de contrat et les projets d'actualisation seront soumis pour avis à l'ARAFER. La préparation de ce contrat débute logiquement par une analyse pertinente des besoins de chacune des parties dans le but de les responsabiliser dans leurs missions, mais aussi d'en faire un véritable levier de performance. Les exigences issues de ces contrats devront être accompagnés par des véritables engagements des parties et des mécanismes d'incitations tant pour l'État que pour le gestionnaire des gares. En pratique, à l'instar du contrat de performance conclu par le gestionnaire d'infrastructure avec l'État, le contrat pluriannuel du gestionnaire des gares devra prévoir des exigences assises sur des indicateurs contractuels variables et mesurables de productivité portant par exemple sur la qualité de service offerte aux entreprises ferroviaires, sur la sécurité.

319. Réclamé par l'ARAFER à l'égard du contrat de performance conclu par SNCF Réseau avec l'État, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'inclure dans le contrat pluriannuel du gestionnaire des gares un indicateur de mesure de l'effet de régénération sur les dépenses d'entretien des actifs renouvelés⁸⁴⁸. Il est indispensable ainsi que les indicateurs choisis dans ce contrat remplissent « leur rôle d'éclairage et d'alerte ». Autrement dit qu'ils remplissent leur vocation qui est celle de marquer les dérives ou les avancements par rapport aux objectifs établis. S'agissant d'un contrat de performance, les indicateurs de la notion même de

⁸⁴⁷ A ce titre, il est intéressant de signaler la position de SNCF Réseau lors de la consultation publique lancée par Gares & Connexions sur la révision du modèle tarifaire, occasion à laquelle le gestionnaire de l'infrastructure souligne l'importance du cadrage des documents de référence du réseau (DRR) et des gares (DRG) sur l'horaire de service plutôt que sur l'année calendaire. Cette approche permet de conserver la cohérence entre les deux documents dans a mesure ou effectivement la tarification des départs-trains est étroitement liée de celle des sillons. Cette synergie permet de générer plus de lisibilité au profit des opérateurs ferroviaires.

⁸⁴⁸ ARAFER, avis n°2018-035 du 14 mai 2018 relatif à la mise en œuvre au titre de l'année 2017 du contrat pluriannuel de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026, paragraphe 14, p.3, pp.8.

performance doivent être clairement identifiés. La question de la clarté et de la qualité des indicateurs employés est indissociable de la problématique de suivi de la performance par Gares & Connexions. Enfin, le contrat pluriannuel du gestionnaire des gares doit être orienté vers des objectifs d'efficacité économique, de rentabilité. La trajectoire financière retenue doit permettre de dégager des gains de productivité. Le gestionnaire unifié des gares a pris un engagement de productivité de moins de 26 millions d'euros sur 2 ans qui tient compte à la fois des investissements sur la durée et la croissance des activités non régulées dans les gares⁸⁴⁹.

- b) Association des autorités organisatrices de transport à la gestion ou exploitation de certaines gares de voyageurs⁸⁵⁰.
- c) La refonte de la tarification des gares

320. **Réunification du patrimoine en gare et abandon de la structure bipartite du DRG.**

A la suite de la réforme portée par la loi du 27 juin 2018, le document de référence des gares (DRG) ne se réfère plus aux prestations et services fournis par SNCF Réseau dans les gares ; il ne sera désormais plus bipartite. Le nouveau document de référence s'appliquera sur toutes les gares ferroviaires, les haltes ouvertes au service ferroviaire sur l'ensemble du patrimoine. Le document de référence des gares pour les horaires 2020 est disponible⁸⁵¹.

321. **L'extension des prestations de base fournies par Gares & Connexions.** Le binôme prestations de base- prestations complémentaires tel qu'il figurait dans les DRG antérieurs est conservé par le DRG 2020 et demeure inchangé par le décret n°2016-1468 du 28 octobre 2016 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire⁸⁵². Toutefois, la prestation de base fournie dans le Document de référence des gares 2020 comporte une évolution par rapport aux versions antérieures de DRG

⁸⁴⁹ DRG Horaires de service 2020, version janvier 2019, Premier document de référence des gares du gestionnaire unifié, p. 41, pp.65.

⁸⁵⁰ Sur cet aspect, voir Partie II, Titre I, Chapitre 1 Pilotage du processus concurrentiel par les autorités publiques.

⁸⁵¹ Version janvier 2019, saisine de l'ARAFER. Des lors que la loi du 27 juin 2018 ne produira des effets qu'à partir du 1^{er} janvier 2020, ce sont les redevances de service du 2019 qui s'appliqueront du début de l'horaire de service 2020 jusqu'au 31 décembre 2019. A l'exception, nous dit le DRG, de la gare nouvelle de Nîmes Pont-du-Gard pour qui il n'y avait pas des redevances applicables en 2019 et dont les redevances 2020 seront directement applicables de l'ouverture de la gare.

⁸⁵² Décret n°2016-1468 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire, *JORF*, n°0255 du 1er novembre 2016.

dans la mesure où elle inclue la prestation relative à l'accès aux quais et à leur usage, qui incombait auparavant à SNCF Réseau. Il en résulte ainsi une extension des composantes de la prestation de base réalisée par Gares & Connexions, devenue « globale et indivisible »⁸⁵³ incluant l'intégralité des services et installations dédiés à la réception des voyageurs et public, l'accueil et l'information, l'accès aux quais, la mise à disposition des portes d'embarquement, la mise à disposition d'espaces en gare destinés à la vente des titres de transports. Mise à part ce changement, les composantes de la prestation de base demeurent inchangées dans le Document de référence des gares pour l'horaire 2020⁸⁵⁴. La loi pour le nouveau pacte ferroviaire modifie toutefois le cadre tarifaire de l'accès aux gares ferroviaires.

322. La mise en œuvre d'une tarification pluriannuelle. Les redevances de l'accès aux gares ferroviaires sont établies annuellement pour chaque périmètre de gestion⁸⁵⁵. La durée des tarifs est donc d'un an⁸⁵⁶. Dans sa consultation publique sur le nouveau modèle tarifaire lancée en mai 2016, Gares & Connexions proposait une tarification pluriannuelle qui pourrait « donner de la visibilité à ses clients et aux Autorités Organisatrices sur une durée de 5 années »⁸⁵⁷. La proposition a été saluée à la fois par le régulateur sectoriel⁸⁵⁸ mais aussi par le gestionnaire d'infrastructure⁸⁵⁹. La tarification pluriannuelle est possible depuis l'entrée en vigueur de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire dans la mesure où celle-ci autorise une tarification

⁸⁵³ DRG Horaires de service 2020, version janvier 2019, Premier document de référence des gares du gestionnaire unifié, p. 44, pp.65

⁸⁵⁴ La prestation de base comporte toujours la mise à disposition et l'entretien des bâtiments, espaces et équipements nécessaires à l'accueil des voyageurs aux trains, la mise à disposition des services nécessaires à l'accueil des voyageurs et à l'accès des voyageurs aux trains, l'accueil général et la mise à disposition de l'information collective des voyageurs en gare, les missions d'orientation dans la gare, l'information sur l'intermodalité et sur la desserte ferroviaire de la gare, les services de prise en charge des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite (PMR), la gestion opérationnelle des flux de voyageurs dans la gare etc ; voir DRG Horaires de service 2020, version janvier 2019, Premier document de référence des gares du gestionnaire unifié, p. 45-53, pp.65

⁸⁵⁵ Voir l'article 13-1 du décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire, précité.

⁸⁵⁶ SNCF Gares & Connexions « Nouveau modèle pour la tarification des gares de voyageurs », Dossier de consultation publique, mai 2016, p.14, pp.29.

⁸⁵⁷ *Ibid.* Selon Gares & Connexions, « (...) la grille tarifaire de chacun des périmètres de gestion évoluerait en fonction d'un pourcentage publié dans le Document de Référence des Gares (DRG) établissant une trajectoire de référence sous la forme indice des Prix à la Consommation +/- x% ».

⁸⁵⁸ Avis ARAFER, n°2018-057 du 9 juillet 2018 relatif aux redevances liées aux prestations régulées fournies par SNCF Gares & Connexions dans les gares de voyageurs pour les horaires de service 2018 et 2019, paragraphe 13, p.4, pp.20.

⁸⁵⁹ Selon la SNCF Réseau, « l'évolution vers une approche pluriannuelle et sur une base segmentaire plus réduite doit permettre une tarification offrant une meilleure prévisibilité sur le moyen terme, mais aussi une plus grande souplesse dans le pilotage des éléments composant cette tarification. Un système offrant une plus grande péréquation des charges et des recettes, entre les gares d'une même catégorie, offre la possibilité de s'engager sur un terme plus long qu'actuellement ».

pluriannuelle qui n'excède pas cinq ans⁸⁶⁰. La tarification pluriannuelle, préparée depuis 2019, sera mise en œuvre à partir de l'année 2021⁸⁶¹.

323. La re affirmation des principe clés de la tarification. La méthodologie du calcul reste inchangée. Le décret du 28 octobre 2016 précité confirme que la tarification des redevances des gares s'opère en conformité avec le principe de la stricte couverture des coûts et que le montant de redevances ne dépasse pas le coût de leur prestation majorée d'un bénéfice raisonnable. Si cette méthodologie incombant au gestionnaire des gares ne soulève pas des problématiques particulières, la notion de « bénéfice raisonnable » est, en revanche, plus controversée. Malgré la définition fournie par le décret lui-même⁸⁶², la détermination d'un bénéfice raisonnable est strictement encadrée car le système de tarification est conçu d'une manière à éviter la possibilité du gestionnaire des gares à moduler les tarifs de l'accès aux gares ferroviaires. L'inscription du principe de stricte couverture des coûts comme principe clé de la tarification vise à éviter les pratiques discriminatoires dans l'environnement régulé. La rémunération des capitaux investis (multiplication du coût moyen pondéré du capital (CMPC) par la valeur nette comptable des actifs de chaque périmètre de gestion) demeure prise en compte dans la fixation du tarif. La valeur du CMPC reste soumise à l'approbation du régulateur sectoriel. Dans le DRG pour l'horaire 2020, le CMPC est fixé à 4% après l'impôt sur les sociétés sur toutes les activités régulées⁸⁶³. Enfin, la tarification de l'accès aux gares conserve le principe de ventilation des coûts entre les activités régulées et non régulées.

324. Réduction du nombre des périmètres de gestion et actualisation à la baisse des plans prévisionnels de transport. Jusqu'à la réforme récente, la tarification des gares était fondée sur la prise en compte de 173 périmètres de gestion dans le DRG 2016, ou encore 55 pour Gares & Connexions et 146 pour SNCF Réseau dans les DRG 2018 et 2019. L'enjeu de la réduction du périmètre de gestion est à la simplification du calcul des charges prévisionnel et des plans de transport.

⁸⁶⁰ Voir l'article L.2111-9-2 du code des transports prévu par la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 précitée: « *Les redevances perçues pour la fourniture aux entreprises de transport ferroviaire de services en gare incitent le gestionnaire des gares à améliorer ses performances. Elles peuvent être établies sur une période pluriannuelle ne pouvant pas excéder cinq ans* ».

⁸⁶¹ Si les modifications réglementaires ont lieu dans des délais compatibles ; voir DRG 2020, p.57, pp.65.

⁸⁶² Le décret précise que le Bénéfice raisonnable », correspond à « *un taux de rémunération du capital propre qui prend en compte le risque, y compris celui pesant sur les recettes, ou l'absence de risque, encouru par l'exploitant de l'installation de service et qui est conforme au taux moyen constaté dans le secteur pertinent concerné au cours des dernières années* ».

⁸⁶³ DRG Horaires de service 2020, version janvier 2019, Premier document de référence des gares du gestionnaire unifié, p. 15, pp.65

325. Toutefois, la réduction des périmètres de gestion ne doit rompre l'équilibre économique qui doit exister entre les gares de voyageurs et altérer la situation économique des unes par rapport aux autres. En effet, la problématique de réduction des périmètres de gestion concourt à la simplification de la tarification d'accès aux gares, mais elle oblige aussi le gestionnaire des gares à mettre en place et à développer une véritable politique de péréquation au bénéfice des gares (notamment les petites et les moyennes)⁸⁶⁴. Dans le DRG 2020 le nombre des périmètres de gestion est porté à 56 pour toutes les prestations⁸⁶⁵. La réduction des périmètres de gestion a été possible grâce à une évolution de la segmentation des gares réalisée dans le DRG 2020. La segmentation des gares est passée d'une classification en trois catégories à une classification en 5 catégories. Outre la classification a), b) c) des gares le DRG 2020 inclut le concept de la « grande gare » qui est définie « *comme étant une gare dont la fréquentation en nombre de voyageurs en 2016 était supérieure à 7 millions* »⁸⁶⁶.

326. Aussi, les plans de transports prévisionnels dont l'objet est d'indiquer le nombre de départs de train (élément pris en compte dans le calcul du tarif)⁸⁶⁷ ont été revus dans le cadre de l'élaboration du DRG 2020 à la baisse afin de correspondre davantage à la réalité des circulations réalisées. Le nouveau modèle de tarification conserve toutefois le principe de la régularisation du nombre de départs de trains pour la prestation de base et la prestation Transmanche sous forme d'un avoir ou d'une facture complémentaire adressée aux transporteurs. Outre la régularisation sur le nombre de départs de trains, le mécanisme de régularisation entre le prévisionnel et le réalisé portera aussi sur les écarts de taux horaire de la SUGE⁸⁶⁸, sur le bonus-malus ainsi que sur les charges de capital⁸⁶⁹.

327. **L'inclusion d'un système de bonus-malus dans le calcul de la tarification.** Dans les versions du DRG antérieures à 2018, il n'y avait de système de bonus-malus dans la méthodologie de calcul de la tarification d'accès aux gares. Le système de bonus-malus a l'avantage d'obliger les parties de respecter le contrat d'accès aux gares ferroviaires. Comme son nom l'indique il représente à la fois un mécanisme de pénalités des parties défaillantes dans

⁸⁶⁴ *Ibid.* L'effort de péréquation au bénéfice des petites et moyennes gares est formalisé par le gestionnaire de gares unifié dans le DRG 2020.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ Voir paragraphes antérieurs.

⁸⁶⁸ SUGE – Surveillance générale ou la police des chemins de fer.

⁸⁶⁹ La régularisation sur les charges de capital se réalisera uniquement dans le sens de la restitution du trop-perçu aux opérateurs ferroviaires.

le respect des exigences contractuelles, mais aussi de système d'irrigation économique via l'application des récompenses aux parties allant au-delà de leurs objectifs.

328. L'utilisation d'un système de bonus -malus est indissociable de l'intégration d'indicateurs de qualité de service et de productivité. Comme souligné par le gestionnaire d'infrastructure même « *c'est dans le détail des définitions des indicateurs et a mise en œuvre que se joue la faisabilité économique* »⁸⁷⁰. Précisément dans cette optique, l'ARAFER avait enjoint à SNCF Gares & Connexions de définir dans le DRG pour l'ensemble de gares de voyageurs des indicateurs et objectifs de performance⁸⁷¹ au plus tard pour l'horaire de service 2018. Le DRG 2018 faisait état d'un système de bonus-malus applicable uniquement sur la prestation de base sur chacun de périmètre de gestion et son montant financier pouvait faire l'objet d'une régularisation. En outre les indicateurs sur lesquels le bonus- malus s'appliquait étaient les suivants : (1) un indicateur de disponibilité des ascenseurs et escalateurs⁸⁷² ; (2) un indicateur d'information voyageurs⁸⁷³ ; (3) un indicateur de propreté⁸⁷⁴ ; (4) un indicateur de satisfaction des voyageurs⁸⁷⁵ ; et enfin (5) un indicateur de réalisation des prestations personnes à mobilité réduite (PMR) commandées à l'avance sans incitation financière. Le DRG 2020 fait état d'une évolution de ces indicateurs dans la mesure où il ajoute un (6) à savoir l'indicateur de taux de réalisation des visites règlementaires⁸⁷⁶. Si autres indicateurs ne posent pas de problèmes de détermination, pour l'indicateur lié à la satisfaction des voyageurs, le système de bonus-malus n'a pas été applicable aux DRG 2018 et 2019 et ne sera pas non plus appliqué en 2020 dans la mesure où il n'existe pas en état d'historique de satisfaction dans les gares de type a)⁸⁷⁷ et où il est donc impossible de déterminer un objectif cible pour cet indicateur⁸⁷⁸.

⁸⁷⁰ Contribution de SNCF Réseau, « Nouveau modèle sur la tarification des gares de voyageurs », 2016, p.2, pp.9 à la suite de la consultation lancée par Gares & Connexions, mai 2016.

⁸⁷¹ Applicables aux charges maîtrisables pour les horaires de service 2018. Ces indicateurs ont été définies à la suite d'une concertation lancée par Gares & Connexions avec les entreprises ferroviaires, les autorités organisatrices de transport, les représentants des usagers et SNCF Réseau ; voir l'article 5 de la Décision de l'ARAFER n° 2017-008 du 1er février 2017 portant règlement du différend entre la Région Nouvelle-Aquitaine et SNCF Mobilités relatif aux prestations rendues dans les gares de voyageurs par SNCF Gares & Connexions, 2017, p.20, pp.20

⁸⁷² Soumis uniquement à un malus allant jusqu'au 0,1% du chiffre d'affaire de la partie responsable de la défaillance.

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Soumis à un bonus-malus, +/-0,2% du chiffre d'affaire.

⁸⁷⁶ Soumis uniquement à un malus, sans indication chiffré de celui-ci.

⁸⁷⁷ Pour rappel, il s'agit des gares d'intérêt national, à savoir celles comptant plus de 250 000 voyageurs nationaux ou internationaux ou 100% de voyageurs nationaux ou internationaux.

⁸⁷⁸ Difficulté signalée dans le DRG 2020.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

329. Le rôle que jouent les installations de service et les gares de voyageurs dans la dynamique concurrentielle justifie indubitablement leur placement dans le champ de la régulation ferroviaire. En effet, le corolaire de cette régulation n'est autre chose que la consécration formelle d'un droit d'accès à la fois aux installations de service, mais aussi aux gares de voyageurs des opérateurs de transport dans des conditions équitables, non-discriminatoires et transparentes, principe tant rappelé par le droit européen et consolidé à présent en droit français.

330. La consolidation de ce droit d'accès s'est opérée en France dans un contexte dynamique de réorganisation de la gouvernance ferroviaire dans la perspective de l'accueil du processus concurrentiel. Ainsi, la loi du 27 juin 2018, complétée par des mesures légales et réglementaires, a entériné le principe d'une gestion unifiée des gares ferroviaires de voyageurs entraînant ainsi une véritable rupture par rapport aux dispositions de la loi portant réforme ferroviaire en 2014. En effet, contrairement à cette dernière réforme, la loi de 2018 consacre une véritable séparation juridique⁸⁷⁹ (et non seulement comptable⁸⁸⁰) de la filiale, Gares et Connexions, en charge de la gestion des gares, filiale désormais autonome du gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau, et donc non plus rattachée à l'exploitant ferroviaire comme cela fut le cas auparavant. Si la nouvelle organisation du groupe public unifié consacre la longue marche vers l'étanchéité organisationnelle et structurelle de Gares et Connexions par rapport à l'exploitant ferroviaire et permet ainsi un meilleur alignement aux exigences du droit européen, la garantie d'impartialité de cette structure n'est pas à l'heure totalement remplie. En effet, comme le soulignent le Professeur Piédelièvre et Gency-Tandonnet, les dispositions en vigueur ne permettent pas à présent d'avoir une visibilité sur les organes de gouvernance de Gares et Connexions au-delà du 30 juin 2020, ni sur la désignation du président du conseil d'administration ou du directeur général⁸⁸¹. Le risque de ces oublis n'est pas à minimiser dans la mesure où ils peuvent être « *préjudiciable pour son autonomie* (celle de Gares et Connexions)⁸⁸² ».

⁸⁷⁹ IDOUX (P.), « La loi n°2018-515 du 28 juin pour un nouveau pacte ferroviaire », *Dr. admin.*, 2019, étude 1.

⁸⁸⁰ IDOUX (P.), ROMI (R.), « A la recherche d'une gestion impartiale et équitable des gares – A propos du décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de service du réseau ferroviaire », *J.C.P.A.*, n°29-33, 23 Juillet 2012, 2267.

⁸⁸¹ PIEDELIEVRE (S.), GENCY-TANDONNET (D.), « *Droit des transports* », 2^{ème} Ed., LexisNexis, 2019, p. 734, précité.

⁸⁸² *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 2

331. L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux s'accompagne nécessairement par l'admission pour toute entreprise ferroviaire d'un droit d'accès équitable et non discriminatoire aux réseaux ainsi qu'aux infrastructures ferroviaires (gares de voyageurs et installations de service). Ce droit qui découle des directives européennes apparaît aujourd'hui formalisé dans les droits nationaux à l'unanimité. Les gestionnaires d'infrastructures doivent exercer leurs missions dans des conditions d'indépendance et d'impartialité à l'égard des opérateurs ferroviaires. A ce titre, sous l'influence de la Cour de justice, la France a dû revoir l'organisation de son secteur ferroviaire pour garantir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure ainsi que son système de tarification qui ne répondait pas « *aux exigences d'indépendance et d'incitation à l'amélioration des performances du réseau* »⁸⁸³. Dans les pays analysés dans la thèse, les gestionnaires d'infrastructures publient chaque année des Documents de référence du réseau (DRR) qui décrivent « *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* »⁸⁸⁴. De manière analogue, un Document de référence des Gares de Voyageurs (DRG) émis par le gestionnaire des gares de voyageurs liste les conditions pour y accéder. L'accès au réseau ferroviaire est la suite d'un processus laborieux de demande des sillons. Il est formalisé dans un cadre contractuel complexe qui régit les relations entre les gestionnaires et les opérateurs de transport. Ces contrats laissent peu de marge de manœuvre aux opérateurs s'apparentant plutôt à des contrats d'adhésion que des contrats de gré à gré. La libéralisation du secteur pourrait à terme induire davantage de négociations entre les parties.

⁸⁸³ MARTOR (B.), ROSKIS (D.), « La bataille du rail : un droit en construction », *Revue de droit des transports* n°9, Septembre 2009, étude 12.

⁸⁸⁴ SALQUE (C.), KOHLER (M.), « La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports ou l'accès équitable et non discriminatoire au marché ferroviaire national libéralisé », *Revue de droit des transports* n°3, mars 2010, étude 3.

TITRE 3 LA LOYAUTÉ CONCURRENTIELLE DES OPÉRATEURS HISTORIQUES

332. La question des comportements des opérateurs historiques est centrale dans l'ouverture à la concurrence du secteur des transports ferroviaires de voyageurs dans la mesure où ils peuvent entraver ou retarder l'arrivée des nouveaux entrants sur le marché. L'affaire opposant Euro Cargo Rail, principal concurrent de SNCF Fret et filiale française du groupe allemand DB Schenker en 2009 à la SNCF soldée avec la sanction de cette dernière pour des pratiques abusives de position dominante par l'Autorité de la concurrence à hauteur de 60,9 millions d'euros⁸⁸⁵ est emblématique du fait que le secteur ferroviaire n'est pas à l'abri des comportements anticoncurrentielles mis en œuvre par des opérateurs historiques. Ces pratiques sont très diverses, sans aucune spécificité à l'industrie ferroviaire. En effet, les opérateurs historiques, peuvent être tenté d'utiliser des informations confidentielles stratégiques concernant leurs concurrents du fait d'un manque d'étanchéité structurelle, fonctionnelle ou organisationnelle avec le gestionnaire d'infrastructure. Une telle pratique conférerait un avantage concurrentiel aux opérateurs historiques au détriment des opérateurs alternatifs. Par ailleurs, et lorsque les opérateurs historiques détiennent simultanément des installations de service, et qu'ils exploitent les services de transports ferroviaires, ils pourront volontairement empêcher, par des moyens stratégiques, l'accès des concurrents aux capacités ferroviaires indispensables à la réalisation de leur activité. Enfin, les opérateurs historiques pourront pratiquer le dumping ferroviaire, c'est-à-dire, des prix très bas sur certains trafics, inférieurs aux coûts de production avec l'objectif d'empêcher artificiellement ses concurrents à pénétrer le marché. Cette typologie des pratiques abusives, concrétisée dans le secteur du fret, est transposable aux transports ferroviaires de voyageurs.

333. Alors que le processus de l'application des règles de concurrence au secteur des transports ait été long (**Chapitre 1**), les pratiques anticoncurrentielles des opérateurs historiques sont désormais interdites et sanctionnées (**Chapitre 2**).

⁸⁸⁵ Autorité de la concurrence, « Décision n°12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises », p. 129 ; aussi A. Caccivio, Article de presse, « Euro Cargo Rail, le trublion du fret ferroviaire français qui bouscule la SNCF », Article de presse, publié le 26 avril 2012 dans La Tribune.

CHAPITRE 1 L'APPLICATION PROGRESSIVE DES RÈGLES DE CONCURRENCE AUX TRANSPORTS FERROVIAIRES

334. La conclusion des accords et décisions ou la réalisation des pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet la fixation des prix et conditions de transport, la limitation ou le contrôle de l'offre de transport, la répartition des marchés sont des pratiques qui peuvent se reproduire dans le domaine des transports, soient-ils par chemin de fer, par route ou par voie navigable.

335. Or, compte tenu des spécificités organisationnelles, institutionnelles et fonctionnelles du secteur ferroviaire, des règles de concurrence dérogatoires aux règles générales de concurrence ont dû être établies (**Section 1**). L'existence de ce régime dérogatoire a placé les opérateurs de transport dans une démarche proactive d'identification de la réglementation applicable selon chaque mode de transport, démarche complexifiée, par ailleurs, par le grand volume de dispositions applicables aux transports modifiées à plusieurs reprises (et souvent de manière substantielle) et éparpillées dans différentes sources de droit. Le régime dérogatoire de concurrence pour les transports consiste pour l'essentiel dans la fixation des règles qui tranchent, par exemple, le financement et l'acquisition en commun de matériel de transport pour l'exploitation en commun de certains groupements d'entreprises⁸⁸⁶. Cela étant, les règles de concurrence applicables aux transports sont d'importance primordiale des lors que leur définition « *constitue l'un des éléments de la politique commune des transports ainsi que de la politique économique générale* »⁸⁸⁷.

336. Toutefois, selon un souci de préservation du commerce entre les États membres et de consolidation de la concurrence à l'intérieur de l'espace ferroviaire unique européen, le secteur des transports ferroviaires a progressivement évolué vers une application de règles générales de la concurrence (**Section 2**) sanctionnant ainsi, à l'instar de n'importe quel secteur économique, les pratiques anticoncurrentielles.

⁸⁸⁶ Considérant 6 du Règlement (CEE) N°1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n° L 175/1 du 23 juillet 1968,.

⁸⁸⁷ *Ibid.* Considérant 3.

SECTION 1. LE RÉGIME DÉROGATOIRE DE RÈGLES DE CONCURRENCE POUR LES TRANSPORTS

Le droit européen avait originellement prévu des règles de concurrence applicables au secteur des transports qui dérogeaient aux règles générales de concurrence (§1). Néanmoins, la Cour de justice a opté pour une application très limitée de celles-ci réduisant ainsi leur portée juridique (§2).

§1. La définition des règles de concurrence applicables aux transports ferroviaires

337. **L’appréhension des pratiques anticoncurrentielles par le règlement n°1017/68.** Des règles de concurrence spécifiquement applicables au secteur des transports ferroviaires étaient prévues par le Règlement (CEE) n°1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁸⁸⁸ adopté sur la base des articles 75⁸⁸⁹ et 87⁸⁹⁰ du Traité instituant la Communauté Économique Européenne. À l’image du secteur ferroviaire, le droit communautaire contenait, depuis les années 1980, des règles de concurrence sectorielles, applicables, aux autres modes tels que les transports maritimes⁸⁹¹ et aériens⁸⁹².

338. D’abord, l’article 2 du règlement n°1017/68 reprenant textuellement, avec quelques inflexions, l’article 85 du traité CEE, prévoyait clairement l’interdiction des ententes. En effet, les pratiques prohibées étaient les pratiques qui auraient eu pour *effet* ou pour *objet* la fixation directe ou indirecte des prix, de conditions de transport ou d’autres conditions de transaction, la réduction ou le contrôle de l’offre de transport, les débouchés, le développement technique

⁸⁸⁸ Règlement (CEE) n°1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n°L175 du 23 juillet 1968. Les considérants n°3 et 4 du règlement soulignaient le besoin d’une adaptation des règles générales de la concurrence aux spécificités du secteur de transports.

⁸⁸⁹ Intégré dans le titre IV « Les transports », l’article 75 du Traité permet au Conseil sur proposition de la Commission et après consultation du Comité économique et sociale et de l’Assemblée d’adopter des règles communes en matière des transports internationaux.

⁸⁹⁰ Intégré dans le Titre I « Les règles communes » du Traité, l’article 87 concerne la capacité du Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l’Assemblée d’arrêter tous les règlements et les directives utiles à l’application des articles 85 et 86, à savoir les règles de concurrence applicables aux entreprises, devenus aujourd’hui article 101 et 102 du TFUE.

⁸⁹¹ Par exemple, le règlement (CEE) n°4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d’application des articles 81 et 82 du traité aux transports maritimes, *JOCE*, n°L 378 du 31 décembre 1986.

⁸⁹² Par exemple, le règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d’application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transport aériens, *JOCE* du 31 décembre 1987, n°L374 modifié ultérieurement par le règlement (CEE) n°2410/92, *JOCE*, n°L 240 du 24 août 1992.

ou les investissements, la répartition des marchés de transport etc. L'utilisation de l'adverbe « *notamment* » suggérait que la liste n'était pas exhaustive et que d'autres pratiques pouvaient rentrer dans le champ d'application dudit article. De manière analogue, l'article 8 du règlement n°1017/68 adaptait l'article 86 du traité CEE au secteur des transports.

339. Les exceptions au principe d'interdiction des ententes, avatar des spécificités du secteur ferroviaire. En prolongement de l'article 85 du TCE, le règlement n°1017/68 du 19 juillet 1968 et plus spécifiquement, son article 3 permettait un nombre important d'exceptions au principe d'interdiction d'ententes. En effet, s'agissant d'une industrie lourde il n'était pas étonnant que le cadre légal des règles de la concurrence tienne compte des besoins de « mutualisation » de moyens des entreprises ou qu'il admette les accords relatifs aux groupements des petites et moyennes entreprises en cas d'amélioration ou coopération technique. La lecture combinée des articles 3 et 4 du règlement n°1017/68 du 19 juillet 1968 faisant état d'un nombre important d'exceptions à l'interdiction d'entente, nous amène à rejoindre les propos avancés par le Professeur Denis Broussolle « *le règlement n°1017/68 qui adaptait au secteur des transports, les normes de concurrence de droit commun du règlement n°17 était moins rigoureux que celui-ci. Il (le règlement du 19 juillet 1968) prévoyait davantage d'exceptions à l'interdiction des ententes et ne subordonnait pas les exemptions à la notification préalable* »⁸⁹³ avant de prédire que « *la Commission (s'efforcera) d'en limiter la portée* »⁸⁹⁴.

340. Enfin, dans la mesure où les règles de la concurrence applicables aux transports étaient définies d'une façon identique que celles du droit commun⁸⁹⁵, la Commission européenne avait proposé de soumettre les règlements transports aux mêmes réformes que celles conçues pour le règlement n°17⁸⁹⁶, à savoir le remplacement du régime d'autorisation et de notification d'ententes par un régime d'exception légale, la décentralisation de l'application des règles de la concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori⁸⁹⁷.

⁸⁹³ BROUSSOLLE (D.), « Transports terrestres : ferroviaires, fluviaux, postaux, routiers – transports ferroviaires », *Répertoire de droit européen*, 2008, pp.105-106.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Le règlement n°1017/68 comportait toutefois des différences procédurales par rapport au règlement de droit commun n°17. Par exemple l'article 12 du règlement n°1017/68 fixait une procédure d'opposition dans le cadre de laquelle un résumé de la demande d'exemption formée par les entreprises était publiée au Journal officiel des Communautés européennes avec pour finalité la participation des tiers en vue de faire des observations.

⁸⁹⁶ Commission européenne, Livre Blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE -Corrigendum, publié au Journal officiel du 12 mai 1999, n° C132, p.1.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

§2. La portée limitée de règles de concurrence dérogatoires applicables aux transports

341. Si le règlement n°1017/68 permettait un aménagement des règles de la concurrence au secteur ferroviaire, son application fut très limitée⁸⁹⁸.

342. Dans une très emblématique affaire opposant la Commission à l'Union Internationale des Chemins de fer (UIC), la Commission avait considéré qu'en fixant des conditions d'agrément des agences de voyages autorisées à délivrer des billets de transports de passagers par chemins de fer et en définissant les conditions dans lesquelles lesdites agences pouvaient vendre des billets, la UIC avait violé les règles de la concurrence, et plus, spécifiquement, l'article 85 du Traité CE⁸⁹⁹. L'UIC avait formé un recours auprès du Tribunal dans lequel il demandait l'annulation de la décision de la Commission ainsi que la réduction du montant de l'amende. En effet, selon la requérante, la Commission avait fondé à tort sa décision sur le règlement n°17 relatifs aux règles de concurrence de droit commun européen au lieu de se fonder sur le règlement n°1017/68 spécifique au secteur des transports.

343. La question juridique qui se posait était en apparence simple : est-ce que la commercialisation et la distribution des billets constituent une prestation de transport qui rentre dans le champ d'application du règlement n°1017/68 ?

344. Si la Commission s'était fondée sur le droit commun c'était parce qu'elle ne considérait pas l'agrément des agences de voyage et la vente des billets comme étant des prestations de service de transport au regard du règlement n°141 du Conseil portant non-application du règlement n°17 au secteur des transports. Elle estimait également que les agences de voyages ne représentaient pas des « auxiliaires de transport » au sens de l'article 1^{er} du règlement n°1017/68. Le raisonnement de la Commission n'a pas été suivi par le Tribunal⁹⁰⁰. En effet, selon le Tribunal, dans la mesure où la fiche litigieuse portait à la fois sur l'offre de transport et sur le prix du transport, le règlement n°1017/68 avait lieu d'être applicable. En se fondant sur

⁸⁹⁸ RETTERER (S.), « Règle de concurrence. Droit des ententes. Application au secteur des transports ferroviaires. Domaines respectifs des règlements 17/62 et 1017/68, Distribution des billets de transport ferroviaire par les agences de voyage », *RTD Com.*, 1996, p.171.

⁸⁹⁹ Décision de la Commission du 25 novembre 1992 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV.33.585- Distribution des billets de transport ferroviaire par les agences de voyages), (92/568/CEE), publiée au Journal officiel des Communautés européennes, le 15 décembre 1992, n° L 366/47.

⁹⁰⁰ Commission/UIC, du 11 mars 1997, aff. C264/95 P, point 11.

la connexité qu'existe entre la distribution et la vente des billets de transport ferroviaire et la prestation de transport, le Tribunal avait ainsi retenu un champ d'application extensif du règlement n°1017/68. Par conséquent, il a annulé la décision de la Commission, et cette dernière a introduit un pourvoi contre cet arrêt. La Cour de Justice n'a pas suivi l'interprétation restrictive qu'avait opérée la Commission du règlement 1017/68, rejetant ainsi son pourvoi⁹⁰¹.

345. L'arrêt de la Cour de justice a eu le mérite de reconnaître une certaine autonomie du règlement n°1017/69 par rapport au droit commun de la concurrence communautaire. Le secteur de transports a été ainsi reconnu par la Cour de justice comme un secteur spécifique nécessitant à être placé sous l'égide du règlement n°1017/68. Comme le note Monsieur Retterer, cette position de la Cour était en contradiction avec celle de la Commission qui ne souhaitait pas reconnaître la spécificité du règlement n°1017/68 par rapport aux articles 85 et 86 du traité et qui retenait une « portée identique des articles 85 et 86 du traité et du règlement n°1710/68 »⁹⁰². C'est ainsi que dans sa décision 94/210/CEE du 29 mars 1994 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE, elle se base simultanément sur l'article 85 pour contester un accord entre les entreprises Deutsche Bundesbahn, la Société nationale des chemins de fer belges, les sociétés Nederlandse Spoorwegen, Intercontainer et Transfracht relatif à la création d'un réseau de coopération dit « Maritime Container Network (MCN) » conclu le 1^{er} avril 1988, mais également sur le règlement n°1017/68. Contestant cette décision, l'affaire est portée par la Deutsche Bahn devant la Cour de justice⁹⁰³.

346. Si dans l'affaire Commission /UIC, la Cour de justice s'est prononcée en faveur d'une conception plus large du domaine des transports privilégiant ainsi l'application de la lex specialis, dans l'affaire Deutsche Bahn /Commission, la Cour utilisait, à l'instar de la Commission, une lecture combinée des articles 85 et 86 du Traité CE et le règlement n°1017/67. Plus spécifiquement, la Cour apprécie le principe d'interdiction d'ententes à la lumière de l'article 85 du traité CE et de l'article 2 sous a) du règlement 1017/68 et l'interdiction d'abus de position dominante seulement sur la base de l'article 86 du traité, sans aucune référence au règlement précité. A ce titre, la Cour a considéré « cette initiative commune (l'accord MCN) consistait à « fixer de façon directe ou indirecte les prix » au sens de l'article 85 paragraphe 1, sous a) du traité et de l'article 2, sous a), du règlement n°1017/68 »⁹⁰⁴. Par conséquent, dans

⁹⁰¹ *Ibid.* Point 44.

⁹⁰² RETTERER (S.), précité.

⁹⁰³ Deutsche Bahn/Commission, 21 octobre 1997, aff. T-229/94.

⁹⁰⁴ *Ibid.* Point 35.

la mesure ou l'accord avait pour effet ou pour objet de restreindre la concurrence et qu'il ne pouvait pas être exempté sous l'article 3, paragraphe 1 sous c) du règlement n°1017/68 à savoir l'exemption en cas d'accord relatif à une amélioration ou coopération technique, la Cour avait donné suite au raisonnement de la Commission concluant à l'incompatibilité de l'accord avec le marché commun. A la différence de l'affaire UIC, dans l'affaire Deutsche Bahn/Commission, la Cour validait l'application extensive par la Commission des règles de droit commun au secteur des transports ferroviaires. L'interdiction d'ententes et d'abus de position dominante était jugée à la lumière des articles 85 et 86 du traité CE alors que les dérogations à ce principe étaient appréciées à la lumière des règles sectorielles.

347. L'utilisation conjointe du droit commun et du règlement spécifique transport n'est pas une approche nouvelle. Les hésitations de la Commission à reconnaître un champ d'application large du règlement précité ont été observable dans sa décision du 13 décembre 1994 l'opposant à la SNCF et British Railways dans laquelle elle se fondait de nouveau sur une double base juridique : le règlement n°17 relatif aux articles 85 et 86 du Traité CE et le règlement n°1017/68. Dans cette décision, la Commission opérait une distinction entre la gestion de l'infrastructure ferroviaire et plus spécifiquement l'attribution de sillons qui rentrait dans le champ d'application du règlement de droit commun n°17/62 et la prestation des services de transport qui relevait du règlement n°1017/68. Si, comme le note Monsieur Retterer, la dissociation par la Commission des activités de gestion et d'exploitation de service était pertinente surtout à la lumière des dispositions de la directive 91/440/CEE, le placement de la gestion ferroviaire hors le champ de « l'offre de transport » n'était que très faiblement argumentée⁹⁰⁵.

348. Ces affaires montrent la difficile émergence d'un droit de concurrence applicable au secteur ferroviaire. Si des règles spécifiques ont été conçues pour tenir compte « des aspects spéciaux des transports », il n'en demeure pas moins que leur application par la Commission n'a été automatique. L'affaire UIC est emblématique car elle montre la volonté de la Cour de justice de bien définir le champ d'application du règlement n°1017/68, d'une manière assez extensive, en y intégrant par exemple, malgré l'opposition de la Commission, les activités connexes à la prestation de transport. Pourtant, dans les affaires qui se sont succédé – MCN et Eurotunnel, l'approche de la Cour était moins tranchante dans la délimitation duale règles générales -règles sectorielles des lors qu'elle avait admis une lecture combinée de ces deux sets de règles.

⁹⁰⁵ RETTERER (S.), précité.

349. **La codification du règlement n°1017/68.** Le règlement n°1017/68 a été codifié⁹⁰⁶ par le Règlement (CE) n°169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁹⁰⁷. La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable de la Commission européenne du 28 novembre 2006 n'apportait aucune modification en substance du règlement n°1017/68. Adoptée par la Commission sur la base des articles 71 (politique des transports) et 83 (politique de concurrence) du Traité CE, la proposition avait été approuvée (en 1^{ère} lecture) par le Parlement européen le 25 septembre 2007 sans aucun amendement. Toutefois, à l'initiative du Groupe de travail consultatif du parlement, du Conseil et de la Commission et suivie par le Coreper, il a été décidé que la proposition de règlement soit basée uniquement sur l'article 83 du Traité CE abandonnant ainsi la base juridique résultant d'une lecture combinée des articles 71 et 83 du Traité CE. Adopté par le Conseil le 26 février 2009, le règlement n°169/2009 était désormais, fondé seulement sur l'article 83 du Traité CE. Mise à part ce changement de base juridique, le règlement n°169/2009 préservait la substance et l'esprit du règlement antérieur, les seules modifications apportées étant rendues nécessaires par l'opération même de codification. Néanmoins, dans la mesure où la disparition du règlement n°1017/68 avait commencé avec le remplacement de ses règles de procédures par celles du règlement n°1/2003, la doctrine n'a pas manqué d'observer une migration des règles de fond « *vers un nouveau texte, au motif de la codification* »⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, COM/2006/0722 final- COD 2006/0024,

⁹⁰⁷ Règl. (CE) n°169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n°L 61/1 du 5 mars 2009.

⁹⁰⁸ GRARD (L.), « Codification des règles portant application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux transports par chemin de fer, par route et par voie navigable », *Revue de droit des transports* n°5, mai 2009, comm.91.

SECTION 2. UN ALIGNEMENT PROGRESSIF SUR LE DROIT COMMUN

A l'occasion du chantier de modernisation des règles européennes de concurrence (§1), le secteur des transports fut placé dans le champ d'application du règlement n°1/2003, dispositif porteur d'une importante réforme du droit des pratiques anti concurrentielles (§2).

§1. Le contexte de mutation des règles de concurrence applicables au secteur des transports

350. **Le chantier de modernisation des règles communautaires de concurrence.** Le règlement n°17 du Conseil du 6 février 1962 Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité⁹⁰⁹ a été remplacé en début des années 2000 par le règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁹¹⁰ à la suite d'un important chantier de modernisation de ces règles⁹¹¹. Le règlement n°1/2003 était issu d'une proposition de la Commission européenne visant à réformer de manière majeure le système d'application des règles communautaires de concurrence grâce à la mise en œuvre d'un système d'exception légale qui poursuivait pour l'essentiel deux finalités substantielles : a) l'augmentation du rôle des autorités et des juridictions nationales dans la mise en œuvre des règles communautaires de concurrence ; et enfin b) la mise en œuvre d'un cadre plus efficace de coopération entre la Commission et lesdites entités nationales⁹¹². Comme le rappelait la Professeure Laurence Idot, il confirmait le caractère quasi-répressif du droit des pratiques anti-concurrentielles tout en mettant en place un contrôle communautaire ex post. »⁹¹³.

⁹⁰⁹ Règl. n°17 du Conseil du 6 février 1962 Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE*, n°013 du 21 février 1962, p.204-211.

⁹¹⁰ Règl. (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévus aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, n°L1/1 du 4 janvier 2003.

⁹¹¹ ARHEL (P.), « Modernisation des règles communautaires relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante », 2 avril 2003, *LPA* n°66 ; aussi KOVAR (R.), « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, Dalloz, 2003, p.478.

⁹¹² Commission européenne, « Proposition de Règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n°1017/68, (CEE) n°2988/74, (CEE) n°4056/86 et (CEE) n°3975/87 (« règlement d'application des articles 81 et 82 du traité »), COM (2000) 582 final -2000/0243 (CNS), *JOCE*, n° C 365 E/284 du 19 décembre 2000,. La proposition de la Commission était placée en continuité du Livre Blanc de la Commission du 28 avril 1999 sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE.

⁹¹³ IDOT (L.), « Procédures quasi-répressives en droit communautaire », *RSC*, 2003, p.635. A croire la Professeure Idot, « la double suppression du mécanisme de notification et de la compétence exclusive de la Commission a pour but de permettre à cette dernière de concentrer ses moyens sur la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles les plus nocives pour la collectivité. Si le nouveau règlement ne modifie pas sensiblement la procédure suivie

§2. L'application du règlement n°1/2003 au secteur des transports

351. Outre la mise en œuvre d'une réforme importante du droit des pratiques anti concurrentielles communautaires⁹¹⁴, le règlement n°1/2003 apportait une originalité juridique car il était applicable aux secteurs des transports⁹¹⁵. Le règlement (CEE) n°1017/68 était donc enterré ; d'ailleurs, sa disparition « *avait largement commencé avec le remplacement de ses règles de procédures par celles du règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002* »⁹¹⁶. A ce titre, l'interdiction de certaines ententes opérée par le droit commun de la concurrence n'était pas applicable aux transports ferroviaires lorsqu'elles permettaient l'amélioration ou la coopération technique⁹¹⁷. Enfin, par le mécanisme d'exemption réglementaire, certains comportements collusoires des entreprises de transports étaient, sous conditions, admises⁹¹⁸.

devant la Commission, il renforce néanmoins ses pouvoirs, les droits des entreprises pendant le déroulement de la procédure étant par ailleurs consacrés

⁹¹⁴ LAVAGNE (B.), « La réforme du droit des ententes-Le règlement du 13 décembre 2002 », *RMCUE*, 2003, p.526 ; POILLOT-PERUZZETTO (S.), « La réforme de la mise en œuvre des articles 81 et 82 », *RTD com*, 2003, p.397.

⁹¹⁵ Considérant n°26 : « *La jurisprudence ayant clarifié que les règles de concurrence s'appliquent au secteur des transports, ce secteur doit être soumis aux dispositions de procédure du présent règlement* ».

⁹¹⁶ GRARD (L.), « Codification des règles portant application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux transports par chemin de fer, par route et par voie navigable », *Revue des transports*, n°5, mai 2009, comm.91, précité.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

352. L'étude de l'application des règles de la concurrence aux transports montre le règlement (CEE) n°1017/68 consacré aux règles de la concurrence spécifiquement dédiées au secteur des transports, et ce, avant même la confirmation expresse de la Cour de Justice de l'application des règles de la concurrence aux transports, n'est désormais plus nécessaire. En effet, depuis que la libéralisation du secteur ferroviaire s'est généralisée au sein de l'Union, ce domaine fut placé dans le champ d'application des règles générales de la concurrence. Ce changement de paradigme juridique correspond ainsi à la transition d'une organisation monopolistique à un climat concurrentiel. Il est aussi compatible avec l'objectif de la Commission européenne de supprimer les règles sectorielles en faveur du régime général des règles de la concurrence.

353. La soumission progressive des transports ferroviaires au cadre concurrentiel général présente les avantages de l'unité et de la simplification de la législation des transports ainsi que de la consolidation de sa lisibilité pour les opérateurs de transports (historiques et nouveaux entrants). En effet, ils ne sont plus contraints de déterminer la réglementation qui leur est applicable dans une diversité des sources, ce qui leur permet ainsi de bénéficier d'une importante sécurité juridique.

354. Toutefois, au risque d'un caractère trop réducteur, dont les effets ont été déjà observables dans le secteur maritime par exemple⁹¹⁹, le rapprochement du cadre sectoriel au cadre général traduit, du moins implicitement, un abandon des spécificités (ou des préoccupations) des domaines des transports.

⁹¹⁹ Dans ce sens voir par exemple, BOSCO (D.), « Transport maritime : quand le droit de la concurrence s'invite à bord... », *Contrats Concurrence Consommation*, n°8-9, août 2008, comm.206.

CHAPITRE 2 LE RÉGIME DE RÉGLES GÉNÉRALES DE CONCURRENCE APPLICABLES AUX TRANSPORTS FERROVIAIRES

355. L'application des règles générales de la concurrence au secteur des transports ferroviaires a pour effet de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles commises par les opérateurs de transport (**Section 1**). A ce titre, les opérateurs historiques devront se forger une culture de concurrence. L'expérience de la SNCF et de problèmes concurrentiels posés par l'exploitation du site *snf-voyages.com* en partenariat avec le groupe Expedia qualifiés d'entente et d'abus de position dominante témoignent de la pénétration des règles de la concurrence sur le marché des transports ferroviaires de voyageurs⁹²⁰. Outre l'émergence d'un droit des pratiques anticoncurrentielles, un droit des concentrations applicable au secteur des transports ferroviaires (**Section 2**) complète la panoplie des règles du régime concurrentiel européen de droit commun.

SECTION 1. L'INTERDICTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Le droit des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur ferroviaire sanctionne les ententes (§1) ainsi que les abus de position dominante (§2).

§1. L'interdiction des ententes

356. **Un nombre réduit d'ententes ferroviaires sanctionnées par la CJUE.** Les formes d'entente étudiées jusqu'à présent par la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine des transports ferroviaires de voyageurs sont celles envisagées durant les années 1997-1998 dans les affaires mentionnées dans le Chapitre 1 précédent⁹²¹. Malgré la libéralisation du secteur, il n'existe pas de jurisprudence récente sanctionnant une éventuelle entente entre les entreprises ferroviaires de transport de voyageurs. L'absence de cette pratique anticoncurrentielle pourrait se justifier par le processus de libéralisation qui n'est pas totalement

⁹²⁰ BOSCO (D.), « SNCF : cap sur la concurrence...en ligne ! », *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, avril 2009, comm. 109.

⁹²¹ CJCE, 11 mars 1997, *Commission des Communautés européennes c/Union Internationale des chemins de fer (UIC)*, aff. C-264/95P, *Rec. p.I-01287*. Aussi, TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c/ Commission des Communautés européennes*, aff. Jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec. p.II-03141*.

généralisé au sein de l'Union européenne. Elle pourrait aussi s'expliquer par une caractéristique inhérente au secteur, à savoir l'atomisation du marché ferroviaire de voyageurs par les entreprises historiques en dépit de l'ouverture à la concurrence rendue formelle. En effet, s'agissant d'un secteur qui, du fait des coûts d'entrée importants, génère une certaine forme de monopole naturel, l'environnement concurrentiel n'étant pas suffisamment dynamisé pour être propice aux alliances.

357. Toutefois, la progression de la libéralisation ferroviaire via les quatre paquets ferroviaires désormais adoptés pourrait amener les entreprises ferroviaires à sortir de leur logique d'exploitation « individuelle » pour aborder une approche plurielle, orientée vers les partenariats. A l'instar de l'alliance Skyteam dans les transports aériens, dont font partie Air France-KLM, Continental Airlines etc., les entreprises ferroviaires pourront-elles à terme envisager un partenariat analogue afin de mutualiser les moyens, forces et ressources ? Ainsi, dans la perspective de *l'open access*, nous nous demandons si les entreprises ferroviaires pourront communiquer les informations sur les passagers dans le cadre de l'interopérabilité, partager les espaces d'attente dans les gares, se partager les lignes ferroviaires ? Les conditions des accords entre les entreprises seront ainsi d'une importance clé dans la mesure où la frontière est très fine entre un accord technique coopératif et l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Si dans le secteur aérien, ce type d'alliances a été approuvée par la Commission⁹²² sous réserve de certains engagements de préservation de la concurrence par les entreprises concernées, une même approche de la Commission ne serait pas inopportune dans le secteur ferroviaire.

§2. L'interdiction d'abus de position dominante

358. L'interdiction de l'abus de position dominante prévue à l'article 102 du TFUE, est aussi applicable aux transports terrestres. Ce principe suppose, comme le note la Professeure Catherine PRIETO, qu'une entreprise puissante qui fait un mauvais usage de son pouvoir de marché doit être sanctionnée⁹²³. La méthodologie de la détermination de l'abus de position dominante est la même que cette pratique anticoncurrentielle soit commise par un monopole ou par un opérateur privé nouvel entrant. Elle suppose : la délimitation d'un marché de référence

⁹²² Décision de la Commission n°96/180 du 16 janvier 1996, publiée au Journal officiel le 5 mars 1996 n°L54.

⁹²³ PRIETO (C.), BOSCO (D.), « *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante* », Bruylant, 2013, pp.1520 précité.

(A), la vérification si l'entreprise est dominante (B) et enfin, la détermination d'un caractère abusif de l'exploitation de cette position (C).

A. *Le marché pertinent de transport ferroviaire de voyageurs*

359. **La notion de « marché pertinent ».** Le droit européen ne prévoit pas de méthodologie pour la détermination du marché de référence. Il convient ainsi de se rapporter aux différents rapports des Autorités nationales de la concurrence⁹²⁴ et aux lignes directrices de la Commission européenne. Selon cette dernière, « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »⁹²⁵. L'enjeu de la définition du marché pertinent est « *l'identification du périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* »⁹²⁶. Le critère principal permettant de délimiter le marché pertinent est la substituabilité des produits ou des services (1) Ensuite, une fois les produits ou services s'échangeant sur ce marché identifié, il convient de déterminer la zone géographique concernée (2).

1. La substituabilité des services

360. Le critère de substituabilité permet de réduire le champ de l'analyse aux seuls services qui peuvent se substituer les uns aux autres. Autrement dit il s'agit des services que les consommateurs seront susceptibles de considérer comme interchangeables du fait de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage qu'ils pourront en faire⁹²⁷. Subjective par définition, cette notion doit « *être comprise en ce sens que deux produits ne sont pas substituables, bien*

⁹²⁴ Site Autorité de la concurrence. En France, le Conseil de la concurrence devenu Autorité de la concurrence a retenu la définition suivante : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »

⁹²⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence publiée au Journal officiel le 9 décembre 1997, n° C 372.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c/ Autoridade da Concorrência*, aff. C-1/12, ECLI :EU :C :2013 :127, Pt.77 ; aussi POILLOT-PERRUZZETTO (S.), « Concentration-Appréciation des opérations de concentration », *Répertoire de droit européen*, 2010, pp.233-240.

que, par leurs caractéristiques physiques, ils soient aptes à la même utilisation, si l'utilisateur n'accepte pas de remplacer un par l'autre »⁹²⁸. Pour apprécier la substituabilité des services, il convient de se placer du point de vue de la demande et de considérer un faisceau d'indices : l'évolution du prix⁹²⁹, la nature de la demande, le comportement de la demande, les caractéristiques (physiques et techniques) et propriétés des services, la fonction /utilisation, l'environnement juridique⁹³⁰. La détermination du marché pertinent et donc de l'appréciation de la substituabilité des services (ou produits) est un exercice complexe qui constitue souvent, à croire, la Professeure Catherine Prieto « *le premier champ de batailles juridiques et économiques dans un contentieux* »⁹³¹.

1. Le critère géographique

361. Quant au marché géographique, celui-ci est défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens ou des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zone géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable⁹³². Plusieurs critères peuvent être utilisés pour identifier le marché géographique des services ou produits en cause tels que : la substituabilité des services⁹³³, les caractéristiques de la demande, les caractéristiques de l'offre (coût de transport, barrières d'accès). Le critère géographique permet d'identifier si le marché pertinent est local ou national,

⁹²⁸ DECOCQ (A.), DECOCQ (G.), « *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne* », L.G.D.J., 8^{ème} Ed., 2018, p. 104, pp. 602.

⁹²⁹ DGCCRF, « *Le marché pertinent* », 1995, Imprimerie nationale, p.20, Extrait : « *l'observation d'un écart de prix significatif et durable entre deux produits montre qu'ils ne sont pas substituables au terme du raisonnement évident qui veut que la demande du produit le plus cher ne puisse pas s'expliquer si le moins cher est un substitut satisfaisant* » ; Cour de cassation, 6 décembre 2017, n°16-18.835, « *Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir énoncé qu'ainsi que l'a affirmé l'Autorité, la substituabilité entre différents produits et services du point de vue de la demande est le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, lequel comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables, l'arrêt rappelle que cette substituabilité s'apprécie au regard des caractéristiques et des spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, mais que cet examen est insuffisant et qu'il convient de déterminer si d'autres produits exercent une pression concurrentielle, compte tenu de l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix* ».

⁹³⁰ ARHEL (P.), « *Concentration* », Répertoire des sociétés, février 2017. L'auteur cite du Conseil de la concurrence n°01-A)02 du 13 février 2001 dans lequel il a considéré que « les différents types de remontées mécaniques pour station de ski n'étaient pas substituables entre elles, notamment en raison des contraintes relatives à la réglementation et aux normes de sécurité et d'entretien très stricte ».

⁹³¹ PRIETO (C.), « *Fondamentaux du droit européen de la concurrence* », Jurisclasseur Lexisnexis, 30 avril 2019, pp.8.

⁹³² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence publiée au Journal officiel le 9 décembre 1997, n° C 372, précité. Point 8 ; pour une application dans le domaine de communications électroniques, voir par exemple Cour de cassation, ch., com., 30 mai 2018 n°D 16-24.792.

⁹³³ PRIETO (C.), « *Fondamentaux du droit européen de la concurrence* », précité.

européen ou encore mondial. En effet, comme l'observe le Professeur Dominique Berlin, « *plus l'espace géographique est large, moins les parties apparaîtront en position dominante sur celui-ci* »⁹³⁴. La méthodologie de la détermination des marchés pertinents présentée, il convient de procéder à une analyse de l'identification des marchés pertinents dans les transports ferroviaires de voyageurs. Dans le secteur des transports ferroviaires de voyageurs, la pertinence des marchés différera selon qu'il s'agit des transports ferroviaires de longue distance (a), ou bien de transports régionaux (b). A ces deux catégories s'ajoute un marché pertinent de services ferroviaires (c).

a) Le marché pertinent des transports ferroviaires longue distance

362. Si la délimitation marché pertinent national-marché régional sera moins surprenant, la détermination de sous marchés constituera, à notre avis, un premier terrain d'originalité juridique. Les autorités de concurrence européenne et nationales pourront s'inspirer de l'approche qu'elles ont adopté en matière de transport aérien. En effet, dans le secteur du transport des personnes, et plus spécifiquement du transport aérien, la Commission européenne a retenu une approche point d'origine/point de destination comme critère permettant de déterminer le marché pertinent⁹³⁵. Autrement dit, selon la Commission, chaque route constitue un marché pertinent bien que le critère point d'origine/point de destination puisse être complété, par d'autres critères complémentaires portant notamment sur la dimension du service rendu.

363. Appliquant ce raisonnement au transport ferroviaire de voyageurs, une liaison ferroviaire, pourrait représenter à elle seule un marché pertinent. Ce critère à dimension géographique peu complexe semble adapté pour identifier un marché pertinent des services ferroviaires de longue distance exploités *en open acces* (par exemple, Paris-Lyon). Les entreprises ferroviaires qui utiliseront cette route seront en concurrence directe les unes avec les autres et exploiteront des services en principe susceptibles d'être considérés interchangeables ou substituables. En effet, ces services représenteront des services de longue distance, exécutés au moyen des trains de grande vitesse (TGV), d'une durée et prix semblables, avec une qualité de service analogue et qui s'adresseront aux voyageurs aux profils semblables.

⁹³⁴ BERLIN (D.), CALVET (H.), COULON (E.), « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD. Eur.*, 1996, pp.535, précité.

⁹³⁵ PRIETO (C.), « Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes », *D.*, 2004, pp.2134 ; aussi par exemple, Décision du Conseil de la concurrence n°07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres.

Il convient toutefois de considérer la possibilité de constitution d'un sous marché justifiée par l'émergence des services de transport ferroviaire de longue distance *low cost*⁹³⁶. Pour la détermination de ce sous marché, le critère géographique (Paris-Lyon) ne sera plus suffisant et il faudra considérer les critères complémentaires comme par exemple, un prix plus bas que celui utilisé pour les billets réguliers, possiblement une vitesse moindre, la desserte des arrêts intermédiaires supplémentaires, une qualité réduite du service (absence de wifi et de restauration à bord) etc.

b) Le marché pertinent des transports ferroviaires régionaux

364. Si la détermination du marché pertinent des services ferroviaires longue distance exploités en *open acces* a tout son sens lorsqu'il s'agit de sanctionner un abus de position dominante, elle est sans intérêt pour les services ferroviaires régionaux de voyageurs. En effet, le système de conventionnement entre une autorité organisatrice de transport et les entreprises ferroviaires correspondra *de facto* à une situation de quasi-monopole de l'entreprise titulaire du contrat. Cette dernière pourra exploiter soit un groupe de ligne (allotissement par groupe de lignes) comme c'est le cas en Allemagne⁹³⁷ soit, sur la base du modèle actuel en place, l'ensemble du réseau régional. Dans la mesure où l'entreprise sera la seule à exploiter ces lignes/réseau à la suite d'une procédure d'appel d'offres, elle ne pourra pas se voir opposer un abus de position dominante sur ce marché.

c) Le marché des services ferroviaires

365. **Le marché de l'accès à l'infrastructure.** Dans une l'affaire Deutsche Bahn AG/Commission le Tribunal de l'Union européenne a décidé le 21 octobre 1997 que « *le marché des services ferroviaires constitue un sous-marché distinct du marché des transports ferroviaires en général* »⁹³⁸. Dans l'acceptation du Tribunal, le marché des services ferroviaires offre un ensemble spécifique de prestations, telle que la mise à disposition de locomotives, leur traction⁹³⁹ et l'accès à l'infrastructure ferroviaire. Ces prestations sont fournies en fonction de la

⁹³⁶ Voir par exemple l'offre OUIGO -TGV à bas coûts lancée par la SNCF le 2 avril 2013.

⁹³⁷ ABRAHAM (C.), Rapport « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs », 2011, Rapports & Documents, n°41, Centre d'analyse stratégie, p.68, pp.150.

⁹³⁸ Deutsche Bahn/Commission, 21 octobre 1997, aff. T-229/94, paragraphe 55.

⁹³⁹ La traction suppose la fourniture d'une locomotive et d'un conducteur par une entreprise ferroviaire prestataire ou par un membre d'un regroupement international des entreprises ferroviaires. En effet, à la suite de la libéralisation des transports ferroviaires internationaux de voyageurs et en absence d'une interopérabilité totale dans l'ensemble de l'Union européenne, les entreprises ferroviaires exploitant des services internationaux doivent

demande des opérateurs de transport ferroviaires, mais elles ne sont ni interchangeables ni en concurrence avec les prestations de ces dernières. La position du Tribunal ne consacre pas une nouveauté formelle dans la mesure où, elle représente en substance une concrétisation du principe de séparation des activités prévu par la directive 91/440/CE. Néanmoins, son originalité réside dans la formulation du Tribunal qui fait davantage état d'un rapport hiérarchique entre le marché des transports et celui des services ferroviaires. En effet, il apparaît, que le premier englobe le second plutôt que d'être deux marchés distincts et séparés. La problématique de la délimitation des marchés sera de nouveau abordée dans l'affaire du 15 septembre 1999 communément appelée « *European Night Services* » où le TPICE, se positionnant de manière plus précise sur la séparation des activités, avait indiqué : « *le marché ferroviaire ne peut finalement être scindé qu'en deux marchés de services distincts, à savoir un marché intégré de prestation de services de transport des passagers sur lesquels n'opèrent que des entreprises ferroviaires et leurs regroupements internationaux et un marché de l'accès et de la gestion de l'infrastructure, géré par des gestionnaires d'infrastructure, au sens de la directive 91/440 (voir ci-dessus cadre juridique, points 1 à 6).* »⁹⁴⁰. Ces décisions confirment la dichotomie des marchés – l'un relatif à l'exploitation des services de transports ferroviaires, l'autre aux services.

souvent changer des locomotives à la frontière. Le lecteur notera l'émergence et la consolidation d'un marché de traction. Le marché de traction est à considérer de manière isolée par rapport aux marchés d'exploitation des services de transport ferroviaire international de voyageurs. La Commission a mis en évidence cette individualisation du marché de traction dans sa Décision du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE COMP/37.685 GVG/FS. Cette affaire opposait l'entreprise ferroviaire allemande Georg Verkehrsorganisation GmbH (GVG) qui avait déposé une plainte à l'encontre de Ferrovie dello Stato S.p.A. dénonçant le refus de cette dernière à lui accorder des droits d'accès à l'infrastructure ferroviaire italienne, de négocier la formation d'un regroupement international et de mettre à sa disposition la traction. Extrait : « (...) un marché de la traction facile à identifier s'est développé dans différents États membres. Au Royaume-Uni, par exemple, les exploitants britanniques de services de fret ferroviaire EWS, Freightliner, GB Railfreight et DRS fournissent à Network Rail la traction nécessaire à ses trains. En Allemagne, DB et d'autres entreprises ferroviaires privées se fournissent mutuellement la traction sur une base commerciale et la fournissent aux propriétaires de wagons particuliers pour le transport de voyageurs, tandis que DB a mis une traction à la disposition du regroupement international GVG/SJ. En vertu d'accords bilatéraux et des règles de l'Union internationale des chemins de fer (UIC) les entreprises ferroviaires nationales se fournissent l'une à l'autre la traction nécessaire pour les services transfrontaliers et les services dits de « pénétration ». La SNCF fournit la traction sur le réseau ferroviaire français à des entreprises ferroviaires étrangères et à des propriétaires de wagons particuliers, pour les trains affrétés assurant le transport international de voyageurs, ainsi qu'à DB pour son train-autos, l'« Autoreisezug », sur des liaisons entre l'Allemagne et Avignon, Fréjus, Narbonne et Bordeaux. La Société nationale des chemins de fer belges (SNCB) fournit la traction sur le réseau ferroviaire belge pour le train de voyageurs de nuit Paris-Amsterdam exploité par la SNCF et Nederlandse Spoorwegen (NS). ».

⁹⁴⁰ European Night Services/ Commission, 15 septembre 1998, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, paragraphe 220.

B. L'appréciation de la dominance sur ce marché

366. En droit européen de la concurrence ce sont les arrêts *United Brands* précité⁹⁴¹ et *Hoffman-la-Roche*⁹⁴² qui ont posé le cadre méthodologique pour identifier la position dominante d'une entreprise sur un marché. La position dominante consiste dans un comportement indépendant qui permet à une entreprise « dans une mesure appréciable, de ne pas tenir compte des concurrents, des acheteurs ou de fournisseurs ou d'influencer notablement les conditions de la concurrence »⁹⁴³. Faute d'une définition textuelle de la position dominante dans le droit européen et dans le droit national français, c'est la jurisprudence qui a dégagé des indices permettant de déterminer un opérateur en position dominante : la part de marché contrôlée, la disproportion des forces sur le marché, la détention de certains atouts (avancé technologique, notoriété de la marque etc.), le degré de maturité du marché etc⁹⁴⁴. Les Professeurs Daniel Mainguy et Malo Depincé rappellent que le critère de la part du marché est un critère relatif⁹⁴⁵ et qu'il convient de prendre en considération des critères complémentaires tels que la facilité d'accès au marché, la pression concurrentielle subie par l'entreprise, la nature de l'offre et du marché ainsi que l'existence encore ou non des barrières à l'entrée. Ce seront ces mêmes critères qui serviront dans la détermination d'une position dominante d'une entreprise ferroviaire.

C. La caractéristique d'un comportement abusif

367. Il est de jurisprudence constante que la détention d'une position dominante n'est en soi réprimée. Par conséquent, les entreprises doivent s'assurer qu'elles n'affectent pas, par leurs comportements, la concurrence effective sur le marché de l'Union⁹⁴⁶. Le comportement sanctionné consiste exploiter de manière abusive ladite position⁹⁴⁷. A l'instar de la notion de « position dominante », la pratique décisionnelle fait état d'une diversité d'interprétations et de solutions utilisées pour l'identification d'un abus de position dominant. En effet, selon la Cour de justice de l'Union européenne l'exploitation abusive d'une position dominante suppose à

⁹⁴¹ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continenta BV c/ Commission des Communautés européennes*, aff.27/76, *Rec.*, p.00207.

⁹⁴² CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes*, aff. 85/76, *Rec.* p.00461.

⁹⁴³ BRAULT (D.), « *Politique et pratique du droit de la concurrence en France* », L.G.D.J., 2004, p. 775.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ MAINGUY (D.), DEPINCÉ (M.), « *Droit de la concurrence* », 2^{ème} ED., Lexisnexis, 2015, p.395.

⁹⁴⁶ CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/Commission des Communautés européennes*, aff. 322/81, *Rec.*, p.03461.

⁹⁴⁷ CJCE, 14 février 1978, aff.27/76, précité.

interdire à une entreprise dominante de renforcer sa position par des moyens autre que ceux qui découlent d'une concurrence par les mérites⁹⁴⁸. Le critère de la « concurrence anormale » mis en avant par l'arrêt Hoffman-la-Roche précité peut aussi servir de vecteur d'identification d'un comportement abusif de la part d'une entreprise dominante. A croire les Professeurs Daniel Mainguy et Malo Depincé, « *il est anormal, sur un plan concurrentiel de profiter de sa position dominante pour accroître cette domination, soit en baissant ses prix de manière « anormale » pendant un certain temps pour, une fois les concurrents disparus, les remonter, ou bien en concluant des contrats fidélisant, par exemple avec des mécanismes d'exclusivité* »⁹⁴⁹. Enfin, une entreprise ne peut pas pratiquer des différences artificielles de prix qui entraînent un désavantage pour ses clients et qui a pour effet de fausser la concurrence⁹⁵⁰.

368. Le monopole des entreprises ferroviaires a eu pour conséquence de limiter l'impact des éventuelles pratiques concurrentielles aux seuls territoires nationaux auxquels celles-ci appartenaient. Par conséquent, le nombre des cas juridiques sanctionnant l'abus de position dominante, pratique qui nécessite à affecter le commerce entre plusieurs États membres était très réduit⁹⁵¹. La doctrine préconisait qu'avec l'adoption de la directive 91/440/CEE qui prévoyait une séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation des services ferroviaires et qui encourageait l'accès des entreprises ferroviaires non-résidentes aux réseaux ferrés nationaux, le nombre des litiges pourrait évoluer⁹⁵².

369. Pourtant, seulement quelques affaires ont été sanctionnées avant l'adoption du quatrième paquet ferroviaire.

⁹⁴⁸ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, *Rec.*, p.I-03359.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-333/94 P, *Rec.*, p.I-05951.

⁹⁵¹ PUTZ (A.), « Rail Transport and Competition Policy. National Rail Undertakings after the GVG/FS case », *Rail Transport and Competition Policy*, n°1, pp. 22.

⁹⁵² *Ibid.*

Tableau n°4 Abus de position dominante des entreprises de transport ferroviaire de voyageurs

NOM DE L'AFFAIRE	AUTORITÉ/ JURIDICTION DEVANT LAQUELLE L'AFFAIRE EST PORTÉE	DATE	CADRE JURIDIQUE INVOQUE	TYPE DE COMPORTEMENT DENONCE
Deutsche Bahn/Commission, 21 octobre 1997, aff. T-229/94.	Tribunal de 1 ^{ère} instance des Communautés Européennes	21.10.1997	Art. 86 du traité CE ; Art. 8 du règlement 10/17/68 ⁹⁵³	Différence des prix ⁹⁵⁴
GVG/FS ⁹⁵⁵	Commission européenne	27.08.2003	Art. 86 du traité CE ; Art. 8 du règlement 10/17/68	Refus de donner accès à l'infrastructure italienne ; Refus de fournir la traction ; Refus de négocier la formation d'un regroupement international (Abus de position dominante sur le marché de transport de voyageurs par chemin de fer)

Source : tableau propre à l'auteur

⁹⁵³ Article invoqué par le Tribunal Extrait : « Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que l'article 8, premier alinéa, et second alinéa, sous c), du règlement n° 1017/68 reprend le libellé de l'article 86, premier alinéa, et second alinéa, sous c), du traité, en interdisant, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'exploitation abusive d'une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, par l'application à l'égard de partenaires commerciaux de « conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». En outre, aucun considérant ni aucune disposition du règlement n°1017/68 n'attribue à l'article 8 du règlement une finalité qui serait substantiellement différente de celle de l'article 86 du traité. Par conséquent, en constatant une infraction à l'article 86 du traité et non pas à l'article 8 du règlement n° 1017/68, la Commission n'a pas commis une erreur en l'absence de laquelle la décision aurait pu avoir un contenu différent. Le choix de l'article 86 du traité comme article de référence dans la décision n'a, du reste, pas été critiqué par la requérante. »

⁹⁵⁴ Décision de la Commission, 29 mars 1994, publiée au Journal officiel le 23 avril 1994, n°L.104. La Commission dénonçait des « des tarifs de transports pratiqués par les opérateurs sensiblement plus élevés pour les transports réalisés entre un port belge ou néerlandais et l'Allemagne, que pour les transports réalisés entre les localités allemandes et les ports allemands, afin de favoriser le parcours ferroviaires les plus rémunérés pour la DB, car celle-ci fournit la totalité des services ferroviaires et sa filiale Transfracht fournit la totalité du transport combiné »

⁹⁵⁵ Décision du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE COMP/37.685 GVG/FS, précitée.

Tableau n°5. Abus de position dominante des entreprises de transport ferroviaire de marchandises

NOM DE L'AFFAIRE	DATE DE L'ARRET	CADRE JURIDIQUE INVOQUE	TYPE DE COPORTEMENT ABRUSIF DÉNONCÉ
CAS DEVANT LES JURIDICTIONS EUROPÉENNES			
Lietuvos geležinkeliai / Commission ⁹⁵⁶	26.01.2018	Art.102 TFUE Art. 296 TFUE et de l'art. 2 du règlement (CE) no 1/2003 Art. 23, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 Art. 7 du règlement no 1/2003	Suppression par Lietuvos Geležinkeliai (Opérateur national historique agissant en qualité de gestionnaire des infrastructures ferroviaires publiques de Lituanie et de transporteur ferroviaire) de la voie ferrée reliant Mažeikiai, dans le nord-ouest de la Lituanie, à la frontière lettone.
Deutsche Bahn AG e.a. contre Commission européenne ⁹⁵⁷	18.06.2015	Art. 20 du règlement n°1/2003	Traitement préférentiel accordé par DB Énergie GmbH à d'autres filiales du groupe sous forme d'un système de rabais en ce qui concerne la livraison d'énergie électrique de traction ; DUSS ⁹⁵⁸ rend difficile l'accès aux terminaux des concurrents du groupe DB ;
CAS DEVANT L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE EN FRANCE			
Décision N°12-D-25	18.12.2012	Art. 102 TFUE Art. L.420-2 du code de commerce	L'utilisation d'informations confidentielles par SNCF ⁹⁵⁹ ; L'accès aux cours de marchandises de la SNCF ; La surréservation et la non-restitution des sillons ;

⁹⁵⁶ Trib., 14 décembre 2017, *Lietuvos geležinkeliai c/ Commission européenne*, aff. T-814/17, *JOUE*, n° C 52/40, *Rec.*, p.40-41.

⁹⁵⁷ CJUE, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn AG c/ Commission européenne*, aff. C-583/13 P, *Rec. num.*

⁹⁵⁸ Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Strabe (DUSS) mbH.

⁹⁵⁹ Il s'agit des informations qu'aurait obtenu la SNCF en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure délégué (GID) à savoir des informations concernant l'attribution des sillons ou des visites de sites.

370. D'une part, ces tableaux mettent en évidence le faible contentieux en matière des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des transports ferroviaires (fret et voyageurs compris) marquant ainsi une importante différence par rapport au secteur de l'énergie, par exemple, très riche en contentieux⁹⁶⁰. Alors que la prépondérance des opérateurs historiques sur les marchés nationaux pourrait expliquer le caractère récurrent des abus de position, elle justifie aussi l'absence des ententes entre les opérateurs, au surplus, peu nombreux. En outre, le haut degré de régulation des marchés ferroviaires grâce à une présence forte, à un control étendu et aux prérogatives renforcées des régulateurs pourrait se trouver à l'origine des stratégies des opérateurs alternatifs et nouveaux entrants davantage respectueuses du droit de la concurrence. En effet, la procédure de règlement de différends mise en œuvre par les régulateurs et son utilisation croissante ont un effet de filtrage avant que les affaires arrivent devant les tribunaux (judiciaires et administratifs). Les décisions des régulateurs sont des sources riches d'enseignements pour les opérateurs ferroviaires leur permettant ainsi de moduler leurs stratégies en fonction des comportements admis et non admis⁹⁶¹

371. D'autre part, les exemples d'exploitations abusives illustrés montrent que leur appréciation est très objective. Il incombe aux juridictions européennes ou aux autorités nationales de la concurrence de faire une évaluation *in concreto*, selon les circonstances de chaque cas. A toute évidence, ces comportements ne correspondent pas à des situations de concurrence normale entre les opérateurs. Il résulte des tableaux illustrés que ces pratiques peuvent être reproduites de manière indifférenciée dans le secteur des transports de voyageurs que des transports de marchandises. Il peut être observé aussi que ce sont plutôt les entreprises qui ont une structure intégrée qui sont plus inclinées à commettre des abus de position dominante. L'affaire GVG/FS précitée est particulièrement importante d'un point de vue de l'application de la théorie des facilités essentielles en ce que la Cour considère comme une

⁹⁶⁰ Par exemple, LE BIHAN GRAF (C.), « Les tarifs réglementés à l'épreuve de la libéralisation des marchés de l'énergie : bilan et perspectives » dans *Énergie-Environnement-Infrastructures* n°4, avril 2015 étude 7 avance l'idée d'un contentieux riche en termes de recours contre les arrêtés tarifaires dont l'insuffisance de niveau affecte la contestabilité par les fournisseurs alternatifs ; aussi SUEL (E.), « Concurrence : interventions économiques des personnes publiques », dans *Contrats Concurrence Consommation* n°11, novembre 2007, chron.4, en référence à l'affaire Cons. conc., déc. n° 07-MC-04, 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie à l'encontre de l'EDF du fait des pratiques de ciseau tarifaire sur les marchés de production et de la fourniture d'électricité.

⁹⁶¹ Par exemple, ART, Décision n°2020-044 du 30 juillet 2020 portant règlement du différend entre la région Hauts-de-France et SNCF Voyageurs concernant la transmission d'informations relatives à l'organisation ou à l'exécution des services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux missions faisant l'objet du contrat de service public conclu entre la région et SNCF Voyageurs publiée le 23 septembre 2020 ; aussi bien ART, Décision n°2020-035 du 28 mai 2020 portant mise en demeure de SNCF Réseau pour méconnaissance des décisions de l'Autorité n°2013-016 à 2013-019 du 1^{er} octobre 2013, publié le 23 juin 2020 etc.

installation essentielle non seulement l'infrastructure ferroviaire mais aussi les locomotives, donc les actifs motrices détenus par l'entreprise FS.

SECTION 2. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DES ENTREPRISES FERROVIAIRES DE TRANSPORT DE VOYAGEURS

Le droit relatif au contrôle des concentrations est un droit récent (§1). Cela étant, des opérations de contrôle des concentrations dans le secteur ferroviaire ont été d'ores et déjà soumises à la Commission européenne (§2).

§1. Un droit européen récent relatif au contrôle des concentrations

372. **L'opération de « contrôle des concentrations ».** Le législateur européen a souhaité mettre en place un système de contrôle des opérations de concentrations afin de préserver l'environnement concurrentiel. Le contrôle de concentrations est défini comme « *l'acte par lequel une autorité publique examine les rapprochements de deux ou plusieurs entreprises, jusqu'à alors autonomes impliquant un accroissement de leur pouvoir additionné de marché, au regard des effets de ce changement structurel sur les marchés concernés* »⁹⁶². Ce contrôle est considéré à la fois préventif⁹⁶³ dans la mesure où il permet « *un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence dans l'Union* »⁹⁶⁴ et obligatoire « *car à partir du moment où l'opération projetée répond à certain critère, elle devra être, préalablement à sa réalisation, notifiée et autorisée par la Commission* ».

373. Les difficultés à convaincre les États membres d'adopter un règlement prévoyant la méthodologie de ce contrôle du fait de la crainte de ceux-ci à perdre « *le pilotage de la vie économique nationale et des revers pour leurs champions nationaux* »⁹⁶⁵ ont amené la Commission européenne, après vingt ans de négociations, à adopter le règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif aux contrôles des opérations de concentration entre entreprises modifié ultérieurement par le règlement (CE) n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises⁹⁶⁶ modifié par le règlement (CE)

⁹⁶² FRISON-ROCHE (M.-A.), PAYET (M.-S.), « *Droit de la concurrence* », Précis Dalloz, 1^{ère} Ed., 2006, p.451.

⁹⁶³ PRIETO (C.), « *Contrôle européen des concentrations* », 30 avril 2019, Lexisnexis.

⁹⁶⁴ BERLIN (D.), « *Fasc.1480. Contrôle des concentrations- Champ d'application : contrôle des concentrations de l'Union* », *Jurisclasseur Europe Traité*, 30 novembre 2018.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ Règl. (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises *JOUE*, n°L 24/1 du 29 janvier 2004.

n°802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises⁹⁶⁷ modifié à son tour par le règlement (CE) n°1033/2008 de la Commission du 20 octobre 2008⁹⁶⁸ et par le règlement d'exécution (UE) n°1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013⁹⁶⁹.

§2. Le contrôle des concentrations dans le secteur ferroviaire

374. Nous avons retenu plusieurs exemples de concentrations dans le secteur ferroviaire soumis au contrôle de la Commission européenne.

Tableau n°6. Exemples des contrôles de concentrations dans le secteur ferroviaire

ENTREPRISES CONCERNEES	DATES	BASE JURIDIQUE	TYPE D'OPERATION	APPRECIATION DE LA COMMISSION
SNCF London Continental Railways (LCR)	Notif. 26.04.10 Autorisation Commission : 08.10.10	Règl. N°139/2004	Le « Nouveau Eurostar » Eurostar : co-entreprise contrôlée par SNCF et par LCR SNCB aura une participation dans l'entreprise (sans contrôle) ⁹⁷⁰	Projet initial de concentration jugé risqué en termes de garantie d'accès d'autres opérateurs et de consolidation de la position dominante d'Eurostar SNCF, LCR et la SNCB se sont engagées à assurer un accès effectif de nouveaux entrants aux services dans les gares internationales (accès aux guichets, aux informations passagers, aux zones de gares contrôlées par la sécurité non Schengen) et aux dépôts de maintenance (légère). Enfin, les entreprises se sont engagées à libérer un certain nombre des sillons au profit des nouveaux entrants si ceux-ci ne pouvaient pas les obtenir via la

⁹⁶⁷ Règl. (CE) n°802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 133/1 du 30 avril 2004.

⁹⁶⁸ Règl. (CE) n°1033/2008 de la Commission du 20 octobre 2008 modifiant le règlement (CE) n°802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n°L 279/3 du 22 octobre 2008.

⁹⁶⁹ Règl. d'exécution (UE) n°1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n°L 336/1 du 14 décembre 2013.

⁹⁷⁰ Avant la notification, l'Eurostar était le produit d'une coopération entre les entreprises SNCF, EUKL et la SNCB. Chaque entreprise possédait ses actifs et avait la responsabilité de l'exécution des services de transport ferroviaire sur son territoire national.

ENTREPRISES CONCERNEES	DATES	BASE JURIDIQUE	TYPE D'OPERATION	APPRECIATION DE LA COMMISSION
				procédure normale d'attribution de sillons mise en œuvre par le gestionnaire d'infrastructure.
Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) Veolia Environnement Veolia Transport	Notif. 25.06.10 Autorisation Commission 01.10.10	Règl. N° 139/2004	Fusion Veolia Transport-Transdev pour créer l'entité Veolia Transdev Veolia Environnement et CDC détiendront le contrôle commun de Veolia Transdev	Projet initial jugé risqué du fait du chevauchement des activités des entreprises sur les différents marchés des transports publics en France et aux Pays-Bas. La commission a renvoyé le cas devant les autorités de concurrence française et néerlandaise pour « examiner l'impact de la concentration sur leurs marchés nationaux respectifs ». ⁹⁷¹
Ferrovie dello stato (FS) Cube Transport⁹⁷² Arriva Deutschland⁹⁷³	Notif 18.01.11 Autorisation Commission 23.02.11	Règl. N° 139/2004	Arriva Deutschland acquis par FS et Cube Transport	Procédure simplifiée (la part du marché cumulé est inférieure à 15%). La Commission a donné son autorisation à l'opération envisagée
SNCF-Participations (SNCF-P-Grupe Keolis) Caisse de Dépôt et de Placement du Québec (CDPQ)	Notif. 25.06.12	Règl. N° 139/2004	Acquisition par SNCF-P du contrôle exclusif de la société Groupe Keolis (70% des actions) CDPQ détiendra 30% des actions.	Le projet de concentration a été renvoyé par la Commission devant l'Autorité de la concurrence en France. Dans sa décision de renvoi la Commission avait soulevé le risque « que l'opération pourrait affecter la concurrence sur les marchés du transport public de voyageurs par le biais d'effets congloméraux entre ces marchés et celui de l'audit d'opérateurs de transport routier » ⁹⁷⁴ .

⁹⁷¹ Site europa.eu.com

⁹⁷² Il s'agit d'un fonds d'investissements.

⁹⁷³ Arriva Deutschland comprend Arriva Deutschland GmbH et Arriva Grundstücksgesellschaft et exerce ses activités en Allemagne (fret, voyageurs, des services de transbordement et de maintenance de fret)

⁹⁷⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence, n°12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations.

ENTREPRISES CONCERNEES	DATES	BASE JURIDIQUE	TYPE D'OPERATION	APPRECIATION DE LA COMMISSION
				<p>L'Autorité de la concurrence autorise, sous réserve d'engagements pris par les entreprises concernées, l'opération envisagée.</p> <p>Cette décision est à lire à la lumière des constats de l'Autorité formulés lors de la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec (CDPQ)⁹⁷⁵.</p>
Abellio Transport ScotRail	Notif. 11.02.15 Autorisation Commission 25.04.15	Règl. N°139/2004	Acquisition de la franchise Scotrail par Abellio Scotrail Limited. Cette entité avait été créée pour candidater aux appels d'offre et exploiter la franchise.	La Commission a autorisé l'opération considérant qu'elle n'affectait pas la concurrence en raison de son impact limité sur la structure de marché. (procédure ordinaire)
Abellio MITSUI East Japan Railways (EJR) West Midlands Passenger Rail Franchise	Notif. 10.10.17 Autorisation Commission 17.11.15	Règl. N°139/2004	Acquisition de la franchise de trains voyageurs West Midlands par Abellio Transport Group Limited, Mitsui & Co. Ltd. et Mitsui & Co. Europe Plc (Mitsui) et East Japan Railway Company (EJR),	La Commission a autorisé l'opération considérant qu'elle n'affectait pas la concurrence en raison de son impact limité sur la structure de marché. (procédure simplifiée).
Keolis Amey W&B Rail Franchise	Notif. 09.08.18 Autorisation Commission 17.09.18	Règl. N°139/2004	Acquisition des franchises Wales et Borders Rail ("Franchise W & B Rail") par Keolis (UK) Limited ("Keolis") et Amey Rail Limited ("Amey")	La Commission a conclu que l'acquisition envisagée ne poserait pas de problème de concurrence, aucune des sociétés n'exerçant d'activités sur le même marché de produits et le même marché géographique. (procédure simplifiée)

Source : tableau propre à l'auteur

⁹⁷⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence, n° 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec. Cette décision est particulièrement importante dans la mesure où elle montre les effets des opérations de concentrations entre entreprises qui disposent d'un fort degré de diversification des activités sur plusieurs marchés connexes.

375. **Le projet CDG Express.** Le CDG Express est un projet de liaison ferroviaire directe entre l'aéroport Paris-Charles de Gaulle (deuxième plus important aéroport d'Europe et le dixième du monde) et la Gare de l'Est. Cette liaison d'une durée de vingt minute tous les quarts d'heures depuis 5H du matin et jusqu'à minuit est prévue pour être mis en service à la fin de l'année 2025⁹⁷⁶.

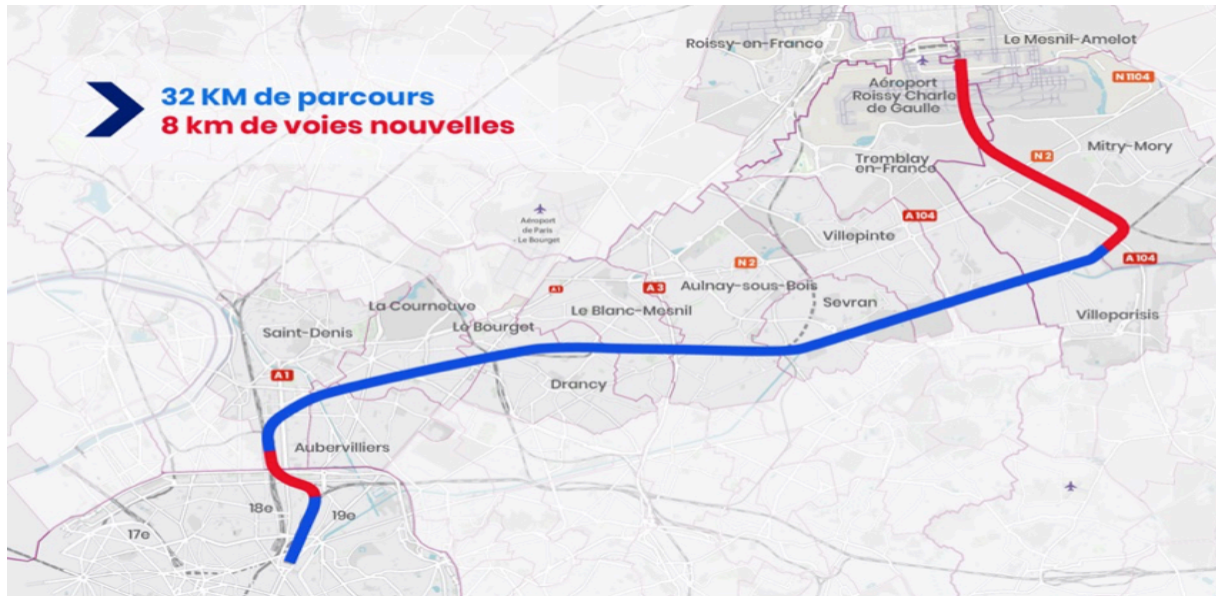


Fig. 13 Le projet CDG Express
Source : site internet CDG Express

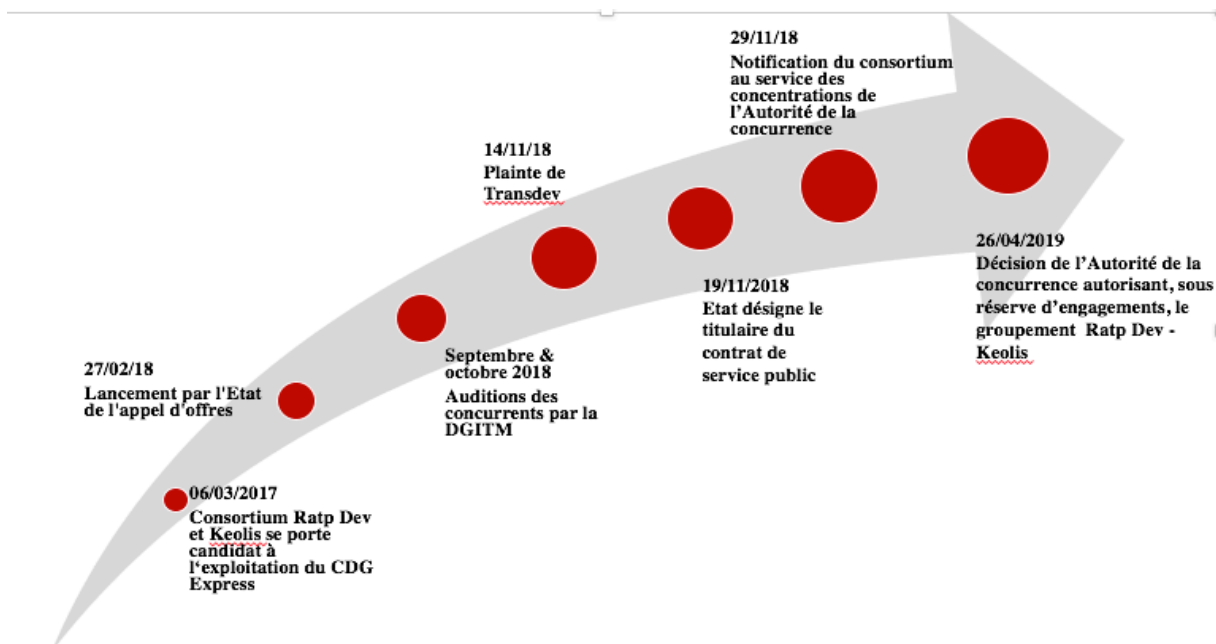


Fig. 14 Chronologie de l'affaire du CDG Express
Source : propre à l'auteur

⁹⁷⁶ Site CDG Express.

376. **Le groupement des entreprises RATP DEV et Keolis, admis par l’Autorité de la concurrence.** L’entreprise RATP DEV, filiale du Groupe RATP et la société KEOLIS, contrôlée par la SNCF ont répondu conjointement dans le cadre d’un consortium Hello Paris à l’appel d’offres lancé par l’État le 27 février 2018 pour ce projet. Elles avaient notifié le projet de création d’une entreprise commune chargée de l’exploitation de la future liaison ferroviaire le 29 novembre 2018. Par une décision du 26 avril 2019, l’Autorité de la concurrence a validé le groupement⁹⁷⁷. Par son analyse concurrentielle, l’Autorité de la concurrence a jugé écartés les risques d’effets horizontaux et verticaux d’atteinte à la concurrence générés par l’opération de concentration. En effet, elle a écarté le risque de coordination des sociétés-mères sur les marchés sur lesquels elles sont présentes dans la mesure où les informations auxquelles accède le consortium sont limitées aux seuls passagers de CDG Express sans qu’elles offrent l’opportunité aux sociétés mères de coordonner leurs comportements lors de réponses à de futurs appels d’offres pour l’exploitation d’autres réseaux de transport public de voyageurs. Si la concentration a été autorisée, l’Autorité de la concurrence a néanmoins sollicité l’engagement des sociétés mères à confier l’exploitation du service de bagage à un partenaire indépendant et autonome dans la détermination de sa politique commerciale.

377. **Contestation par Transdev du consortium formé.** Concurrent à l’appel d’offres pour l’exploitation du CDG Express, l’opérateur Transdev critique le groupement formé par RATP Dev et Keolis. La présence de seulement deux concurrents sur les réponses d’offres pourrait être la conséquence de l’annonce de l’alliance de la RATP Dev et Keolis avant même le lancement de l’appel d’offres. Cette démarche stratégique aurait de fait découragé les opérateurs étrangers à se positionner sur l’appel d’offres. Pour l’opérateur Transdev, l’exploitation de la ligne CDG Express aurait représenté l’occasion de mettre en œuvre en France son expertise dans le rail acquise à l’international. Par ailleurs, « *Pour Transdev, le choix de l’exploitant du CDG Express (avait) valeur de test de réelle ouverture à la concurrence du marché ferroviaire* »⁹⁷⁸. Selon Transdev, la création d’un consortium sur le projet CDG Express par des sociétés qui sont déjà en situation monopolistique sur le réseau ferroviaire en Ile-de-France⁹⁷⁹ et dont « *la nécessité industrielle pour les deux groupes de s’associer pour exploiter*

⁹⁷⁷ Autorité de la concurrence, Décision n°19-DCC-76 du 26 avril 2019 relative à la création d’une entreprise commune par les sociétés RATP Développement et Keolis.

⁹⁷⁸ ALIX (G.), « Nouvelle zone de turbulence pour le Charles-de-Gaulle Express », Article de presse dans *Le Monde*, publié le 15 novembre 2018.

⁹⁷⁹ LIGNIERES (P.), « CDG Express. Exemple d’un montage pragmatique », *Dr. Admin.*, n°3, mars 2019, repère 3.

une liaison de 32 kilomètres, sans gares intermédiaire, et totalisant seulement douze trains »⁹⁸⁰ est contestable a pour effet de tenter de décourager l'entrée de concurrents⁹⁸¹ sur le marché ferroviaire. La Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM) avait auditionné les deux candidats à deux reprises, en septembre et en octobre 2018. S'agissant des prestations proposées, Transdev « *avait cherché à coller aux demandes du cahiers des charges de l'appel d'offres* »⁹⁸² en utilisant du matériel roulant du suisse Stadler Rail proposé à être entretenu au site de la Halle Pajol dans un atelier à construire. Quant au consortium Hello Paris, celui-ci proposait d'entretenir le matériel dans l'atelier dans le technicentre de Paris-Est, déjà existant mais éloigné de CDG Express.

378. Le dépôt d'une plainte devant l'Autorité nationale de la concurrence. Transdev a formé une plainte devant l'Autorité de la concurrence contre le groupement constitué par Keolis et RATP Dev le 14 novembre 2018⁹⁸³. L'entreprise demandait ainsi la suspension de la candidature du groupement. Mais, dans la mesure où la plainte de Transdev menaçait le calendrier de réalisation du projet, Transdev a renoncé à ce recours courant le mois de janvier de l'année 2019. Le 19 novembre 2018 le ministre du Développement durable annonce que le groupement RATP DEV et Keolis est le titulaire du futur contrat de service public. Le contrat est signé par l'État et Hello Paris le mois de juillet de l'année 2019 et il est conclu pour une durée de 15 ans d'exploitation commerciale. Ce dossier à connotation politique (Mme Elizabeth Borne alors ministre des transports et anciennes patronne de la RATP s'était désistée au dernier moment) a montré l'absence de volonté des pouvoirs publics de tester, du moins à l'époque, la concurrence sur le réseau en Ile-de-France.

379. Il résulte ainsi que le secteur des transports ferroviaires de voyageurs dans lequel les opérations de concentrations sont relativement récurrentes. Comme dans les autres secteurs, le contrôle de concentrations des entreprises ferroviaires prend la forme d'une autorisation sollicitée auprès de la Commission européenne ou des autorités nationales de la concurrence. L'objectif est générique : s'assurer que l'opération est conforme au règlement n°139/2004 tel que modifié ultérieurement et qu'elle n'entraînera pas des sanctions. Autrement dit, comme le

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² POINGT (M.-H.), « Keolis-Ratp Dev gagne la bataille de CDG Express », Article de presse dans *VRT*, publié le 22 novembre 2018.

⁹⁸³ Article de presse, « CDG Express : Transdev porte plainte contre Keolis/RATP », dans *Challenges*, publié le 14 novembre 2018.

souligne la Professeure Frison-Roche, ce contrôle de concertations s'inscrit dans l'objectif « *« Mieux vaut prévenir que guérir »* »⁹⁸⁴.

380. Concernant la procédure, nous avons pu noter que la Commission européenne a examiné les projets de notification à la fois selon la procédure habituelle mais aussi selon la procédure simplifiée. Cette dernière utilisée notamment à l'égard de l'analyse de l'acquisition des franchises ferroviaires britanniques a été justifiée par l'impact réduit de l'opération sur la structure de marché. Dans un secteur comme le secteur ferroviaire, où le nombre des concurrents potentiels alternatifs aux opérateurs historiques n'est pas nécessairement important, le contrôle de concentrations prend tout son sens au regard de la nécessité d'éviter l'atomisation du marché autour des opérateurs les plus puissants, à la défaveur des usagers et de la préservation de la dynamique concurrentielle.

381. Enfin, il convient de citer les propos de la Professeure Frison-Roche qui résumant pertinemment la vocation du contrôle des concentrations : « *le changement structurel d'un marché est une occasion pour les autorités non seulement de prévenir sa détérioration mais encore de favoriser son amélioration, en guidant la structure de marché vers une configuration aux effets plus heureux, notamment en contraignant les entreprises à céder des actifs ou à prendre des engagements en échange de l'autorisation. Le contrôle des concentrations peut alors constituer un renouveau d'une politique de la concurrence, voire d'une politique industrielle* »⁹⁸⁵. Appliquant ce raisonnement au secteur ferroviaire, historiquement déficitaire, nous pourrions considérer que les fusions éventuelles entre entreprises ferroviaires, hormis les cas où elles consolideront une position dominante collective, elles pourront représenter l'occasion des partenariats pouvant générer des effets d'innovation dans le secteur, de création optimale des structures de mutualisation d'actifs et de renforcement de la coopération tant nécessaire dans ce secteur à forte dimension industrielle.

⁹⁸⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), PAYET (M.-S.), « *Droit de la concurrence* », précité.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

382. Il ressort de ce chapitre que le régime des règles générales de la concurrence est exportable et compatible avec le secteur des transports ferroviaires de voyageurs. Les opérateurs de transport, historiques et alternatifs sont exposés au même risque de commission des pratiques anticoncurrentielles comme n'importe quel opérateur économique et aux mêmes sanctions de la part du droit européen de la concurrence. Les particularités du secteur ferroviaires semblent ainsi effacées devant le glissement de la réglementation sectorielle vers celle générale.

383. Cela étant, la jurisprudence montre toutefois, un nombre très réduit des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur. Ce phénomène pourrait s'expliquer, nous l'avons vu, par les degrés d'intensité variables de la concurrence dans les États membres et par l'atomisation des marchés autour des opérateurs historiques. Si le climat concurrentiel du secteur n'encourage pas nécessairement les ententes (du moins à l'heure), les caractéristiques inhérentes au secteur (coûts d'entrée importants, dépendance des opérateurs alternatifs des installations essentielles des opérateurs historiques, cadre contractuel vaste impliquant les gestionnaires d'infrastructures etc.) renforcent la tendance des opérateurs historiques à commettre des abus de position dominante dans l'objectif évident de consolidation de leur position principale sur le marché. Les quelques exemples d'abus de position dominante illustrés montrent une vaste typologie des comportements dénoncés : différences de prix, refus d'accès aux infrastructures et installations etc.

384. Par ailleurs, le secteur ferroviaire, subit, à l'instar d'autres secteurs d'activité, les conséquences de l'absence d'une méthodologie européenne de détermination du marché de référence ferroviaire. Pour cela, les opérateurs sont fortement dépendants des rapports et avis des Autorités nationales de la concurrence et des lignes directrices de la Commission européenne. L'opportunité de l'extrapolation des critères généraux (substituabilité, marché géographique) au domaine ferroviaire peut faire place à des débats. Force est de constater toutefois qu'ils sont actuellement utilisés pour la définition d'un marché ferroviaire de référence. Dans le contexte de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux, nous avons identifié deux marchés de référence, l'un régional, - dont la définition relève plutôt d'un exercice théorique que de la pratique lorsque l'entreprise titulaire du contrat de service public est en situation de quasi-monopole sur le réseau régional – l'autre national qui pourrait

faire état d'une bi-catégorisation de type marché *premium* à l'opposé d'un marché national *low cost*. Enfin, outre les marchés de références dans le terrain de l'exploitation des transports ferroviaires, la notion de marché de référence trouve son utilité conceptuelle dans le domaine des services ferroviaires, pris dans leur acception large, à savoir par exemple, la gestion de l'accès à l'infrastructure et le marché de traction.

385. Il apparaît ainsi que le droit des pratiques anticoncurrentielles dans le domaine ferroviaire ne présente pas des spécificités. Autrement dit, les notions clés demeurent identiques, ce qui change c'est l'adaptation conceptuelle au marché et à l'offre ferroviaire. De manière analogue, le droit des contrôles de concentrations semble aussi entièrement transposable au secteur ferroviaire tant sur le plan conceptuel que procédural. Il apparaît désormais que le glissement du sectoriel au général est d'un point de vue du droit de la concurrence complet en ce qui concerne les transports ferroviaires. Les opérateurs de transports pourront tirer pleinement les bénéfices de cette unité de législation et de sécurité juridique, mais l'avenir montrera si ce rapprochement s'est opéré au prix trop conséquent de la perte de l'individualisation caractéristique du secteur ferroviaire.

CONCLUSION DU TITRE III

386. Le droit de la concurrence s'applique de manière indifférenciée aux opérateurs historiques et aux opérateurs ferroviaires alternatifs. Le régime des règles générales de concurrence est par ailleurs applicable au secteur ferroviaire. Or, dans le secteur ferroviaire, fortement capitalistique, les opérateurs historiques demeurent à l'heure les principaux détenteurs des installations essentielles qu'ils ont déployées, gérées et utilisées dans le passé. Bénéficiant ainsi d'un avantage concurrentiel dû à l'ex-monopole, ils peuvent mettre en œuvre des stratégies de forclusion sur ces marchés en amont afin de consolider leur position dominante sur le marché en aval, ouvert à la concurrence. Il en résulte ainsi que l'accès des opérateurs alternatifs au marché demeure toujours fortement impacté par le degré de loyauté concurrentielle des opérateurs historiques.

387. Pour empêcher ces pratiques d'accaparement illicite des marchés, une double réglementation a dû être mise en place : d'une part, une *ex ante*, qui consiste, nous l'avons vu, relative aux conditions d'accès aux réseaux, d'autre part, une *ex post* qui utilise des notions et des instruments du droit de la concurrence pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des opérateurs de transport et pour contrôler les opérations de concentrations ferroviaires. La justification de l'articulation de ces deux approches trouve sa source dans leurs finalités fondamentales⁹⁸⁶ : l'une garantit l'accès aux réseaux, l'autre sanctionne les pratiques anticoncurrentielles, l'une « *est experte, essentiellement préventive, temporaire⁹⁸⁷ et asymétrique* »⁹⁸⁸, l'autre « *est généraliste, principalement curative, permanente et symétrique* »⁹⁸⁹. Ainsi, l'existence d'une régulation ferroviaire n'exclut pas une application simultanée du droit de la concurrence.

⁹⁸⁶ PERROT (A.), « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, 16-4, pp.81-112 ; aussi CHONE (P.), « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *Droit et économie de la régulation*, 2006, 4, p.49-72.

⁹⁸⁷ Sur le caractère temporaire de la régulation, voir par exemple PICARD (M.), « Répertoire du contentieux administratif. Concurrence-Personnes publiques et règles de concurrence », avril 2005. L'auteure souligne : « *Au fur et à mesure de l'ouverture des marchés, la logique *ex ante* qui est sous-jacente à la « régulation » est progressivement remplacée par celle du droit de la concurrence qui sanctionne *ex post* les pratiques anticoncurrentielles* ».

⁹⁸⁸ NAUGES (S.), « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA*, 2007, 672.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PARTIE I

388. La Commission européenne s'est engagée dans un vaste chantier convergence des transports ferroviaires de voyageurs dont la production normative (riche, complexe et souvent technique) a porté sur des nombreux axes comme l'accès au réseau, le service public de transport ferroviaire, l'interopérabilité et la sûreté ferroviaire, les droits et obligations de voyageurs ferroviaires etc. L'objectif de cette démarche fut la création de l'espace ferroviaire unique européen grâce au procédé de suppression ou bien minimisation des contraintes d'accès des nouveaux opérateurs. Force est de constater que (du moins en partie), cet objectif a été atteint. Pour cela, des opérateurs ferroviaires (nouveaux entrants et historiques) opèrent des services de transport ferroviaire de voyageurs d'une grande diversité (lignes longue distance, lignes régionales, services suburbains ou ruraux, lignes touristiques etc.) dans les marchés nationaux autres que ceux d'origine. De ce point de vue, nous notons un progrès en termes de restructuration des marchés, de redynamisation de l'offre de transport ferroviaire, d'acclimatation des acteurs aux changements induits par la libéralisation du secteur.

389. Pourtant, des marges d'amélioration des cadres légaux européen et nationaux subsistent encore. Les éclatements de gouvernance ferroviaire et leurs effets en termes de partage des rôles/responsabilités des acteurs sont susceptibles de modifier les stratégies d'insertion des opérateurs alternatifs. De manière analogue, la politique de protection des services publics de transport ferroviaire de voyageurs et de leur articulation avec l'exploitation en open access présente des degrés variables au sein de l'Union européenne. En effet, malgré l'existence d'un encadrement de la procédure d'analyse du test d'équilibre économique des contrats de service public par les régulateurs, force est de constater que l'action de ces derniers n'est pas totalement divisible de la stratégie nationale des transports des pays auxquels ils appartiennent. Par exemple, en Roumanie, la pratique de la contractualisation des contrats publics enlève de facto la possibilité d'émergence des opérateurs en open access. Au Royaume-Uni, l'ORR se montre très vigilant à la conciliation des deux modalités d'accès avec un déséquilibre des intérêts favorables aux franchises plutôt qu'aux opérateurs open access. De manière inverse, en France, les premières décisions du régulateur au sujet des incidences des services ferroviaires librement organisés sur les services conventionnés montrent une certaine tendance à encourager l'ouverture à la concurrence des opérateurs en open access⁹⁹⁰. Cette géométrie variable dans la

⁹⁹⁰ DESTAILLEUR (T.), « Un pas de plus vers la fragilisation des contrats de service public en matière ferroviaire », *J.C.P.A.*, n° 30-34, 27 Juillet 2020, 2225

stratégie et la cohérence globale de la politique nationale des transports influe le positionnement et la répartition structurelle des opérateurs sur les deux marchés.

390. Enfin, un consensus des opérateurs ferroviaires semble porter sur le maintien des contraintes d'accès, d'ordre technologique ou non technologique, aux réseaux des opérateurs alternatifs du fait des pratiques déloyales des opérateurs historique notamment eu égard à l'accès aux installations essentielles ou bien l'utilisation des informations privilégiées et sensibles qu'ils auraient obtenu via un rapprochement des gestionnaires d'infrastructures. M. Claude Steinmetz ajoute « *l'iniquité concurrentielle dans le calcul de la masse salariale* » entre les entreprises ferroviaires nouvelles entrants et l'opérateur historique »⁹⁹¹. M. Bernard Roman, le Président de l'Autorité de régulation des transports souligne « *les difficultés pour les nouveaux entrants à accéder aux matériels nécessaires au système de communication et de sécurité des trains sur les lignes commerciales* »⁹⁹². Ainsi, l'insertion des opérateurs historiques dans une culture de concurrence qui sous-entend nécessairement une obligation de partage est indispensable à la réussite d'un climat ferroviaire concurrentiel et dynamisé. Alors que les opérateurs ferroviaires alternatifs semblent avoir généralement bien intégré les règles d'accès aux réseaux et aux installations du fait des efforts soutenus d'harmonisation normative déployés au niveau européen (et transposés en droit interne), la loyauté concurrentielle des opérateurs historique est désormais au prime-plan du test du temps notamment en France dans le contexte récent de l'ouverture à la concurrence du secteur.

⁹⁹¹ Site internet du Sénat.

⁹⁹² *Ibid.*

DEUXIÈME PARTIE LES STRATÉGIES D'ACCÈS AUX RÉSEAU FERROVIAIRE

391. L'analyse du cadre d'accès aux marchés ferroviaires a mis en évidence le rapprochement des législations nationales, mais elle a aussi révélé la persistance des certaines contraintes juridiques, administratives, économiques auxquelles sont confrontés les opérateurs ferroviaires alternatifs. Dans ces conditions, et sur le fond de la mise en œuvre ou l'approfondissement des processus d'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires nationaux par le quatrième paquet ferroviaire, les acteurs du secteur développent nécessairement des stratégies d'accès et de gestion des services de transport ferroviaires de voyageurs. S'agissant d'abord des opérateurs, soumis à l'instar de tout acteur économique, à la culture « marketing » axée sur les attentes des clients voyageurs, ils doivent à la suite de l'insertion aux marchés innover par l'offre des services et de produits. Ils sont soumis aux défis de contractualisation (parfois pour la première fois) avec les autorités organisatrices de proposition de l'offre de transport réaliste et réalisable, d'anticipation et quantification du risque commercial. Ils doivent ainsi en amont bénéficier des informations relatives à l'exploitation ferroviaire afin de réduire autant que possible l'asymétrie informationnelle à la fois vis-à-vis des autorités organisatrices mais aussi et surtout des opérateurs historiques. S'agissant ensuite des acteurs publics, États et autorités décentralisées, organisatrices des transports, ils doivent, outre un exercice de sortie de la culture monopolistique et des paradigmes des relations contractuelles avec les opérateurs historiques, poser le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur, déterminer précisément leurs besoins, connaître réellement les détails et les finesses de l'exploitation ferroviaire sur leurs périmètres, concevoir les montages contractuels formalisant leurs rapports avec les opérateurs de transports etc.

392. Toutes ces démarches, vecteurs d'une part d'une stratégie d'accès et d'exploitation ferroviaire des opérateurs de transport et d'autre part d'une stratégie de gestion des acteurs publics présentent trois traits principaux, à savoir notamment le besoin d'anticipation des appels d'offres (**Titre I**), le positionnement sur un mode de gestion (**Titre II**) et enfin la nécessaire coopération avec les régulateurs ferroviaires (**Titre III**).

TITRE 1 L'ANTICIPATION DES APPELS D'OFFRES

393. L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires régionaux de voyageurs ne doit pas être subie ni par l'État et ses entités, ni par les opérateurs de transport.

394. Au contraire, ces acteurs (publics et privés) doivent dans les contextes étrangers concurrentiels être proactifs sur le terrain du suivi du renouvellement des marchés ferroviaires. En France, le processus d'ouverture à la concurrence du secteur en France est piloté par l'État et les régions en leur qualité d'autorités organisatrices de transport (**Chapitre 1**). Leurs stratégies en matière de concurrence ferroviaire dépendent de leurs capacités d'anticiper et de se préparer aux appels d'offres concurrentiels. En effet, anticiper les appels d'offres confère de la visibilité : aux régions sur l'étendue des fonds publics à débloquer, aux opérateurs sur leurs budgets et sur leurs stratégies d'élaboration de plans d'action commerciale. L'anticipation des appels d'offres représente, pour ces derniers, au-delà d'une conformité administrative, un véritable levier concurrentiel. L'accès aux informations relatives à l'organisation des transports ferroviaires ainsi qu'à leur exploitation opérationnelle est un enjeu primordial dont dépend la future contractualisation des rapports entre les autorités organisatrices et les opérateurs ferroviaires alternatifs. A ce titre, le chantier de la contractualisation révèle un ensemble de thématiques qui doivent être traitées a priori par les parties : objectifs et incitations aux performances ferroviaires, transfert du personnel, distribution des titres etc.

395. Enfin, l'anticipation des appels d'offres sous-entend, outre ces aspects précités l'appropriation principalement par les opérateurs de transport des règles de sécurité relatives à l'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs (**Chapitre 2**). La maîtrise de ces règles est indispensable des lors que le secteur ferroviaire est un environnement aux risques multiples.

CHAPITRE 1 LE PILOTAGE DU MARCHÉ FERROVIAIRE PAR LES AUTORITÉS DE TRANSPORT

396. Comme les nationalisations ou les privatisations, la politique de l'ouverture à la concurrence d'un secteur est fondamentalement une affaire d'État. De ce fait, seul l'État et ses entités à l'exclusion de tout opérateur de transport (y compris de l'opérateur historique) portent la décision du projet d'ouverture à la concurrence et ses modalités. Lorsque l'État construit l'action publique par la mise en cohérence et l'articulation des besoins, des intérêts et des acteurs, il trace nécessairement le contour de la concurrence ferroviaire. Il fixe la stratégie nationale des transports, se positionne sur le sujet fastidieux des investissements et des financements, contractualise et négocie (**Section 1**). Face à cette nouvelle organisation du secteur générée par le projet concurrentiel, les opérateurs historiques ont le choix entre deux options diamétralement opposées : vivre la concurrence comme une menace ou décider de se réinventer, se renouveler. Quant aux opérateurs alternatifs, leurs comportements et stratégies seront fortement dépendants des « règles du jeu » précisément définies et fixées par l'État et ses entités et dans lesquelles s'inscrit l'ouverture à la concurrence.

397. De manière similaire, au niveau décentralisé, les régions françaises, en leur qualité d'autorités organisatrices de transport interviennent activement dans l'organisation des services ferroviaires *régionaux* de voyageurs⁹⁹³ dans la mesure où elles sont autorisées à définir les services TER et les dessertes, à fixer la tarification, la qualité du service ainsi que l'information voyageur⁹⁹⁴. Leur position de « *donneurs d'ordres* » sera réaffirmée et le champ de leurs compétences évoluera pour intégrer des problématiques comme l'approfondissement des règles et procédures de la commande publique, la gestion du matériel roulant, la distribution des titres de transport, le transfert du personnel (**Section 2**).

⁹⁹³ Conseil économique, social et environnemental, Avis « La régionalisation ferroviaire », rapporté par M. J. Chauvineau, 2001, pp.120. Selon cet auteur, le processus de régionalisation ferroviaire en France a permis une évolution du service public et une amélioration de la qualité de vie au quotidien, a concouru à l'aménagement du territoire dans un environnement maîtrisé, a permis l'émergence d'une politique des transports locale qui tient compte des spécificités régionales et a associé les citoyens au développement ferroviaire.

⁹⁹⁴ HERRGOTT (D.), « Le rôle des autorités organisatrices de transport régional en France face aux enjeux européens », dans RAPOPORT (C.), « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?* », Bruylant, p.76, pp.362.

SECTION 1. LE PILOTAGE PAR L'ÉTAT FRANÇAIS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONCURRENCE FERROVIAIRE

L'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs est un processus qui suppose la définition par l'État d'une stratégie globale et cohérente des transports ferroviaires de voyageurs (§1) par la technique de la contractualisation (§2).

§1. L'affirmation des besoins d'une stratégie industrielle globale et cohérente des transports ferroviaires des voyageurs

398. **Rationalisation de l'action étatique dans le cadre d'une stratégie industrielle.** La/les stratégie(s) industrielles) a/ont été conçue(s) à partir des années soixante⁹⁹⁵. Si la notion s'est généralisée dans le contexte organisationnel et managérial des entreprises, le lien stratégie-État, pris dans son acception philosophique et politique (sans le réduire à la fonction publique)⁹⁹⁶ est également compatible, l'action stratégique de l'État se déployant de manière transversale dans tous les domaines de l'action publique⁹⁹⁷. A ce titre, un État qui emprunte des moyens de management stratégique serait, ce que la doctrine économique et juridique appelle un « État stratège »⁹⁹⁸.

399. **Des définitions complémentaires de l'« État stratège ».** Cette notion polysemique appelle à une multitude de définitions⁹⁹⁹. Nous citerons une, celle du vice-président du Conseil

⁹⁹⁵ Note CHANDLER (A.-O.), « Stratégies et structures de l'entreprise », Paris, Editions d'organisation, 1962-1972 dans CHEVALIER (J.), « *L'États stratège. Le Temps de l'État.* » *Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum, Fayard*, 2007, pp. 372-285.

⁹⁹⁶ SAINT-ETIENNE (C.), « Reconstruire un État efficace et stratège », *Commentaire*, 2007/4 (Numéro 120), p. 1026-1032.

⁹⁹⁷ ROZENBLUM (S.), *Introduction dans P. Bance, « Quel modèle d'État stratégique en France ? »*, Presses universitaires de Rouen et du Havre, collection « Économie publique et Économie sociale », 2016, pp.426.

⁹⁹⁸ Par exemple, J. CHEVALIER, « *L'États stratège. Le Temps de l'Etat.* », précité.

⁹⁹⁹ Selon la doctrine économique, « *Par État stratège, nous entendons un État construisant ou participant à la construction de secteurs économiques de telle manière que ceux-ci remplissent des objectifs spécifiques liés à leurs activités* ». Le Centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique associe le concept d'État stratège « *à l'intervention (de l'État) dans la vie économique du pays en vue de l'organiser afin de définir des domaines de priorité à développer, et d'organiser une aide adaptée à ces secteurs. Les actions de l'État stratège témoignent d'une volonté d'accroître la performance des entreprises nationales, cela est d'autant plus d'actualité dans un contexte de mondialisation des échanges.* » (cf. Portail du Centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique.). Enfin, le Conseil économique, social et environnemental emploie l'expression « État stratège développeur et responsable » pour caractériser l'intervention de l'État guidé par l'intérêt général et davantage concentrée sur « *les dimensions essentielles du service public : la qualité, l'égalité, la pérennité et l'adaptabilité (...)* En ce sens, on pourrait concevoir un « État développeur garant des services publics et de l'intérêt général pour faciliter l'égalité d'accès à un certain nombre de biens et services indispensables à l'exercice d'une pleine citoyenneté moderne » (cf. J. DONEDDU, Rapport du Conseil économique, social et environnemental, « *Quelle missions et quelle organisation de l'État dans les territoires* », Novembre 2011, pp. 127.).

d'État, Monsieur Jean-Marc Sauvé selon lequel : « À un État interventionniste, s'est substitué un État stratège et pilote, soucieux de faire participer les citoyens à l'élaboration des décisions administratives, sans pour autant se déposséder de ses compétences ni de ses prérogatives ». Si le concept d'État stratège est difficile à déterminer, sans être trop réducteur, il correspond à un État qui encourage la participation des citoyens au processus décisionnel administratif ou encore qui étant moins interventionniste, il déploie ses efforts pour la mise en œuvre des partenariats avec les acteurs économiques dans l'objectif d'une politique économique et industrielle compétitive.

400. Dans le secteur des transports, Monsieur Hubert Haenel, sénateur du Haut-Rhin soulignait dès 2008 l'importance d'une stratégie à adopter par l'État en concertation avec les régions¹⁰⁰⁰. De son côté, la Cour des comptes dénonçait l'inaction de l'État sur les aspects stratégiques dans le secteur ferroviaire dans un contexte d'accentuation de déficiences structurelles et de saturation industrielle : « L'État fréquemment sollicité pour des arbitrages techniques qui ne semblent pas de son niveau, intervient rarement sur les questions stratégiques et ne s'est pas impliqué, jusqu'à présent, pour porter remède aux défauts structurels d'un système qui semble à bout de souffle »¹⁰⁰¹. De manière analogue, au Royaume-Uni, le rapport préparé par Sir Roy McNulty sur l'état du secteur ferroviaire britannique mettait en évidence le besoin d'une approche stratégique holistique, inclusif de tous les acteurs de l'industrie¹⁰⁰². La stratégie industrielle de l'État se concrétise pragmatiquement dans sa contractualisation.

¹⁰⁰⁰ HAENEL (H.), Rapport au Premier Ministre intitulé « Écrire l'acte II de la révolution ferroviaire régionale », Remis le 26 octobre 2008, p.63.

¹⁰⁰¹ Cour des comptes, Communication à la Commission des finances du Sénat, « L'entretien du réseau ferroviaire national », Juillet 2012, p.112.

¹⁰⁰² MCNULTY (R.), « Realising the Potential of GB rail: Financial Independent report of the Rail Value for Money Study », London, Department for Transport and Office of Rail regulation, 2011, p.320.

§2. La contractualisation de l'État, vecteur de stratégie industrielle

L'État met en œuvre sa stratégie industrielle grâce à la technique de contractualisation dont les principales concrétisations résultent dans les contrats de plan État-régions (A) ou bien les contrats avec les entreprises publiques (B).

A. Les contrats de plan État-Régions

401. **Contrats porteurs des projets structurants, mais à nature juridique incertaine.** Les contrats de plan État-Régions ont été créés par la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification¹⁰⁰³, loi que nous devons à Michel Rocard¹⁰⁰⁴. Ces contrats ont été emportés dans l'action publique pour la mise en œuvre du plan de la nation¹⁰⁰⁵. Anciennement appelés contrats de projet¹⁰⁰⁶, les contrats de plan sont des instruments qui s'ajoutent à d'autres instruments de l'action publique, héritages de la planification à la française¹⁰⁰⁷ à travers lesquels les cocontractants s'engagent sur une politique de financement et de programmation. Ils contiennent des orientations stratégiques comme le renforcement de la compétitivité du territoire régional et la préservation de l'environnement, selon une logique de développement durable, et aussi des programmes d'action orientés essentiellement autour de l'objectif de consolidation de la compétitivité des industries lourdes¹⁰⁰⁸. Ils organisent « *la convergence des financements en faveur des projets structurants dans les territoires* »¹⁰⁰⁹. Si les contrats de plan État-régions ont été pensés comme un moyen de coopération encadrée entre les entités publiques, certains auteurs y voit un plutôt un instrument de coopération contrainte et une

¹⁰⁰³ Par exemple, art. 11 de la Loi n°82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, *JORF* du 30 juillet 1982, p.2429.

¹⁰⁰⁴ Homme d'État français, diplômé de la Faculté des lettres de Paris, de l'IEP de Paris et de l'École Nationale de l'Administration. De profession inspecteur de finances, Monsieur Rocard a occupé multiples fonctions dans l'appareil administratif de l'État, à savoir celle de député de la circonscription des Yvelines, celle de Ministre d'État Ministre du Plan et de l'Aménagement du territoire (22 mai 1981-23 mars 1983), Ministre de l'agriculture (1983-1985), Premier Ministre français (10 mai 1988-15 mai 1991). Entre le 18 mars 2009 et le 2 juillet 2016, il a occupé le poste d'Ambassadeur chargé de la négociation internationale pour les pôles arctique et antarctique.

¹⁰⁰⁵ Le plan de la nation, initialement appelé « plan de développement économique et social » était dans les années soixante un plan national visant au développement économique du pays. C'est sur sa base que la première vague des contrats de plan État-régions a été adopté ; dans ce sens voir J.-M. PONTIER, « Chapitre 5- régions : interventions de la région », *Encyclopédie des collectivités locales*, février 2018.

¹⁰⁰⁶ Initialement nommés « contrats de plan », ils ont été dénommés « contrats de projets » à partir de 2006 avant de redevenir « contrats de plan » depuis l'année 2014.

¹⁰⁰⁷ PONTIER (J.-M.), « Les contrats de plan État-régions 2014-2020 », *J.C.P.A.*, n°16, 22 avril 2014.

¹⁰⁰⁸ Voir dans ce sens la Circulaire du 31 juillet 1998 relative aux prochains contrats de plan État-région, principes relatifs à leur architecture », *Journal officiel* du 13 septembre 1998, numéro 212, p.13989.

¹⁰⁰⁹ Circulaire n°5730/SG du 31 juillet 2014 conditions d'élaboration de la nouvelle génération de contrats de plan État-région pour la durée 2015-2020.

« manière pour l'État de maintenir une forme insidieuse de tutelle »¹⁰¹⁰ sur le système local. D'autres, au contraire, estiment que l'existence d'une véritable négociation entre l'État et les présidents des régions ou les maires des villes confirmerait la *juridicisation* des contrats de programmation de l'action publique¹⁰¹¹.

402. **Le volet « transports », un élément couteux des CPER.** Plusieurs générations des contrats de plan État-régions ont été adoptées depuis leur création et jusqu'à présent. Le volet transports représentant dans tous ces contrats une enveloppe régionale financière importante (budget affecté par l'État aux budgets régionaux)¹⁰¹². En effet, il semblerait que l'Agence de financement des infrastructures de transport (AFITF) aurait versé 1.500 millions d'euros pendant l'exécution des contrats de la quatrième génération (2000-2006)¹⁰¹³. De manière similaire, durant la période 2007-2013 (cinquième génération), 3,27 milliards d'euros avait été versés par l'État aux régions pour le financement des projets ferroviaires et de transport de voyageurs ainsi que pour des projets de fret ferroviaire et fluvial et des projets portuaires¹⁰¹⁴. Enfin l'essentiel des enveloppes des CPER est consacré, outre le financement des universités et l'aménagement du territoire, à la mobilité et au financement des infrastructures, ces deux dernières représentant à elles seules la moitié du budget alloué, soit « (23,4 milliards d'euros de crédits contractualisés). L'essentiel de cette enveloppe se consacre au ferroviaire (34 %) et aux transports collectifs (32 %). Mais le routier (23 %), le portuaire (8 %) et le fluvial (3 %) bénéficient aussi de ces investissements. L'État via l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (Afitf) y contribue à hauteur de 6,8 milliards d'euros »¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁰ BRISSON (J.-F.), « Décentralisation et contractualisation », *AJDA*, 2019, p.2435 ; dans ce sens voir également KADA (N.), « État et collectivités territoriales (petite) cuisine et (grandes) dépendances », *AJDA*, 2019, p.2423.

¹⁰¹¹ MARCOU (G.), « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2002, p.982.

¹⁰¹² ORSINI (G.), « Chapitre 4- Ressources locales : finances régionales », *Encyclopédie des collectivités locales*, août 2014 ; aussi G. ORSINI, « Chapitre 5 : Ressources locales : dotations ou subventions d'équipement », *Encyclopédie des collectivités locales*, novembre 2014. ; aussi E.R., « Transport-Grand Paris -Des déplacements touristiques améliorés », *Juris tourisme*, 2014, n°169, p.9. L'auteur met en évidence le projet de la région Ile-de-France d'affecter 140 millions d'euros aux opérations de modernisation et de développement du réseau ainsi que la contribution de l'État à hauteur de 1,4 milliards d'euros dans le cadre des contrats de plan État-régions pour la durée 2015-2020 au financement de ces opérations ; aussi M-C DE MONTECLER, « Manuel Valls imagine un avenir à plusieurs vitesses pour les départements », *AJDA*, 2014, pp.1628.

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ GARCIA (C.), « Les infrastructures écartées des contrats État-régions 2021 », Article de presse, dans *L'Antenne*, publié le 14 novembre 2019.

403. **Incidence des CPER sur les opérateurs alternatifs.** Les CPER sont un élément essentiel dans le cadre du projet d'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire en France car dans la mesure où ils reflètent un partage des budgets et de responsabilité financière entre les acteurs publics, ils donnent une certaine visibilité aux opérateurs de transport sur les investissements et les projets d'infrastructure de transport intervenant sur la durée du contrat. Le traitement du volet transports dans les CPER est un indice des efforts collectifs de l'État, régions et SNCF Réseau que suppose l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires en France. En effet, si la cohérence d'axes et de nœuds ferroviaires, la modernisation des liaisons, la mise en accessibilité PMR des quais, l'installation généralisée de la télésurveillance ressortent du périmètre du gestionnaire d'infrastructure, elles affectent nécessairement la performance ferroviaire des opérateurs alternatifs, les gains de parcours et de capacité et donc la qualité de l'offre de transport qu'ils pourront proposer. Il en résulte ainsi que de l'état de l'infrastructure dépend la stratégie d'entrée sur le marché des opérateurs ferroviaires alternatifs. Pourtant, non seulement ces derniers n'ont pas la main sur la modernisation du réseau ferroviaire, mais ils sont aussi confrontés à la limitation des investissements de la part de SNCF Réseau dans la mesure où la règle d'or doit être respectée. Enfin, lorsque des décisions sur l'exploitation à moindre coûts des petites lignes sont à prendre dans le cadre des CPER¹⁰¹⁶, les incidences de ces décisions sur la marge de manœuvre et le positionnement des opérateurs alternatifs sur ces lignes n'est pas négligeable. Le niveau d'investissements sur la modernisation et redynamisation de ces lignes doit être optimal afin de ne pas disproportionnellement porter ce risque à charge des opérateurs, hypothèse qui pourrait les dissuader à proposer une offre alternative d'exploitation de ces lignes. Cela, étant, il n'y a pas à notre connaissance de prise de position de Transdev sur les CPER sur la durée 2015-2020.

¹⁰¹⁶ MAUREY (H.), MANDELLI (D.), *Rapport d'information n° 87 (2019-2020) fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable*, déposé le 23 octobre 2019.

ENCADRÉ N° 19 LES CONTRATS ÉTAT-RÉGIONS POUR LA DURÉE 2015-2020, UNE ACTION ETATIQUE ESSENTIELLEMENT FINANCIÈRE

Pour des considérations d'espace, nous observerons dans cette thèse principalement le volet « transports » des contrats de plan État-régions pour la durée 2015-2020¹⁰¹⁷.

Par exemple, le contrat de plan État-Région de Basse Normandie, conclu le 2 juillet 2015 fait état des priorités suivantes au niveau de la région : la facilitation de l'usage des trains du quotidien, la consolidation de la sécurité du réseau, l'amélioration de la régularité, performance et confort des trains. Le raccordement de la région au réseau de grande vitesse qui la relie à la Région Ile-de-France est également un enjeu qualifié de « majeur ». Le contrat vise à l'amélioration de la performance et de la régularité des trains par des opérations d'électrification, le renforcement de l'accessibilité des personnes à mobilité réduite sur certains axes du réseau structurant¹⁰¹⁸. Enfin des études et travaux de signalisation ont été prévus ainsi qu'une meilleure mise en accessibilité des PMR sur certaines lignes du réseau régional¹⁰¹⁹.

Des priorités similaires sont présentes également dans le contrat plan de la région Occitanie, à savoir le raccordement de la région aux corridors du Réseau Trans européen de transport (RTE-T), l'amélioration des conditions de déplacement sur l'axe Toulouse-Montpellier, la réalisation des études de la liaison Toulouse-Narbonne, la modernisation des nœuds ferroviaires, le maintien des lignes régionales secondaires¹⁰²⁰.

404. L'absence d'orientations stratégiques en matière de concurrence ferroviaire. Le volet ferroviaire a été principalement traité dans ces contrats en termes d'investissements sur les infrastructures ferroviaires, la modernisation des nœuds ferroviaires ou encore l'amélioration des gares de voyageurs dans une logique des pôles d'échanges.

¹⁰¹⁷ Les négociations de futurs contrats de plan État-régions pour la durée 2021-2027 ont commencé courant l'année 2019. Le gouvernement a annoncé sa décision de négocier les transports de manière isolée du reste des thématiques des contrats de plan, décision contestée par les régions, voir dans ce sens, Article de presse, TENDIL (M.), « Contrats de plan : les régions ne signeront pas sans les transports », *Localtis*, 27 novembre 2019 ; aussi GARCIA, (C.) « Les infrastructures écartées des contrats État-régions 2021 », Article de presse, dans *L'Antenne*, publié le 14 novembre 2019 précité. Ainsi, dans le contrat État-région 2021/2017 conclu dans la région Centre -Val de Loire (Contribution du CESER, février 2020), hormis une petite référence au fret ferroviaire, les transports ferroviaires de voyageurs ne sont pas abordés. Toutefois, dans la région Occitanie, les négociations relatives à la conclusion du contrat CPER 2021/2027, retardées par la crise COVID, avaient repris en début du mois de juin 2020. La présidente Carole Delga (PS) avait indiqué qu'une attention particulière sera portée au plan ferroviaire et en particulier aux petites lignes ferroviaires.

¹⁰¹⁸ Il s'agit des axes Paris-Caen-Cherbourg et Lisieux-Deauville-Trouville, Paris-Granville, Caen-Le Mans-Tour.

¹⁰¹⁹ Il s'agit principalement de la ligne Caen-Rennes.

¹⁰²⁰ Contrat de plan État-région Occitanie, 2015-2020.

Les opérations ferroviaires

Opérations de l'objectif M01 du CPER 2015-2020 : transport ferroviaire

Opérations	Coût total (en millions d'euros)
1.1.1 – Axe Nantes-Angers-Sablé / amélioration des performances de l'axe : schéma directeur d'axe et nœuds, expression des besoins et étude de gains de capacité et de temps de parcours. Sécurité tunnel de Chantenay	2,000
1.1.2 – Axe Nantes-Angers-Sablé / amélioration des performances de l'axe : mise en place de la télésurveillance et opération suite au schéma directeur	7,000
1.1.2 bis – Axe Nantes-Angers-Sablé : mise aux normes de la LGV : clôture et contrôle de la végétation	12,366
1.1.3 a – Axe Nantes-Angers-Sablé : Etude EP des nœuds d'Angers et Sablé	1,300
1.1.3 b – Axe Nantes-Sablé : Etudes pour le déploiement de la nouvelle signalisation numérique au standard européen ERTMS du contrat d'avenir	10,500
1.2 – Axe Nantes-Angers-Sablé : terminus technique Ancenis	22,000
1.3 – Axe Nantes-Angers-Sablé : Suites du schéma directeur ferroviaire nœud de Nantes : EP et premières AVP	7,917
2 – Axe Nantes-Bordeaux : modernisation	101,334
3 – Modernisation des liaisons entre Nantes, la Loire Atlantique et la Bretagne	5,200
4.1 – Gare Nantes : mise en accessibilité PMR des quais et gare mezzanine	12,228
4.2 – Gare de Nantes : modernisation du CREM et déplacement du Centre télécom	21,541
5 – Gare St Nazaire : mise en accessibilité PMR des quais	19,528
6 – Axe Nantes / St Gilles / Pornic : modernisation	100,422
7 – Axe Nantes Cholet : modernisation Clisson-Cholet	50,000
8 – Création de haltes ferroviaires - Étoile du Mans	10,000
9 – Contournement ferroviaire des sites industriels de Donges	150,000

Fig. 15 Opérations ferroviaires CPER 2015-2020 Pays de la Loire

Source : DREAL

405. Il apparaît ainsi que les contrats de plan sont davantage un outil de répartition du budget alloué aux investissements dans le secteur ferroviaire et moins un instrument d'orientation stratégique destiné aux régions pour l'accompagnement de la concurrence ferroviaire. Ils sont également la « vitrine » des opérations ferroviaires dans les régions contribuant ainsi à l'exposition politique des élus régionaux. La portée limitée des contrats plan État-régions en tant que dépositaires éventuels des orientations en matière de concurrence ferroviaire peut se justifier par la répartition des compétences entre les personnes publiques. Si l'État est le garant de la cohérence de la politique nationale des transports et le développeur d'un réseau efficace, la décision relative à l'ouverture à la concurrence d'un réseau régional est fondamentalement une décision de gestion du réseau qui incombe aux régions en leur qualité d'autorités organisatrices de transport. Par conséquent, il nous semble difficilement envisageable que l'État fixe des objectifs ou des orientations à destination des régions en matière de concurrence

ferroviaire dans ces contrats. Toutefois, il peut être considéré que l'État participe indirectement au projet concurrentiel grâce aux investissements et à l'amélioration du réseau.

406. Outre la contractualisation avec les régions, l'État peut faire force de stratégie dans le cadre des contrats conclus cette fois-ci avec les entreprises publiques (B).

B. Les contrats entre l'État et les entreprises publiques

La contractualisation de l'État avec des entreprises publiques est une technique habituelle (1). Le contrat de performance conclu avec SNCF Réseau s'inscrit dans le besoin général d'affirmation d'une politique industrielle sur le réseau (2).

1. Retour sur la pratique de contractualisation État-entreprises publiques

ENCADRÉ N°20. UNE PRATIQUE DE CONTRACTUALISATION RECURRENTE DES INDUSTRIES EN RESEAUX OUVERTES A LA CONCURRENCE

La contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques a été formalisée dans le rapport de 1967 rédigé par Simon Nora¹⁰²¹. Depuis les années 2000, les contrats conclus entre l'État et des entreprises telles que EDF, Gaz de France ou encore La Poste ont préparé « *par des évolutions détaillées dans des nouveaux contrats de ce type* » la dérégulation des services en réseaux à travers la volonté d'une ouverture vers les autres marchés européens¹⁰²².

A l'appui de ce constat, nous nous sommes interrogés sur le potentiel des contrats conclus par l'État avec SNCF Réseau à préparer l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux de voyageurs. Par exemple, le contrat, qualifié de « contrat d'entreprise » conclu entre l'État et la Poste relatif aux missions de service public confiées au Groupe La Poste pour la durée 2018-2020 et adopté sur le fondement de l'article 9 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunication¹⁰²³ met en avant quatre missions de service public identifiées par l'État comme il suit : le service universel postal, le transport et la distribution de la presse, l'accessibilité bancaire et la contribution à l'aménagement du territoire¹⁰²⁴. Le contrat fixe le cadre d'exercice de la mission de service postal universel (levée et distribution 6 jours sur 7 sur l'ensemble du territoire national), il liste les engagements de la Poste, il prévoit des indicateurs

¹⁰²¹ Haut fonctionnaire français, conseiller politique et directeur de l'École Nationale de l'Administration (ENA) entre 1982 et 1986.

¹⁰²² KALFLECHE (G.), « Contractualisation et interventionnisme économique », *RFDA*, 2018, pp.214, précité.

¹⁰²³ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, *JORF*, n°0157 du 8 juillet 1990, p.8069.

¹⁰²⁴ Préambule du Contrat d'entreprise 2018-2022 entre l'État et la Poste relatif aux missions de service public confiées au Groupe La Poste.

qualitatifs de qualité de service (tels que listés par un arrêté ministériel¹⁰²⁵) etc. Enfin outre ce contrat d'entreprise, l'État a procédé à la conclusion des contrats de service public dans le secteur de l'électricité et du gaz¹⁰²⁶. Il en résulte ainsi que l'État dispose d'une variété des instruments contractuels (contrats de service public, contrat d'entreprise) pour s'assurer de son intervention économique ou pour préserver la pérennité des missions de service public. De manière analogue, un instrument similaire existe dans le secteur ferroviaire, à savoir le contrat-cadre stratégique conclu par l'État avec l'EPIC SNCF, à la suite de la réforme ferroviaire de l'année 2014.

407. La conclusion d'un contrat-cadre stratégique État-EPIC SNCF. L'article L.2102-5 du Code des transports modifié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁰²⁷ et ultérieurement abrogé par l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF¹⁰²⁸ prévoyait la conclusion par l'État d'un contrat-cadre stratégique pour l'ensemble du groupe public ferroviaire pour une durée de dix ans, actualisé tous les trois ans. En outre, le décret n°2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports¹⁰²⁹ fixait les orientations que l'État assignait aux trois EPICs dans le cadre de ses contrats. Ainsi, le 20 avril 2017, Michel Sapin, ministre de l'économie et des finances, et Alain Vidalies, secrétaire d'État chargé des transports, de la mer et de la pêche, ont signé les trois contrats liant l'État à SNCF. Parmi ces trois contrats, le contrat conclu par l'État avec SNCF Réseau était particulièrement attendu car la dette ferroviaire totalisait à la fin de l'année 2016, 45 milliards d'euros¹⁰³⁰. Ces trois contrats qui prennent fin au 31 décembre 2025 prévoient des réunions tri annuelles de mise à jour prenant en compte les évolutions éventuelles du secteur. Bien que le projet de contrat de performance conclu par l'État avec SNCF Réseau ait obtenu un avis défavorable de la part du régulateur, nous voyons, tout comme Gilles Savary, dans ce projet « un premier exercice de ce type » qui, grâce à l'avis sollicité de l'ARAFER, « instaure une transparence et un débat public sans précédents vis-à-

¹⁰²⁵ Arrêté du 12 septembre 2018 relatif aux objectifs de qualité de service fixés par La Poste pour 2018, 2019 et 2020, au titre de l'offre de service universel que La Poste est tenue d'assurer en application de l'article L.2 d code des postes et des communications électroniques, *JORF*, n°0213 du 15 septembre 2018.

¹⁰²⁶ ANDRIEU (S.), « Les contrats de service public du secteur de l'énergie », *RFDA*, 2017, p.246.

¹⁰²⁷ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF*, n°0181 du 7 août 2015.

¹⁰²⁸ Ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF, *JORF*, n°0128 du 4 juin 2019.

¹⁰²⁹ Décret n°2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015 abrogé au 1^{er} janvier 2020 par le décret n°2019-1585 du 30 décembre 2019 approuvant les statuts de la société national SNCF et portant diverses dispositions relatives à la société nationale SNCF et à la société mentionnée au c du 2° de l'article 18 de l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019.

¹⁰³⁰ 45 milliards d'euros de dette ferroviaire, chiffre rendu public par le sénateur Hervé Maurey, Président de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable.

vis de notre politique ferroviaire qui reste excessivement exposée et déterminée en fonctions de pressions de tous ordres, peu soucieuses de cohérence stratégique, de soutenabilité financière, et surtout d'adaptation aux besoins du plus grand nombre d'usagers »¹⁰³¹.

408. Le contrat-cadre formalisait les objectifs assignés par l'État à l'entreprise et au groupe en termes de qualité de service au profit de l'ensemble des entreprises ferroviaires, des autorités organisatrices de transport ferroviaire et des usagers. Il était supposé consolider les trajectoires financières et le développement durable¹⁰³². Il comprenait les deux autres contrats opérationnels conclus par l'État d'un côté avec SNCF Réseau et de l'autre avec SNCF Mobilités. Par ailleurs, il traduisait la vision stratégique de l'État telle qu'exposée dans le Rapport stratégique d'orientation portant sur la réforme ferroviaire de l'année 2014¹⁰³³. Les orientations de l'État au groupe portaient sur des nombreuses thématiques, comme par exemple, la trajectoire financière du groupe, sa politique sociale, la contribution au développement de la filière industrielle française, la politique de coopération avec d'autres entités du secteur¹⁰³⁴ etc. Le contrat a fait l'objet d'un avis du régulateur, ce dernier dénonçant son caractère imprécis sur un certain nombre des aspects clés comme la trajectoire financière, les objectifs de performance attendue, les coûts des prestations de surveillance générale (SUGE)¹⁰³⁵.

409. Si nous n'avons pu disposer du contrat opérationnel conclu par l'État avec SNCF Mobilités, nous avons, toutefois, pu procéder à une analyse du contrat conclu par l'État avec SNCF Réseau, le gestionnaire d'infrastructure. En effet, en application de l'article L.2111-10 du Code des transports, le contrat État-SNCF Réseau devait déterminer des objectifs de performance, de qualité et de sécurité du réseau ferré, fixer des orientations en matière d'exploitation, d'entretien et de renouvellement du réseau etc.

¹⁰³¹ SAVARY (G.), « Contrat de performance de SNCF Réseau : la sévérité de l'ARAFER donne la mesure des pesanteurs qui handicapent notre système ferroviaire », Communiqué de presse, le 30 mars 2017.

¹⁰³² Article L.2102-5 du Code des transports (abrogé).

¹⁰³³ Rapport stratégique d'orientation. Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, adopté par le Gouvernement français, pp.30.

¹⁰³⁴ SALQUE (C.), « Fasc.615-20 : Transport ferroviaire interne -Groupe public ferroviaire-Groupe public unifié. Transformation d'EPIC en société anonyme à capitaux publics », *JurisClasseur Transport*, 12 janvier 2019.

¹⁰³⁵ ARAFER, Avis n°2017-037 du 29 mars 2017 relatif au projet de contrat-cadre stratégique entre l'État et la SNCF.

2. Le cas du contrat de performance État-SNCF Région

Signé entre l'Etat et SNCF Réseau (a), le contrat de performance a pour finalité de définir une politique industrielle sur le réseau (b). Les obligations qu'il fixe apparaissent néanmoins insatisfaisantes pour inciter le gestionnaire d'infrastructure à une performance financière (c).

a) Origine et objectifs du contrat

410. Signé le 20 avril 2017 entre l'État et SNCF Réseau, le contrat opérationnel déterminait des objectifs de performance, de qualité et de sécurité du réseau ferré, fixer des orientations en matière d'exploitation, d'entretien et de renouvellement du réseau¹⁰³⁶.

b) Contenu du contrat

411. **La définition d'une politique industrielle sur le réseau.** Comme le rappelle Madame Christine Salque, le contrat donne une priorité « *à la maintenance et au renouvellement du réseau ferroviaire avec un total de 46 milliards d'euros d'investissements programmés sur le réseau existant durant les 10 ans du contrat* » et il se place en continuité des efforts de l'État dans la maintenance et le renouvellement du réseau¹⁰³⁷. Le contrat prévoit la mise en œuvre d'une politique de gestion du réseau différenciée selon les usages. L'objectif de cette distinction vise à assurer en priorité le renouvellement et l'entretien du réseau structurant par le gestionnaire d'infrastructure qui assure le gros volume de trafic. Bien que le contrat stipule deux indicateurs qui concourent à l'élaboration d'une « *stratégie de réseau* » (le coût moyen par km des opérations de renouvellement de la voie (Gopeq¹⁰³⁸) sur le réseau structurant et la longueur des voies soumises aux ralentissements de la vitesse de circulation), il ne permet pas de déceler avec suffisamment d'amplitude les contours, le contenu et les méthodes de développement de cette politique industrielle sur le réseau. Le contrat indique que le montant

¹⁰³⁶ Extrait article 2 du Contrat pluriannuel de performance État-SNCF Réseau, 2017-2026 : (1) « *bâtir une politique de maintenance en synergie avec l'exploitation pour viser un haut niveau de sécurité et la maîtrise des coûts* » ; (2) « *mettre en œuvre une politique de gestion différenciée selon les usages* », (3) « *développer l'offre commerciale et améliorer la qualité de service de SNCF Réseau en renforçant une approche partenariale avec les utilisateurs du réseau ferré national* », (4) « *construire un réseau ferré innovant, tourné vers les nouvelles technologies et engagé dans la transition écologique* » ; (5) « *faire de SNCF Réseau un gestionnaire d'infrastructure performant moteur de l'excellence de la filière ferroviaire française* », (6) « *inscrire l'action de SNCF Réseau dans une trajectoire financière soutenable* »

¹⁰³⁷ SALQUE (C.), « Fasc.615-20 : Transport ferroviaire interne -Groupe public ferroviaire-Groupe public unifié. Transformation d'EPIC en société anonyme à capitaux publics », précité.

¹⁰³⁸ GOPEQ, Grande Opération Programmée Équivalent est une Unité d'œuvre fictive pour les travaux de renouvellement de la voie qui correspond à la dépense moyenne d'un kilomètre de renouvellement de l'ensemble des composantes de la voie : rails, traverses et ballast. Définition opérée par l'ARAFER, disponible sur <http://www.arafer.fr/glossaire/gopeq-grosse-operation-programmee-equivalent/?context=null>

des investissements nécessaires pour renouveler le réseau est estimé à 3 milliards d'euros dès 2019¹⁰³⁹. Bien que SNCF Réseau poursuive ses efforts de rénovation du réseau depuis 2008, il est dit dans le contrat pluriannuel de performance que les investissements évalués, suite à un audit de l'École polytechnique fédérale de Lausanne qui s'élèvent à près de 2,4 Mrd euros en 2015, sont insuffisants pour traiter les défaillances issues de la vétusté du réseau y compris du réseau structurant.

c) Le caractère lacunaire du contrat

412. Le caractère lacunaire du contrat dénoncé par le régulateur sectoriel. Le projet de contrat de performance entre l'État et SNCF Réseau avait été approuvé le 20 décembre 2016 lors du Conseil d'Administration de SNCF Réseau. L'ARAFER a critiqué, dans son avis n°2017-037 du 29 mars 2017 le projet de contrat-cadre stratégique entre l'État et SNCF Réseau¹⁰⁴⁰ sur de nombreux points tels que l'insuffisance d'indicateurs permettant d'apprécier sa mise en œuvre¹⁰⁴¹ et la portée des engagements des parties, les imprécisions des objectifs de performance attendue de la part de l'EPIC de tête SNCF, l'absence de thématiques précises comme l'aménagement du territoire, le développement durable, l'accès à la mobilité¹⁰⁴². Selon l'acceptation du régulateur, le contrat se limite seulement à indiquer des orientations stratégiques générales adressées à SNCF Réseau.

413. L'absence de chiffrage mesurable et vérifiable. Le contrat aurait pu contenir plus de précisions méthodologiques sur les coûts et les différents chiffrages des opérations

¹⁰³⁹ Le budget de SNCF Réseau résultera outre les produits du trafic: (1) du versement des dividendes issus des résultats de SNCF Mobilités au sein du groupe public ferroviaire ; (2) de subventions publiques au titre d'activités inhérentes à la mission et à la responsabilité du gestionnaire; des (3) redevances payées par SNCF Mobilités pour des prestations diverses (travaux, études, télécoms) ou par les entreprises ferroviaire au titre de l'utilisation de l'électricité fournie par le gestionnaire.

¹⁰⁴⁰ « Consultée pour avis, l'ARAFER a ainsi jugé le contrat de performance passé avec SNCF Réseau tout simplement irréaliste. L'autorité de régulation considère en effet que rien n'empêche la dérive des coûts de fonctionnement de SNCF Réseau. Autre critique, une augmentation des péages plus importante que l'évolution prévue de l'inflation qui met en péril l'activité voyageurs, mais aussi les acteurs du fret. Au final, l'autorité de régulation estime que l'augmentation des recettes attendues n'est pas crédible. Et, pour finir, l'ARAFER juge que ce contrat de performance n'empêche pas le dérapage de la dette », Extrait Article de presse Mobilités, « L'État du rail avant sa mise en concurrence », publié le 13 juillet 2017.

¹⁰⁴¹ Quatre indicateurs étant toutefois cruciaux, à savoir des indicateurs portant sur la productivité de l'entretien, sur la sécurité, sur la qualité de service des circulations fret et voyageurs, ainsi que sur la qualité de l'infrastructure par axe. Ils avaient été rappelés par l'ARAFER dans son avis n°2018-035 du 14 mai 2018 relatif à la mise en œuvre au titre de l'année 2017 du contrat pluriannuel de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026, pp.8.

¹⁰⁴² Avis de l'ARAFER n°2017-037 du 29 mars 2017 relatif au projet de contrat-cadre stratégique entre l'État et la SNCF. Le régulateur observe l'absence de mécanismes incitatifs dans le contrat cadre estimant que « (...) Le contrat pourrait ainsi être aisément amélioré et s'appuyer, par exemple, sur des incitations réputationnelles, telle que la publication des rapports d'activité évoquée ci-avant, ou l'intéressement des dirigeants de la SNCF à la réalisation des objectifs du contrat-cadre propres à l'EPIC de tête »

d'entretien¹⁰⁴³ et de renouvellement du réseau. De manière analogue, le contrat ne prévoit pas d'indicateurs atteignables et vérifiables à la charge du gestionnaire pour optimiser ses coûts, aucune mesure n'oblige le gestionnaire à communiquer sur la réussite de cette optimisation de coûts ni sur les modalités mises en œuvre pour y parvenir. En comparant ces contrats du domaine du ferroviaire, de l'électricité ou encore des télécommunications, nous observons que leur contenu se limite à la préfiguration des orientations stratégiques générales. Ils ne contiennent pas de délais d'exécution d'obligations contractuelles, ni de pénalités. Ils ressemblent davantage à des rapports d'information qu'à des contrats. Les exemples du secteur des télécommunications et de l'électricité attestent que, les objectifs de ces contrats sont de dresser un état de lieu des recommandations des parties, d'encadrer leurs actions futures, d'améliorer et de faire progresser les services proposés, et de maîtriser la trajectoire financière dans le sens d'une baisse des coûts. C'est dans cette optique que le contrat pluriannuel de performance entre l'État et SNCF Réseau s'inscrit.

414. L'absence des incitations à la coopération des acteurs ferroviaires. Le contrat ne prévoit pas d'obligation de concertation entre acteurs du secteur sur la problématique du renouvellement du réseau. Associer les opérateurs au sein des groupes de travail organisés par le gestionnaire pour traiter ses aspects aurait pu être une obligation formalisée dans le contrat de performance. Enfin, si le contrat prévoit l'obligation pour SNCF Réseau d'améliorer les délais de réponse aux demandes de sillons, le contrat ne fixe aucun délai indicatif à respecter, aucune méthodologie, aucun levier incitatif, et est dépourvu de toute pénalité.

415. Positionnement de Transdev sur le contrat. Ce contrat intéressait de près les opérateurs alternatifs dans la mesure où il est supposé établir des objectifs de performance, d'efficacité, de prévisibilité à la charge du gestionnaire d'infrastructure, objectifs dont l'accomplissement conditionne l'entrée et le positionnement des opérateurs alternatifs sur le marché français. Partant du constat d'un fonctionnement déficitaire du secteur ferroviaire en France, M. Claude Steinmetz, indiquait que cette situation pourrait être dépassée « *à condition*

¹⁰⁴³ Le contrat préconise une conception le plus en amont possible de la maintenance du réseau sans calendrier « *en intégrant les dimensions commerciales, exploitation, ingénierie et maintenance de la gestion d'infrastructure mais aussi l'ensemble des utilisateurs du réseau* ». L'approche système des opérations de renouvellement, aspect essentiel du contrat, figure certes, mais il manque des précisions sur les périmètres d'évolution de l'infrastructure, sur les indices commerciaux, d'exploitation de maintenance et de gestion pour sécuriser davantage le contrat et pour mieux encadrer les responsabilités des parties contractantes. Le contrat fixe ces objectifs sans formaliser une méthodologie observable, stable et concrète pour y parvenir. De même pour le traitement de la prévention des accidents et des exigences de sécurité sur les chantiers. Le contrat aurait pu définir des indicateurs clairs pour identifier les opérations nécessitant une revue de sécurité et les « *approches* » à développer avec les entreprises ferroviaires

que l'État exerce réellement son rôle de stratège et en assume les conséquences financières (...) la signature attendue du contrat de performance État-SNCF Réseau doit fournir au GI la trajectoire financière qui lui fait défaut, le potentiel du rail et ses qualités intrinsèques peuvent être exploités de manière optimisée, le recours à des méthodes alternatives d'exploitation mais aussi de maintenance est de nature à réduire les charges de fonctionnement des services de transport et les coûts d'entretien du réseau, notamment capillaire »¹⁰⁴⁴. Si telles étaient les souhaits d'un opérateur de transport alternatif comme Transdev, il n'est pas certain, compte tenu de la version finale du contrat et de nombreuses critiques du régulateur sectoriel qu'ils aient été atteints. Pourtant l'accès égal au réseau, condition indispensable de la concurrence ferroviaire est intrinsèquement lié aux conditions opérationnelles efficaces de gestion de l'infrastructure ferroviaire.

¹⁰⁴⁴ Entretien de Claude STEINMETZ, AFRA, 25 octobre 2016.

SECTION 2. LA DECENTRALISATION FERROVIAIRE, INSTRUMENT DE LA MONTEE EN PUISSANCE DES REGIONS

Si la régionalisation ferroviaire est un outil d'autonomisation progressive des autorités organisatrices de transport (§1), ses concrétisations dans le cadre du système de conventionnement en France ont une importante marge de progression dans le nouvel environnement ferroviaire concurrentiel (§2).

§1. La régionalisation ferroviaire, outil d'autonomisation des autorités organisatrices de transport

Bien que bâti sur le monopole de la SNCF, le système de conventionnement actuel contient de nombreuses clauses essentielles qui régissent les rapports entre les autorités organisatrices de transport et l'opérateur historique (A). Néanmoins, l'arrivée des nouveaux entrants sur le marché ferroviaire français nécessitera modifiera substantiellement la physionomie des conventions d'exploitation des TER (B).

A. L'acte III de décentralisation, un levier de renforcement de la régionalisation ferroviaire

416. Si les régions françaises disposent aujourd'hui des large compétences en matière des transports, cela est dû à un long processus de décentralisation, défini comme « *un processus d'aménagement de l'État unitaire qui consiste à transférer des compétences administratives de l'État vers des entités (ou des collectivités) locales distinctes de lui* »¹⁰⁴⁵. Ce processus a donc marqué en France le passage d'un État unitaire très centralisé à un État, actuellement déconcentré et décentralisé. En effet, selon les Professeurs Ferstenbert, Priet et Quilichini, la décentralisation marque une « dialectique entre l'État et les collectivités territoriales », entre « le centre et la périphérie » et « postule que l'État reconnaît en son sein l'existence de personnes publiques secondaires, investies d'une certaine autonomie et dotées à cette fin de compétences et des ressources »¹⁰⁴⁶. Sans retracer la longue marche vers la décentralisation en

¹⁰⁴⁵ VERPEAUX (M.), RIMBAULT (C.), WASERMAN (F.), « *Les collectivités territoriales et la décentralisation* », 7^{ème} Ed., La Documentation, 2013, p. 167.

¹⁰⁴⁶ FERSTENBERT (J.), PRIET (F.), QUILICHINI (P.), « *Droit des collectivités territoriales* », 2^{ème} Ed., Hypercours Dalloz, 2016, p.845.

France¹⁰⁴⁷ pour ne pas alourdir la présente étude, nous nous contenterons de rappeler brièvement les étapes de la régionalisation ferroviaire (a) consolidée et renforcée par les dernières réformes relatives à l'organisation territoriale en France que la doctrine n'a pas manqué de qualifier comme le troisième acte de la décentralisation en France¹⁰⁴⁸ (b). Ces réformes intéressent dans la mesure où elles impactent la régionalisation ferroviaire et apportent une nouvelle dynamique au transport régional ferroviaire de voyageurs.

417. La décentralisation des transports au profit des régions est un objectif ancien. La loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs conférait aux régions une compétence en matière des transports routiers réguliers non urbains régionaux ainsi que la possibilité de conclure des conventions « à la marge » avec SNCF concernant les services ferroviaires régionaux. En application de ces conventions, les régions pouvaient « aller au-delà de ce que l'État permettait à la SNCF de faire » à savoir de décider de « créer (en accord avec l'opérateur historique » de nouvelles dessertes ou de nouvelles lignes qu'elles financent elles-mêmes »¹⁰⁴⁹. Ce système de conventions à la marge fonctionnait sur une base facultative, seulement les régions volontaires pouvant décider de l'organisation de dessertes ferroviaires régionales. Si à ce stade des régions pouvaient signer des conventions avec SNCF, elles n'étaient pas pour autant pleinement autorités organisatrices de transport en l'absence du transfert de la contribution financière de l'État pour les services ferroviaires, transfert qui s'il

¹⁰⁴⁷ Par exemple, BOURJOL (M.), « *Les institutions régionales de 1789 à nos jours* », Berger-Levrault, 1969 ; OHNET (J.-M.), « *Histoire de la décentralisation française* », Lof, 1996 ; AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.), « *Droit des collectivités locales* », 6^{ème} Ed., PUF, 2015, p.416 ; ou encore BODINEAU (P.), VERPEAUX (M.), « *Histoire de la décentralisation* », PUF, « Que sais-je ? », 1993.

¹⁰⁴⁸ L'acte 1^{er} de la décentralisation territoriale en France correspond à la période 1982-2003. La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions est à l'origine de ce premier processus décentralisateur. Parmi ses principales dispositions, nous rappelons le fait qu'elle définit la région comme une collectivité territoriale se substituant à l'établissement public créé en 1975. Aussi, selon cette loi, les tutelles administratives, financières et techniques exercées sur les collectivités, sont supprimées pour être remplacées par un contrôle juridictionnel exercé par les tribunaux administratifs, contrôle juridictionnel qui n'est pas un contrôle d'opportunité mais plutôt un contrôle de légalité. L'acte 2^{ème} de la décentralisation territoriale est porté par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 qui donne une assise constitutionnelle à la décentralisation et aux collectivités territoriales et qui met en place une nouvelle architecture des pouvoirs des collectivités. Les pouvoirs dont elles bénéficient sont de pouvoirs subsidiaires et permettent une certaine proximité avec les citoyens. Il s'agit en effet de la possibilité des collectivités territoriales à prendre des décisions, sur la base des compétences qui leur incombent, à leur niveau territorial. Par ailleurs, la loi du 28 mars 2003 autorise les collectivités à procéder à une expérimentation, pour « un objet et une durée limitée aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » (art. 70 de la Constitution française). Sur l'acte III de la décentralisation, voir, par exemple, VERPEAUX (M.), « Réforme des collectivités territoriales, Acte III, scène finale ? » *JCP*, ed. A, 2014, n°2287 ou encore le Dossier spécial du *JCP*, ed. A, « Décentralisation, Acte III, scène 1, à propos de la loi du 27 janvier 2014, dite MAPTAM », 2014, n°2045 à 2057. ; aussi LONG (M.), « Vers un l'acte III de la décentralisation ? », *RDSS*, 2011, p.17 ; FERREIRA (N.), « La réforme territoriale...pour quelle décentralisation ? », *AJCT*, 2014, p.41.

¹⁰⁴⁹ DONNIOU (M.), « La régionalisation du transport ferroviaire de voyageurs », Mémoire DEA de Droit public de l'économie, sous la dir. D. Truchet, Université Panthéon-Assas, 2002, p.92.

s'est réalisé, il ne s'est pas fait sans certaines craintes de la part des acteurs et observateurs du ferroviaire¹⁰⁵⁰. Enfin, nous dit Madame Donniou, les premières étapes de la régionalisation ferroviaire en France ont coïncidé avec la création par la SNCF des Trains Express Régionaux (TER) et la réorganisation de la Direction générale de la SNCF suivant le découpage administratif régional¹⁰⁵¹. Initialement pris en charge dans le cadre d'une expérimentation (1), les transports ferroviaires sont placés de plein droit sous la compétence des régions françaises depuis l'année 2002 (2).

1. La phase d'expérimentation de la régionalisation ferroviaire

418. La loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire¹⁰⁵² modifiée par la loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire¹⁰⁵³, la loi n°97-135 du 13 février 1997 portant création du Réseau ferré de France (RFF)¹⁰⁵⁴ ainsi qu'ultérieurement la loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, connue sous le nom de la « loi SRU »¹⁰⁵⁵ ont consolidé le rôle des régions dans le processus d'amélioration du secteur ferroviaire. Des régions ont pris en charge les transports régionaux de voyageurs à travers un système de conventionnement expérimental dès 1997 pour une durée de deux ans. Ce sont les régions Alsace, Centre, Nord-Pas-de-Calais, Pays de la Loire, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Limousin et Rhône-Alpes qui ont initié ce mouvement qui répondait à l'objectif général dégagé par l'article 1er du contrat plan entre l'État et la SNCF le 26 avril 1985 à savoir : « *La SNCF développera une concertation active avec les collectivités territoriales* ». Dans le cadre de cette expérimentation, les régions ont bénéficié d'un pouvoir de décision, elles ont pu définir la

¹⁰⁵⁰ *Ibid.* L'auteure renvoie à la position de certains observateurs du secteur ferroviaire notamment, Guillemette de Fos Colette pour laquelle le transfert aux régions de la compétence des services régionaux de voyageurs risquaient d'entraîner l'application de la loi Sapin, une mise en concurrence, une baisse du niveau de qualité de service offert, ainsi que le risque des régions de se retrouver « entre le marteau de la SNCF et l'enclume de la clientèle toujours plus exigeante » donc, sans avoir une réelle marge de manœuvre. L'auteure évoque aussi la position de Martin Malvy, ancien président de la région Midi-Pyrénées qui craignait « que les charges, liées aux lignes les moins rentables, incombent aux départements et communes traversées », ainsi que le risque d'atteinte à la péréquation géographique.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² Loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* du 5 février 1995, p.1973.

¹⁰⁵³ Loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, n°148 du 29 juin 1999, p.9515.

¹⁰⁵⁴ Loi n°97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France », *JORF*, n°39 du 15 février 1997, p.2592.

¹⁰⁵⁵ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JORF*, n°289 du 14 décembre 2000, p.19777.

consistance, les conditions de fonctionnement ainsi que le financement du transport ferroviaire régional. Par ailleurs, elles ont bénéficié de la contribution financière étatique pour les services régionaux qu'elles ont ensuite versée à la SNCF en contrepartie de l'exploitation ferroviaire.

2. Le transfert de la compétence « transports ferroviaires » aux régions

419. A la suite d'un bilan positif¹⁰⁵⁶ de l'expérimentation de la régionalisation ferroviaire, les régions sont devenues autorités organisatrices des transports collectifs d'intérêt régional de plein exercice depuis le 1^{er} janvier 2002, et elles sont, ainsi, en charge de « *l'organisation des services ferroviaires régionaux de voyageurs, qui sont les services ferroviaires de voyageurs effectués sur le réseau ferré national, à l'exception des services d'intérêt national et des services internationaux* » aussi bien que « *des services routiers effectués en substitution des services ferroviaires susvisés* »¹⁰⁵⁷.

420. Les régions ont à ce titre la compétence de décider, sur leurs périmètres régionaux, du contenu du service public de transport régional de voyageurs, concernant les dessertes, la tarification, la qualité du service et l'information des usagers¹⁰⁵⁸.

B. La dernière vague de la décentralisation

421. Les réformes des collectivités territoriales communément appelées « l'acte III de la décentralisation » font partie des engagements de l'ancien président, François Hollande¹⁰⁵⁹ et se sont concrétisées par l'adoption des textes suivants : (1) la loi du 7 mai 2013 portant suppression du conseiller territorial¹⁰⁶⁰ ; (2) la loi du 27 janvier 2014 dite MAPTAM¹⁰⁶¹ ; (3) la loi du 16

¹⁰⁵⁶ LAGET-ANNAMAYER (A.), « Fasc.279 : Transports ferroviaires », *JurisClasseur Administratif*, 2019.

¹⁰⁵⁷ Extrait article 124 de la Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, précitée.

¹⁰⁵⁸ HAENEL (H.), « Régionalisation ferroviaire : les clés d'un succès », *La vie du rail*, 2011, pp. 220 ; voir aussi Conseil économique social et environnemental, Avis « La régionalisation ferroviaire », rapporté par M. J. CHAUVINEAU, 2001, pp.120 ; ou encore Conseil économique, social et environnemental, Avis « Un premier bilan de la régionalisation ferroviaire », rapporté par M. J. CHAUVINEAU 2003, pp.63.

¹⁰⁵⁹ HOLLANDE (F.), « Élections présidentielles 22 avril 2012. Le changement c'est maintenant, mes 60 engagements pour la France », Site internet PS29.org.

¹⁰⁶⁰ Loi n°2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *JORF*, n°0114 du 18 mai 2013, p.8242.

¹⁰⁶¹ Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *JORF*, n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1562. Depuis l'adoption cette loi, l'ancienne autorité organisatrice de transport urbain (AOTU) est devenue l'autorité organisatrice de la mobilité (AOM). Cette compétence est exercée par les métropoles, les communautés urbaines et les communautés d'agglomération de manière obligatoire, tandis que les communautés de communes disposent de la faculté de ne pas de doter de cette compétence ou de l'exercer uniquement partiellement.

janvier 2015 portant fusion des régions¹⁰⁶² ; (4) la loi du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle¹⁰⁶³ et enfin (5) la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation de la République dite loi NOTRe¹⁰⁶⁴. Parmi ces dispositifs, la loi NOTRe intéresse particulièrement notre étude dans la mesure où elle propose « un nouvel aménagement des compétences des collectivités territoriales »¹⁰⁶⁵ voire un « big bang territorial »¹⁰⁶⁶. En effet, la loi NOTRe redéfinit les compétences des départements et des régions dans des domaines phares comme les transports Il en résulte que « *les départements et les régions seront à l'exercice des compétences que la loi leur attribue depuis le 9 août 2015* »¹⁰⁶⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2017, la loi NOTRe a entériné le transfert de la compétence des services de transports routiers interurbains, réguliers et à la demande, des départements aux régions¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶² Loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *JORF*, n°0014 du 17 janvier 2015, p.777.

¹⁰⁶³ Loi n°2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes, *JORF*, n°0064 du 17 mars 2015, p.4921.

¹⁰⁶⁴ Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF*, n°0182 du 8 août 2015, p. 13705.

¹⁰⁶⁵ WAKOTE (R.) (dir.), « *Les nouvelles compétences régionales. Quel(s) renforcement(s), quelle(s) orientation(s) ?* », L'Harmattan, 2017, p.280.

¹⁰⁶⁶ Dossier AJDA, « La loi NOTRe : un véritable big bang territorial ? », 2015, n°34.

¹⁰⁶⁷ Article de presse, « Décryptage de la loi NOTRe », *Gazette des communes*, le 9 septembre 2015.

¹⁰⁶⁸ Toutefois l'article 15 de la loi modifiant l'article L.3111-1 du Code des transports, précise que « Toutefois, lorsque, à la date de publication de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, il existe déjà, sur un territoire infrarégional, un syndicat mixte de transports ayant la qualité d'autorité organisatrice en matière de transports urbains et de transports non urbains, ce syndicat conserve cette qualité ». Autrement dit, afin de préserver la cohérence du secteur de la mobilité, les syndicats mixtes présents sur les territoires infrarégionaux en leurs qualités d'autorités organisatrices de transport demeurent compétents en matière de transports urbains et non urbains.

ENCADRÉ N° 21. LES RÉGIONS, CHEFS DE FILE DE L'INTERMODALITÉ

Avec l'adoption de la loi MAPTAM précitée et confirmée ultérieurement par la loi NOTRe, la région est le chef de file de l'intermodalité et est chargée d'assurer la complémentarité des modes de transport. Par conséquent, l'échelon régional doit désormais coordonner ses actions avec les Autorités Organisatrices de la Mobilité et « *définir des règles générales relatives à l'intermodalité entre les services publics de transport et de mobilité dans le cadre du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires* »¹⁰⁶⁹. L'article 2 de la loi NOTRe, modifiant l'article L.4251-12 du Code général des collectivités territoriales, précise que la « *région est la collectivité territoriale responsable, sur son territoire, de la définition des orientations en matière de développement économique* ». Pour cela, la région élabore un schéma régional de développement économique d'innovation et d'internationalisation qui définit : (1) des orientations relatives aux aides aux entreprises, à l'innovation des entreprises et aux aides à l'investissement immobilier ; (2) des orientations permettant l'accroissement de l'attractivité du territoire régional ; (3) des orientations en matière de développement de l'économie sociale et solidaire. L'article L.425-13 du même code fait état d'un périmètre renforcé dudit schéma régional qui peut contenir les actions fixées par la région en matière d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, un volet transfrontalier issu de la concertation avec les collectivités territoriales des États limitrophes ou encore un volet d'orientations sur le développement des activités agricoles, artisanales, industrielles, pastorales et forestières.

En plus du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation, la région est également en charge, conformément à l'article 10 de la loi NOTRe modifiant l'article L.4251-1 du Code général des collectivités territoriales, de l'élaboration du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET). Enfin, la loi confirme le rôle essentiel des régions en matière d'organisation du transport ferroviaire de voyageurs ainsi que sa compétence des services routiers effectués en substitution de ces services ferroviaires. Les compétences régionales larges en matière de transport ferroviaire (dessertes, tarification, qualité du service, information de l'utilisateur) sont maintenues. Par ailleurs, en application de l'article L.2111-25 du Code des transports, l'État doit consulter la région en cas de modification des modalités de fixation des redevances qui incombent à SNCF Réseau en contrepartie de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Article, « Répartition de la compétence « transport » entre collectivités territoriales », publié sur le site du Groupement des autorités organisatrices de transport (GART), le 27 février 2017.

¹⁰⁷⁰ CE, 27 juillet 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, BJCL 11/2005, p.749, concl. I. de Silva, obs. M.D.

§2. La mise en oeuvre de la régionalisation ferroviaire

Si l'analyse du système de conventionnement actuel et plus spécifiquement de la convention d'exploitation des TER dans la région unifiée Grand Est fait ressortir la préparation de la région au processus concurrentiel (A), des nouvelles clauses devront à l'avenir régler les rapports entre les autorités organisatrices et l'opérateur ferroviaire lorsque la concurrence ferroviaire sera effective (B).

A. Le système de conventionnement actuel

A l'heure les Régions ont comme partenaire contractuel chargé de l'exploitation des services ferroviaires régionaux SNCF Mobilités (devenu Voyageurs) dû à un système de conventionnement fondé sur le monopole legal de l'exploitant historique (1). La convention d'exploitation des TER dans la région Grand-Est, si elle est conclue avec l'opérateur historique, elle se singularise par l'insertion d'une clause d'expérimentation de la concurrence ferroviaire (2) même si au fur et à mesure du renouvellement de conventions, d'autres régions ont opté pour des clauses similaires.

1. Un cadre légal calqué sur le monopole de SNCF Mobilités

422. **Les conventions Régions- SNCF Mobilités.** Le régime juridique du conventionnement entre les régions et (pour l'instant) SNCF Mobilités est issu de l'article L.2121-4 du Code des transports avant son abrogation par la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire. En vertu de cet article, les régions et SNCF Mobilités concluent des conventions pluriannuelles d'une durée de minimum cinq ans dans l'objectif de l'exploitation des services ferroviaires de voyageurs placés dans leurs ressorts territoriaux. Grâce au conventionnement, un véritable outil de la régionalisation¹⁰⁷¹, les régions établissent les conditions d'exploitation et de financement des services ferroviaires relevant de leur périmètre régional. Ces conventions précisent la « *consistance et la nature du service demandé* » et la région « *définit une politique globale de déplacement, décide, en concertation avec SNCF Mobilités, de l'offre de service dans son ressort géographique, définit la tarification, et contribue au financement des investissements et assure le contrôle de l'exécution du service* »¹⁰⁷². Les régions et SNCF Mobilités sont actuellement liées par des conventions dont la durée est fixée entre cinq et dix

¹⁰⁷¹ STEINMETZ (C.), « Le conventionnement, un outil au service de la régionalisation ferroviaire », *Revue générale des chemins de fer*, Janvier 2004, pp.47-56.

¹⁰⁷² LAGET-ANNAMAYER (A.), « Fasc.279 : Transports ferroviaires », *JurisClasseur Administratif*, 2019, précité.

ans, conventions dont la plupart ont été récemment renouvelées. De ce fait, bien que la concurrence ferroviaire, soit en principe admise à partir de décembre de l'année 2019, elle ne produira d'effets que de manière progressive et les régions ne pourront contracter, au titre de leurs services ferroviaires régionaux, avec des opérateurs ferroviaires autres que SNCF Mobilités qu'à partir de la date d'échéance de ces conventions.

ENCADRÉ N° 22 CALENDRIER DES CONVENTIONS TER CONCLUES PAR LES AOT AVEC LA SNCF

REGION	DELAI DE LA CONVENTION D'EXPLOITATION DE TER EN VIGUEUR	COMMENTAIRES
AUVERGNE-RHONE-ALPES	2017 -2022	La convention prévoit la possibilité pour la région d'« anticiper » une mise en concurrence de l'exploitation de la ligne Saint-Gervais -Vallorcine et de l'Ouest lyonnais (les trois lignes de l'Ouest lyonnais Lyon-St-Paul / Tassin vers Brignais, Saint-Bel et Lozanne). Durant l'été 2019, la région a lancé une étude sur le modèle économique de la ligne Saint-Gervais-Vallorcine avec un volet sur l'infrastructure, la tarification et donc un volet exploitation en vue d'une mise en concurrence.
BOURGOGNE-FRANCHE COMTÉ	2018-2025	L'exploitant s'est engagé de manière pluriannuelle en matière de recettes (innovation par rapport aux autres doc contractuels).
BRETAGNE	2019-2028	Convention sans clause d'ouverture à la concurrence. La région a commandé 11% de trains. Kilomètres supplémentaires pour le TER soit 380 trains par jour et plus de 8 millions de kilomètres parcourus par ans (cf.site SNCF).
CENTRE-VAL DE LOIRE	2014- 2020	Renouvellement avec la SNCF prévu durant l'année 2021
GRAND EST	2017-2024	Clause d'expérimentation de la concurrence Validation par le CR de l'ouverture à la concurrence de la ligne Nancy-Vittel-Contrexéville (exploitation, financement, maintenance), donc un modèle d'intégration vertical permis par la LOM et des 2 lignes ferroviaires Épinal-Saint Dié des Vosges, Sélestat-Molsheim-Strasbourg Publication d'un avis de pré-information en 2019 Choix des opérateurs sera effectué en 2021 pour des circulations en 2022.
HAUTS DE FRANCE	2019-2024	Convention prévoit la possibilité d'ouverture à la concurrence de 20% de l'offre régionale des TER à partir de 2023 Trois lots choisis par le CR pour ouvrir à la concurrence : l'étoile d'Amiens, l'étoile de Saint-Pol-sur-Ternoise dans le Pas-de-Calais, et Paris-Beauvais

ENCADRÉ N° 22 CALENDRIER DES CONVENTIONS TER CONCLUES PAR LES AOT AVEC LA SNCF

REGION	DELAI DE LA CONVENTION D'EXPLOITATION DE TER EN VIGUEUR	COMMENTAIRES
		Appels d'offres doivent être lancés durant l'automne 2020.
NORMANDIE	2020-2029	Intégration dans son réseau au 1er janvier des lignes Intercités --Paris-Rouen-Le-Havre et Paris-Caen-Cherbourg cédées à la région par l'État. La région n'exclut pas l'ouverture à la concurrence d'une partie du réseau.
NOUVELLE AQUITAINE	2019-2024	La région n'envisage pas de lancer d'appels d'offres.
OCCITANIE	2018-2025	Convention sans clause d'ouverture à la concurrence avant l'échéance de la convention en vigueur.
PAYS DE LA LOIRE	2018-2023	AMI pour l'ouverture à la concurrence des TER durant l'année 2019 Choix de deux lots pour tester l'ouverture à la concurrence : tram-train (Nantes - Clisson et Nantes – Châteaubriant) et Sud Loire (Nantes à Cholet, Pornic, Saint-Gilles-Croix-de-Vie, La Rochelle et les Sables-d'Olonne) Lancement d'appels d'offres pour l'année 2022
PROVINCE SUD	-	Prescriptions unilatérales de service public Lancement d'un AMI durant l'année 2018 Lancement d'une procédure pour l'ouverture à la concurrence de la ligne Marseille-Toulon-Nice et des lignes Cannes-Grasse, Les Arcs-Draguignan-Vintimille, Cannes-Nice-Monaco-Vintimille et Nice-Tende (Lignes « Azur ») le 19 février 2019 Lancement d'un appel d'offres en février 2020 Signature de la convention avec l'opérateur retenu au printemps 2021, Premières circulations avec l'opérateur retenu en décembre 2022 pour Marseille-Toulon-Nice en décembre 2024 pour les lignes « Azur ».

423. **La tarification des services de transport, outil de pilotage des régions.** Enfin, dans le système de conventionnement actuel, la régionalisation ferroviaire est observable grâce au pouvoir large des régions à fixer la tarification des services ferroviaires régionaux. En effet, dans le cadre de la loi SRU, « *les tarifs des trains TER étaient fixés par des barèmes nationaux en fonction de la distance parcourue et de catégories prédéfinies d'usagers* »¹⁰⁷³. A la suite de la réunion trimestrielle État-régions tenue en juin 2016, l'État a pris l'engagement d'accorder aux régions la liberté tarifaire sur l'ensemble des transports relevant de leur compétence. Cet engagement marquait « *la nouvelle étape d'un partenariat renouvelé entre l'État et les territoires* »¹⁰⁷⁴. Il formalise le transfert de responsabilité de l'État aux régions de définir les tarifs des abonnements travail, élèves, étudiants et apprentis. Les engagements pris s'inscrivent dans la continuité de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire dont l'article 15.IV a donné aux régions la liberté de définir leur politique tarifaire¹⁰⁷⁵. Cette mesure de liberté tarifaire donnée aux régions « *vise à donner aux régions une plus grande liberté dans la fixation de l'ensemble des tarifs des TER* »¹⁰⁷⁶ et donne un nouveau souffle à la politique de tarification connue pour sa trop grande complexité¹⁰⁷⁷. Cette liberté tarifaire, compétence exclusive des régions¹⁰⁷⁸, représente de fait un « *levier de pilotage essentiel aux régions pour mener leurs propres politiques de mobilité* »¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ Article intitulé « Les régions maîtrisent les tarifs des TER », publié le 21 avril 2017 sur le site des Régions de France.

¹⁰⁷⁴ Article « Réunion trimestrielle Plateforme Etat-régions : de nouveaux engagements communs », publié le 27 juin 2016 sur le site du Gouvernement.

¹⁰⁷⁵ Cet article a modifié l'article L.2121-3 du Code des transports, de sorte que « (...) *La région définit la politique tarifaire des services d'intérêt régional en vue d'obtenir la meilleure utilisation sur le plan économique et social du système de transport. Les tarifs sociaux nationaux s'appliquent aux services régionaux de personnes* ».

¹⁰⁷⁶ Article intitulé « Les régions maîtrisent les tarifs des TER », publié le 21 avril 2017 sur le site des Régions de France précité.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* *La complexité de la tarification serait due au fait qu'il existe « plus de 1400 tarifications différentes, liées à la superposition des tarifs sociaux nationaux, des tarifs commerciaux de SNCF Mobilités et des tarifications spécifiquement régionales »*

¹⁰⁷⁸ Bien que le but de la loi du 4 août 2014 visait à consolider la régionalisation ferroviaire en renforçant la compétence des régions en matière de tarification, la loi n'envisage malheureusement pas d'associer les opérateurs ferroviaires, dans l'exercice de l'élaboration des tarifs. Or dans un contexte tarifaire où la grille est « *quasi systématiquement mise en parallèle de l'intéressement aux recettes* » (cf ; Rapport Régions de France, « Synthèse des auditions du groupe de travail « Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires régionaux », version du 30 octobre 2017 précité.), il semblait judicieux que l'opérateur ferroviaire soit associé à la définition de ladite grille tarifaire. La concertation de la région se justifie lorsque l'opérateur prend un risque partiel ou total sur les recettes. « (...) *Un droit de regard sur la tarification, mais aussi le marketing, la communication* », semble être opportun pour faciliter la dynamique contractuelle entre les parties.

¹⁰⁷⁹ Communiqué de presse, Régions de France, « Les régions maîtrisent les tarifs des abonnés TER », Paris, le 21 avril 2017 ; aussi Article de presse, « *Ferroviaire - Les régions pleinement responsables des tarifs des abonnés TER* », dans Caisse des Dépôts des territoires, publié le 21 avril 2017,

424. Enfin, lorsque des tensions ont progressivement monté entre les régions et l'opérateur historique¹⁰⁸⁰, certaines régions volontaires ont inséré des dispositifs spéciaux dans leurs conventions sous forme de clause de concurrence afin de pouvoir contacter avec un opérateur ferroviaire et ce depuis décembre 2019. La région Grand Est, telle qu'elle résulte de l'adoption de la loi NOTRe et de la fusion des régions a fait le choix d'insérer une telle clause. Une analyse de cette convention unifiée s'impose.

2. Étude de cas : analyse de la convention d'exploitation des TER de la région unifiée Grand Est (2017-2024)

425. La convention de la région Grand Est¹⁰⁸¹ a été conclue à l'expiration des conventions TER des régions Champagne-Ardenne et Lorraine dont l'échéance était fin 2016 et celle de la région Alsace dont l'échéance était prévue en 2018. Une nouvelle convention a été conclue le 1^{er} janvier 2017 dont l'échéance est fixée pour fin 2024. Ci-après une analyse des principales clauses.

426. **Les indicateurs dans la convention.** La convention fait état de quatre critères permettant d'évaluer le niveau de qualité délivrée par SNCF Mobilités. Ces critères sont : la régularité des circulations, la fiabilité des circulations, le respect des compositions et l'information des voyageurs à bord des trains et dans les gares. L'article 15.3 de la convention, intitulé « Mesures et intéressement à la qualité du Service » traduit la volonté de la région d'inscrire cette convention dans une logique de transparence et de sécurité juridique. Il renvoie à l'annexe 18 pour la lecture du contenu de chacun de ces critères, des indicateurs et des modalités de mesures (périodicité, méthode d'enquête, contrôle, restitution des résultats). Cet article marque un tournant décisif dans la future dynamique des relations contractuelles car la

¹⁰⁸⁰ Par exemple, CE, 13 nov. 2006, n° 287665, Région Pays de la Loire : JurisData n° 2006-071034 ou encore CE, 29 sept. 2010, n° 324531, Sté Les Courriers Automobiles Picards : JurisData n° 2010-017082, à propos de l'organisation par SNCF des services de transports en substitution des services ferroviaires. Plus récemment encore, voir le contexte des tensions entre la région Provence Sud et SNCF.

¹⁰⁸¹ Le réseau TER issu de cette unification se compose d'un réseau TER alsacien fiable, complété par les réseaux TER des deux autres régions, moins fiables et moins denses. Les trois régions composant la région Grand Est ont également des superficies variables, l'Alsace étant la moins étendue (8280 km² par rapport aux 25606 km² de la région Champagne Ardenne et aux 23547 km², de la région Lorraine). En termes de données sociodémographiques, la densité de population est plus concentrée en Alsace (226 habitants/km²) que dans les deux autres régions (52 habitants/km² en Champagne Ardenne ou 100 habitants/km² en Lorraine). Quant au réseau global TER des trois régions unifiées, le réseau est dense et diversifié, des lignes ferroviaires reliant les principales villes de la région à savoir Strasbourg, Mulhouse, Nancy, Reims et Metz (Données de l'INSEE (Comparateur de territoire, la France et ses territoires.).

qualité de service y apparaît clairement définie et quantifiée. C'est une vraie novation¹⁰⁸². Outre la contractualisation de la qualité de service, la convention fait état d'une contractualisation de l'obligation de régularité¹⁰⁸³ ainsi qu'à l'obligation de continuité de service public¹⁰⁸⁴. D'un point de vue contractuel, l'apport central de cette convention, concerne à notre sens, l'inclusion en toute transparence des mécanismes de mesures des indicateurs.

427. Les clauses comptables et financières dans la convention. En pratique, dans la convention de la région Grand Est, il résulte de l'article 30, et sans rupture par rapport au schéma financier des anciennes conventions¹⁰⁸⁵, que : (1) SNCF Mobilités continue, comme auparavant, de percevoir les recettes issues de l'exploitation du service tout en acquittant les charges inhérentes à ladite exploitation ; (2) qu'un système de bonus-malus a été inséré dans la convention afin de renforcer le respect des objectifs de qualité ; (3) qu'il existe un mécanisme d'intéressement appliqué sur les recettes ; (4) qu'en cas de non-exécution de l'offre de transport, un mécanisme de réfaction des charges relatives à la non-réalisation du service se met en place ; (5) que la contribution versée par la région à l'opérateur complète le régime financier de la convention.

¹⁰⁸² Chaque critère est explicité dans un énoncé précis engageant les parties. Il est accompagné de la présentation d'un système de suivi, de calcul de l'intéressement et enfin de l'indication d'un montant maximum de celui-ci. Concernant, par exemple la régularité des circulations, nous notons que la convention indique que les voyageurs « attendent une arrivée du train à l'heure ou à défaut, avec un retard sans conséquence sur la suite du parcours ». Le système de suivi du critère de la qualité de service, très complexe, repose sur des outils informatiques. Le déploiement de ce système de suivi a pour effet de générer des taux mensuels moyens de régularité ou d'irrégularité et donc, de déclencher la mise en œuvre de malus ou de l'intéressement.

¹⁰⁸³ Un intéressement à la régularité est prévu au bénéfice de l'opérateur ferroviaire.

¹⁰⁸⁴ L'opérateur ferroviaire doit assurer la continuité du service public hors les hypothèses de force majeure (ou événement assimilable, art.39). En cas de situation perturbée prévisible (définition à l'art. L 1222-2 du Code des transports et reprise à l'art.9.4.1. de la convention), SNCF Mobilités doit mettre en place un Plan de Transport Adapté (PTA), élaboré sur la base de différents critères (le maintien en priorité des circulations les plus fréquentées ou encore le maintien en priorité de la desserte des gares aux flux les plus importants). Une grande marge de manœuvre est accordée à l'opérateur qui est libre de concevoir le service de transport le plus adapté à l'importance, à la localisation de la perturbation et à sa propre situation.

¹⁰⁸⁵ En continuité des anciennes conventions, il appartient à la région de fixer un objectif de recettes pour SNCF Mobilités (art.34.1 a). Cet objectif est calculé tous les ans et porte sur les Recettes Directes du Trafic. La région module ainsi l'objectif de recettes de l'année $n+1$ sur la base de recettes de l'année n (montant corrigé éventuellement en fonction de l'impact des travaux de l'année n ou des éventuels mouvements de grève). Cet objectif est ensuite augmenté ou minoré en fonction des effets de la conjoncture, de la concurrence ou des évolutions tarifaires. Le partage des risques est compris dans l'objectif de recettes.

428. **L'insertion d'une clause d'expérimentation de la concurrence (art. 45.2) dans la convention TER de la Grand Est.** L'article 45.2 de la convention prévoit la possibilité d'une expérimentation de l'ouverture à la concurrence des services régionaux selon deux approches non-cumulatives. La première approche consiste dans la définition d'un périmètre géographique et volumétrique du service opéré par SNCF Mobilités, dans le cadre de la convention d'exploitation, composé de plusieurs lignes exploitées par un opérateur ferroviaire, historique ou nouvel entrant, suite à une procédure d'appel d'offres. L'article prévoit en outre que si ce périmètre de lignes est opéré par un autre opérateur ferroviaire que SNCF Mobilités, ledit périmètre identifié ne portera pas atteinte aux conditions de production du service sur le reste du réseau par SNCF Mobilités, ni à l'équilibre financier de la Convention. Le lot pertinent ciblerait un volume annuel de trois millions de train.km¹⁰⁸⁶. Ensuite, la seconde approche suppose la « réactivation d'une ou plusieurs « petites » lignes dont l'exploitation a été suspendue avant l'entrée en vigueur de la Convention d'exploitation ou le maintien d'une ou plusieurs « petites » lignes dont la pérennité à court ou moyen terme ne serait plus assurée ». Pour ces lignes le périmètre d'exploitation est aussi limité à trois millions de train.km par an¹⁰⁸⁷. Ainsi, en application de cette clause, la région Grand Est aurait pu s'ouvrir à la concurrence dès le 3 décembre 2019 et engager les démarches d'ouverture avant cette date. Si la région Grand-Est a fait le choix d'insérer une clause de concurrence, elle envisage une ouverture d'environ 10% du réseau régional et qui porte d'abord sur les petites lignes de type Vittel-Epinal, Saint-Dié-Epinal, Colmar-Fribourg¹⁰⁸⁸.

429. **Des prises de position variables de régions sur l'opportunité d'ouvrir à la concurrence les réseaux régionaux.** A l'instar de la région Grand Est, d'autres régions ont manifesté leur intention d'ouvrir à la concurrence leurs réseaux régionaux¹⁰⁸⁹. Plus récemment, le conseil régional de Hauts-de-France a voté courant le mois de janvier 2020 une délibération portant sur l'ouverture à la concurrence de trois lots ferroviaires, à savoir l'étoile de Saint-Pol-sur Ternoise dans le Pas-de-Calais (les trajets entre Arras, Béthune et Etapes), la ligne Paris-Beauvais et enfin l'étoile d'Amiens (les lignes reliant Amiens à Abbeville, Laon, Hirson, Saint-

¹⁰⁸⁶ Article 45.2 de la Convention d'exploitation relative à l'organisation et au financement du service public de transport régional de voyageurs entre la région Grand E et SNCF Mobilités 2017-2024.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ Blog Atlante, Article, « TER, Régions conduisent le train de l'ouverture à la concurrence », 30 août 2018.

¹⁰⁸⁹ Article de presse, « Les Hauts-de France vont ouvrir le transport ferroviaire à la concurrence », dans *Courrier picard*, 30 novembre 2019. L'article cite outre la région Hauts-de-France, les régions Grand Est, Paca, et Pays-de-la-Loire comme des régions volontaires à expérimenter la concurrence ferroviaire.

Quentin, Albert, Compiègne, Creil et Abancourt, ainsi que les lignes Beauvais-Creil, Beauvais-Le Tréport et Abbeville-Le Tréport)¹⁰⁹⁰. A l’opposé, les régions Occitanie et Bretagne ne souhaitent pas ouvrir à la concurrence avant l’année 2024. A ce titre, la région Bretagne a renouvelé le 24 janvier 2020 sa convention d’exploitation des TER (TER BreizhGO) pour la durée 2019-2028, sans clause de concurrence¹⁰⁹¹. Parmi les engagements pris par les parties, figurent l’engagement d’accroissement de l’offre de 11% ainsi qu’un objectif de fréquentation de 25% supérieur aux années précédentes¹⁰⁹².

B. Les enjeux contractuels du système de conventionnement dans un contexte concurrentiel

Dans un contexte concurrentiel, le système actuel de conventionnement devra évoluer afin de s’adapter à l’arrivée des nouveaux entrants sur le marché ferroviaire français. Parmi les changements possibles, il convient de rappeler le positionnement des autorités organisatrices de transport sur la problématique centrale (et sensible) du transfert du personnel ferroviaire (1). Le règlement de l’asymétrie informationnelle vis-à-vis de l’exploitant historique et la récupération de données relatives à l’exploitation sont des enjeux indispensables dont dépend la capacité des régions à communiquer des informations pertinentes et réalistes aux opérateurs ferroviaires dans le cadre des appels d’offres concurrentiels (2). Les positionnements des régions sur la distribution de titres de transport (3), le matériel roulant (4), l’organisation de services routiers de substitutions (5) ou encore la gestion des gares de voyageurs (6) constituent des aspects qui impacteront la physionomie des futurs contrats d’exploitation des TER en France. Ce vaste chantier contractuel complexifiera sans doute les missions des autorités organisatrices de transport.

¹⁰⁹⁰ DURAND (G.), « Hauts-de-France : la région ouvre officiellement trois réseaux TER à la concurrence », Article de presse, dans *20 minutes*, 30 janvier 2020 ; aussi FOSSURIER (Y.), « TER dans les Hauts-de France : voici les lignes qui vont être ouvertes à la concurrence », Article de presse dans *France3-régions*, 30 janvier 2020.

¹⁰⁹¹ Site internet SNCF.

¹⁰⁹² *Ibid.*

1. L'association des AOT à la procédure de transfert du personnel ferroviaire

Dans le contexte des débats sur l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux, il était indispensable qu'un cadre légal et réglementaire soit adopté pour fixer l'avenir du personnel ferroviaire et notamment les questions épineuses de son transfert en cas de changement d'attributaire (a) et la mise à terme du statut particulier des agents SNCF (b). L'association des régions au transfert du personnel ferroviaire apparaît comme une opportunité pour renforcer la transparence de la procédure et permettre si besoin l'arbitrage entre l'opérateur sortant et l'opérateur entrant (c).

a) Les enjeux du transfert du personnel ferroviaire

430. La généralisation d'un ordre concurrentiel ne devait pas se faire sans la mise en œuvre des garanties sociales¹⁰⁹³. L'association quasi systémique du risque de dumping social à la concurrence ferroviaire a constitué longtemps l'un des arguments contre le projet concurrentiel des services ferroviaires domestiques de voyageurs en France. Les intérêts divergent étaient clairement définis : d'un côté les syndicats de la SNCF qui voulaient pérenniser leur statut particulier, (il conviendra de rappeler que les cheminots français n'ont pas la qualité d'agents publics dans la mesure où ils exercent leur activité dans un domaine industriel et commercial)¹⁰⁹⁴ et qui défendaient, donc, le cadre social existant et, de l'autre côté, les entreprises ferroviaires, potentiellement intéressées par le marché ferroviaire qui ne voulaient pas se soumettre aux mêmes conditions de recrutement que la SNCF. A cela s'est également ajoutée la croyance récurrente des représentants d'État selon lequel le personnel ferroviaire est responsable (du moins en partie) de la dette ferroviaire¹⁰⁹⁵. A ce titre, et dans un contexte d'opinions divergentes, Monsieur Jean-Cyril Spinetta indiquait clairement dans son rapport « L'avenir du Transport ferroviaire » que « *que le transfert des personnels dans le cadre de l'ouverture à la concurrence apparaît alors pour chacun comme une nécessité peu contestable* »¹⁰⁹⁶. Si sa déclaration a force d'une certitude, elle s'était accompagnée néanmoins d'une ensemble d'interrogations qui

¹⁰⁹³ DESTAILLEUR (T.), « Le contexte européen de la réforme du cadre social dans le secteur ferroviaire », *EET*, n°5, mai 2017, dossier 4.

¹⁰⁹⁴ AUBIN (E.), « Les personnels », *RFDA*, 2018, p.888.

¹⁰⁹⁵ SPINETTA (J. C.), « L'avenir du transport ferroviaire », précité, Extrait : « *Il est difficile de procéder à une évaluation exacte de l'écart de compétitivité (sauf sur le fret) pour des activités qui aujourd'hui encore sont dans des situations de monopole. On peut néanmoins considérer que la situation statutaire de la SNCF, les frais de structure et les excédents de personnel génèrent un écart potentiel de compétitivité d'au moins 30% par rapport aux règles du marché (convention collective, grilles salariales, définition des emplois).* ».

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

portaient, à titre d'exemple, sur l'évaluation de l'effectif de personnel concerné par le transfert, la détermination du nombre concret des personnes à transférer, la détermination des conditions juridiques exactes pour organiser ledit transfert.

431. Avant l'adoption des mesures d'application de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire (2018) et en absence des textes législatifs sur la question du transfert du personnel ferroviaire, plusieurs scénarios pouvaient être envisageables pour déterminer le nombre exact des salariés à transférer : 1) l'opérateur sortant pouvait être tenu d'indiquer le nombre de salariés nécessaires pour l'exploitation et la maintenance du secteur ; 2) l'opérateur ayant remporté l'appel d'offres pouvait être tenu d'indiquer le nombre de salariés dont il a besoin pour exécuter le service ferroviaire, exercice qui peut s'avérer complexe ou enfin 3) la région pouvait être associée au démarche d'identification du personnel à transférer (la reprise du personnel pourrait être établie par la région après une expertise ou un audit à un moment défini contractuellement). Cette troisième option nous semblait la plus neutre et la plus transparente possible. Concernant les modalités de transfert, le rapport Spinetta proposait deux scénarios : 1) une mise à disposition des agents par la SNCF ou encore 2) un véritable transfert de personnel, tel qu'appréhendé par l'article L.1224-1 du Code du travail. Des réponses à ces interrogations ont été finalement apportées par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire.

b) La démarche législative de « *destaturation* » du personnel ferroviaire

432. Le sort du personnel ferroviaire a pris davantage contour après l'adoption de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire¹⁰⁹⁷, complétée par les ordonnances du 12 décembre 2018¹⁰⁹⁸ et du 3 juin 2019¹⁰⁹⁹, qui a mis fin au recrutement « au statut »¹¹⁰⁰ des cheminots employés par SNCF

¹⁰⁹⁷ La loi du 27 juin 2018 ne supprime pas totalement le statut particulier des cheminots ; elle le maintient pour les cheminots présents dans l'entreprise au 31 décembre 2019, mais le supprime pour le personnel nouveau, recruté à partir du 1^{er} janvier 2020. Voir dans ce sens l'art. 1^{er} de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire.

¹⁰⁹⁸ Ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF*, n°0288 du 13 décembre 2018, texte n°55.

¹⁰⁹⁹ Ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au Groupe SNCF, *JORF*, n°0128 du 4 juin 2019, texte n°30.

¹¹⁰⁰ Pour une compréhension des relations de travail au sein de la SNCF, voir par exemple, GARBAR (C.), « *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques* », L.G.D.J, 1996, p.588 ; aussi LOUPLIN (J.-C.), « Le statut des agents de la SNCF », *AJDA*, 1991, p.608. Par ailleurs, la jurisprudence (TC, 26 octobre 1981, aff. Grostin et Cour de cass., 11 mars 1981, aff. Leroy) avait rappelé que le statut du personnel ferroviaire avait le caractère d'un acte administratif réglementaire. Le droit applicable aux cheminots était un droit hybride dans la mesure où ceux-ci étaient soumis de manière à la fois cumulée mais aussi alternée aux règles statutaires et légales ; voir aussi Article de presse, « Le statut de cheminot, de quoi parle-t-on ? », dans *Le Monde*, 28 février 2018 ou encore BAZEX (M.),

dès le 1^{er} janvier 2020¹¹⁰¹. Le statut cheminot, aujourd'hui très présent dans l'actualité sociale est un dispositif juridique qui permet l'organisation des relations collectives des salariés de la SNCF. Il bénéficierait à environ 90% des effectifs de la SNCF dans la mesure où il recouvre la totalité des métiers de la SNCF¹¹⁰². Les prévisions relatives au statut cheminot sont actuellement contenues dans un document interne de la SNCF intitulée « RH0001 ». Le statut cheminot est le résultat d'un long parcours historico-juridique justifié par la nécessité de fidéliser le personnel ferroviaire en leur conférant des garanties sociales plus renforcées que celles de droit commun dues à la pénibilité du travail, aux risques d'accidents¹¹⁰³ etc. Il a été formellement consacré par le décret n°50-637 du 1^{er} juin 1950 modifiant les attributions du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer français en matière de personnel¹¹⁰⁴, aujourd'hui abrogé par le décret n°2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L.2101-2 du code des transports¹¹⁰⁵. Le document RH0001 recense ainsi un ensemble des dispositions en matière de droit syndical, des rémunérations, de représentation du personnel, de déroulement de carrière et de cessation de fonctions, de garanties disciplinaires et sanctions, du régime spécial d'assurance maladie etc. Sans reprendre l'ensemble des éléments qui composent le statut particulier des cheminots, nous rappelleront uniquement que les salariés bénéficiant de ce statut doivent avoir moins de trente ans ; ils disposent (en contrepartie de ce statut) d'un stage d'essai d'un an (salariés non cadres) et de deux ans et demi (jeunes cadres), la moyenne brute mensuelle était de 3090 euros en 2014 pour un temps de travail complet (« soit très légèrement supérieur au salaire mensuel moyen en France secteur privé et public confondus »¹¹⁰⁶). S'agissant des rémunérations, celles-ci sont très diverses : « *un contrôleur en début de carrière gagne 1 850 euros bruts par mois, un conducteur en début de carrière, 2 062 euros bruts, et en milieu de carrière, 2 896 euros bruts. Un ingénieur ou cadre en fin de carrière gagne 5 964 euros. Plus de 6 cheminots sur 10 touchent moins de 3*

LANNEAU (R.), « Loi pour un nouveau pacte ferroviaire-Commentaire de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.

¹¹⁰¹ Article 3 de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire précitée.

¹¹⁰² GAILLARD (L.), « Le statut de cheminot : de quoi parle-t-on réellement ? », *Le petit juriste*, 9 mai 2018 ; ou encore, Article de presse, « SNCF : menacé par la réforme, que prévoit vraiment le statut de cheminot ? », dans *France Inter*, 26 février 2018.

¹¹⁰³ Article de presse, « Le statut des cheminots, un socle de garanties collectives », dans *Le Point*, Extrait : « *Pour les syndicats, ces acquis sociaux ont constitué historiquement un moyen de "compenser" des conditions de travail particulières (horaires décalés, jours fériés et week-end travaillés). Ils estiment aussi que le statut est indéfectiblement lié aux obligations spécifiques de service public.* ».

¹¹⁰⁴ Décret n°50-637 du 1^{er} juin 1950 modifiant les attributions du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer français en matière de personnel, *JORF* du 7 juin 1950, p.6103.

¹¹⁰⁵ Décret n°2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L.2101-2 du code des transports, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2556.

¹¹⁰⁶ Site SNCF, « Statut cheminot : info/intox ».

000 euros bruts »¹¹⁰⁷. S'agissant enfin des facilités de circulation c'est-à-dire des billets gratuits pour la famille, les salariés de la SNCF, permanents, contractuels ou retraités en disposent- « *les enfants d'agents SNCF circulent pour 10% du prix du billet, tandis que les parents et beaux-parents disposent de quatre billets gratuits par an* »¹¹⁰⁸.

433. La *destaturation* du personnel ferroviaire, poursuivie par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire signifie que les personnes nouvellement recrutées auront un contrat de travail de droit privé et que leurs conditions de travail seront gérées par une convention collective ferroviaire. Si les négociations pour la création d'une Convention Collective Nationale (CCN) pour l'ensemble de la branche ferroviaire ont commencé courant l'année 2013 et cinq accords de branche ont été négociés et conclus¹¹⁰⁹, les négociations continuent sur les volets clés de la CCN tel que les classifications et rémunérations¹¹¹⁰, les garanties collectives des salariés de la branche ou encore le droit syndical¹¹¹¹.

434. Cette technique de *destaturation* n'est pas nouvelle, elle suit presque en filigrane le mouvement de libéralisation des industries en réseaux¹¹¹². Si cette disposition semble bouleverser l'ordre des choses, son apport reste toutefois à relativiser, selon le Professeur Aubin, dans la mesure où dans la pratique, la SNCF ne recrute plus sous statut des lors que les agents en question ont l'âge de 30 ans¹¹¹³. Ces dispositions ont été ensuite complétées par le décret n°2018-1242 du 26 décembre 2018 relatif au transfert des contrats de travail des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs¹¹¹⁴ ainsi que par le décret 2019-696 du 2 juillet 2019 relatif à l'information,

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ Site internet de l'Union des Transports publics et ferroviaires (UTP). Il s'agit de (1) l'accord du 23 avril 2015 relatif au champ d'application de la CCN ; (2) L'accord du 17 décembre 2015 portant désignation de l'OPCA de la branche ferroviaire (3) L'accord du 31 mai 2016 relatif aux dispositions générales de la CCN ; (4) L'accord du 31 mai 2016 relatif au contrat de travail et à l'organisation du travail dans la branche ferroviaire ; (5) L'accord du 6 juin 2017 relatif à la formation professionnelle dans la branche ferroviaire ;

¹¹¹⁰ Approuvé par les syndicats UNSA et CFDT, l'accord de branche sur les classifications et les rémunérations n'a pas obtenu la validation par les syndicats CGT et SUD. Dans ce sens, voir, par exemple, Article de presse, « L'accord de branche sur les rémunérations dans le ferroviaire suspendu aux positions de CGT et Sud », *Les Echos*, 28 janvier 2020 ou encore Article de presse, « Division syndicale dans le ferroviaire sur la convention collective », dans *La Croix*, 6 février 2020.

¹¹¹¹ Site internet de l'Union des Transports publics et ferroviaires (UTP), précité.

¹¹¹² GARBAR (C.), « La loi du 27 juin pour un nouveau pacte ferroviaire », *Droit social*, 2019, p.107.

¹¹¹³ AUBIN (E.), « Les personnels », précité.

¹¹¹⁴ Décret n°2018 -1242 du 26 décembre 2018 relatif au transfert des contrats de travail des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF*, n°0299 du 27 décembre 2018, texte n°47.

l'accompagnement et le transfert des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs¹¹¹⁵.

435. Ces dispositions entérinent le principe d'un transfert obligatoire du personnel ferroviaire en cas de changement d'attributaire. Par ailleurs, il incombe aux régions, en cas de changement d'attributaire de contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs de s'assurer de la compatibilité du délai entre l'attribution du contrat de service public et la date de changement effectif d'attributaire et les délais nécessaires pour la procédure de transfert des contrats de travail¹¹¹⁶. Concernant le nombre des salariés transférés, aucun des scénarios que nous avons envisagés n'a été retenu. Le nombre d'emplois transférés étant déterminé à partir de « *l'équivalent en emplois à temps plein travaillé des salariés concourant directement ou indirectement au service transféré, par catégorie d'emploi* »¹¹¹⁷. Trois groupements d'emplois sont concernés par le transfert, à savoir les emplois concourant directement à la production (activités opérationnelles – conduite des trains, manœuvre, sécurité ferroviaire, service aux clients à bord etc.), emplois relevant des spécialités techniques concourant indirectement à la production du service transféré (ingénierie de maintenance (suivi du matériel), organisation et planification des opérations de maintenance en concordance avec le plan transport) et enfin les emplois concourant indirectement aux activités du service transféré (onctions support dans les domaines de ressources humaines, comptabilité et gestion etc.). Il en résulte ainsi que les salariés transférables appartiennent à l'exploitant ferroviaire historique (SNCF Mobilités devenu SNCF Voyageurs), les salariés de SNCF Réseau étant ainsi exclus du champ d'application de ces dispositions. Le transfert des salariés exerçant des activités opérationnelles s'effectue selon le critère du taux d'affectation au service alors que les transferts d'autres groupements d'emploi se font par catégorie d'emploi. Le transfert se réalise en principe sur la base du volontariat, une procédure étant prévue pour les salariés refusant le transfert.

436. La règle est, toutefois, stricte : le salarié affecté à plus de 50 % au service transféré ayant expressément refusé le transfert de son contrat de travail sera convoqué par le cédant à un entretien d'information préalable de rupture de contrat de travail, dans un délai d'un mois à compter de son refus. Il est particulièrement intéressant de noter que si c'est le cédant qui

¹¹¹⁵ Décret 2019-696 du 2 juillet 2019 relatif à l'information, l'accompagnement et le transfert des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF*, n°0152 du 3 juillet 2019, texte n°44.

¹¹¹⁶ Art. L.2121-17-1 du code des transports créée par l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018, précitée.

¹¹¹⁷ Art. 2 paragraphe 1 du décret n°2018-1242 du 26 décembre 2018, précité.

informe le salarié qui refuse le transfert et dont le taux moyen d'affectation au service concerné sur les douze derniers mois est supérieur à 50 % du transfert de son contrat de travail et des conséquences de son refus, la rupture du contrat de travail et finalement prononcée et notifiée par le cessionnaire, ce dernier étant également en charge de verser au salarié une indemnité pour licenciement¹¹¹⁸. Le fait qu'il incombe au cessionnaire de verser l'indemnité à un salarié (et non pas au cédant) envers qui il n'a pas été lié contractuellement est un choix juridique astucieux. Si la justification se trouve dans la volonté du législateur de sécuriser les salariés contre la pénibilité de la situation de voir leurs contrats de travail arrêtés, il n'en demeure pas moins que cet artifice juridique pourrait constituer une barrière à l'entrée, ou du moins, un aspect qui risque de dissuader les opérateurs ferroviaires à se prononcer sur les appels d'offres. Enfin, si la procédure de transfert du personnel ferroviaire semble perturber leur statut particulier et affecter un ensemble de droits acquis, le législateur a confirmé le maintien des rémunérations des salariés dont les contrats de travail ont été transférés ainsi que le régime spécial des retraites¹¹¹⁹.

c) L'inclusion des AOT dans la procédure de transfert du personnel ferroviaire

437. Si les textes règlementaires offrent des précisions sur les obligations qui pèsent sur le cédant en matière d'information et d'accompagnement des salariés en cas de changement d'attributaire du contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs¹¹²⁰, le décret du 2 juillet 2019 oblige les autorités organisatrices de transport d'exiger auprès de l'attributaire de présenter d'éléments d'information sur le transfert des salariés, leur répartition par catégorie d'emploi, les parcours des salariés transférés, l'application des accords collectifs et usages en vigueur au sein de l'entreprise cédante¹¹²¹ etc. Cette mesure a pour objectif de renforcer la transparence de la procédure de transfert du personnel en faisant des autorités organisatrices des parties neutres à la procédure et en leur conférant un droit de regard sur les éléments d'information. Par ailleurs, l'article 7 du décret du 2 juillet 2019 oblige les autorités

¹¹¹⁸Art. L.2121-24 du Code des transports, créée par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire et modifiée ultérieurement par l'ordonnance du 12 décembre 2018. A contrario, lorsque le salarié qui refuse le transfert de son contrat de travail a un taux d'affectation au service concerné sur les douze derniers mois inférieur à 50%, tant la notification de la rupture de son contrat de travail que le paiement de l'indemnité pour licenciement lui sont dues par le cédant. Mais avant d'envisager une rupture de son contrat de travail, son employeur doit lui proposer une offre de reclassement. C'est uniquement après le refus de cette offre par le salarié, que l'employeur pourra procéder à la rupture de son contrat de travail.

¹¹¹⁹ PIEDELIEVRE (S.), GENCY-TANDONNET (D.), « *Droit des transports. Transports terrestres, aériens et maritimes* », 2^{ème} Ed., LexisNexis, 2019, p. 734.

¹¹²⁰ Chapitre II du décret n°2019-696 du 2 juillet 2019, précité.

¹¹²¹ Article 7 du décret n°2019-696 du 2 juillet 2019, précité.

organisatrices d'insérer dans les contrats de service public des clauses sociales de formation ou d'insertion du personnel.

2. Communication des informations aux opérateurs ferroviaires participant aux procédures d'appels d'offres

438. La capacité des autorités organisatrices de transport à collecter les informations relatives à l'organisation et à l'exploitation des services ferroviaires régionaux ainsi que la mise à disposition de ces informations aux opérateurs ferroviaires dans le cadre de la préparation des procédures concurrentielles d'appels d'offres sont indispensables à la réussite de la préparation de la concurrence ferroviaire¹¹²². Ainsi, l'article L.2121-16 du Code de transports, tel que modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 a imparti aux autorités organisatrices de transport l'obligation de communiquer aux opérateurs participant aux procédures de passation des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs des « *informations utiles pour préparer une offre dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence* »¹¹²³. Le décret n°2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires apporte davantage des précisions d'une part sur la transmission par les opérateurs ferroviaires d'informations aux autorités organisatrices de transport, ensuite sur la communication par ces dernières d'informations aux opérateurs économiques afin qu'ils puissent préparer leurs réponses aux procédures d'appels d'offres concurrentielles. A ce titre, les catégories d'informations que les régions doivent fournir aux opérateurs ferroviaires sont listées à l'article 5 du décret précité. Ces informations sont regroupées dans trois catégories, à savoir : 1) les prescriptions pour l'exploitation du service (obligations de service public, objectifs de qualité de service, modalités de tarification, droits exclusifs accordés etc.) ; 2) informations sur les biens et les ressources susceptibles d'être utilisés pour l'exploitation du service (caractéristiques techniques et financières des matériels roulant, l'historique de la maintenance des matériels, l'état des matériels et les coûts d'entretien, la description des sites de maintenance, les données comptables sur les biens immobilisés etc.) et enfin 3) les informations relatives à l'historique

¹¹²² ARAFER, Avis n°2019-037 du 13 juin 2019 portant sur le projet de décret relatif aux informations portant sur les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés. .

¹¹²³ Article L.2121-16 du Code des transports.

des données de l'exploitation précédente du service (l'offre de transport comprenant la composition-type des trains, les suppressions et les retards de train, leurs causes, la fraude, actes de malveillance, la fréquentation du service, le résultat d'exploitation du service etc.).

439. La description détaillée d'informations que les autorités organisatrices doivent communiquer aux entreprises ferroviaires s'inscrit dans l'objectif de garantir des procédures transparentes d'appels d'offres ainsi que de réduction de l'asymétrie d'informations entre les entreprises ferroviaires nouvelles entrantes et l'exploitant historique. Si la fixation de cette liste d'informations tend à réduire l'asymétrie informationnelle et est donc, en principe, un avancé positif, il n'en demeure pas moins que des interrogations peuvent persister encore sur l'exhaustivité, la précision et la pertinence de celles-ci. Est-ce que cette liste est-elle à l'heure suffisante pour organiser des procédures d'appels d'offres efficaces alors que pendant longtemps les représentants des régions ont critiqué le monopole informationnel de l'exploitant ferroviaire, le seul à connaître véritablement les aspects liés à l'exploitation ferroviaire ? Autrement dit, cette liste établie ex ante intègre-t-elle l'exhaustivité d'informations véritablement nécessaires pour l'organisation d'appels d'offres ? Nous nous rallions ainsi à l'avis émis par le régulateur selon lequel l'évaluation de cette liste ne sera véritablement pertinente qu'après l'organisation des premières procédures d'appels d'offres.

3. Clarification du rôle des AOT dans la distribution des titres de transport

440. Dans un contexte concurrentiel, les opérateurs ferroviaires doivent attacher une attention particulière à la diversification et à la qualité des canaux de distribution des titres de transport dont dépend en partie la satisfaction des usagers. La distribution doit se réaliser de manière simple, intuitive et immédiate afin de satisfaire le plus possible le client-voyageur. Elle doit consister en une palette de canaux de distribution efficaces et complémentaires tels que : vente directe aux entreprises, vente directe aux collectivités, par internet, par correspondance, aux distributeurs automatiques et bornes de rechargement, aux guichets et agences commerciales, par téléphone, etc. La stratégie des opérateurs ferroviaires et des autorités organisatrices de transport implique la simplification du processus d'achat des titres de transport, résultat d'une rationalisation de circuits de distribution et d'une hiérarchisation des besoins selon les coûts et la rentabilité de chaque canal¹¹²⁴. Par ailleurs, sensibles aux nouvelles technologies, une vision

¹¹²⁴ Document interne Transdev, Direction appels d'offres, Plaquette de présentation du processus de distribution de titres de transport.

cross-canal prend en compte les différents équipements nouveaux aussi bien que les habitudes des usagers envers la dématérialisation de titres de transport (59% de français ont utilisé en 2013 Internet dans le cadre de leurs achats).

441. En outre, la distribution des titres de transport et la politique tarifaire ne peuvent être conçues de manière isolée, mais doivent prendre en compte de manière cohérente les niveaux de prix des titres de transport et l'offre de transport proposée, dans une gamme tarifaire resserrée qui permet une identification aisée des titres de transport.

442. Afin de s'assurer d'un maximum de transparence et d'une dynamique contractuelle efficace, il est indispensable que les contrats décrivent de manière très précise les canaux de distribution des titres de transport, la part de responsabilité des co contractants, le « *niveau de service exigé pour la distribution et l'information voyageurs, ainsi que les présences humaines ou les permanences téléphoniques, et les prestations exigées* »¹¹²⁵. Les contrats doivent également formaliser la mutualisation ou non de l'infrastructure de distribution, qui, selon le rapport d'audition de l'association régions de France cité ci-dessus, divise les contributeurs en deux camps : ceux qui sont favorables à la mutualisation en raison de l'impossibilité et de l'impraticabilité de la duplication des réseaux d'infrastructure et ceux qui ne considèrent pas ces infrastructures comme des infrastructures essentielles. La contribution des acteurs pour garantir l'intermodalité à travers les titres de transport combinés et clarifier la répartition des recettes entre les acteurs clés de la distribution de titres de transport introduit, nous semble-t-il, la nécessité d'une contractualisation.

4. Positionnement des AOT sur la problématique de l'accès au matériel roulant et à maintenance

443. L'article 5 bis du Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement Européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 réglementant l'ouverture du marché des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs clarifie le rôle des autorités organisatrices dans l'organisation de l'accès effectif et non discriminatoire des EF au matériel roulant. Avant le lancement d'une procédure de mise en concurrence d'attribution des contrats, les régions doivent apprécier si des mesures doivent être prises pour garantir un tel accès et

¹¹²⁵ Rapport Régions de France, « Synthèse des auditions du groupe de travail « Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires régionaux », version du 30 octobre 2017 précité.

identifier lesquelles. Une analyse du marché du matériel ferroviaire et, le cas échéant, l'identification des sociétés de location de matériel doivent être menées. Le règlement oblige en outre la publication de cette évaluation dans un souci de transparence. Les mesures adoptées par les autorités organisatrices pour garantir l'accès effectif et non discriminatoire au matériel roulant sont listées dans l'article précité comme suit : (1) l'achat par les autorités compétentes du matériel roulant avec l'obligation de mise à disposition de celui-ci auprès des entreprises ferroviaires ayant remporté le contrat d'attribution du service public ; (2) la constitution d'une garantie pour le financement du matériel roulant par les autorités organisatrices, (3) un engagement des autorités organisatrices au rachat du matériel roulant au prix du marché ou selon les conditions contractuelles négociées et formalisées dans le contrat ou enfin (4) la coopération des autorités organisatrices de transport en vue de créer des pools de matériel roulant dont l'objectif serait « *de favoriser les économies d'échelle et les montages financiers les plus appropriés* »¹¹²⁶.

a) Les enjeux de différents scénarios de récupération du matériel roulant en France

444. La qualité et la pertinence de la réponse à un appel d'offre relatif à l'exploitation des services ferroviaires de voyageurs sont conditionnées par le parc nécessaire et les plans de maintenance qui seront mis en œuvre. S'agissant des éléments qui représentent des coûts d'entrée importants, l'opérateur ferroviaire y consacre une attention particulière. La problématique du matériel roulant prend des dimensions différentes lorsqu'il incombe à l'opérateur lui-même d'apporter son propre matériel roulant (cas en Allemagne) ou encore lorsque c'est la Région qui mettra à sa disposition dans le cadre d'un transfert, le matériel roulant actuellement exploité par la SNCF Mobilités (Voyageurs). D'abord, lorsque c'est l'opérateur qui a l'obligation d'apporter le matériel roulant neuf, il n'est pas anodin que celui-ci souhaite que le contrat de service public de transport se déroule sur une période relativement longue (10-12 ans) minimum. Par ailleurs, toujours sur le terrain contractuel, un opérateur ferroviaire alternatif pouvait aussi viser à inclure dans le contrat une clause de reprise du matériel ou éventuellement une garantie sur la valeur résiduelle du matériel en fin de contrat. Ces clauses intéressent les opérateurs dans la mesure où elles permettent une optimisation des investissements sur le matériel roulant. Ensuite, si la Région décidait de mettre à disposition elle-même le matériel roulant, elle pourrait y procéder directement ou par le biais d'une ROSCO

¹¹²⁶ HERRGOTT (D.) « Le rôle des autorités organisatrices de transport régional en France face aux enjeux européens », dans C. Rapoport « *L'espace ferroviaire unique européen ; Quelle(s) réalité(s) ?* » précité.

avec l'avantage d'éviter les différends entre l'opérateur sortant et l'opérateur entrant au sujet notamment de l'historique de maintenance. En effet, la collectivité publique peut, au lieu de mettre à disposition du matériel roulant qu'elle aurait préalablement choisi, donner la possibilité, dans le cadre de l'appel d'offres, aux opérateurs ferroviaires eux-mêmes de proposer des solutions ou des options concernant le matériel roulant comme élément de différenciation de leurs offres. Enfin, le troisième scénario relatif à la gestion du matériel roulant porte sur la mise à disposition au nouvel opérateur du matériel actuellement exploité par l'opérateur sortant. Ce scénario correspond à la situation actuelle en France « *ou SNCF Mobilités est propriétaire des matériels roulants mais où les dispositions législatives prévoient un transfert de propriété à l'issue de la convention en échange du versement du solde entre la valeur nette comptable des matériels roulants et les subventions versées par l'AOT.* »¹¹²⁷.

445. Afin d'éviter des différends contractuels, nous sommes d'avis qu'avant le lancement de l'appel d'offres par la collectivité publique, cette dernière devra trancher au préalable la question de la propriété du matériel roulant. En d'autres termes, avant de lancer un nouvel appel d'offres, il serait judicieux, pour tous les acteurs impliqués (collectivité publiques et candidats) que le matériel roulant soit formellement transféré de l'opérateur sortant à la propriété de la région, à charge pour cette dernière de le mettre ensuite à la disposition de l'opérateur ayant remporté l'appel d'offres. Le rôle de la collectivité publique dans ce scénario est crucial pour le succès du processus concurrentiel. Pour cela, la collectivité publique devait être dotée de tous les moyens (humains, économiques, juridiques) à gérer la transition de l'exploitation ferroviaire et l'appareillage contractuel qui le sous-entend, de l'opérateur sortant au nouvel opérateur. La collectivité publique accomplirait une mission d'arbitre accompagnant ainsi le passage de relais d'un opérateur à l'autre dans les conditions les plus optimales pour tous les intéressés. Par exemple, la collectivité publique pourrait être amenée à se positionner sur un aspect contractuel important comme le volume du matériel roulant qui sera repris par l'opérateur entrant. En effet, pour que l'offre de transport soit à la fois compatible avec les besoins de la région, mais aussi cohérente avec la capacité de soutenabilité et de gestion du matériel roulant par l'opérateur entrant, il est indispensable que le dimensionnement du parc de stock repris par ce dernier reflète réellement son plan de transport. La gestion du matériel roulant est indissociable de la politique de maintenance qui y sera appliquée.

¹¹²⁷ ARAFER, Avis, n°2019-037 du 13 juin 2019 portant sur le projet de décret relatif aux informations portant sur les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés », p.20.

446. L'article 21 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire prévoyait des dispositions relatives au transfert du matériel roulant utilisé dans le cadre de l'exploitation des services public de transport ferroviaires de voyageurs. Selon les termes de cet article, les autorités organisatrices de transport pourraient se voir transférer, sur demande, le matériel roulant en contrepartie d'une indemnité égale à la valeur nette comptable, nette de toutes subventions ainsi que les ateliers de maintenance (en contrepartie d'une valeur nette comptable) et les terrains y afférents (en contrepartie de la valeur vénale). L'objectif d'établissement d'un rôle des régions dans la gestion du matériel roulant était donc acté d'ores et déjà dans la version initiale de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire. Toutefois, l'article 21 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire a été modifié par l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018 et plus spécifiquement par son article 3. Cette ordonnance maintient le principe d'un transfert de matériel roulant au profit des autorités organisatrices de transport qui le demandent tout en ajoutant la possibilité des celles-ci à fixer elles-mêmes le délai raisonnable pour ledit transfert. Elle maintient également : 1) la règle de versement par les autorités organisatrices d'une indemnité égale à la valeur nette comptable, nette de toutes subventions en contrepartie du transfert du matériel roulant ; 2) la prise en charge par les régions des coûts de démantèlement éventuel des matériels roulants ; 3) le transfert des ateliers de maintenance (sauf ceux affectés aux opérations de maintenance lourde) et les terrains y afférents au bénéfice des régions qui le souhaitent en contrepartie d'une indemnité.

447. L'ordonnance modifie l'article 21 initial de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire sur plusieurs points. D'abord elle exclut du champ du transfert de matériel roulant au bénéfice des régions les matériels roulants apportés par SNCF Voyageurs (ex Mobilités) pour l'exécution d'un contrat de service public attribué en application de l'article L. 2141-1 du code des transports dans sa rédaction antérieure au 25 décembre 2023. Ensuite, elle oblige SNCF Voyageurs à communiquer aux régions un ensemble d'informations nécessaires à l'exploitation du matériel roulant transférés, sans aucune contrepartie financière. Par ailleurs, les régions volontaires peuvent également solliciter auprès de SNCF Voyageurs la communication d'un stock de pièces consommables et réparables ainsi que d'outillages spécifiques nécessaires dont la définition se fait par commun accord entre les régions et l'exploitant historique. Dans le cadre du transfert de matériel roulant, les régions se substituent aux droits et obligations de SNCF Voyageurs résultant du contrat d'acquisition conclu avec le constructeur du matériel ou avec des tiers se rapportant au matériel concerné. Enfin, l'ordonnance prévoit des dispositions relatives au transfert éventuel des biens créés, acquis ou utilisés par SNCF au profit des régions volontaires.

448. Si l'ordonnance du 12 décembre 2018 a le mérite d'apporter des précisions sur le transfert du matériel roulant, elle envisage, nous dit l'ARAFER, ce scénario uniquement sur l'hypothèse d'une demande formulée par les régions volontaires sans considérer la possibilité des AOT de solliciter des informations sur le matériel roulant même préalablement à un transfert de matériel¹¹²⁸. Or selon le régulateur, « *le scénario consistant en la reprise du matériel roulant par l'autorité organisatrice de transport présupposait une connaissance fine par celle-ci de la cartographie de l'allocation du matériel roulant du point de vue géographique et temporel (en particulier dans l'hypothèse où l'autorité compétente envisagerait de procéder à un allotissement des lignes exploitées actuellement dans un seul et même contrat de service public). Ce point est particulièrement sensible dans l'hypothèse de « tickets détachables » ou de création progressive de lots distincts, processus qui nécessite un travail itératif et collaboratif fort entre les autorités* »¹¹²⁹. A ce titre, il est donc regrettable de constater que la version définitive de l'ordonnance n'a pas intégré le propos du régulateur sur ce point. Le texte définitif de l'ordonnance n'intègre non plus, malgré les recommandations du régulateur, l'information par l'exploitant sur l'aspect exploitation des ateliers de maintenance à savoir les opérations de maintenance réalisées au sein dédits ateliers, la capacité disponible, le coût des opérations de maintenance périodique des ateliers de maintenance et la documentation technique liée aux gros outillages¹¹³⁰. Le caractère relativement lacunaire de l'ordonnance du 12 décembre 2018 n'est pas comblé par le décret n°2019-851 du 20 août 2019 précité. En effet, l'article 6 de ce décret liste les informations que l'exploitant ferroviaire (SNCF Mobilités devenu SNCF Voyageurs) doit mettre à la disposition des régions souhaitant procéder à un transfert de matériel roulant parmi lesquelles nous citons la documentation que l'exploitant aurait reçu du constructeur ainsi que la trame de maintenance que ce dernier aurait préconisée, la documentation d'entretien etc.

¹¹²⁸ ARAFER, Avis n°2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs », p.30.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Ibid.*

b) Les différents systèmes de propriété du matériel roulant au sein de l'Union européenne

449. Au Royaume-Uni, le secteur privé demeure la principale source d'approvisionnement en matériel roulant, notamment grâce aux ROSCO (Rolling Stock leasing Companies), sociétés de droit privé de location de matériel roulant aux entreprises ferroviaires exploitantes. Néanmoins, lorsqu'il est nécessaire de mettre à disposition de l'entreprise ferroviaire un parc de matériel roulant très conséquent comme dans l'exemple de Crossrail qui augmente de 10% à la capacité ferroviaire de Londres¹¹³¹, le gouvernement britannique se substitue au secteur privé. C'est ainsi que l'autorité organisatrice de transport de Londres, (Transport for London-TfL) est propriétaire du matériel roulant qu'elle loue à Crossrail. Pour Smith, « *L'ampleur et la complexité de ces appels d'offres ainsi que le fait que le matériel roulant doit être acquis avant la concession des franchises, ont représenté des raisons clés au succès du secteur public* »¹¹³².

450. En Allemagne, la majorité des contrats, les entreprises ferroviaires exécutent le service avec leur propre matériel roulant qui répond à une multitude d'exigences en matière d'ancienneté, de type de train et d'aménagement¹¹³³. L'entreprise ferroviaire sortante peut transférer la propriété de son matériel roulant à l'autorité organisatrice qui le loue à l'opérateur qui a gagné l'appel d'offre. Les autorités organisatrices allemandes ont, elles aussi, la possibilité d'acheter leur propre matériel roulant qu'elles louent aux opérateurs après l'attribution des contrats. Enfin, les autorités organisatrices allemandes peuvent financer l'acquisition du matériel roulant en constituant des garanties. Il s'agit des garanties de paiement pour l'acquisition du matériel roulant en cas de faillite de l'opérateur, ou de reprise du matériel roulant à l'échéance du contrat de transport ou encore des garanties au profit des entreprises ferroviaires en compensation de la valeur résiduelle du matériel roulant¹¹³⁴. Link renvoie dans son étude à la position de BAGSPNV, l'association allemande des autorités de transport régional, selon laquelle « *pour environ la moitié des nouveaux services conventionnés dont l'entrée en service est prévue entre 2015-2020, 21% des AOT optent pour des garanties de coûts en capital, 14% pour le modèle cession- bail et environ 10% pour les parcs de véhicules*

¹¹³¹ SMITH (A.), « Liberalisation of passenger rail services. Case-study Britain », CERRE (Centre on regulation in Europe) Improving network industries regulation, 6 December 2016, pp.35, p.8 [Traduction libre]

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ LINK (H.), « Liberalisation of passenger rail services. Case Study –Germany », CERRE, « Centre on Regulation in Europe. Improving the network industries regulation », 6 December 2016, pp.20, p.8 [Traduction libre].

¹¹³⁴ *Ibid.*

et les garanties afin de permettre l'utilisation des véhicules dans les appels d'offres ultérieurs »¹¹³⁵. Il signale aussi la présence d'un nouveau montage permettant aux AOT allemandes de dépasser les problèmes liés au matériel roulant : le « life-cycle model » ou le modèle fondé sur le cycle de vie du matériel roulant. Ce montage que Link observe en Rhénanie-du-Nord-Westphalie en Allemagne suppose que l'autorité organisatrice de transport agit en deux temps. D'abord, elle finance par le biais des emprunts l'acquisition du matériel roulant et elle conclut un contrat avec un constructeur de trains chargé leur maintenance durant leur cycle de vie. Ensuite, l'autorité organisatrice attribue le contrat d'exploitation du service ferroviaire à un opérateur. L'autorité organisatrice agit alors selon une logique de séparation entre les opérations de maintenance et l'activité d'exploitation stricto sensu. Ces systèmes de financement et d'acquisition du matériel roulant en Allemagne ont permis, selon Link, un renouvellement conséquent du matériel roulant dans le pays. Il observe qu'entre 1994 et 2004, la « Deutsche Bahn » est passée d'un âge moyen de sa flotte ferroviaire de 17,3 ans à 7,5 ans alors que l'opérateur « SCI Verkehr » disposait en 2012 d'un âge moyen de 10 ans pour ses trains électriques et de 12 ans pour les trains diesel.

451. Sur la base de ces données, nous estimons que le processus de renouvellement du matériel ferroviaire en Allemagne a été renforcé de manière réelle et plus importante qu'au Royaume-Uni. Nous observons ainsi un impact positif des différents systèmes de financement et d'acquisition du matériel roulant renforcé par les exigences substantielles des autorités organisatrices de transport en matière le renouvellement du matériel ferroviaire dans le pays. L'âge moyen du matériel roulant au Royaume-Uni, supérieur à celui en Allemagne, pourrait s'expliquer, selon l'historien Christian Wolmar, par des investissements lents dans le secteur. Celui-ci avait ainsi déclaré « *Si nous avions un processus rationnel, nous aurions une ligne de production stable et régulière que nous exploiterions toute l'année, produisant du matériel roulant à intervalles réguliers. Le tout serait rationnel et beaucoup moins cher* »¹¹³⁶.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ WOLMAR (C.), Article de presse, « Trains on UK railways more than 20 years old, analysis shows », dans *The Guardian*, 28 December 2016, Extrait, « (...) investment in new trains in Britain was “very lumpy” because it “isn't properly planned and we don't really have a principal domestic supplier. If we had a sensible process, we would have a steady, smooth production line that we operate all year round, producing rolling stock at regular intervals. (...) The whole thing would be rational and much cheaper” », [Traduction libre].

c) Les enjeux de la définition des plans de maintenance

452. Internaliser les opérations de maintenance courante tout en permettant le recours à la sous-traitance pour les opérations à faible caractère spécialisé ou dont la viabilité économique n'est pas assurée peut constituer une possibilité effective mise en œuvre par les opérateurs de transport. Les opérateurs alternatifs peuvent également, compte tenu de leur potence économique, proposer la construction des sites de maintenance. Ce sujet doit être traité par les AOT dans le cadre d'un appel d'offres future. Elles doivent se positionner sur l'opportunité d'inclure la construction des sites de maintenance dans l'appel d'offres même. Dans ce cas, l'édification des sites de maintenance peut représenter un élément de différenciation des candidats.

453. A l'instar du scénario d'apport de matériel roulant par l'opérateur lui-même, il ne serait pas surprenant que l'opérateur ferroviaire qui construira un atelier de maintenance le fasse uniquement si le contrat public de service de transport sera suffisamment long pour lui permettre l'amortissement des investissements et éventuellement s'il puisse doter le contrat d'une clause de reprise du bâtiment par le futur opérateur ou de remboursement par la région de sa valeur nette comptable en fin de contrat. Nous avons ainsi vu qu'afin d'éviter le risque de l'opérateur entrant sur la maintenance du matériel roulant lorsque celui-ci lui serait transmis par un opérateur sortant, la valeur des informations que ce dernier doit lui communiquer est particulièrement importante. Nous avons par exemple noté la nécessité de l'opérateur sortant à transmettre à l'opérateur entrant la liste complète du matériel ayant été dédié à l'exécution du service, l'historique de l'exploitation, les documentations techniques descriptives accompagnant le matériel roulant, les informations contractuelles exhaustives sur les prestations sous-traitées (périmètre, échéance, conditions de reprise, conditions et indemnités de rupture) etc.

454. Selon l'association Régions de France dans son rapport publié le 30 octobre 2017¹¹³⁷, en France, le système le plus adapté serait « *l'intégration au sein des mêmes appels d'offres de l'exploitation et de la maintenance d'exploitation* »¹¹³⁸. Dans un tel système, l'opérateur prendrait donc en charge la maintenance de son matériel roulant y compris lorsque l'AOT est

¹¹³⁷ Rapport Régions de France, « Synthèse des auditions du groupe de travail « Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires régionaux », version du 30 octobre 2017 précité.

¹¹³⁸ *Ibid.*

propriétaire de celui-ci. Ce système favorise la consolidation du duo exploitation-maintenance du parc roulant et simplifie les relations contractuelles avec l'AOT lorsque cette dernière dialogue avec son unique exploitant-mainteneur. Le rapport met en outre en lumière d'autres avantages de ce système intégré comme (1) l'optimisation des activités car les opérations de maintenance sont dépendantes de la conception de l'offre telle qu'imaginée et valorisée par l'exploitant ; (2) la réactivité du mainteneur qui étant simultanément exploitant « pourra adapter sa maintenance en fonction d'impératifs et aléas de l'exploitation » ; (3) la sécurité de l'exploitation « avec un opérateur unique responsable de l'exploitation et de la maintenance » ; et enfin (4) la différenciation des candidats selon l'organisation de la maintenance qui peut représenter une plus-value qualitative du service.

455. Bien que le rapport de Régions de France souligne l'intérêt de l'intégration du duo exploitation-maintenance à la charge de l'exploitant, il n'est pas opposé à une conception séparée des deux activités lorsque : l'opérateur ne dispose pas d'un atelier de maintenance dédié, cas dans lequel il semble opportun que la maintenance soit laissée à la charge de l'opérateur historique ou encore lorsque l'opérateur ferroviaire loue le matériel à une ROSCO avec un contrat full option comprenant la maintenance du matériel.

456. Le rapport envisage également la possibilité d'une séparation des activités de maintenance et d'exploitation lorsque, lors de l'acquisition du matériel neuf, l'opérateur choisit de confier la maintenance au constructeur. Dans un contexte de séparation des activités exploitation-maintenance, caractérisé par un jeu tripartite (AOT, opérateur exploitant et mainteneur), le cadre contractuel doit prévoir une répartition claire des responsabilités de chacune des parties. Plus particulièrement, il nous semble indispensable que la région fasse connaître à l'exploitant le niveau de maintenance du matériel roulant requis pour répondre à la qualité de service attendue sous forme d' « *indicateurs objectifs techniques et qualitatifs* » bien déterminés, auxquels le mainteneur devra se conformer. C'est la capacité du mainteneur à respecter ces indicateurs qui déterminera sa responsabilité. Autrement dit, il nous semble opportun que l'opérateur exploitant réalise l'interface des relations entre l'AOT et le mainteneur. En effet, il dispose d'une visibilité sur le réseau et le matériel roulant (c'est lui qui définit les roulements, c'est lui qui décide sur la disponibilité du matériel en fonction de l'exploitation, c'est lui qui se trouve dans une démarche d'optimisation de la flotte en vue d'une réduction des coûts de capital). Le rapport lui-même fait état à l'unanimité du rejet du principe selon lequel l'organisation de la maintenance devait incomber à la région. Selon une partie des

acteurs interviewés, si la région devait organiser la maintenance, elle devrait d'abord acquérir des compétences techniques et porter ensuite une partie du risque opérationnel. Lorsqu'il s'agit de grosses opérations de maintenance, qui dépassent la durée du contrat et influent sur la valeur patrimoniale de l'actif, la région devrait prendre en charge ces opérations. Nous estimons que ces opérations de maintenance industrielle devraient être anticipées dès le début du contrat de concession et que leur impact sur l'exploitation devait être évalué dans l'appel d'offre.

5. La consolidation de la qualité d'autorités organisatrices des régions pour les services routiers de substitution

457. En France, l'article L.2121-3 du Code des transports tel que modifié par la loi¹¹³⁹ 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire dispose que les régions sont les autorités organisatrices compétentes pour assurer des services de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt général, mais aussi les services routiers effectués en substitution de ces services ferroviaires.

458. Pourtant, les régions n'ont toujours eu cette compétence dont l'acquis équivalait à un « *bouleversement historique pour le service public ferroviaire* »¹¹³⁹. Historiquement la gestion et l'exploitation des services routiers de substitution appartenant à l'opérateur historique qui justifiait cette compétence par la nécessité de maintenir la cohérence de ses propres dessertes et donc de gérer ces transports en interne choisissant lui-même les entreprises locales ou les plus souvent l'une de ses filiales routières. Comme le souligne le Professeur Broussolle, la première version du décret n°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional¹¹⁴⁰ autorisait les régions à conclure avec la SNCF des conventions « en bloc pour « l'exploitation des services ferroviaires ou routières de substitution » »¹¹⁴¹. Ce fonctionnement obligeait les régions à abandonner cette compétence au profit de l'opérateur ferroviaire.

459. Les régions ont toutefois, récupéré la compétence sur les services routiers grâce à une distinction nette entre les services ferroviaires et les services routiers de remplacement. Cette nouvelle situation symbolisait « *la fin de la conception cheminote et* (consacrait)

¹¹³⁹ BROUSSOLLE (D.), « La régionalisation ferroviaire », *AJDA*, 2002, p.435.

¹¹⁴⁰ Décret n°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional, *JORF*, n°276 du 28 novembre 2001.

¹¹⁴¹ BROUSSOLLE (D.), « La régionalisation ferroviaire », précité.

l'appartenance de ces dessertes (routières) à l'univers routier régulé par les collectivités locales »¹¹⁴². Les régions peuvent, toutefois, déléguer à l'opérateur ferroviaire l'exercice de cette compétence¹¹⁴³. Cette faculté de délégation a été confirmée par le Conseil d'État¹¹⁴⁴. Cette jurisprudence a le mérite de consacrer une interprétation extensive de la notion de « services routiers de substitution », ceux-ci n'étant pas cantonnés aux seules situations de perturbation du trafic ferroviaire, mais incluant aussi les hypothèses où le transporteur ferroviaire souhaite mettre en œuvre une offre de transport routier complémentaire au transport ferroviaire. En définitif, cette jurisprudence consacre une lecture extensive de la loi LOTI dans la mesure où elle confirme la possibilité pour l'opérateur historique de mettre en œuvre des dessertes par route pour assurer l'exécution du service ferroviaire régional¹¹⁴⁵.

ENCADRÉ N° 23. DES POSITIONS DISPARATES DES RÉGIONS SUR LA PRISE EN CHARGE DES SERVICES ROUTIERS DE SUBSTITUTION

La position des régions sur la problématique des services routiers de substitution est très différente d'une région à l'autre.

Par exemple, dans la convention conclue par la région Lorraine avec SNCF Mobilités pour la durée (2007-2016) la Région souhaitait être associée, en cas d'affrètement des services routiers TER de substitution à la procédure de sélection des offres ainsi qu'à la phase de préparation s'y rattachant. Par ailleurs, les contrats d'affrètement ou de sous-traitance pourront entrer en vigueur uniquement après l'accord express de la Région quant au respect des procédures de consultation et des niveaux de service définis par l'autorité organisatrice. Ainsi, la région incluait clairement les services routiers dans le cadre de l'exécution de la convention TER et soumettait l'opérateur historique au respect des règles de la commande publique (publicité, mise en concurrence des opérateurs routiers).

A son tour, la région Pays de la Loire plaçait les transports routiers de substitution et la conclusion des contrats sous la responsabilité de l'opérateur historique car l'article 1^{er} de la convention d'exploitation des TER pour la durée 2008-2014 (prolongée jusqu'à 2016) indiquait que les services

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ BROUSSOLLE (D.), « Chapitre 2° : Compétences des collectivités territoriales : transports de personnes », *Encyclopédie des collectivités locales*, mai 2017.

¹¹⁴⁴ CE, 29 septembre 2010, Société les courriers automobiles picards, n°324531. Extrait : « *« la cour administrative d'appel de Douai a jugé que, dans le cadre de la délégation du service public régional des transports ferroviaires par la région Picardie, la SNCF avait, sur le fondement de ces textes et de la convention, compétence pour conclure un contrat avec une société de transports routiers pour la desserte de deux lignes régionales (...) qu'en en déduisant que la SNCF avait compétence, eu égard à la délégation donnée par la région, pour assurer en complément des dessertes par train et à titre accessoire, des transports par autocar de voyageurs, à certaines heures de la journée selon les mêmes trajets et dessertes, afin d'améliorer le service rendu aux usagers, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ».*

¹¹⁴⁵ Dans ce sens, voir MINNE (P.), « La notion de services ferroviaires relevant de la compétence de la région et la passation des marchés dans le secteur des transports », *AJDA*, 2009, p.597.

ferroviaires pouvaient « dans des cas particuliers, être assurés par des moyens de transport routier », sans aucune référence à l'application des règles de la commande publique.

La région Aquitaine prévoyait aussi dans sa convention TER (2009-2018) que les services routiers de substitution qu'elle qualifiait en cas de services ferroviaires non faits, devaient être assurés par l'opérateur historique dans le cadre des contrats de sous-traitance après une mise en concurrence des opérateurs routiers.

460. Les évolutions de la prise en charge des services routiers de substitution dans un contexte concurrentiel. A l'avenir, les régions pourront inclure dans les conventions d'exploitation des TER que des services routiers de substitution soient exécutés grâce à des contrats de sous-traitance. Une différence fondamentale résultera ainsi en termes de publicité et de mise en concurrence lorsque le contrat de sous-traitance sera conclu par l'opérateur historique ou par un opérateur ferroviaire privé. En effet, lorsque le titulaire de la convention d'exploitation des TER sera SNCF Mobilités et des lors que cette dernière a la qualité de pouvoir adjudicatrice/entité adjudicatrice, le contrat de sous-traitance passé avec des opérateurs routiers devra obligatoirement faire l'objet des mesures de publicité et de mise en concurrence. A l'opposé, lorsque le titulaire de la convention TER est un opérateur ferroviaire privé, dans lequel l'État n'a aucune participation capitalistique ou actionnaire, le contrat de sous-traitance passé avec un opérateur router n'obéira pas au même régime de publicité et de mise en concurrence. Il sera néanmoins soumis aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance et il requerra l'agrément par la région. Ce régime juridique binaire, selon le statut de pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice de l'opérateur ferroviaire bénéficiera davantage aux opérateurs ferroviaires privés. Ceux-ci auront plus de liberté à choisir leurs cocontractants routiers sans passer par le cadre plus strict de la sous-traitance posé par le droit de la commande publique.

6. Les AOT en charge de prestations de gestion ou d'exploitation des gares ferroviaires de voyageurs

461. Toujours dans une optique d'augmentation des responsabilités des régions, l'ordonnance du 12 décembre 2018 a inséré un nouvel article L.2121-17-4 du Code des transports en vertu duquel les régions peuvent décider de fournir pour le compte du gestionnaire des gares (Gares & Connexions) des prestations de gestion ou d'exploitation de certaines gares de voyageurs. L'article donne une large marge de manœuvre aux régions dans la mesure où ce sont elles qui définissent le périmètre et les prestations concernées. Si elles n'exécutent pas ces prestations elles-mêmes, les régions peuvent aussi les confier à l'opérateur de transport en charge du contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs. Enfin, l'article poursuit, en indiquant qu'une convention qui fait état des modalités de réalisation desdites prestations et des mesures garantissant leur fourniture équitable, transparente et non discriminatoire doit être conclue par la région avec Gares & Connexions. Si à l'heure, les modalités particulières de réalisation de cette nouvelle compétence des régions ne sont pas connues, un décret devra intervenir prochainement pour les établir.

462. **Conclusion intermédiaire sur la complexification des fonctions des AOT** Au-delà du rôle particulièrement important des régions concernant le matériel et sa maintenance, les régions doivent s'impliquer également fortement dans la sûreté ferroviaire et la commande de sillons auprès du gestionnaire d'infrastructure. La complexification des missions des régions alourdit de fait leurs actions, tout en les rendant plus visibles sur la scène politique, sociale et économique. Véritables pilotes de la mobilité et de l'inter mobilité, verte et écologique, elles doivent se placer comme des contrepouvoirs, déployant ces compétences, dans le sens d'une réelle autonomie décisionnelle et/ou fonctionnelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

463. La part de responsabilité de l'État dans l'organisation de la concurrence ferroviaire est forte et elle porte sur des aspects multiples : la gouvernance ferroviaire, avec la « *sociétisation* » des entités du groupe public unifié, l'étatisation partielle de la dette, aménagement optimal de la transition des cheminots du régime de monopole au régime concurrentiel, la détermination des modalités du transfert du personnel ferroviaire en cas de changement d'attributaire des contrats de service public de transports ferroviaires de voyageurs etc.

464. Malgré ces efforts, l'intervention de l'État permet encore une marge d'amélioration. Par exemple, le contrat de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau sur la durée 2017-2026 qui devait en principe fixer une stratégie industrielle des transports ne semble pas véritablement poser des objectifs de performance opérationnelle et d'efficacité au gestionnaire d'infrastructure alors que le droit d'accès égal, non-discriminatoire et transparent des opérateurs alternatifs au marché français est conditionné, parmi d'autres facteurs, par l'état de l'infrastructure ferroviaire.

465. Au niveau décentralisé, les régions françaises pilotent le processus d'ouverture à la concurrence de leurs réseaux régionaux. Par ailleurs, dans le respect de la régionalisation ferroviaire, la loi pour le nouveau pacte ferroviaire et la loi d'orientation des mobilités leur confèrent davantage des missions. L'association des autorités organisatrices à la procédure de transfert du personnel ferroviaire place les régions dans une posture d'arbitre neutre, garant de la transparence de la procédure via un droit de regard sur les informations communiqués. L'étendue de ces prérogatives risque toutefois de complexifier les tâches de régions. A ce titre, un renforcement des ressources humaines et financières des régions pourrait se révéler opportun afin de préparer dans des conditions optimales le passage du monopole à la concurrence du secteur.

466. Le chantier de la contractualisation de l'exploitation ferroviaire avec des opérateurs alternatifs leur pose de nombreux défis principalement en termes d'organisation d'appels d'offres concurrentiels, mais aussi de conception des clauses stratégiques et précises dans les contrats d'exploitation des TER. D'abord, la qualité des données transmises par les régions dans le cadre des appels d'offres concurrentiels est essentielle pour les opérateurs alternatifs « pour

proposer des offres efficaces notamment en matière de marketing et de maintenance »¹¹⁴⁶. Ensuite, sur le terrain contractuel *strictu sensu*, les régions doivent pouvoir fixer des objectifs de qualité et de continuité de service accompagnés d'indicateurs permettant de mesurer le progrès accompli et donc, le respect de ces niveaux par l'exploitant ferroviaire. Pour cela, une forte programmation *ex-ante* réalisée de manière objective, raisonnable et mesurable doit être mise en œuvre par la région, accompagnée ultérieurement, en cours d'exécution de la convention, d'une possibilité de participation de l'exploitant à la définition des objectifs.

467. Pour les opérateurs ferroviaires, alternatifs (mais aussi historiques), la rédaction des clauses et plus spécifiquement de celles comptables et financières est cruciale dans la mesure où elles fixent les sujets essentiels du partage du risque commercial et de la rémunération de l'exploitant ferroviaire. A ce titre, leur rédaction doit être la plus claire et précise possible. Le risque commercial supporté par l'opérateur devrait être spécifiquement exposé avec un pourcentage défini par la région à savoir soit un risque majoritairement supporté par l'opérateur (si supérieur à 50%), soit un risque supporté totalement par l'opérateur (100%), soit enfin, un risque faible supporté par l'opérateur (inférieur à 50%). S'agissant du mode de rémunération de l'exploitant ferroviaire, la région pourra/devra indiquer l'intégration de la rémunération de l'exploitant dans les charges C1, charges engageant l'exploitant.

468. Enfin, les régions doivent être en mesure de pouvoir déterminer les charges d'exploitation du réseau. De la capacité de celles-ci à chiffrer correctement les coûts de l'exploitation du service, dépend l'évaluation du potentiel de leurs cocontractants à remplir les objectifs de recettes, à maîtriser les coûts ainsi que l'appréciation du montant de la contribution régionale. Or l'expérience montre que jusqu'à présent les régions ont dû à plusieurs reprises faire face à une augmentation des charges d'exploitation pourtant théoriquement supportées par l'opérateur dans son forfait de charges, entraînant une augmentation de la contribution régionale. Cela a généré une défiance entre les parties et explique en partie pourquoi, en 2014,

¹¹⁴⁶ Site internet de Transdev, Communiqué de presse, « ferroviaire : Transdev salue une étape majeure vers l'ouverture à la concurrence », à propos de la publication de l'appel à candidature pour l'exploitation des lignes TET Nantes-Lyon et Nantes-Bordeaux.

les anciennes régions Midi Pyrénées¹¹⁴⁷, Aquitaine¹¹⁴⁸, Nord-Pas-de-Calais ou encore PACA¹¹⁴⁹ ont décidé unilatéralement de suspendre leur contribution financière, constatant une baisse de la qualité de service (suppressions de trains, retards) tandis que le coût de service augmentait. Dans un contexte concurrentiel, une telle situation, très pénalisante pour les voyageurs, devra, en principe, ne plus se produire sous réserve de transparence sur les données opérationnelles et les coûts d'exploitation. Pour un opérateur ferroviaire alternatif, un tel scénario pourrait avoir un coût réputationnel conséquent. La contractualisation des régions avec des opérateurs alternatifs pourrait avoir pour effet l'abandon de la logique quasi-institutionnelle du conventionnement actuel et l'intégration d'une logique davantage commerciale entre les parties. Autrement dit, les conventions d'exploitation des TER dépasseront leur caractère des (quasi) contrats d'adhésion, relativement désavantageux pour les régions pour devenir plutôt des contrats de gré à gré. Ce basculement de paradigme devra ainsi re équilibrer les rapports de force entre les régions et les opérateurs de transport.

¹¹⁴⁷ Article de presse, « Ces régions qui « punissent » la SNCF », publié dans *Europe1*, le 12 février 2014, disponible ou encore L'article de presse, « Les régions, en colère contre la SNCF, gèlent leurs subventions », publié dans *Le Monde*, le 17 février 2014, Le président de la région de l'époque, Martin Malvy justifiait « (...) cette décision exceptionnelle par la dégradation du service observée particulièrement sur le quart Nord-Est du réseau régional pour lequel retards et suppressions de trains sont devenus chroniques ». Par ailleurs, Martin Malvy reprochait à l'opérateur l'absence de résultats satisfaisants suite à des travaux de modernisation de de l'infrastructure ayant coûté 515 millions d'euros dont la région avait supporté 291 millions d'euros.

¹¹⁴⁸ *Ibid.* De même, la région Aquitaine avait décidé de suspendre sa contribution financière au bénéfice de la SNCF afin de faire pression sur l'opérateur. Patrick du Fau de Lamothe, conseiller régional en charge des TER dans la région avait déclaré que cette mesure « *C'est pour provoquer un électrochoc. Nous avons subi les années passées des hausses de 3 à 4 % qui nous paraissent tout à fait déraisonnables. Le réseau n'est plus en état, nous disons donc 'niet' à la SNCF* ».

¹¹⁴⁹ Article « Concurrence : la région PACA a fait le bon choix », publié le 14 octobre 2016 sur le site de l'Association française du rail, ; aussi Article de presse, « Estrosi-SNCF : rien ne va plus », publié dans *La Tribune* le 5 octobre 2016. A ce titre, le président de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) dénonçait en octobre 2016 le devis de 291 millions d'euros établi par la SNCF pour l'année en cours estimant que celui-ci était trop élevé (36 millions d'euros de trop). En PACA où 20% des trains sont en retard, 10% des trains supprimés, le taux de satisfaction des usagers est de 42% seulement, Christian Estrosi, maire de Nice et ancien Président de la région estime que l'ouverture à la concurrence représente une option envisageable dès 2019 et « *même avant si l'État le permet* ».

CHAPITRE 2 L'APPROPRIATION PAR LES OPERATEURS NOUVEAUX ENTRANTS DES RÈGLES DE SECURITÉ

469. La sécurité de voyageurs et du personnel ferroviaire est un aspect primordial dans le cadre de toute exploitation ferroviaire dans la mesure où la circulation ferroviaire n'est pas exonérée des risques. Au contraire, selon l'Établissement Public de sécurité ferroviaire (ci-après « l'EPSF »), créée par la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports¹¹⁵⁰, placé sous la tutelle du ministre chargé des transports, ces risques sont multiples. En effet, ils peuvent porter sur l'environnement en cas de transport de marchandises dangereuses, sur des tiers en cas, par exemple, des passages à niveau, et enfin pour les voyageurs dans les gares ou sur les quais¹¹⁵¹. L'EPSF définit la sécurité ferroviaire comme « un ensemble moyens humains et techniques permettant d'éviter les accidents ferroviaires et d'en diminuer les conséquences. »¹¹⁵². Ce concept ne se confond pas avec celui de la sûreté ferroviaire défini comme la « lutte contre des événements délictueux, des événements extérieurs au transport ferroviaires qui viennent perturber celui-ci en portant atteinte à l'intégrité des passagers, du matériel roulant ou des infrastructures ferroviaires »¹¹⁵³. Nous n'aborderons pas dans la présente la thématique de la sûreté ferroviaire.

470. La démarche de normalisation en matière de sécurité ferroviaire permet la mise en œuvre de référentiels de conformité objectifs et homogènes ce qui peut consolider la stratégie de opérateurs de transport à s'implanter dans d'autres États membres. Enfin, l'édiction des normes de sécurité ferroviaire homogènes au niveau européen intéresse une multitude

¹¹⁵⁰ Article 1 de la Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, *JORF* du 6 janvier 2006 page 217.

¹¹⁵¹ Site internet de l'EPSF.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ UBEDA-SAILLARD (M.), « La sûreté ferroviaire, un domaine (encore) en marge de l'espace ferroviaire unique européen », dans RAPOPORT (C.) (dir), DE LA ROSA (S.), « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?* », précité. Extrait : « les deux notions (sécurité et sûreté ferroviaire) diffèrent profondément néanmoins au regard de la nature du risque considéré : contrairement à la sécurité, qui vise stricto sensu à prévenir des risques inhérents aux transports liés aux risques naturels et humains involontaires, donc accidentels, qui peuvent affecter l'activité de transport, la sûreté lutte contre des événements délictueux et notamment contre le phénomène de terrorisme qui est appréhendé comme une nouvelle menace aux pans international, régional et national, tant il éprouve violemment l'organisation des États de droit. La sûreté réside par conséquent dans la prévention des actions malveillantes et la protection contre leurs effets » ; aussi ROGER (J.), « La sûreté ferroviaire suite aux événements du Thalys », *Énergie-Environnement-Infrastructures* n°5, mai 2017, dossier 6.

d'acteurs : des producteurs industriels comme Bombardier ou Alstom qui pourraient élargir leurs destinations d'export des trains par exemple ; aussi les gestionnaires d'infrastructures qui verront leurs actions de vérification de la conformité aux règles de sécurité rapprochés avec celles de leurs homologues étrangers etc.

471. Ce chapitre n'a pas pour ambition de présenter les détails des règles relatives à la sécurité ferroviaire, sujet qui pourrait faire l'objet d'une thèse à part entière. Pour des considérations d'espace, il ne traitera non plus les aspects relatifs à l'interopérabilité des réseaux ferroviaires. Il se contentera de rappeler les dispositifs européens et nationaux en la matière tout en soulignant les enjeux que la sécurité ferroviaire représente pour les opérateurs alternatifs notamment dans le cadre de la préparation de l'ouverture à la concurrence du secteur en France. La création de l'espace ferroviaire unique européen est ainsi fortement dépendante de l'existence d'un cadre légal harmonisé en matière de sécurité et plus spécifiquement de certification ferroviaire (**Section 1**). Ce cadre- fortement technique- en vigueur actuellement a été fidèlement transposé par les États membres y compris la France (**Section 2**).

SECTION 1. UN CADRE EUROPÉEN HARMONISÉ DES RÈGLES DE SÉCURITÉ FERROVIAIRE

L'eupéanisation de la certification ferroviaire (§1) et du droit de conduire d trains (§2) sont des leviers indispensables du développement et de la consolidation de l'espace ferroviaire unique européen et inséparables du projet d'ouverture à la concurrence des marchés nationaux ferroviaires.

§1. L'eupéanisation de la certification ferroviaire

Dès l'origine la réglementation européenne (communautaire) en matière de certification ferroviaire a été construite autour du projet d'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire (A). Elle a évolué progressivement vers une simplification de la procédure de certification ferroviaire (B).

A. Une réglementation européenne relative à la sécurité ferroviaire autour du projet d'ouverture à la concurrence du secteur

472. **Les dispositifs européens.** Afin que le marché unique des services de transport ferroviaire soit effectif, il était indispensable qu'un cadre réglementaire commun pour la sécurité des chemins de fer soit mis en place. C'est précisément cet objectif qui était poursuivi par la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires¹¹⁵⁴. Cette directive visait ainsi des objectifs et des méthodes de sécurité communs¹¹⁵⁵, la création d'une autorité de sécurité¹¹⁵⁶ et d'un organisme en charge des enquêtes sur les incidents et les accidents dans chaque État membre¹¹⁵⁷ etc. Posant les bases de la certification en matière de sécurité ferroviaire, cette directive autorisait une entreprise ferroviaire à accéder au réseau des lors qu'elle possédait un certificat de sécurité¹¹⁵⁸. Ce dernier a pour objectif de démontrer que l'entreprises ferroviaire titulaire a

¹¹⁵⁴ Dir. 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n°L 164/44 du 30 avril 2004.

¹¹⁵⁵ *Ibid.* Considérant n°8.

¹¹⁵⁶ *Ibid.* Considérant n°22 et article 16.

¹¹⁵⁷ *Ibid.* Article 21.

¹¹⁵⁸ *Ibid.* Article 10.

mis en place un système de gestion de la sécurité¹¹⁵⁹ et qu'elle est en conformité de toutes les spécifications techniques d'interopérabilité (STI)¹¹⁶⁰ telles que prévues par la directive 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté¹¹⁶¹ et ses modifications ultérieures¹¹⁶². Le certificat de sécurité peut couvrir l'ensemble du réseau ferroviaire d'un État membre ou seulement une partie déterminée de celui-ci. De manière analogue, tout personne souhaitant exercer une activité de gestionnaire d'infrastructure devait être détentrice d'un agrément de sécurité¹¹⁶³. Cette directive a ainsi le mérite de fixer un ensemble de règles de sécurité européennes, fondées sur des objectifs, des indicateurs et des méthodes communs dont la finalité ultime consiste dans l'effacement progressif des règles de sécurité nationales¹¹⁶⁴. Ces dernières sont jugées créer « *un risque de manque de transparence et de discrimination déguisée à l'égard des nouveaux opérateurs, ce qui constitue un risque sérieux pour les nouveaux investisseurs. La diminution et la simplification des règles en vigueur contribueront à réaliser l'espace ferroviaire unique européen, à accroître le trafic transfrontalier et à stimuler la compétitivité du secteur ferroviaire* »¹¹⁶⁵. Il apparaît enfin que si la préoccupation de l'Union européenne pour la sécurité ferroviaire se justifie par des considérations sécuritaires stricto sensu, elle est aussi justifiée par le fait que la sécurité ferroviaire constitue « *un levier pour décloisonner des réseaux historiquement séparés et ayant chacun une forte culture et une*

¹¹⁵⁹ Voir l'article 9 Système de gestion de la sécurité et Annexe III de la dir. 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté (refonte), *JOUE*, n° L 191/1 du 18 juillet 2008,

¹¹⁶⁰ Les spécifications techniques d'interopérabilité (STI) sont « des solutions techniques qui visent à assurer les exigences essentielles de l'interopérabilité et à rendre opérationnel le système ferroviaire ». Définition disponible sur le site <https://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁶¹ Dir. 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté (refonte), *JOUE*, n° L 191/1 du 18 juillet 2008,

¹¹⁶² *Ibid.* Cette directive a été modifiée à cinq reprises par les directives suivantes : (1) Dir. 2009/131/CE de la Commission du 16 octobre 2009 modifiant l'annexe VII de la directive 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté, *JOUE*, n° L 273/12 du 17 octobre 2009.; (2) Dir. 2011/18/UE de la Commission du 1er mars 2011 modifiant les annexes II, V et VI de la dir. 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté, *JOUE*, n° L 57/21 du 2 mars 2011; (3) Dir. 2013/9/UE de la Commission du 11 mars 2013 modifiant l'annexe III de la directive 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté, *JOUE*, n° L 68/55 du 12 mars 2013 ; (4) Dir. 2014/38/UE de la Commission du 10 mars 2014 modifiant l'annexe III de la directive 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les nuisances sonores, *JOUE*, n° L 70/20 du 11 mars 2014 ; (5) la Dir. 2014/106/UE de la Commission du 5 décembre 2014 modifiant les annexes V et VI de la directive 2008/57/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de la Communauté, *JOUE*, n° L 355/42 du 12 décembre 2014.

¹¹⁶³ *Ibid.* Article 11.

¹¹⁶⁴ *Ibid.* Considérant n°10.

¹¹⁶⁵ Site Europa.eu.

expertise technique peu propices à l'ouverture »¹¹⁶⁶. Autrement dit, la réglementation européenne (communautaire) en matière de sécurité ferroviaire a représenté un outil de prolifération du projet concurrentiel dans le secteur ferroviaire.

B. Les besoins de rationalisation et de simplification de la procédure de certification ferroviaire des opérateurs de transport

473. **L'admission d'un certificat de sécurité unique.** A la suite du vote du volet technique du 4^{ème} paquet ferroviaire le 28 avril 2016, a été adoptée la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire qui constitue une refonte des dispositions antérieures relatives à la sécurité du système ferroviaire européen¹¹⁶⁷ entrée en vigueur le 15 juin 2016. En application de cette directive et plus spécifiquement son article 34, la directive 2004/49/CE devait être abrogée le 16 juin 2020. Néanmoins, en raison de la pandémie due au COVID 19, une nouvelle directive (UE)2020/700 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant les directives (UE) 2016/797 et (UE) 2016/798 en ce qui concerne la propagation de leurs délais de transposition¹¹⁶⁸ fixe le délai d'abrogation de la directive 2004/49/CE Du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 au 31 octobre 2020. La directive 2016/798 précitée prévoit un partage des rôles des acteurs du système ferroviaire de l'Union dans le développement et l'amélioration de la sécurité ferroviaire, établit des indicateurs de sécurité communs (ci-après « ISC »), des méthodes de sécurité communes (ci-après « MSC ») et des objectifs de sécurité communs (ci-après « OSC »).

474. En prolongement des dispositions de la directive 2004/49/CE, la directive 2016/798 tend à réduire l'utilisation des règles nationales dans le domaine de la sécurité (ci-après « RNS »). A ce titre, les États membres doivent notifier les RNS au plus tard le 15 juin 2016 avec une obligation de ré évaluation de celles-ci et éventuellement d'abrogation au plus tard le 16 juin 2018. La directive élargit les responsabilités en matière de sécurité ferroviaire au-delà des opérateurs ferroviaires et des gestionnaires d'infrastructure, renforce le rôle de surveillance des

¹¹⁶⁶ OCCHIPINTI (O.), « La sécurité ferroviaire dans l'espace ferroviaire européen », dans RAPOPORT (C.) (dir), DE LA ROSA (S.), « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?* », précité.

¹¹⁶⁷ Dir. (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire, *JOUE*, n° L 138 du 26 mai 2016.

¹¹⁶⁸ Dir. (UE)2020/700 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant les directives (UE) 2016/797 et (UE) 2016/798 en ce qui concerne la propagation de leurs délais de transposition, *JOUE*, n° L 165/27 du 27 mai 2020.

autorités nationales de sécurité, prévoit une coopération et d'échanges d'informations entre l'Agence ferroviaire européenne et les autorités nationales de sécurité¹¹⁶⁹. La directive maintient le système d'agrément de sécurité des gestionnaires d'infrastructures. Elle renvoie aussi enquêtes sur les accidents et les incidents. La nouveauté de la directive de l'année 2016 consiste dans la possibilité des entreprises ferroviaires d'être détentrices d'un certificat de sécurité unique valable dans tous les États membres dans lesquelles elles exercent des activités, accordé sur la base d'une seule demande formulée auprès de l'Agence ferroviaire européenne (au lieu de le faire auprès de plusieurs pays de l'UE comme c'était le cas antérieurement au quatrième paquet ferroviaire)¹¹⁷⁰. Comme le rappelle la Commission, « *Cette évolution va dans le sens de l'objectif général du quatrième paquet ferroviaire, à savoir d'éliminer les obstacles administratifs et techniques de manière à améliorer la compétitivité du rail par rapport aux autres modes de transport* »¹¹⁷¹.

475. Le besoin d'association des opérateurs de transport à la surveillance et à l'évaluation de la sécurité ferroviaire. Suivant l'article 3 du règlement délégué (UE) n°2018/761 de la Commission du 16 février 2018¹¹⁷², les autorités nationales de sécurité procèdent à la surveillance des titulaires des autorisations délivrées¹¹⁷³ (par exemple, certificats de sécurité uniques des entreprises ferroviaires exerçant leurs activités sur les périmètres nationaux, les agréments de sécurité des gestionnaires d'infrastructure, les agréments des organismes de formation etc.). La surveillance des acteurs ferroviaires est encadrée au niveau européen. Une coordination entre les autorités nationales de sécurité est demandée, le principe de la programmation des contrôles est fixé et une procédure des contrôles est définie. La justification de la coordination des autorités nationales de sécurité chargée de la surveillance des gestionnaires d'infrastructures qui gèrent des infrastructures transfrontalières ou des entreprises ferroviaires qui exercent des activités dans plusieurs États membre tient au bon sens : éviter le doublon des contrôles, avoir un approche en matière de surveillance articulée entre les

¹¹⁶⁹ ARAFER, « Avis n°2019-024 du 18 avril 2019 portant sur le projet de décret relatif à la sécurité et à l'interopérabilité du système ferroviaire modifiant ou abrogeant certaines dispositions réglementaires ».

¹¹⁷⁰ MULLER-CURZYDLO (A.), « Adoption du quatrième paquet ferroviaire », veille, *Énergie-Environnement-Infrastructures* n°7, juillet 2016 précité.

¹¹⁷¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à un rapport sur l'état d'avancement de la mise en œuvre de la directive sur la sécurité ferroviaire COM(2014) 740 Final, Bruxelles, le 17 décembre 2014.

¹¹⁷² Règl. délégué (UE) 2018/761 de la Commission du 16 février 2018 établissant des méthodes de sécurité communes aux fins de la surveillance exercée par les autorités nationales de sécurité après la délivrance d'un certificat de sécurité unique ou d'un agrément de sécurité conformément à la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n°1077/2012 de la Commission, *JOUE*, n° L 129/16 du 25 mai 2018.

¹¹⁷³ Voir par exemple, EPSF, « Stratégie de surveillance », novembre 2019, p.15.

institutions, garantir le partage transparent de toute information essentielle en matière de risques connus et de performance sécuritaire¹¹⁷⁴. Toutefois, il est regrettable que ce dispositif n'associe davantage les opérateurs de transport aux échanges institutionnels dans le cadre de la procédure de surveillance de la sécurité ferroviaire. En effet, construite d'une manière unilatérale au bénéfice des autorités nationale de sécurité, la procédure de surveillance, telle que prévue par le règlement n°2018/761 de la Commission du 16 février 2018 précité se borne à énoncer que « *les techniques d'audit et d'inspection utilisées pour la surveillance devraient comprendre des entretiens avec des personnes à différents niveaux dans une organisation, l'examen de documents et de dossiers relatifs au système de gestion de la sécurité (...)* »¹¹⁷⁵. Cette rédaction vague inscrite dans un ton très institutionnel et uni directionnel ne semble pas suffisamment associer les opérateurs de transport à la procédure de surveillance de la sécurité. Pourtant, compte tenu des enjeux de la sécurité ferroviaire, cette procédure aurait dû disposer d'une dimension davantage collaborative et inclusive des entreprises ferroviaires et gestionnaires d'infrastructures, entités placées en définitif dans le prime-plan de la performance « sécurité ». Cette approche collaborative semble davantage intégrée par le règlement d'exécution (UE) 2018/763 de la Commission du 9 avril 2018 établissant les modalités pratiques de la délivrance des certificats de sécurité uniques aux entreprises ferroviaires lorsqu'il prévoit que la consultation préalable du demandeur de certificat de sécurité ferroviaire unique serait « *une bonne pratique permettant de faciliter la construction d'une relation entre les parties associées au processus d'évaluation de la sécurité* »¹¹⁷⁶.

476. Outre l'obtention par l'entreprise ferroviaire d'un certificat de sécurité au titre de son activité, pour qu'elle puisse exploiter effectivement des services de transport ferroviaire, il est nécessaire que certains membres du personnel ferroviaire eux-mêmes fassent l'objet d'une certification individuelle.

¹¹⁷⁴ Considérant n°14 du Règl. délégué (UE) 2018/761 de la Commission du 16 février 2018 précité.

¹¹⁷⁵ *Ibid.* Considérant n°11.

¹¹⁷⁶ Règl. d'exécution (UE) 2018/763 de la Commission du 9 avril 2018 établissant les modalités pratiques de la délivrance des certificats de sécurité uniques aux entreprises ferroviaires en application de la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant le règlement (CE) no 653/2007 de la Commission JOUE, n°L129/49 du 25 mai 2018, Considérant n°1 : « *Des dispositions harmonisant l'approche de la certification de sécurité à l'échelon de l'Union et promouvant la collaboration entre toutes les parties associées au processus d'évaluation de la sécurité sont nécessaires pour réduire la complexité, la longueur et le coût de la procédure de certification* ».

§2. L'européanisation du droit des conduire de trains

477. **L'harmonisation des licences de conduire.** L'un des corollaires inévitables de l'ouverture à la concurrence du secteur réside dans l'harmonisation des licences de conduite¹¹⁷⁷, avec pour conséquence la dénationalisation du droit de conduire¹¹⁷⁸. La directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté¹¹⁷⁹ et le règlement (UE) N° 36/2010 de la Commission du 3 décembre 2009¹¹⁸⁰ posent le cadre légal européen de certification du personnel ferroviaire¹¹⁸¹. Ces dispositifs visent à combler les incohérences issues de la diversité des législations des États membres en matière de conditions de certification des conducteurs de train. La directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre prévoit un modèle communautaire de certification. Elle élimine les disparités relatives à la formation et les aptitudes de base des conducteurs (condition d'âge, aptitudes physiques, mentales, psychologiques, réussite à l'examen relatif aux connaissances professionnelles générales). Par ailleurs, pour qu'un conducteur de train soit certifié, la directive l'oblige à posséder une licence qui lui permet de justifier des exigences médicales, de scolarité de base et de compétences professionnelles générales ainsi qu'une ou plusieurs attestations indiquant d'une part les infrastructures sur lesquelles le titulaire est autorisé à conduire et d'autre part, le matériel roulant que le titulaire est autorisé à conduire. Sans lister l'ensemble des règles prévues par la directive 2007/59/CE, nous nous contenterons d'illustrer que le projet d'ouverture à la concurrence des marchés ferroviaires nationaux est inséparable de l'harmonisation des règles

¹¹⁷⁷ GRARD (L.), « Conduite de locomotive et de train : la certification européenne est là », *Revue de droit des transports* n°3, mars 2008, comm.27.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Dir. 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté *JOUE*, n°315/51 du 3 décembre 2007; aussi le Règl. (UE) 2019/554 de la Commission du 5 avril 2019 modifiant l'annexe VI de la directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de la locomotive et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté, *JOUE*, n° L 097 du 8 avril 2019.

¹¹⁸⁰ Règl. (UE) No 36/2010 de la Commission du 3 décembre 2009 relatif aux modèles communautaires pour la licence de conducteur de train, l'attestation complémentaire, la copie certifiée conforme de l'attestation complémentaire et le formulaire de demande de licence de conducteur de train, en vertu de la directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, n°L13/1 du 19 janvier 2010,; sur ce Règl, voir aussi GRARD (L.), « Un modèle européen commun pour les licences des conducteurs de train », *Revue de droit des transports* n°3, mars 2010, comm.62.

¹¹⁸¹ Ces dispositifs sont complétés par : 1) la Décision 2010/17/CE de la Commission du 29 octobre 2009 relative à l'adoption des paramètres fondamentaux de registres des licences des conducteurs de trains et des attestations complémentaires prévus par la directive 2007/59/CE ainsi que par 2) Décision 2011/765/UE de la Commission du 22 novembre 2011 concernant les critères de reconnaissance des centres de formation dispensant des formations de conducteur de train, les critères de reconnaissance des examinateurs chargés d'évaluer les conducteurs.

relatives aux aspects opérationnels de l'exploitation ferroviaire telles que la conduite des trains. Cette harmonisation de licences doit répondre à la fois aux objectifs de sécurité évidents, mais aussi à un objectif social dans la mesure où la directive 2007/59/CE offre « *aux conducteurs de train une véritable possibilité de bénéficier de la liberté de circulation des travailleurs* »¹¹⁸². Si cette directive parvient à harmoniser les conditions de délivrance des licences de conducteurs, elle reste néanmoins très souple lorsqu'elle permet aux États membre de bénéficier d'un nombre important d'exceptions avec pour conséquence « *que si un État membre entend bénéficier de toutes ces exclusions, il n'y a que les conducteurs de train effectuant des services internationaux qu'il ne pourra pas exclure* »¹¹⁸³.

478. La pénurie des conducteurs de trains, enjeux du recrutement par les opérateurs alternatifs. La standardisation des documents et de la certification intéresse directement les opérateurs alternatifs sur deux axes principaux. D'abord, sur leur possibilité d'accéder aux marchés européens. Ensuite, sur le terrain du recrutement du personnel ferroviaire (conducteurs de train). En effet, plus la procédure de certification est complexe et longue, plus elle est susceptible de dissuader l'entrée des individus dans la profession et donc génère un risque de pénurie du personnel pour les opérateurs de transport. Alors que des efforts d'harmonisation de la certification des conducteurs de train ont été déployés au niveau européen, force est de constater que les opérateurs de transports demeurent confrontés à une réelle difficulté de recrutement des conducteurs de train dans plusieurs États membres¹¹⁸⁴. S'il n'est pas évident si le manque de conducteurs est imputable à une réglementation de l'accès à la profession (européenne et nationale) contraignante ou si elle reflète une réorientation des individus dans les métiers (dû, par exemple, à un découragement de candidats à cause des horaires), la pénurie des conducteurs de train affecte la stratégie d'entrée des opérateurs alternatifs sur les marchés. Enfin, la pénurie de conducteurs corroborée à la crise sanitaire due au COVID19 rend l'exploitation des services de transport encore plus difficile¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² DUBOS (O.), «Europe-Décisions de septembre à octobre 2007 », Chronique, *SCJP*, n°36, 1^{er} septembre 2008, 2188.

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ ALVAREZ (B.), «La SNCF peine à recruter des conducteurs de trains», Article de presse dans *Ouest-France*, publié le 13 avril 2018 ; aussi BOUANCHAUD (C.), « « Opération séduction de la SNCF face à « une pénurie de candidatures » dans certains secteurs », Article de presse dans *Le Monde*, publié le 14 mai 2019, WOLTER (M.), « Face au manque de conducteurs de trains, l'Allemagne veut recruter plus de réfugiés », Article de presse dans *Infomigrants*, 14 janvier 2020 ; enfin IAZ (C.), « La pénurie de conducteurs (au sein de Chemins de fer fédéraux suisses) entraîne des annulations de train » Article de presse dans *Le temps*, publié le 4 juin 2019.

¹¹⁸⁵ Par exemple, PARRINO (B.), REVOL (M.), « Coronavirus : coup de frein sur le fret », Article de presse dans *Le Point*, publié le 30 mars 2020 ; aussi MALIGORNE (C.), « Ile-de-France : face au coronavirus, des chauffeurs de bus exercent leur droit de retrait », Article de presse dans *Le Figaro*, publié le 3 mars 2020.

SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE DES REGLES EUROPÉENNES DES CERTIFICATION FERROVIAIRE AU SEIN DES ÉTATS MEMBRES

Le cadre légal européen relatif à la certification ferroviaire a été fidèlement transposé par les États membres (§1). Compte tenu de la généralisation de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux de voyageurs dans le cadre du quatrième paquet ferroviaire, les opérateurs de transports se sont montrés proactifs dans la démarche d'appropriation des règles de sécurité (§2).

§1. La transposition des règles européennes de certification ferroviaire dans les droits nationaux

479. Au Royaume-Uni, les entreprises ferroviaires qui souhaitent faire circuler de trains doivent détenir un système de sécurité adapté et un certificat de sécurité conformément aux dispositions des Railways and Other Guided Transport Systems (Safety) Regulations 2006 (ci-après « les ROGS »)¹¹⁸⁶. Il existe une présomption de compatibilité de la partie A du certificat européen de sécurité alors que la Partie B du certificat doit être soumise à l'approbation de l'ORR. En application de l'article 7 du texte précité, l'entreprise ferroviaire doit indiquer clairement pour quelle partie du certificat de sécurité les informations sont fournies. A l'instar de l'EPSF en France, l'ORR dispose d'un délai de traitement du dossier de demande de quatre mois à compter de la date de réception de la demande¹¹⁸⁷, délai à l'expiration duquel il est tenu de rendre une décision motivée soit de délivrance du certificat de sécurité soit de rejet. Sur la base du droit européen, le certificat de sécurité délivré par l'ORR a aussi une durée de validité de cinq ans.

480. En Allemagne, la directive 2004/49/CEE relative à la certification a été aussi fidèlement transposée le 16 avril 2007 par le biais du General Railways (Amendment) Act et l'Act on the The Federal Railway Administration¹¹⁸⁸. Le certificat de sécurité est délivré par l'Autorité

¹¹⁸⁶ Network Rail Access Rights Policy, Network Statement 2019, p.18, pp. 84.

¹¹⁸⁷ En France le délai de traitement du dossier est de quatre mois à compter de l'envoi par l'EPSF de l'accusé de réception du dossier.

¹¹⁸⁸ Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, Article « Railway operating safety », disponible au <https://www.bmvi.de/EN/Topics/Mobility/Rail/Railway-Operating-Safety/railway-operating-safety.html>.

fédérale des chemins de fer (Federal Railway Authority¹¹⁸⁹) aux entreprises ferroviaires dans des conditions similaires en France et au Royaume-Uni¹¹⁹⁰.

481. En Roumanie, sur la base de l'Ordre n°535/2007 relatif à l'approbation des règles d'octroi de la licence ferroviaire et des certificats de sécurité pour les services de transport ferroviaire¹¹⁹¹, une entreprise ferroviaire souhaitant exploiter le réseau ferré roumain doit, à l'instar des autres pays européens, disposer cumulativement d'une licence ferroviaire et d'un certificat de sécurité ferroviaire. Ce dernier est émis par l'Autoritatea de Siguranta Feroviara Româna (ci-après « l'ASFR »)¹¹⁹². L'ASFR est structurellement, juridiquement et du point de vue décisionnel indépendante de tout opérateur de transport ferroviaire en Roumanie ainsi que de tout gestionnaire d'infrastructure. Ses missions sont similaires à celles d'ORR au Royaume-Uni ou encore de l'EPSF en France. Par exemple, elle est compétente à évaluer les processus de gestion des risques en matière de sécurité des opérateurs ferroviaires, à certifier les entités en charge de la maintenance des véhicules ferroviaires, à assurer l'organisation des examens et la délivrance des permis, attestations et certificats du personnel des chemins de fer et des métros, à élaborer régulièrement des rapports et statistiques sur les incidents et accidents survenus sur les chemins de fer roumain etc¹¹⁹³. L'ASFR fonctionne dans le cadre de l'Autoritatea Feroviara Româna (ci-après « l'AFER »)¹¹⁹⁴. L'AFER est un établissement public placé sous la

¹¹⁸⁹ Site internet de Federal Railway Authority.

¹¹⁹⁰ Federal Railway Authority, « Guide pour l'octroi d'attestations de sécurité », version du 18 juin 2007, pp.16. Le certificat de sécurité est structuré de manière identique, avec une composition bipartite : Partie A (management de gestion de sécurité) et Partie B (exigences particulières, opérationnelles). Le délai d'instruction du dossier de demande de certificat de sécurité est aussi fixé à quatre mois.

¹¹⁹¹ Ordinul nr. 535/2007 privind aprobarea normelor pentru acordarea licenței de transport feroviar și a certificatelor de siguranță în vederea efectuării serviciilor de transport feroviar pe căile ferate din România, În vigoare de la 25 august 2007 Consolidarea din data de 31 martie 2015 are la bază publicarea din Monitorul Oficial, Partea I nr. 501 din 26 iulie 2007 și include modificările aduse prin următoarele acte: Ordin 884/2011; Ordin 2179/2012; Ordin 1502/2014; Ultima modificare în 04 decembrie 2014, « L'Ordre 535/2007 concernant l'approbation des règles d'octroi de la licence de transport ferroviaire et des certificats de sécurité pour les services de transport ferroviaire sur les chemins de fer roumains, En vigueur le 25 août 2007 La consolidation du 31 mars 2015 est basée sur la publication au Journal officiel, Partie I no. 501 du 26 juillet 2007 et inclut les modifications apportées par les lois suivantes: Ordonnance 884/2011; Ordonnance 2179/2012; Ordonnance 1502/2014; Dernière modification le 4 décembre 2014 », (Traduction libre du roumain en français). Le droit roumain autorise un ministère de prendre un ordre, un acte normatif qui permet de déterminer les modalités d'application dans le domaine d'activité du ministère en détaillant davantage des aspects sur lesquels la loi est silencieuse ou imprécise.

¹¹⁹² L'Autorité de Sécurité Ferroviaire Roumaine créée par la loi n°55/2006 du relative à la sécurité ferroviaire publiée au Journal Officiel de la Roumanie le 13 avril 2006 et qui est la loi de transposition en droit roumain de la Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n° L 164/44 du 30 avril 2004.

¹¹⁹³ Voir site internet de l'AFER, sous-section, ASFR.

¹¹⁹⁴ L'Autorité des chemins de fer roumains - AFER est organisée et fonctionne conformément aux dispositions de l'ordonnance gouvernementale no. 95/1998 concernant la mise en place de certaines institutions publiques

personnalité juridique du ministère chargé des transports. Elle surveille le respect de l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel et à grande vitesse sur le territoire roumain, surveille, promeut et développe le cadre réglementaire dans le domaine de la sécurité ferroviaire, certifie des produits, services et systèmes de qualité dans la sécurité et la santé au travail, etc¹¹⁹⁵.

482. L'analyse des cadre légaux nationaux montre les efforts des États membres à transposer exactement les dispositions européennes en matière de sécurité ferroviaire. Ces cadres légaux nationaux harmonisés tendent à favoriser l'interopérabilité des réseaux via l'harmonisation des normes techniques tel que souhaité par l'article 171 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et par le quatrième paquet ferroviaire.

§2. La transposition des règles européennes de certification ferroviaire en France

i. Le cadre légal français de la certification en matière de sécurité ferroviaire

483. Le certificat de sécurité ferroviaire est délivré dans les conditions fixées par le décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire complété par l'arrêté du 14 avril 2008 relatif au certificat de sécurité requis en matière ferroviaire tel que modifié par l'arrêté du 6 avril 2010 relatif aux sections frontières du réseau ferré national, modifiant l'arrêté du 14 avril 2008 relatif au certificat de sécurité requis en matière ferroviaire et l'arrêté du 30 juillet 2003 relatif aux conditions d'aptitude physique et professionnelle et à la formation du personnel habilité à l'exercice de fonctions de sécurité sur le réseau ferré national¹¹⁹⁶.

subordonnées au ministère des Transports, modifié par l'ordonnance gouvernementale n ° 21 / 30.01.2003, approuvée et modifiée par la loi no. 238 / 02.06.2003 et la décision du gouvernement no. 626/1998, modifié et complété par la décision du gouvernement no. 1561/2006 et la décision du gouvernement n ° 606/2015 sur l'organisation et le fonctionnement de l'autorité des chemins de fer roumains – AFER.

¹¹⁹⁵ Voir site internet de l'AFER.

¹¹⁹⁶ Pour l'intégralité des dispositions du droit français en matière de certification de la sécurité ferroviaire voir : le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national modifié par le décret 2006-368 ; le décret 2006-369 du 28 mars 2006 relatif aux missions et statuts de l'Établissement public de sécurité ferroviaire ; le décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 modifié relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire ; l'arrêté du 12 mars 1999 relatif à la désignation de l'organisme d'examen pour la délivrance des certificats de conseiller à la sécurité pour le transport par route, par rail ou par voie navigable de marchandises dangereuses ; l'arrêté du 30 juillet 2003 relatif aux conditions d'aptitude physique et professionnelle et la formation du personnel habilité à l'exercice de fonctions de sécurité sur le réseau ferré national ; l'arrêté du 7 décembre 2006 modifiant l'arrêté du 23 juin 2003 relatif à la réglementation de sécurité applicable sur le réseau ferré national ; l'arrêté du 14 avril 2008 modifié relatif au certificat de sécurité requis en matière ferroviaire ; l'arrêté du 12 août 2008 pris en application de l'article 13 du décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif aux plans d'intervention et de sécurité sur le réseau ferré national ; l'arrêté du 29 mai 2009 modifié relatif aux transports de marchandises dangereuses par voies terrestres (dit « arrêté TMD ») ; l'arrêté du 6 août 2010 modifié relatif à la certification des conducteurs ; l'arrêté du 19 mars 2012 modifié fixant les objectifs, les

484. S'agissant de la certification du personnel ferroviaires, les dispositions européennes en la matière ont été transposées par le décret n°2010-708 du 29 juin 2010 relatif à la certification des conducteurs de train complété par l'arrêté du 6 août 2010 relatif à la certification des conducteurs de train. L'EPSF délivre en France les licences ferroviaires au profit des conducteurs de train. La licence ferroviaire est reconnue par tous les États membres de l'Union européenne. Permettant l'harmonisation de la certification des conducteurs de train, la licence ferroviaire facilite la passerelle des conducteurs d'une entreprise ferroviaire à l'autre. Les conditions d'accès à la licence ferroviaire en France sont établies par l'article L2221-8 du Code des transports. Les candidats pour une licence ferroviaire en France doivent justifier d'un niveau de formation initiale équivalent au niveau V de la nomenclature interministérielle des niveaux de formation ou de tout diplôme reconnue équivalent dans l'Union européenne. Selon l'article 9 de l'arrêté du 6 août 2010 relatif à la certification des conducteurs de train, le niveau V précité implique la détention par le candidat d'un brevet d'études professionnelles (deux ans de scolarité au-delà du premier cycle de l'enseignement du second degré) et un certificat d'aptitude professionnelle. En outre le candidat sera soumis à une série d'examens médicaux afin de justifier de ses aptitudes physiques et psychologiques. Si un candidat ou son employeur conteste les certificats d'aptitudes physique et psychologique, ils peuvent former un recours devant la Commission ferroviaire d'Aptitudes dans un délai de deux mois à compter de la date où le certificat est remis à l'intéressé. Enfin, le candidat est soumis à un examen sur les connaissances professionnelles générales relatives à la conduite des trains. Ils doivent maîtriser les techniques ferroviaires et les procédures liées, les risques relatifs à l'exploitation ferroviaire, les trains, les éléments constitutifs, les exigences techniques relatives aux engins moteurs, aux wagons et au reste du matériel roulant. L'examen prend la forme d'un questionnaire¹¹⁹⁷.

ii. La procédure de délivrance d'un certificat de sécurité ferroviaire en France

485. **Le format d'un certificat de sécurité délivré à un opérateur de transport.** Un certificat de sécurité est composé d'une **Partie A** consacrée à la construction du système de gestion de la sécurité dans l'entreprise ferroviaire et d'une **Partie B** qui démontre que l'organisation opérationnelle de l'entreprise permet de satisfaire aux exigences et normes de

méthodes, les indicateurs de sécurité et la réglementation technique de sécurité et d'interopérabilité applicables sur le réseau ferré national ; voir EPSF, « Guide d'obtention d'un certificat de sécurité pour un ensemble de services sur le RFN à l'usage des entreprises ferroviaires », 27 mai 2015, pp.66.

¹¹⁹⁷ Voir EPSF, « Guide à l'usage des candidats à l'obtention de la licence européenne de conducteur de train », 15 janvier 2018, pp.32.

sécurité européennes et nationales. Le système de gestion de la sécurité doit, pour se conformer aux exigences réglementaires et permettre une anticipation maximale de risques nouveaux inhérents à l'activité décrire un ensemble de processus propres à l'entreprise ferroviaire tels que : (1) le processus de pilotage de la sécurité dans l'entreprise (politique, objectifs et animation sécurité l'organisation et les responsables, les fiches de postes, le plan d'action sécurité (PAS)) ; (2) le processus d'amélioration continue (identification et gestion des risques, suivi des activités) ; (3) le processus support (qui permet la gestion de l'information, des compétences et la documentation) ; (4) le processus opérationnel (description de la gestion des prestataires, des situations d'urgence, de la gestion du matériel roulant, de l'infrastructure, des circulations) et enfin (5) le processus relatif à la gestion de l'infrastructure (maintenance de l'infrastructure, gestion des circulations)¹¹⁹⁸.

486. Pour la Partie B, à vocation opérationnelle, l'entreprise ferroviaire doit décrire minutieusement l'organisation et les missions concernant la sécurité, fournir un organigramme de l'entreprise en France, indiquer si besoin la situation géographique des diverses entités de l'entreprise ferroviaire en France etc. Si l'entreprise entend sous-traiter certaines activités et plus spécifiquement des tâches de sécurité, elle doit indiquer dans le dossier de demande de certification comment elle a choisi les sous-traitants et les modalités de contrôle de ceux-ci. L'entreprise doit indiquer dans cette Partie B des informations concernant le personnel (leur affectation aux postes, le processus d'évaluation de leurs compétences, le cas échéant les formations initiales et continues mises en œuvre par l'entreprise). Elle a pour obligation également de prescrire dans son dossier que l'accès au réseau ferré national sera opéré en conformité avec les procédures mises établies par le gestionnaire d'infrastructure, SNCF Réseau et elle doit ainsi ajouter au dossier toutes les autorisations de conformité du matériel roulant avec l'infrastructure ferroviaire. Une description très pointilleuse du matériel roulant (affectation, exploitation, détection, signalement, traitement des avaries) doit être aussi fournie

¹¹⁹⁸ Pour l'élaboration du système de gestion de sécurité d'une entreprise ferroviaire sollicitant un certificat de sécurité ferroviaire en France voir : Annexe I Contenu du résumé du manuel du système de gestion de la sécurité de l'arrêté du 14 avril 2008 relatif au certificat de sécurité requis en matière ferroviaire renvoyant à l'annexe III Formulaire de demande standard et indications du règlement (CE) No 653/2007 de la Commission du 13 juin 2007 sur l'utilisation d'un format européen commun pour les certificats de sécurité et pour les documents de demande, conformément à l'article 10 de la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil, et sur la validité des certificats de sécurité délivrés en vertu de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil ; aussi EPSF, « Guide d'obtention d'un certificat de sécurité pour un ensemble de services sur le RFN à l'usage des entreprises ferroviaires », 27 mai 2015, pp.66.

par la demanderesse. Enfin le système de management de sécurité et de contrôle via d'audits sont également décrits dans le dossier de demande de la certification¹¹⁹⁹.

487. **La procédure auprès de l'EPSF.** L'entreprise ferroviaire transmet le dossier du certificat à l'EPSF qui dispose d'un délai de 7 jours pour en accuser réception¹²⁰⁰ et d'un mois maximum suivant l'envoi de l'accusé de réception précité pour vérifier sa complétude¹²⁰¹. En cas d'avis d'incomplétude de la part de l'EPSF, celui-ci sollicitera à l'entreprise ferroviaire des documents complémentaires. Dans ce cas, le délai d'instruction du dossier fixé à quatre mois à compter de l'envoi par l'EPSF de l'accusé de réception du dossier ne sera pas suspendu¹²⁰². Si le dossier est jugé complet, l'EPSF initiera le processus d'instruction du dossier. Pour la Partie B il sollicitera l'avis de SNCF Réseau. A la fin du délai de traitement du dossier, l'EPSF délivrera le certificat de sécurité à l'entreprise ferroviaire demanderesse dont la validité est de cinq ans maximum. A l'expiration de la durée de validité du certificat de sécurité, l'EPSF peut décider de le renouveler à la demande de l'entreprise ferroviaire. Par ailleurs et en application de l'article 21 du décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire si l'entreprise ferroviaire modifie son système de gestion de la sécurité ou le service pour lequel le certificat a été délivré, elle doit présenter une nouvelle demande auprès de l'EPSF en vue d'obtenir un nouveau certificat de sécurité. Cette hypothèse a notamment lieu lorsque l'organisation opérationnelle de l'entreprise est modifiée à la suite des audits et/ou contrôles internes et si ce changement est significatif¹²⁰³. Ainsi la demande de renouvellement du certificat de sécurité devrait montrer les changements intervenus. Enfin, si l'EPSF constate qu'un titulaire de certificat de sécurité ne respecte plus les normes de sécurité applicables à l'exploitation du réseau ferré français, il peut décider de suspendre ledit certificat. A son tour, si l'entreprise ferroviaire remédie la situation et se conforme aux exigences de sécurité, l'EPSF peut décider de la levée totale, ou avec conditions et obligations spécifiques ou bien avec des restrictions de la suspension.

¹¹⁹⁹ Pour l'élaboration du dossier de demande de certificat ferroviaire Partie B en France, voir EPSF, « Guide Obtention d'un certificat de sécurité pour un ensemble de services sur le RFN », 27 mai 2015, pp.66.

¹²⁰⁰ Article 3 de l'arrêté du 14 avril 2008 relatif au certificat de sécurité requis en matière ferroviaire.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ Considérant n° 9 du règlement d'exécution (UE) n° 402/2013 de la Commission du 30 avril 2013 concernant la méthode de sécurité commune relative à l'évaluation et à l'appréciation des risques et abrogeant le règlement (CE) no 352/2009, *JOUE*, n° L 121/8 du 3 mai 2013,.

§2. La mise en place d'un Centre de Formation Ferroviaire (CFF) par Transdev

A. Les enjeux liés à l'internalisation d'un CFF

488. Les opérateurs ferroviaires doivent dans le cadre de l'exploitation des opérations de transport bénéficier d'un ensemble des compétences et savoir-faire techniques inhérents au secteur dont ceux en matière de sécurité occupent une place primordiale. Pour Transdev, les enjeux sont triples. D'une part cela lui permet de répondre aux exigences réglementaires et « *d'assurer la préservation et le développement des infrastructures qui (lui) sont confiées* »¹²⁰⁴. De l'autre côté, « *la solution de formation accessible, pertinente et performante* » que Transdev met en place pour faire face aux enjeux liés à l'exploitation ferroviaire représente « *un véritable facteur différenciant et levier de développement des services ferroviaires en France* »¹²⁰⁵.

B. Les objectifs du CFF

489. En sa capacité d'entreprise ferroviaire titulaire d'un certificat de sécurité ferroviaire mais aussi de gestionnaire d'infrastructure délégué, l'opérateur Transdev a mis en place un CFF, entité agréée par l'EPSF. Le CFF vise à répondre à trois objectifs clés : 1) « assurer le cœur des tâches essentielles pour la sécurité ferroviaire » (par exemple, manœuvrer les signaux et les autres installations de gestion de la circulation, diriger la réalisation des travaux sur l'infrastructure ferroviaire, assurer la protection des circulations ferroviaires, assurer la sécurité d'un train, commander une manœuvre etc.), 2) « valoriser des compétences internes »¹²⁰⁶ et enfin 3) permettre « un positionnement sur l'ensemble de la chaîne de mobilité ferroviaire »¹²⁰⁷. La démarche d'amélioration continue de la sécurité et de la qualité de service dans laquelle s'est engagée Transdev suppose un effort de formation du personnel et se matérialise dans des équipes pédagogiques, le déploiement de moyens technologiques de haut niveau, l'utilisation de simulateurs de conduite etc.¹²⁰⁸. Par ailleurs, l'assimilation par les opérateurs de transport des règles de la sécurité est indépendante de leur exploitation concrète des services de transport ferroviaires. A ce titre Transdev, peut proposer, par l'intermédiaire du CFF et sans exploiter lui-même des services de transport ferroviaires en France, des prestations de formation

¹²⁰⁴ Transdev, « Les cahiers d'expertises ferroviaires », p.21.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ Formations dispensées par des formateurs internes exerçant des activités au sein des exploitations ferroviaires de Transdev.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ Site internet de Transdev.

ferroviaire en interne, mais aussi à d'autres entreprises ferroviaire¹²⁰⁹. Le CFF permet donc à Transdev de répondre à des besoins multiples plus spécifiquement des besoins du personnel ferroviaire interne et externe en matière de sécurité ferroviaire, mais aussi des besoins de collectivités territoriales « *en matière de développement et de maintien du réseau* »¹²¹⁰.

¹²⁰⁹ LANNE (L.), Directeur Transdev rail Bretagne et Conseiller à la sécurité, « CFTA Bretagne et le Centre de Formation Ferroviaire de Transdev Formation débute un cycle de formation pour des agents d'ASP filiale de Colas Rail, Article de blog, LinkedIn, publié le 25 janvier 2017.

¹²¹⁰ Transdev, « Les cahiers d'expertises ferroviaires », p.21 précité.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

490. La défaillance à la sécurité ferroviaire est souvent invoquée comme un argument fort à l'encontre de l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de voyageurs, les partisans des systèmes monopolistiques citant ainsi l'exemple des accidents survenus en Grande Bretagne au milieu des années 1990. Pourtant, l'ouverture à la concurrence du secteur en France est supposée présenter moins de risques sécuritaires qu'en Grande Bretagne dans la mesure où la gestion du réseau ferroviaire demeure un monopole public. Les propos de M. Olivier Salesse, Directeur du transport ferroviaire au sein de l'ART reprennent cette idée : *« Il n'y a aucune raison qu'une ouverture à la concurrence représente un risque pour la sécurité ferroviaire. Ce qui compte c'est que les investissements soient faits pour maintenir et générer le réseau : avoir des rails et des appareils de voie en bon état, ainsi qu'une signalisation performante. C'est cela qui garantit que la circulation des trains se fait dans des conditions de sécurité optimales. Et tout ce qui est investissement, renouvellement, entretien de l'infrastructure reste sous la coupe d'un seul et même monopole public : SNCF Réseau »*¹²¹¹. Il apparaît ainsi que la sécurité ferroviaire et sa prévention sont des affaires collectives (État, gestionnaire d'infrastructure, opérateurs)¹²¹². Pour cela, un certain nombre d'outils et des règles se trouvent à leur disposition en vue de maîtriser les risques ferroviaires.

491. Quant aux opérateurs ferroviaires, ceux-ci doivent mettre en œuvre des règles de maintenance adaptées aux véhicules et à l'infrastructure, appliquer des règles strictes de procédure en matière de sécurité, garantir leur suivi opérationnel, former continuellement le personnel à la prévention des risques¹²¹³. L'engagement des opérateurs au respect des règles de la sécurité ferroviaire contribue ainsi au renforcement de la qualité de service de transport et représentant pour eux une véritable plus-value. Enfin l'appropriation par les opérateurs des règles de sécurité grâce à des formations fait partie du processus d'exploitation ferroviaire, mais aussi du processus en amont en France, à savoir la préparation à l'arrivée de la dynamique concurrentielle dans le secteur.

¹²¹¹ VENANCE (L.), « SNCF/ l'ouverture à la concurrence présente-t-elle un risque pour les usagers ? », Article de presse, dans *Europe 1*, publié le 15 mars 2018.

¹²¹² Dans ce sens voir aussi, SALQUE (C.), « Sécurité des circulations ferroviaires : le rôle et les missions des divers acteurs opérant sur le réseau ferré national », *Revue de droit des transports* n°5, juin 2007, étude 7.

¹²¹³ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 1

492. L'anticipation des procédures d'appels d'offres et l'appropriation des règles relatives à la sécurité ferroviaire font partie du processus de préparation des opérateurs ferroviaires alternatifs à l'arrivée de la concurrence dans le secteur en France. Depuis les discussions sur le quatrième paquet ferroviaire et notamment à la suite de l'adoption de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire, les opérateurs ferroviaires alternatifs ont pu observer une différenciation dans l'attitude des régions qui ont réalisé des efforts pour aller dans le sens de l'ouverture à la concurrence. La région Grand Est est ainsi la première région à avoir intégré une clause d'expérimentation de la concurrence dont la date de déclenchement était le 1^{er} janvier 2021. Ce délai se justifie par le besoin de garantir un délai raisonnable entre le concept et le passage à l'action. Courant 2020, les élus régionaux ont décidé l'ouverture à la concurrence pour la gestion des infrastructures et la circulation sur la ligne Nancy-Contrexéville et pour l'ensemble des tronçons entre Strasbourg et Épinal grâce à des appels d'offres à la suite desquels la désignation des titulaires des contrats interviendra entre mi-2022 et début 2023 pour une reprise de l'exploitation ferroviaire à la fin de l'année 2024 – début 2025, soit après deux ans de travaux de modernisation¹²¹⁴. La région Grand Est est ainsi une pionnière dans l'ouverture à la concurrence à la fois dans la gestion des infrastructures et dans la circulation alors que d'autres régions ont plutôt opté pour l'un ou l'autre des deux volets¹²¹⁵. Les lignes ouvertes à la concurrence à partir de l'année 2024 sont les suivantes : Metz-Forbach-Sarrebruck, Metz-Béning-Sarreguemines, Metz-Thionville-Trèves, Metz-Strasbourg, Strasbourg-Sarreguemines-Sarrebruck, ou bien encore Strasbourg-Karlsruhe. Sur le plan national, l'État, autorité organisatrice en charge des lignes Intercités a pris la décision d'ouvrir à la concurrence la liaison Bordeaux-La Rochelle-Nantes-Lyon.

493. Ce changement de positionnement des autorités organisatrices de sortir de la logique des rapports contractuels avec la seule SNCF représente une opportunité pour les opérateurs alternatifs. M. Thierry Mallet, PDG de Transdev « *avait insisté pour que les appels d'offres*

¹²¹⁴ Article de presse, « Le Grand est lance l'ouverture complète à la concurrence de petites lignes ferroviaires », dans *Le Figaro*, publié le 9 juillet 2020.

¹²¹⁵ *Ibid.* La circulation pour la Région Sud (le lot interurbain Marseille-Toulon-Nice et les lignes autour de Nice à savoir Les Arcs-Nice-Druguignan-Vintimille ; Grasse-Cannes ; Nice-Breil-Tende) et la région Hauts-de-France (les lignes entre Saint-Pol-sur-Ternoise et Arras, Béthune et Étaples, la ligne Paris-Beauvais) et les infrastructures pour la région Centre-Val-de-Loire.

soient le plus larges possibles (y compris la maintenance) »¹²¹⁶. « Pour des opérateurs étrangers déjà présent en PACA (désormais Région Sud) comme l'italien Thello, certains marchés frontaliers sont un terrain privilégié »¹²¹⁷. Par conséquent, Transdev a répondu à l'appel à manifestation d'intérêt lancé en décembre 2017 par la région PACA¹²¹⁸ ainsi qu'à l'AMI lancé le 8 avril 2019 par la région Pays de la Loire à côté d'autres opérateurs comme Arriva, RATP Dev, SNCF Mobilités¹²¹⁹. Ratp DEV, spécialiste de l'exploitation et de la maintenance du transport de voyageurs et Getlink, spécialiste de la gestion, exploitation et la maintenance des infrastructures ainsi de l'exploitation des services ferroviaires de navette dans le tunnel sous la Manche et le fret en France ont créé une joint-venture « Régionéo » constituée d'une « équipe dédiée, issue de salariés de deux maison-mère (dotée) d'une licence ferroviaire » afin de répondre aux futurs appels d'offres sur les TER¹²²⁰. Plusieurs entreprises ferroviaires (Transdev, Trenitalia, RATP, Arriva, Abellio, MTR, FlixTrain) se trouvent désormais dans une phase d'anticipation des procédures d'appels d'offres en France.

¹²¹⁶ Article de presse, « Concurrence ferroviaire : les régions en première ligne », dans *France culture*, publié le 27 février 2020.

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ ALBENOIS (C.), « Ouverture à la concurrence des TER : « huit entreprises sélectionnées » (Tabarot), Article de presse dans Gomet, publié le 17 octobre 2018.

¹²¹⁹ L'AMI portait sur deux lots : les lignes de Pornic et Saint Gilles Croix de Vie et les liaisons vers Cholet, Les Sables d'Olonne et La Rochelle et enfin les dessertes tram-train vers Clisson et Châteaubriant

¹²²⁰ POINGT (M.-H.), « La RATP s'allie avec Getlink pour répondre à de futurs appels d'offres sur les TER », Article de presse dans *VRT*, publié le 26 novembre 2019.

TITRE 2 LE POSITIONNEMENT SUR LES MODES DE GESTION

494. Une fois les paramètres des services ferroviaires régionaux de voyageurs déterminés, les régions doivent procéder à leur organisation afin de répondre aux besoins pour lesquels ils ont été créés.

495. Dans le cadre de la gestion de leurs compétences locales, elles sont investies d'une palette large des instruments juridiques¹²²¹. Elles peuvent ainsi opter soit pour une gestion directe de ces services, soit pour une gestion indirecte, en déléguant le contrat d'exploitation des services ferroviaires de voyageurs à un tiers, généralement un opérateur de transport privé. Le choix entre ces modes de gestion « constitue une question d'opportunité »¹²²², qui échappe au contrôle du juge administratif¹²²³.

496. Si en France, le législateur a privilégié la gestion déléguée grâce à la généralisation du modèle concessif pour l'exploitation des services ferroviaires de voyageurs (**Chapitre 1**), celui-ci n'est exclusif de la possibilité des régions de participer activement, à l'organisation de leurs services ferroviaires régionaux, soit grâce à des régies, soit par des outils juridiques d'entrepreneuriat public (création de SEM par exemple) (**Chapitre 2**).

¹²²¹ DONNIER (V.), « *Droit des collectivités territoriales* », 3^e Ed., Dalloz, 2020, p.206.

¹²²² FERSTENBERT (J.), PRIET (F.), QUILICHINI (P.), « *Droit des collectivités territoriales* », 2^{ème} Ed., Dalloz, 2016, p.845.

¹²²³ CE, 28 juin, 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières* Rec. Lebon n°77659 ; aussi CE 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, Rec. Lebon n°97476.

CHAPITRE 1 LA PRÉVALENCE DU MODELE CONCESSIONNIF

Qualifié le plus souvent contrat de concession ferroviaire (Section 1), le contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs est soumis à un ensemble des règles de passation qui puisent leurs sources dans le droit européen de la commande publique (Section 2).

SECTION 1. LE CADRE LEGAL DE PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION FERROVIAIRE

Sous l'influence du droit européen, la notion de concession englobe actuellement en France l'ancienne notion de « délégation de service public » (§1). L'effort de simplification de la législation a en outre conduit le législateur français dans le cadre de l'adoption de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire d'unifier le régime juridique des concessions et des marchés publics de transport ferroviaire de voyageurs (§2).

§1. De la délégation de service public à la concession

497. **La notion de délégation de service public englobée par celle de la concession.** L'article L1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit, avant sa modification par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession¹²²⁴ dite ordonnance « Concessions » la délégation de service public comme un contrat de concession conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

498. Toutefois, l'ordonnance précitée consacre pour la première fois la notion de « concession de service » en droit français. Si la notion de délégation de service public n'a pas disparu, la réforme de la commande publique de l'année 2016 a néanmoins fait d'elle une sous-

¹²²⁴ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF*, n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66.

catégorie des concessions de services¹²²⁵. L'article L.1121-3 du Code de la commande publique définit ainsi la délégation de service public comme « *une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales* »¹²²⁶. Cette nouvelle définition ne reprend plus la référence au transfert de risque lié à l'exploitation du service et ne modifie pas le périmètre de la délégation de service public¹²²⁷.

499. Enfin, l'article L1121-3 du Code de la commande publique indique que la concession de service a pour objet la gestion d'un service. Elle peut consister à concéder un service « classique » ou la gestion d'un service public. Il en résulte ainsi que lorsqu'il s'agira de concéder l'exploitation d'un service en *open access*, le régime général des concessions sera applicable. Si la concession de service a pour objet l'exploitation des transports régionaux, donc des services publics, elle sera soumise, outre l'ordonnance « Concession » aux règles du règlement « OSP » ainsi qu'au Code général des collectivités territoriales.

§2. L'application indifférenciée des règles de la concession aux marchés publics de transport ferroviaire de voyageurs en France

500. **La généralisation du régime des concessions. Intérêt et enjeux du rapprochement d'attribution des marchés publics et des concessions ferroviaires.** L'article 2 de l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs¹²²⁸ prise en application de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 sur le

¹²²⁵ HOEPFFNER (H.), « La délégation de service public, une notion condamnée ? », *RLCT*, 2014, n°18, p.45 ; aussi L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales crée par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 (cf. Ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique) confirme que les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public.

¹²²⁶ Article L1121-3 du Code de la commande publique.

¹²²⁷ En prolongement de cette idée, voir DELVOLVE (P.), « Les contrats de la « commande publique », *RFDA*, 2016, p.200. L'auteur souligne que « *si les contrats de la commande publique constituent désormais un ensemble dans lequel sont reclassés des contrats existants antérieurement sous des formes et des régimes épars et s'ils sont englobés dans un régime dominé par le droit de l'Union européenne, n'a pas disparu la spécificité de ceux que reconnaît le droit administratif français* ».

¹²²⁸ Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF*, n°0288 du 13 décembre 2018, texte n°55 ; VILLENEUVE (P.), « Modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs : une mise en concurrence encadrée », *JCPA* n°46, 18 novembre 2019, act.707.

nouveau pacte ferroviaire¹²²⁹-, soumet¹²³⁰ les contrats de service public de transport ferroviaire, nonobstant leur qualification juridique(marchés publics ou contrats de concession)¹²³¹ à l'application de l'article L.2121-17-1 du code des transports, et donc à l'application du régime général des concessions. Les concessions de services ferroviaires relèvent désormais du régime général des concessions, à savoir plus spécifiquement des dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession¹²³² ayant transposé la directive « Concessions ». Enfin, la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 sur le nouveau pacte ferroviaire¹²³³ prévoit à son article 14 l'insertion dans le Code des transports d'un article dédié aux règles applicables aux contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs.

501. L'application unifiée de ce régime aux concessions de service ferroviaires et aux marchés publics ferroviaires est un réel apport dans la mesure où l'ordonnance du 12 décembre 2018 vise à combler le vide juridique dans lequel se trouvaient les marchés publics de services ferroviaires. En effet, ces derniers étaient exclus du champ d'application de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics de services¹²³⁴ ayant transposé la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Autrement dit, avant l'adoption de cette ordonnance du 12 décembre 2018, aucune procédure nationale n'était applicable aux marchés publics de services ferroviaires. L'alignement du régime d'attribution des marchés de services ferroviaires sur celui prévu pour les concessions n'est pas une surprise et l'ARAFER anticipait d'ores et déjà ce scénario à côté d'autres alternatives possibles¹²³⁵. En effet, le régulateur français n'excluait pas la possibilité que le législateur unifie le régime des marchés publics de services ferroviaires avec celui des marchés publics de tramway et de bus,

¹²²⁹ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018, précitée.

¹²³⁰ Malgré le maintien textuel formel d'une bipolarisation des Règles propres aux marchés publics portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer (Chapitre II) et des Règles propres aux contrats de concession portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer (Chapitre II).

¹²³¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2018-1135 du 12 décembre 2018, précitée. ; aussi MAUPIN (E.), « Mise en concurrence des transports ferroviaires de voyageurs », *Daloz actualité*, 19 décembre 2018.

¹²³² Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF*, n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66.

¹²³³ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 précitée.

¹²³⁴ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF*, n°0169 du 24 juillet 2015, texte n°38.

¹²³⁵ ARAFER, « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les conditions d'une ouverture à la concurrence efficace des services conventionnés », Mars 2018, p.32.

option qui aurait présenté « *l'avantage de la cohérence des procédures* »¹²³⁶ mais qui aurait conduit toutefois « *à imposer un cadre juridique particulièrement contraignant et à renoncer par la même à toutes les souplesses autorisées par le règlement OSP* »¹²³⁷. Le régulateur soulignait également la possibilité du législateur à prévoir une application de l'ordonnance marché publics aux procédures d'attribution des marchés publics de services ferroviaires tout en incluant la faculté pour le pouvoir public à attribuer ces marchés, selon la procédure concurrentielle avec négociation. Enfin, l'ARAFER proposait un scénario n°4 dans lequel le Conseil d'État concevait par le biais d'un décret une procédure spécifique aux marchés publics des services ferroviaires « *adaptée à la spécificité de ces contrats et utilisant les souplesses autorisées par le règlement OSP* »¹²³⁸. A l'instar de ce qui est avancé par l'ARAFER, l'unification des régimes de marchés publics de services ferroviaires et ceux de concessions aura pour finalité la création d'un « cadre unique et souple ». Par ailleurs, le risque de requalification de ces contrats serait réduit ainsi que le contentieux relatif à cette requalification.

502. **Les limites de l'alignement des régimes.** Si cette unification des régimes a le mérite de la simplification, nous nous interrogeons, toutefois, sur les significations de l'absence d'une procédure spécifique des marchés publics de services ferroviaires. L'alignement de ces marchés publics aux concessions signifie-t-il qu'il n'existe pas des spécificités de ces contrats ? En prolongement de cette logique, l'application d'un régime général des concessions aux concessions ferroviaires n'est-elle pas une validation implicite de l'absence de ces spécificités ? La catégorisation des régimes juridiques tel qu'opérée par le législateur montre qu'il n'a pas privilégié l'objet des contrats (services ferroviaires de voyageurs) ni même l'industrie sur laquelle ils portent, mais plutôt la finalité globale, à savoir la mise en œuvre d'un cadre juridique pragmatique, accessible et opérationnel dans lequel ces contrats doivent s'inscrire. Ce choix du législateur français se calque, par conséquent, sur la volonté des instances européennes de procéder à la simplification des règles de la commande publique en vue d'accroître la capacité des entreprises européennes à répondre aux appels d'offres et par conséquent, à dynamiser l'ordre concurrentiel européen¹²³⁹.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ MAIA (J.), « Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2016, p.197.

SECTION 2. LA PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION RELATIFS AU TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS

L'influence de la législation européenne ainsi que l'évolution de la commande publique en France commandent la nécessité d'une analyse de la procédure de passation des contrats de concession relatifs au transport ferroviaire de voyageurs (§1), ainsi que l'exécution desdits contrats (§2).

§1. La procédure de passation des contrats de concession

Très formelle, la (A), la procédure d'attribution des contrats de concession prévoit des règles spécifiques à charge des autorités organisatrices de transport notamment en matière de définition du périmètre et de la définition des spécifications de la concession (B) et de sélection des candidats (C). Le choix du concessionnaire est ensuite opéré selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse (D).

A. Des formalités strictes à charge des autorités concédantes

503. **Le principe de délégation soumis à la validation de l'assemblée délibérante de la collectivité délégante.** Si au Royaume-Uni, chaque franchise « *est négociée individuellement et constitue un document juridique qui ne peut être résilié qu'avec l'accord des deux parties* »¹²⁴⁰, en France, la collectivité délégante, doit, avant de s'engager dans la libre négociation avec le concessionnaire respecter certains préalables tenant à la décision même de procéder à la délégation du service public, au respect d'une procédure de publicité, à la manière de sélectionner les candidats en enfin à l'attribution du contrat. Sans analyser l'ensemble des règles de passation des contrats de concession¹²⁴¹, nous indiquerons, eu égard d'une concession de service public de transport ferroviaire de voyageurs, que la décision de déléguer la gestion d'un tel service devra résulter, conformément à l'article L1411-4 du Code général des collectivités territoriales de l'assemblée délibérante de la collectivité délégante¹²⁴².

¹²⁴⁰ House of Commons, « Railway Passenger Franchises », Briefing Paper, 23 May 2018, p.5, pp.53, Extrait "Each franchise is negotiated individually and is a legal document that can only be terminated with the agreement of both parties. Individual franchise agreements can be found on the Gov.uk website », (Traduction libre de l'anglais au français).

¹²⁴¹ Voir dans ce sens, BRACONNIER (S.), « Les règles d'attribution des contrats », *RFDA*, 2016, p.252.

¹²⁴² *Ibid.* Art. L1413-1 du Code général des collectivités territoriales ; Aussi LAUCHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (C.), « *Droit des services publics* » précité.

504. Toutefois, dans la mesure où cette obligation n'existe pas pour l'État, la procédure de passation d'un contrat de concession de transport ferroviaire exploité en *open access* n'est pas soumise à ces exigences.

B. La détermination du périmètre et des spécifications de la concession

505. L'autorité concédante choisit librement la procédure lui permettant l'attribution du contrat. Elle doit toutefois veiller à bien déterminer le périmètre de la concession ainsi que l'étendue de ses besoins grâce à des spécifications techniques et fonctionnelles. La définition des besoins de l'autorité concédante est une étape cruciale. La détermination exacte des besoins de l'autorité concédante ne devrait, toutefois, sacrifier la marge de manœuvre, la créativité et le potentiel d'innovation du concessionnaire par un encadrement trop rigide via un excès des spécifications techniques et fonctionnelles.

ENCADRÉ N° 24. POSITION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE BRITANNIQUE SUR LE DEGRÉ DES SPÉCIFICATIONS DANS LES FRANCHISES FERROVIAIRES

L'Autorité de la concurrence britannique (Competition Market Authority) soulignait que le: « *degré de spécification de certains des contrats de franchises actuels peut restreindre de manière significative la capacité des TOC (Train Operating Companies) franchisés à gérer leurs activités de manière commerciale. Certains opérateurs nous ont dit qu'ils assumaient le rôle de « prestataires de services » plutôt que d'opérateurs commerciaux. Cette spécification détaillée des services est susceptible de limiter la capacité des TOC franchisés à adapter leurs services à la demande des voyageurs (par exemple, en adaptant la fréquence des services et en introduisant des innovations), en particulier dans la mesure où la dynamique du marché évolue au cours d'une franchise. Cela peut aussi limiter la capacité du TOC franchisé à réduire ses coûts. Certaines TOC franchisés nous ont également dit que les spécifications de service atténuent leur incitation à exploiter des trains supplémentaires* »¹²⁴³.

Elle poursuivait : « *Les spécifications dans les contrats de franchise ont un rôle particulièrement important à jouer pour garantir la fourniture de services non rentables mais socialement utiles, ainsi que pour protéger les niveaux de service et de qualité des liaisons confrontées à une faible concurrence, telles que les services de navette. Les services qui ne sont pas viables sur le plan commercial mais qui ont une valeur sociale nécessitent souvent davantage d'interventions afin de garantir les avantages sociaux souhaités. Lorsqu'il s'agit des services de navette, les opérateurs sont peut-être moins incités à fournir une qualité de service et une innovation en raison d'une demande inélastique, de moyens de transport saturés et de la régulation des tarifs, ce qui signifie qu'une plus grande spécification est nécessaire. Néanmoins, comme certains intervenants de l'industrie l'ont*

¹²⁴³ Competition Market Authority, "Competition in Passenger rail services in Great Britain", A policy document, 8 March 2018, p.197, (Traduction libre de l'anglais au français).

**ENCADRÉ N° 24. POSITION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
BRITANNIQUE SUR LE DEGRÉ DES SPÉCIFICATIONS DANS LES
FRANCHISES FERROVIAIRES**

indiqué, il est possible que la spécification de service soit plus dynamique pour permettre aux offres de services d'évoluer en fonction des préférences des passagers. »¹²⁴⁴

L'autorité recommandait toutefois, de ne pas minimiser l'importance des spécifications notamment lorsqu'elles portaient sur des contrats relatifs aux services d'intérêt général.

506. Dans le contexte actuel de l'ouverture à la concurrence plusieurs autorités organisatrices françaises ont lancé des avis de pré information comme il ressort du tableau ci-après :

**ENCADRÉ N° 25. LES AVIS DE PRE INFORMATION RELATIFS À DES
CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE
VOYAGEURS**

NOM DE L'AOT	DESCRIPTIONS DES PRESTATIONS	COMMENTAIRES
Hauts de France (06/05/2019) ¹²⁴⁵	<ul style="list-style-type: none"> — Beauvais vers Paris — Lille vers Lens via Don-Sainghin et Lille vers Béthune — Lille vers Valenciennes, et Aulnoye-Aymeries vers Maubeuge, Hirson, et Saint-Quentin — Lille vers Douai et prolongations vers Amiens, Saint-Quentin, Lens, et Cambrai — Lille vers Calais, Boulogne-sur-Mer, Rang-du-Fliers, et Dunkerque — Saint-Pol-sur-Ternoise vers Etaples, Béthune, et Arras — Paris vers Creil, Amiens, et Saint-Quentin 	<p>Procédure d'appels d'offres compétitive Durée 5 ans Début : 11/12/2022 Périmètre fonctionnel très vaste¹²⁴⁷ Vu l'étendu des prestations : degré d'ouverture large</p> <p>Consultation de sourcing préalable¹²⁴⁸</p>

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ Date d'envoi de l'avis.

¹²⁴⁷ Le périmètre inclue l'exploitation des circulations ferroviaires, l'exploitation des circulations routières complémentaires ou de substitution, la gestion des interfaces avec le gestionnaire d'infrastructure et le gestionnaire des gares, notamment pour l'octroi des capacités de circulations sur le réseau (commandes de sillons), la gestion, l'entretien et la maintenance des biens, installations, équipements et matériels roulants utilisés pour le service, le pilotage de prestations nécessaires à la bonne exécution du service qui seraient confiées à des tiers (prestations en gares par exemple), la réalisation de prestations liées à la commercialisation du service: accueil et d'information des voyageurs, distribution, validation et contrôle de titres de transport, mise en œuvre de la politique tarifaire fixée par la Région, actions de communication et de promotion, participation au développement de l'intermodalité, la mesure, l'animation et l'amélioration de la qualité effective du service rendu, la gestion des actions de prévention en faveur de la sûreté dans les trains et en gares, et la lutte contre la fraude, la réalisation de prestations d'études et de conseil visant à améliorer l'offre et le service rendu.

¹²⁴⁸ Afin de préparer les procédures de mise en concurrence ultérieures, la Région Hauts-de-France met en œuvre un sourcing préalable auprès des opérateurs susceptibles de proposer une offre. Cette consultation de sourcing est ouverte jusqu'au 15.11.2019 et vise notamment à recueillir les observations des entreprises manifestant leur intérêt.

**ENCADRÉ N° 25. LES AVIS DE PRE INFORMATION RELATIFS À DES
CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE
VOYAGEURS**

NOM DE L'AOT	DESCRIPTIONS DES PRESTATIONS	COMMENTAIRES
	<p>— Amiens vers Abbeville, Laon, Hirson, Saint-Quentin, Albert, Compiègne, Creil, et Abancourt, Creil vers Beauvais, et Beauvais vers Le Tréport, Abbeville — Le Tréport¹²⁴⁶,</p> <p>— Lille vers Comines, Roubaix, Tourcoing, Courtrai, Ascq, Orchies, et Tournai</p> <p>— Laon vers Paris</p>	
<p>PACA (18/02/2019)¹²⁴⁹</p>	<p>Lot n°1 : Marseille-Toulon-Nice (trains interurbains)</p> <p>Lot n°2 : Les Arcs-Draguignan - Nice - Ventimiglia, Cannes - Grasse et Nice -Tende (trains urbains et interurbains)</p>	<p>Procédure d'appel d'offres compétitive</p> <p>Date début procédure : 12/12/2022 (lot n°1) et 15/12/2024 (lot n°2)</p> <p>Périmètre fonctionnel très vaste (susceptible d'évoluer)¹²⁵⁰</p> <p>Durée chacun des contrats : 10-15 ans</p>
<p>Grand Est (28/03/2019)¹²⁵¹</p>	<p>Lignes ferroviaires Epinal - Saint-Die-des-Vosges - Strasbourg et SELESTAT - Molsheim – Strasbourg</p> <p>Aussi les lignes routières environnantes</p>	<p>Procédure d'appel d'offres compétitive</p> <p>Début contrat : 01/03/2022</p> <p>Durée : 8-15 ans</p> <p>Matériel mis à disposition par la Région.</p>

¹²⁴⁶ Parcours mis à jour à la suite de l'Avis rectificatif lancé par la Région Hauts-France le 24 juillet 2019.

¹²⁴⁹ Date d'envoi de l'avis.

¹²⁵⁰ Le périmètre fonctionnel comprend les prestations suivantes : exploiter le service de transport ferroviaire régional de voyageurs sur le périmètre géographique concerné ; assurer la commercialisation des titres de transport ; assurer la garde, l'entretien et la maintenance des matériels, installations et équipements nécessaires à l'exécution du service, notamment le matériel roulant ; assurer l'accueil, l'information et la sécurité des voyageurs dans les gares régionales ; assurer la lutte contre la fraude ; assurer la communication commerciale et la promotion du réseau, en coordination avec la Région ; assurer l'exploitation de sites de remisage mutualisés avec d'autres transporteurs sur le périmètre géographique des services sus-mentionné. En complément de ces missions, les opérateurs doivent se préparer, le cas échéant, à fournir/réaliser/financer des investissements portant principalement sur le matériel roulant (rénovation, achat, location) et sur les sites de maintenance (modernisation d'installations existantes, recherche de terrain, préparation du terrain, conception, construction d'un atelier).

¹²⁵¹ Date d'envoi de l'avis.

**ENCADRÉ N° 25. LES AVIS DE PRE INFORMATION RELATIFS À DES
CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE
VOYAGEURS**

NOM DE L'AOT	DESCRIPTIONS DES PRESTATIONS	COMMENTAIRES
		<p>Périmètre fonctionnel vaste¹²⁵². L'opérateur ferroviaire pourra être amené temporairement à réaliser de prestations de maintenance dans les ateliers de SNCF Mobilités.</p> <p>Le personnel ferroviaire pourra bénéficier de la poursuite de son contrat de travail et du maintien des dispositions de la convention collective de la branche ferroviaire.</p>
<p>Grand Est (28/03/2019)¹²⁵³</p>	<p>Fourniture de services de transport ferroviaire et routier de voyageurs sur la ligne Nancy – Contrexeville + services routiers sur le même périmètre</p>	<p>Procédure d'appel d'offres compétitive Début contrat : 01/03/2022 Durée contrat : 22 ans</p> <p>Périmètre fonctionnel vaste¹²⁵⁴ Financement des travaux par l'exploitant</p> <p>Exploitant en charge de la maintenance du matériel roulant</p> <p>Pas indiqué pour l'instant si le matériel roulant et les installations de maintenance seront mis à la disposition de l'exploitant</p>

¹²⁵²Extrait avis : « L'Exploitant se verra confier la maintenance du matériel roulant. Celui-Ci sera mis à sa disposition par la Région Grand Est, ainsi que les installations de maintenance. Le cas échéant, l'exploitant pourra être amené, de façon temporaire, à assurer les prestations de maintenance dans les installations actuelles de SNCF Mobilités. Les services routiers complémentaires devront être assurés sur l'ensemble de ces lignes. En effet, la Région Grand Est attend de l'exploitant des propositions de desserte à la fois ferroviaires et routières. En outre, l'offre de service pourra comporter dans un premier temps, une obligation de substitution routière pour la portion EPINAL - Saint-Die-des-Vosges: la ligne nécessitant des travaux de régénération non programmés à date de publication du présent avis, l'exploitant pourra être amené à assurer une exploitation routière de substitution si ces travaux ne sont pas terminés lors du démarrage effectif du contrat de service public. L'Exploitant assurera la commercialisation du service: distribution, information des voyageurs, contrôle, relations clients. Il déploiera des actions de communication et de promotion sur le périmètre qu'il exploitera. L'exploitant sera obligatoirement une entreprise ferroviaire titulaire du certificat de sécurité. Une compensation pourrait être accordée par la Région Grand Est à l'exploitant en contrepartie de l'exploitation du service en lien avec le niveau de fréquentation et les recettes ».

¹²⁵³ Date d'envoi de l'avis.

¹²⁵⁴ Extrait avis : « L'Exploitant devra concevoir et réaliser des travaux de régénération sur la portion de la ligne entre Pont Saint Vincent et Vittel. Le montant prévisionnel des investissements concernant la régénération de cette portion de la ligne est estimé à 66 millions d'euros. Le volume d'offre de transport ferroviaire envisagé à l'issue des travaux de remise en service de la ligne ferroviaire entre Pont-Saint-Vincent et Vittel est de l'ordre de 0,7 million de train-km par an. L'Offre de transport ferroviaire actuelle sur la section de ligne Nancy - Pont Saint Vincent représente un volume de 0,2 million de train-km par an. Les services routiers complémentaires devront être assurés sur cette ligne. L'Exploitant assurera la commercialisation du service qui pourra notamment comprendre l'information des voyageurs, la distribution, le contrôle et les relations clients, et déploiera des actions de communication et de promotion sur le périmètre qu'il exploitera ».

**ENCADRÉ N° 25. LES AVIS DE PRE INFORMATION RELATIFS À DES
CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE
VOYAGEURS**

NOM DE L'AOT	DESCRIPTIONS DES PRESTATIONS	COMMENTAIRES
		<p>par la Région ou s'ils seront à prévoir par l'exploitant.</p> <p>Poursuite des contrats de travail et des garanties du personnel ferroviaire</p>
<p>Ministère de la transition écologique et solidaire/ministère en charge des transports (09/01/2019)¹²⁵⁵</p>	<p>Exploitation des lignes des trains</p> <p>TET :</p> <p>Nantes -Lyon</p> <p>Nantes- Bordeaux</p>	<p>Début : 01/04/2022 Durée : 10 ans</p> <p>Procédure d'appel d'offres compétitive</p> <p>Le matériel roulant sera apporté par l'État.</p> <p>Périmètre fonctionnel restreint (limitation à l'exploitation des services ferroviaires) L'offre de service pourra comporter une obligation de substitution routière en cas de perturbation prévisible du trafic, notamment en cas d'indisponibilité de l'infrastructure.</p> <p>Les personnels actuellement affectés à ces deux lignes pourront bénéficier de la poursuite de leurs contrats de travail ainsi que du maintien des dispositions de la convention collective de la branche ferroviaire.</p>

507. L'analyse du tableau nous permet de formuler plusieurs conclusions.

508. **La détermination de la durée du contrat.** Nous avons pu constater que les durées des contrats envisagés oscillent entre 5 ans (cas de la région Hauts-de-France) et 22 ans (cas de la Région Grand Est). L'abandon de la durée longue des contrats de gestion de services publics est un principe anciennement consacré par la loi dite Sapin dans une optique « d'un meilleur équilibre du contrat et des intérêts des contractants »¹²⁵⁶. A son tour, la jurisprudence n'a pas hésité à justifier la limitation de la durée des contrats par la nécessité d'une remise en concurrence périodique des conventions de délégations de service public au point où elle a érigé cette remise en concurrence en « impératif d'ordre public »¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ Date d'envoi de l'avis.

¹²⁵⁶ LAUCHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (C.), « *Droit des services publics* », précité.

¹²⁵⁷ *Ibid.* L'auteur renvoie à la jurisprudence CE, ass., 8 avril 2009 *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet*, AJDA 2009.

509. A contrario, la durée longue du contrat envisagé par la Région Grand Est se justifie par des prestations très étendues mises à la charge de l'opérateur économique parmi lesquelles nous rappelons le financement travaux de régénération de la ligne ferroviaire dont le montant prévisionnel s'élève à 66 millions d'euros. Des interrogations quant à la durée optimale des contrats de délégation de service public ont été formulées aussi à l'étranger. Par exemple, au Royaume-Uni le rapport Brown¹²⁵⁸ sur le système britannique des franchises concluait en 2013 à la nécessité que celles-ci soient conclues pour une durée initiale comprise entre 7 et 10 ans avec la possibilité de prolongation d'une durée complémentaire comprise entre 3 et 5 ans, sans excéder ainsi la durée totale de 15 ans.

Train operator	Ownership	Term	m train-km
Greater Anglia	Abellio (owned by NS)	9 years	29.8
Arriva Trains Wales	Arriva (owned by DB)	15 years	24.0
Essex Thameside	National Express (private operator)	15 years	7.0
Caledonian Sleeper	Serco (private operator)	15 years	1.4
Chiltern Railways	Arriva (see above)	20 years	11.1
CrossCountry	Arriva (see above)	9 years	33.0
East Midlands Trains	Stagecoach (private operator)	2.5 years; direct award	23.0
Govia Thameslink Railway	Govia (65% Go Ahead; 35% Keolis)	7 years	61.9
Great Western Railway	FirstGroup (private operator)	4 years; direct award	43.0
London Midland	Govia (see above)	2 years; direct award	25.0
London Overground	Arriva (see above) – from November 2016	7.5 years + 2 year option	8.1
Merseyrail	50:50 joint venture (Abellio / Serco)	25 years	6.6
Northern	Arriva (see above)	9 years + 1 year option	46.2
ScotRail	Abellio (see above)	7 years + 3 year option	46.7
South Western	Stagecoach (private operator)	10 years	40.2
Southeastern	Govia (see above)	3.5 years; direct award	31.1
TfL Rail (Crossrail)	MTR Corporation (see above)	8 years + 2 year option	2.3
TransPennine Express	FirstGroup	9 years + 1 year option	19.6
Virgin West Coast	51% Virgin; 49% Stagecoach	3 years; direct award	35.2
Virgin East Coast	10% Virgin ; 90% Stagecoach	8 years	22.1

Fig. 16 Durée des franchises britanniques en 2016

Source : Rapport A. Smith, CERRE

510. **La fixation des prestations larges à charge du concessionnaire.** S'agissant du périmètre fonctionnel (les prestations que doit exécuter le concessionnaire), nous avons noté qu'il est très étendu. Il comporte outre l'exploitation *per se* des services ferroviaires et les

¹²⁵⁸ The Brown Report of the Rail Franchising Programme, Provided to the Department for Transport, December 2012, published January 2013, pp.85.

éventuels travaux de régénération des lignes, la commercialisation des titres de transport, la maintenance du matériel roulant. Il est particulièrement intéressant de noter que les régions envisagent également des substitutions routières en cas d'indisponibilité de trafic ferroviaire. Cette technique n'est pas nouvelle et nous avons observé cela en matière de transport urbain de voyageurs lorsque celui-ci a pu être couplé avec la mise à disposition des systèmes de vélo ou des voitures en libre-service des lors que par une interprétation extensive, ces dernières activités ont pu être assimilées à la notion de « transport urbain » au sens du Code général des collectivités ou encore du « transport public » au sens du Code des transports¹²⁵⁹. De manière analogue, pour ce qui concerne les conventions portant sur l'exploitation des services ferroviaires et routiers, cette approche conforte les autorités organisatrices de transport ferroviaire dans leur statut d'autorités de l'intermodalité. Ainsi, l'inter connectivité des modes de transport est un objectif qui est désormais intégré dans le périmètre des conventions de service public.

511. **Des spécifications relatives au matériel roulant et à la maintenance.** Enfin, il résulte de la présentation des avis de pré-information que le matériel roulant est souvent mis à disposition par les autorités organisatrices de transport. La maintenance de celui-ci fait généralement partie des prestations à fournir par le concessionnaire. Les avis de pré informations n'indiquent pas à l'unanimité si la maintenance devra se réaliser dans des ateliers fournis par l'exploitant ou mis à disposition par la région. Un troisième scénario est aussi envisageable : la maintenance sera réalisée par l'exploitant, mais dans les ateliers de maintenance de la SNCF Mobilités. Si les deux premiers scénarios sont plus avantageux pour l'exploitant c'est parce que celui-ci souhaitera généralement avoir la maîtrise intégrée exploitation-maintenance sous son contrôle sans l'implication d'une tierce partie et cela, même si l'opération s'avèrera plus coûteuse.

C. La sélection des opérateurs ferroviaires candidats

512. **La fixation des critères de sélection.** Le processus de sélection des candidats tel que fixé par l'ordonnance « Concessions » et le décret est la réflexion exacte des dispositions du cadre européen en la matière. L'autorité concédante procédera à la sélection des candidats en application des critères non discriminatoires et liés à l'objet du contrat, tel qu'il ressort des

¹²⁵⁹ POLDERMAN (B.), CABANES (C.), « La délégation de service public de transport : un mode de gestion privilégiée dont certains aspects restent à maîtriser », *Contrats publics*, mai 2015, n°154.

documents de la consultation. L'autorité concédante analyse les offres en fonction d'une multitude des critères préalablement portés à la connaissance des opérateurs économiques via les documents de la consultation¹²⁶⁰. L'article 47 de l'ordonnance « Concessions » dispose que ces critères doivent être objectifs, liés à l'objet du contrat et suffisamment précis afin mieux encadrer la liberté de choix de l'autorité concédante. Si pour la passation des marchés publics, l'autorité adjudicatrice est obligée à procéder à une pondération des critères, pour ce qui concerne les contrats de concession, l'autorité concédante n'a pas une obligation analogue, pouvant ainsi se contenter d'une simple hiérarchisation des critères.

513. **Une définition équilibrée des critères.** Au Royaume-Uni les réflexions sur le processus de passation des franchises, sur leurs structures ont nécessairement intégré la nécessité de privilégier la place du voyageur. A ce titre, les autorités de transport ont été partagées entre d'un côté, l'adoption des critères et la définition des franchises attractifs qui encouragent la participation des opérateurs et de l'autre côté, l'identification des critères de qualité de service, qui soit plus fidèle aux besoins et aux nécessités des voyageurs en termes de ponctualité, sûreté, confort etc¹²⁶¹. Par ailleurs, un autre équilibre qui a été recherché par les autorités de transport britanniques portait sur la nécessité de garantir un certain niveau de qualité de service pour les voyageurs tout en laissant aux opérateurs économiques la flexibilité optimale pour innover et proposer des services davantage compatibles aux demandes des voyageurs¹²⁶². Outre le critère de la qualité de service rendu aux usagers les autorités concédantes peuvent aussi retenir des critères sociaux, environnementaux ou relatifs à l'innovation.

514. **La négociation du contrat de transport ferroviaire, levier de politique publique des transports.** Après une première évaluation des offres, l'autorité concédante a la faculté de procéder à une négociation avec les opérateurs économiques dont les avantages sont nombreux. Au Royaume-Uni, la facilitation de la négociation des autorités publiques lors de la passation des contrats de la commande publique constitue un aspect qui permet de considérer la

¹²⁶⁰ Les opérateurs économiques doivent avoir été informés au préalable, grâce aux documents de la consultation, des exigences relatives aux capacités techniques et financières, ces dernières étant nécessairement liées et proportionnées à l'objet du contrat. Une fois l'analyse de ces capacités réalisée, l'autorité concédante élaborera, en application de l'article 45 de l'ordonnance « Concessions » la liste des candidats autorisés à participer à la procédure. Mesure de sécurité contre l'arbitraire de l'autorité concédante, la liste des candidats est placée sous le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif.

¹²⁶¹ Competition Market Authority, « Competition in passenger rail services in Great Britain », A discussion document for consultation, 17 July 2015, p.8, pp. 161.

¹²⁶² *Ibid.*

transposition des directives relatives à la commande publique un succès en droit britannique¹²⁶³. Appliquée dans la programmation et la structure des franchises ferroviaire, cette prérogative de négociation au bénéfice des autorités publiques permet de réclamer aux opérateurs économiques le respect des certaines exigences dépassant le cadre même de la franchise et s'apparentant plutôt à des politiques publiques. Il s'agit notamment de la possibilité des autorités publiques à demander par exemple, une offre qui se montre plus « sensible » envers la politique de réduction des émissions de carbone, de renforcement de l'accessibilité et de la non-discrimination, d'une émission intelligente des titres de transport etc¹²⁶⁴. Si les procédures sans négociation sont davantage adaptées à la passation des contrats portant sur l'exploitation des services par autobus, la négociation est très bénéfique aux contrats relatifs à l'exploitation ferroviaires dans la mesure où ce secteur comporte un haut niveau de complexité technique et implicitement, financière¹²⁶⁵. Il en résulte ainsi que l'option d'inclusion d'une phase de négociation dans la procédure permet un rapprochement de l'autorité organisatrice vis-à-vis des opérateurs économiques et donc une ouverture des échanges relatives aux besoins de contractants. Cela étant, la prudence commande la mise en œuvre d'un encadrement des conditions de la négociation. A titre d'exemple, la durée de la négociation ne doit pas être excessive. Ensuite, la négociation doit se dérouler dans le respect des spécifications publiées dans les documents de la consultation. Enfin, l'autorité concédante ne peut pas modifier les critères d'attribution, mais elle peut modifier le contenu du contrat si ces modifications sont justifiées de manière objective par l'intérêt du service et si elles ne sont pas discriminatoires¹²⁶⁶.

D. Le choix du concessionnaire ferroviaire

515. A l'instar de la directive « Concessions », la sélection du concessionnaire est opérée selon que son offre est celle économiquement la plus avantageuse. Le critère du prix n'est pas l'unique critère qui permet l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, cet avantage économique global pour l'autorité concédante étant apprécié au regard de la multitude des critères de sélection communiqués dans les documents de la consultation. Au Royaume-Uni, il est considéré que les franchises ferroviaires seraient attribuées par le ministre des

¹²⁶³ Crown Commercial Services, « Reform of the EU procurement rules -public sector-“, Briefing for Procurement Practitioners, 2015, pp.86.

¹²⁶⁴ Department for Transport, « Franchising Competition Guide », précité.

¹²⁶⁵ HENSHER (D. A.), STANLEY (J.), “Transacting under a performance-based contract: thr role of negotiation and competitive tendering”, *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, Vol., 42, Issue 9, November 2008, op.1143-1151.

¹²⁶⁶ *Ibid.*

transports, après appel d'offres aux opérateurs privés sur la base de la subvention demandée la plus faible¹²⁶⁷. En effet, les opérateurs ferroviaires eux-mêmes décident de participer à la procédure concurrentielle selon qu'ils seraient amenés de verser une « prime » à l'autorité de transport (DfT) ou le montant de la subvention qu'ils pourraient obtenir. Ainsi, « *l'existence et l'ampleur de la « prime » reflètent globalement l'attractivité commerciale des soumissionnaires de la franchise concernée, elle-même reflétant la mesure dans laquelle la franchise contient des services rentables ou des activités de service public non rentables mais socialement valables* »¹²⁶⁸. Le choix du titulaire de la franchise est fait « *sur la base d'un système de notation pondéré prenant en compte des facteurs tels que la subvention requise ou la prime offerte et des initiatives visant à améliorer la qualité de service des passagers* »¹²⁶⁹. En France, une fois l'offre sélectionnée et l'accomplissement de certaines formalités préalables¹²⁷⁰, les parties pourront procéder à la signature du contrat de concession. S'agissant des contrats portant sur l'exploitation des services TET ou des services *en open access*, c'est l'autorité ministérielle qui signera les contrats de concession. Ceux relatifs à l'exploitation des lignes régionales seront signés par la région dans la personne de son représentant, le préfet.

¹²⁶⁷ Embassy of Belgium, Wallonia Trade and Investment Office, "Etude: l'industrie ferroviaire au Royaume-Uni", décembre 2016, p.4.

¹²⁶⁸ Competition Market Authority, « Competition in passenger rail services in Great Britain », A discussion document for consultation, 17 July 2015, p.29, précité, Extrait: "*The existence and scale of a "premium" or subsidy broadly reflects the commercial attractiveness to bidders of the franchise concerned, which is itself reflective of the extent to which the franchise contains profitable services or unprofitable, but socially valuable, public service operations*" (Traduction libre de l'anglais au français).

¹²⁶⁹ Competition Market Authority, « Competition in passenger rail services in Great Britain » A policy Document, 8 March 2016, p.39, Extrait: "*The winner is selected on the basis of a weighted scoring system taking into account factors including the subsidy required or premium offered and initiatives to enhance the quality of service for passengers.* ", (Traduction libre de l'anglais au français).

¹²⁷⁰ En application de l'article L1411-5 du Code général des collectivités territoriales modifié par l'Ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public saisira l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. L'organe délibérant a la faculté de désapprouver le choix de l'offre fait par l'autorité exécutive. Par ailleurs, si le montant des contrats de concession excède les seuils d'application de la directive « Concessions », l'autorité concédante devra obligatoirement informer les candidats évincés. A contrario, si les montants des contrats sont inférieurs auxdits seuils, l'information des candidats évincés demeure une faculté.

§2. L'exécution du contrat de concession de transport ferroviaire de voyageurs

516. **Pour une analyse des clauses institutionnelles, financières des contrats portant sur le transport ferroviaire.** Voir Chapitre Pilotage de la concurrence ferroviaire par les autorités de transport.

517. **La sous-traitance dans les contrats de concession ferroviaire.** L'article 2193-2 du Code de la commande publique définit la sous-traitance comme *l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur* ». Selon la doctrine, la sous-traitance est un montage contractuel qui permet la conclusion des sous-contrats, c'est-à-dire des contrats par lesquels un concessionnaire confie à des tiers l'exécution de certaines prestations qu'il s'est engagé à assumer en vertu d'un contrat de concession¹²⁷¹. Favorable au recours de la sous-traitance¹²⁷², le droit de l'Union européenne retient cette appellation tant de manière générale, dans la directive « Concessions »¹²⁷³ que spécifiquement, dans le règlement « OSP »¹²⁷⁴ relatif aux services publics de transport ferroviaire de voyageurs.

518. **L'obligation de publicité des conventions de sous-concessions.** L'ordonnance « Concessions » n'oblige pas, sauf exceptions¹²⁷⁵, le concessionnaire à organiser une publicité ou mise en concurrence pour sous-traiter certaines prestations issues de son contrat de

¹²⁷¹ RICHER (L.), « *Droit des contrats administratifs* », 9^{ème} Ed., 2014, N°1081, p.458.

¹²⁷² BOIZARD (M.), « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, 1992.

¹²⁷³ Art. 42 de la directive « Concessions ».

¹²⁷⁴ Par exemple, le considérant n°19 du règlement « OSP » : « Le recours à la sous-traitance peut contribuer à accroître l'efficacité des transports publics de voyageurs et rend possible la participation d'autres entreprises que l'opérateur de service public auquel a été attribué le contrat de service public. Toutefois, en vue d'optimiser l'utilisation des fonds publics, les autorités compétentes devraient pouvoir déterminer les modalités de sous-traitance de leurs services publics de transport de voyageurs, en particulier lorsque les services sont fournis par un opérateur interne. En outre, il ne devrait pas être interdit à un sous-traitant de participer à des mises en concurrence sur le territoire de toute autorité compétente. La sélection d'un sous-traitant par l'autorité compétente ou son opérateur interne doit être effectuée en conformité avec le droit communautaire ».

¹²⁷⁵ D'abord, le concessionnaire doit organiser une mise en concurrence des lors qu'il est lui-même un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de l'ordonnance « Concessions ». Le sous-concessions de plages témoignent de l'application de cette exception dans la mesure où le décret n°2006-608 du 26 mai 2006 dont la légalité a été admise par le Conseil d'État (CE 14 avr. 2008, *Fédération nationale des plages restaurants*, req. n° 298810, AJDA 2008. 841, obs. J.-M. Pastor, BJCL 2008. 427, concl. N. Escaut) prévoit que le sous-concessions de plages sont soumis sont soumises à une procédure de publicité en vue de la prestation de plusieurs offres concurrentes des lors que le concessionnaire est une personne privée. De manière analogue, dans le domaine des concessions d'autoroute, les sous-concessions passées par les concessionnaires en vue de l'exploitation des installations commerciales situées sur le bord d'autoroutes (distribution de carburant, restauration, hôtellerie, change de devises) doivent être passées après une publicité et mise en concurrence).

concession. Dans le domaine ferroviaire toutefois, toute entreprise ferroviaire, titulaire d'un contrat de concession avec l'autorité organisatrice de transport, doit soumettre les conventions de sous-concessions portant sur des activités qui « accompagnent » l'exploitation des services ferroviaire de voyageurs (telles que la restauration, la sûreté, une éventuelle prestation de conciergerie, garde des enfants dans le train) à la publicité et mise en concurrence afin que plusieurs opérateurs intéressés puissent proposer leurs offres dans la mesure où elle agit en tant que pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice conformément aux définitions opérées par l'ordonnance « Concessions ». Ensuite, le concessionnaire doit également organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour son sous-contrat s'il agit en tant que mandataire de l'autorité concédante. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation en 2011¹²⁷⁶. Il en résulte ainsi que pour identifier la qualité de mandataire de l'entreprise ferroviaire, il convient d'analyser les clauses du contrat principal -le contrat de concession – et s'il apparaît que l'entreprise est expressément titulaire d'un mandat strict (au sens du code civil), elle sera obligée de procéder à une publicité et mise en concurrence.

ENCADRÉ N°26. L'OBLIGATION D'AGREMENT DU SOUS-TRAITÉ

Malgré l'autonomie relative du sous-contrat, ce dernier demeure intimement lié au contrat principal « *qui lui sert de matrice* »¹²⁷⁷. La disparition du contrat principal entraîne automatiquement la disparition du sous-contrat¹²⁷⁸. Si le concessionnaire ne doit pas procéder à l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, sauf dans les hypothèses précisées antérieurement, il est obligé d'obtenir systématiquement l'accord de l'autorité concédante quant au sous-traité qui prendra en charge certaines prestations issues du contrat de concession.

L'article 42 de la directive « Concessions » autorise le pouvoir adjudicateur à exiger du concessionnaire, après l'attribution de la concession et, au plus tard au début de l'exécution de la concession, qu'il lui indique le nom, les coordonnées et les représentants légaux des sous-traitants participant à la prestation des services. Cet article a été transposé à la lettre par l'article 35 du décret « Concessions ». Afin de donner l'agrément au sous-traité, l'autorité concédante vérifiera si celui-ci de toutes les capacités professionnelles, techniques et financières pour accomplir les prestations qui lui seront imparties.

En ce qui concerne les concessions portant sur les transports ferroviaires de voyageurs, la procédure d'agrément est la même que celle décrite à l'article 35 précité. Le règlement « OSP » ne fait pas expressément référence au caractère obligatoire de l'agrément du sous-traité par l'autorité compétente et il renvoie au droit national et au droit européen pour les conditions applicables à la sous-traitance.

¹²⁷⁶ Cour de cassation, ch., crim., 4 mai 2011, n° de pourvoi : 10-87.447.

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ *Ibid.*

519. Les franchises ferroviaires britanniques autorisent la sous-traitance des services ferroviaires de voyageurs, mais elles soumettent la procédure au respect des conditions suivantes : a) l'opérateur ferroviaire ne peut pas sous-traiter les services sans le consentement préalable du secrétaire d'État qui doit recevoir une notification écrite (« written notice ») ; b) l'opérateur ferroviaire demeure partie contractante dans tous les contrats d'accès (« Track Access Agreements ») et locations de propriété (« Property Leases ») ; c) l'opérateur ferroviaire continue de prévoir et de contrôler les termes et les conditions d'exécution des services de transport¹²⁷⁹. Le contrat de franchises peut indiquer le nombre de train km qui peuvent être délégués¹²⁸⁰. Enfin, le sous-contrat ne peut pas décharger l'opérateur ferroviaire des obligations auxquelles il a souscrit dans le cadre du contrat de franchise.

520. Quelques illustrations des clauses de sous-traitance dans les conventions d'exploitation des TER en France suivent ci-après.

ENCADRÉ N° 27. LA CLAUSE DE SOUS-TRAITANCE DANS LA CONVENTION D'EXPLOITATION DES TER DANS LA RÉGION GRAND EST

En France, et plus particulièrement dans la convention conclue par la région Grand Est avec la SNCF Mobilités pour la durée 2017-2024, l'article 6.2 relatif aux Missions de SNCF Mobilités autorise au point b) l'opérateur ferroviaire à recourir à la sous-traitance « dans le cadre de ses missions ».

La région confère ainsi une large marge de manœuvre à l'opérateur pour recourir à ce procédé dans la mesure où elle n'opère aucune interdiction des missions à sous-traiter.

Si l'opérateur reste libre de déterminer quelles missions il pourra sous-traiter, la Région lui impose, toutefois, le principe de mise en concurrence des sous-traitants dans les conditions fixées par l'ordonnance et le décret « Concessions ».

A l'instar des dispositions présentes dans les franchises britanniques, la convention conclue par la Région Grand Est indique expressément que SNCF Mobilités « *reste seul responsable vis-à-vis de la Région de la bonne exécution de la totalité des services sous-traités ainsi que du respect des stipulations de la Convention* ». Par ailleurs, pour ce qui concerne, les services routiers réguliers, SNCF Mobilité est tenue uniquement d'informer la région de la sous-traitance desdits contrats, sans pour autant que la Convention consacré expressément l'obligation d'un agrément de la Région de ces sous-traitants.

¹²⁷⁹ Par exemple, Schedule 2.3 Third Part Delivery Of Passenger services and Other Franchisees, Franchise Agreement -East Midlands, 11 February 2019.

¹²⁸⁰ *Ibid.* Le nombre de train km sous traités ne dépasse pas 5% du nombre total de train km à charge de l'opérateur ferroviaire pour la durée du contrat (durée de référence). Ce même pourcentage est également repris dans la franchise Cross Country Franchise Agreement, daté du 28 septembre 2016.

En l'état cette clause confère une large marge de manœuvre à l'opérateur ferroviaire. Si la Région adopte une approche plus autoritaire de la gestion de la convention d'exploitation des TER, il serait plus judicieux qu'elle ajoute dans la convention, à l'instar des franchises britannique, un seuil exprimé en train km au-delà duquel la sous-traitance des services de transport ferroviaire ne sera pas autorisée. A contrario, lorsque la Région préfère une approche moins autoritaire et davantage orientée vers la liberté d'action de l'opérateur ferroviaire y compris dans les partenariats contractuels qu'il sera amené de réaliser en vue de l'exécution de la convention TER, elle conservera la clause de sous-traitance dans l'état actuel de rédaction.

ENCADRÉ N° 28. LA CLAUSE DE SOUS-TRAITANCE DANS LA CONVENTION D'EXPLOITATION DES TER DANS LA REGION NORD-PAS-DE-CALAIS

La convention d'exploitation TER conclue par la Région Nord-Pas-de-Calais avec SNCF Mobilités pour la durée 2015-2024 propose un encadrement plus exigeant de la sous-traitance que la convention de la région Grand Est. En effet, conformément à l'article 5 de cette convention, SNCF Mobilité peut sous-traiter « *des missions accessoires au regard du contenu du service public objet de la présente convention (service routiers,...)* ».

A la lecture de cette clause, nous sommes amenés à considérer que l'exploitation des services ferroviaires *per se* ne pourra pas être sous-traitée dans la mesure où elle constitue la définition même du service public de transport ferroviaire de voyageurs. La rédaction de cette clause est exigeante dans des lors que seulement les missions « *accessoires* » tel que les services routiers pourront faire l'objet d'une sous-traitance. L'exclusion de l'exploitation des services ferroviaires du champ matériel de la sous-traitance confirme de caractère intuitu personae des conventions d'exploitation TER, seulement l'opérateur ferroviaire devant être responsable de l'accomplissement de cette prestation, objet du contrat.

Enfin, sans imposer textuellement la règle de la mise en concurrence des sous-traitants, la convention se limite uniquement à indiquer que celle-ci se déroulera selon les conditions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics de certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics¹²⁸¹ et aux décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005¹²⁸², abrogés au 1^{er} avril 2016. A l'instar des franchises britanniques et de la convention TER Grand Est, la convention TER conclue par la région Nord-Pas-de-Calais pose l'obligation de SNCF Mobilités à rester la seule responsable vis-à-vis de la Région de la bonne exécution de la totalité des services et du contrôle des services sous-traités.

¹²⁸¹ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics de certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF*, n°131 du 7 juin 2005, texte n°10.

¹²⁸² Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF*, n°247 du 22 octobre 2005, texte n°24.

521. **Une rédaction permissive des clauses de sous-traitance dans les conventions TER en France.** L'analyse des clauses de sous-traitance présentes dans les conventions d'exploitation des services ferroviaires TER nous amène à considérer leur rédaction comme étant relativement laxiste et permissive¹²⁸³. Cette rédaction est l'héritage du système monopoleur dans lequel l'opérateur ferroviaire national a déroulé son activité. Les régions donnent souvent une très large marge de manœuvre à SNCF Mobilités quant aux missions qui peuvent être déléguées. Seulement quelques conventions se limitent à annoncer qu'uniquement les missions accessoires à l'exploitation ferroviaire pourront être sous-traitées. Si dans un contexte concurrentiel, il ne devait pas avoir d'obstacle à la sous-traitance par l'opérateur ferroviaire de l'exploitation de services ferroviaires de voyageurs, à l'instar du modèle britannique, il ne serait pas interdit de limiter cette sous-traitance à un nombre fixe de train km pour la durée d'exécution du contrat principal. C'est en prolongement de cette idée, que le règlement « OSP » lui aussi encourage le recours à la sous-traitance¹²⁸⁴ tout en obligeant l'opérateur chargé de la gestion et de l'exécution du service public transport de voyageurs d'exécuter lui-même une partie importante du service public de transport de voyageurs ¹²⁸⁵.

522. A la lumière de ces dispositions, nous sommes d'avis que la clause de sous-traitance devrait pouvoir permettre l'exploitation des services ferroviaires par des tiers autres que l'opérateur principal à la hauteur d'un certain nombre de train km ou autre indicateur adapté, objectif et mesurable. Ensuite, la clause devrait textuellement et de manière obligatoire consacrer la nécessité de l'agrément du sous-traitant par la Région. Outre l'indication de la seule responsabilité de l'opérateur principal vis-à-vis de la région, la clause de sous-traitance devrait également indiquer les modalités (du moins non exhaustives) selon lesquelles l'opérateur vérifiera/ contrôlera la bonne exécution des prestations exécutées par les sous-traitants. L'opérateur principal devra en outre communiquer, spontanément selon une durée fixée au préalable, ou à la demande de la région, un rapport sur l'exécution des prestations sous-traitées. L'objectif de ces clauses seraient en effet de garantir la transparence des relations

¹²⁸³ Classiquement, dans les conventions d'exploitation des TER, la clause de sous-traitance est le plus souvent rédigée selon les termes suivants : « *SNCF peut sous-traiter l'exécution des missions qui lui sont confiées au regard du contenu du service public objet de la présente Convention. La mise en concurrence des sous-traitants est effectuée conformément aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux contrats passés par les entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005. SNCF reste seule responsable vis-à-vis de la Région, de la bonne exécution de la totalité des services ainsi que du respect des dispositions de la Convention. SNCF prend toutes les dispositions pour assurer le contrôle des services sous-traités* », Extrait article 1.8 de la Convention TER conclue par la Haute Normandie pour la durée 2014-2018.

¹²⁸⁴ Considérant n°19 du règlement « OSP ».

¹²⁸⁵ Article 4 paragraphe 7 du règlement « OSP ».

contractuelles qui interviennent dans l'exécution du contrat de concession tout en impliquant la région, autorité organisatrice de transport dans toutes ces phases d'exécution. Grâce à la clause de sous-traitance, et aux rapports d'activité des sous-traitants, les régions pourront espérer de réduire dans une certaine mesure l'éventuelle tendance des opérateurs ferroviaires de monopolisations de données opérationnelles. Par ailleurs, l'association de plusieurs entreprises ferroviaires à l'exécution du contrat de concession évitera l'atomisation de l'exploitation ferroviaire autour des quelques entreprises puissantes et créera une dynamique plus accentuée des partenariats ferroviaires.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

523. Ce chapitre révèle que la gestion déléguée sous forme de concession au profit des opérateurs ferroviaires est à l'heure le mode de gestion privilégié des services de transport ferroviaire de voyageurs par les autorités organisatrices de transport au sein du continent européen. La notion de concession est ainsi présente en droit roumain. En France, elle se révèle plus exhaustive que celle de l'ancienne délégation de service public, notion éminemment française. En droit allemand, « *La loi nationale sur les marchés publics prévaut sur la possibilité d'attribution directe en vertu du règlement (CE) n° 1370/2007* », un *contrat de concession de services pouvant être conclu par le biais d'une procédure d'appel d'offres ou, dans certaines conditions, par attribution directe* »¹²⁸⁶. Toutefois, en droit britannique, compte tenu du fonctionnement et des caractéristiques des franchises britanniques, celles-ci sortent du champ de la définition des concessions lorsque les opérateurs ferroviaires titulaires des franchises opèrent souvent sur la base du cout net, c'est-à-dire, ils assument la totalité du risque commercial engendré par l'exploitation ferroviaire. Or, la notion européenne de la concession, assimilée par les droits nationaux du continent, sous-entend un partage du risque commercial entre l'opérateur de transport et l'autorité organisatrice. Cette différence fondamentale entre les deux types de contrats, selon le critère des coûts nets/bruts est d'importance cruciale pour l'opérateur de transport car la stratégie des opérateurs à participer aux appels d'offres concurrentielles ou bien à innover dépend en substance du partage de risque commercial que l'autorité organisatrice est prête à assumer.

524. Contrat de longue durée, avec des bénéfices relativement stables, un partage des risques (qui devrait en principe être équilibré), la concession est avantageuse aux opérateurs de transport. Ainsi, ce contrat est récurrent. A titre d'exemple, l'État français a conclu un contrat de concession le 11 février 2019 avec la société Hello Paris, filiale du groupe Keolis et RATP Dev pour exploiter pendant vingt-et-un ans le train CDG Express qui relie Paris à l'aéroport de Roissy. Par ailleurs, Transdev exploitera à partir de décembre 2021 le réseau de trains régionaux de Hanovre dans le cadre d'un contrat de concession d'un montant de plus d'1,5 million d'euros et pour une durée de douze ans et demi¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ DE KEMMETER (F.), « Allemagne : la régionalisation ferroviaire, vingt ans d'expérience », Article sur le blog Mediarail.

¹²⁸⁷ PIERMONT (E.), « Transdev décroche un contrat d'exploitation de trains régionaux en Allemagne », Article de presse, dans *Capital*, publié le 7 novembre 2018.

525. D'un point de vue organisationnel procédural, la passation des contrats de concession ferroviaire suit les règles prévues par le régime général des concessions fixé par l'ordonnance et le décret « Concessions », qui a leur tour, transposent fidèlement les dispositions de la directive « Concessions ». Il n'existe donc pas des spécificités procédurales liées exclusivement à la passation des contrats de concession de transport ferroviaire de voyageurs.

CHAPITRE 2 LA GESTION PAR LES PERSONNES PUBLIQUES DES SERVICES DE TRANSPORTS FERROVIAIRES DE VOYAGEURS

526. L'article 5 paragraphe 2 du règlement 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer donne une marge de manœuvre aux autorités organisatrices de transport dans la gestion des services de transport ferroviaire de voyageurs. En France, l'article 19 de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire modifié par l'Ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 indique qu'entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023, les régions peuvent, par dérogation aux articles L. 2121-4, L. 2121-6 et L. 2141-1 du code des transports fournir elles-mêmes des services publics de transport ferroviaire de personnes d'intérêt régional dans le cadre des régies (**Section 1**) ou bien attribuer des contrats de service public relatifs à ces services à des entités juridiquement distinctes c'est-à-dire selon une tendance de *sociétisation* de la gestion des transports ferroviaires de voyageurs (**Section 2**). Ces options ont pour effet d'élargir le périmètre de compétences des autorités compétentes locales, qui ne se limitent plus au pilotage de l'organisation de la concurrence des transports ferroviaires sur leurs réseaux régionaux et qui s'impliquent directement dans l'exploitation ferroviaire.

527. La gestion directe des services de transport ferroviaire de voyageurs par les personnes publiques, si prévue, nous le verrons en Corse ou en Provence-Côte d'Azur (régies ferroviaires), elle n'est pas, compte tenu des spécificités organisationnelle, financières, humaines complexes liés à l'exploitation ferroviaire, envisageable pour tous les réseaux régionaux à une telle échelle où elle pourrait constituer une réduction de la concurrence sur le marché. A ce titre, du mois à l'heure, les opérateurs alternatifs n'ont pas adopté des prises de positions contraires rejetant le mode de gestion directe. En effet, fondée sur une exploitation adaptée, avec un matériel roulant léger, facilement maintenable, et une main de manœuvre polyvalente, la gestion directe, peut, dans certaines conditions se révéler avantageuse.

SECTION 1. LA RÉGIE FERROVIAIRE

Opposée à la concession de service (public) de transport ferroviaire de voyageurs en tant que mode de gestion déléguée, la régie a un régime juridique particulier car il réunit entre les mains de l'autorité organisatrice de transport l'intégralité des compétences d'organisation et de gestion relatives à l'exploitation de ces services (§1). N'appliquant pas des principes de la commande publique ni des exigences de publicité et de mise en concurrence, la régie ferroviaire apparaît comme une exception à la norme, ce mode de gestion étant désormais moins généralisé à l'étranger et en France (§2).

§1. Le régime juridique de la régie ferroviaire

Bien qu'il n'existe pas de définition spécifique d'une régie ferroviaire, notion polysémique (A), ce mode de gestion directe est fortement encadré par le droit européen (B), ses conditions étant contrôlées par le juge européen.

A. La définition de la régie ferroviaire

528. La régie a la même définition quel que soit le domaine concerné à savoir « *un mode de gestion dans lequel la collectivité territoriale (ou l'État) gère directement une activité avec ses moyens financiers, son personnel* »¹²⁸⁸. Cette définition rejoint celle de Jean-Claude Douence pour qui la régie correspond à « *la prise en charge directe de l'activité de service public par l'État ou par la collectivité territoriale compétente avec ses propres moyens, financiers humains et matériels* »¹²⁸⁹ avec cette particularité selon laquelle « *le critère de la gestion directe repose donc sur l'absence de personnalité juridique distincte de l'organisme chargé de la gestion du service : l'activité du service est imputable à la collectivité elle-même qui est seule chargée de la gestion du service et seule titulaire des droits et obligations correspondants* »¹²⁹⁰. Il en résulte ainsi un consensus doctrinal sur la notion de la régie en tant que mode de gestion qui suppose une prise en charge par la collectivité non seulement de l'organisation du service, mais aussi de son fonctionnement/exploitation.

¹²⁸⁸ PONTIER (J.-M.), « Chapitre 5 - Compétences des collectivités territoriales- culture », *Encyclopédie des collectivités locales*, mai 2017.

¹²⁸⁹ DOUENCE (J.-C.), « Chapitre 3 – Services publics locaux : gestion en régie directe », *Encyclopédie des collectivités locales*, février 2009.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

529. Par ailleurs, la notion de « régie » est polysémique¹²⁹¹ dans la mesure où elle désigne à la fois les régies simples et dotées de la seule autonomie financière¹²⁹², ainsi que les régies personnalisées (autonomes financièrement et ayant la personnalité morale)¹²⁹³ ou encore les régies intéressées¹²⁹⁴. Enfin, dans la mesure où : a) l'article L1412-1 du Code général des collectivités territoriales oblige les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes de constituer, en vue de l'exploitation des services publics industriels et commerciaux soit des régies dotées de la seule autonomie financière soit des régies dotées à la fois de l'autonomie financière et de la personnalité morale¹²⁹⁵ ; et b) l'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs correspond à un service public industriel et commercial, les régions ne pourront pas constituer des régies simples pour la gestion de ces services.

B. Le fonctionnement encadré d'une régie ferroviaire

530. Le règlement « OSP » autorise « toute autorité nationale (de) 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 »¹²⁹⁶ juridiquement distinct. Le règlement énonce les conditions d'application matérielles et géographiques du contrat qualifié d'« in house ». D'abord, et en prolongement des critères énoncés par le juge européen,¹²⁹⁷ il est indispensable que l'autorité compétente exerce sur celui-ci un « contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ». Ensuite, l'activité de l'opérateur interne doit être limitée au seul territoire

¹²⁹¹ TIFINE (P.), « Services publics locaux : régies », *Jurisclasseur*, 28 février 2019.

¹²⁹² Dans la régie simple, la collectivité territoriale gère les services publics dont elle est en charge sans aucune personne juridique interposée. Deux autorités sont en charge de l'organisation administrative d'une régie simple : l'organe délibérant de la personne publique locale et l'exécutif qui, comme son nom l'indique, est en charge de l'exécution des délibérations de l'organe délibérant. Les régies dotées de la seule autonomie financière sont régies, outre les deux organes présentes dans le cadre des régies simples, par un conseil d'exploitation et un directeur désigné sur proposition de l'organe exécutif.

¹²⁹³ La régie personnalisée est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière et réponds aux dispositions de l'article L2221-10 et s. du Code général des collectivités territoriales. Ce sont des établissements publics (distincts des personnes morales des collectivités territoriales) qui gèrent lesdits services publics. Cet élément permet la distinction entre la régie directe et la régie personnalisée.

¹²⁹⁴ Également distincte de la régie directe, la régie intéressée est un procédé qui permet à la collectivité territoriale de confier, par un contrat, à une personne publique ou privée la gestion d'un service public. Cette dernière se rémunère par un intéressement aux résultats assorti souvent d'une part forfaitaire versée par la collectivité territoriale.

¹²⁹⁵ Art. L1412-1 du Code général des collectivités territoriales qui renvoie aux dispositions du chapitre 1^{er} du titre II du livre II de la deuxième partie de ce même code.

¹²⁹⁶ Considérant n°18 du Règlement «OSP».

¹²⁹⁷ CJUE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, *Rec.* p.I-00001.

de l'autorité compétente et il ne peut participer à des mises en concurrence organisées en dehors dudit territoire.

531. Si la régie est un mode de gestion courant des services de transports urbains et interurbains¹²⁹⁸, elle est moins fréquente dans le secteur ferroviaire car l'autorité compétente doit bénéficier des ressources financières, humaines et techniques considérables afin de gérer un tel service. A ce titre, et cela est constaté également par l'ARAFER, le recours à une entreprise ferroviaire spécialisée pourrait être davantage préférable que le recours aux contrats intégrés aux services de l'autorité compétente¹²⁹⁹. C'est ainsi que certains auteurs avaient également estimé que « *pour des raisons organisationnelles évidentes, les collectivités publiques ne gèrent que très rarement les services publics de transport en régie directe ; pour des raisons d'efficacité, elles mettent en place une structure juridique distincte* »¹³⁰⁰.

532. Si actuellement la gestion des transports ferroviaires en régie est très limitée en France (le cas de la régie de Chemins de fer de Provence, un établissement public), elle « *pourrait l'être à l'avenir par des collectivités territoriales françaises et s'avérer utile en cas de volonté des autorités organisatrices de reprendre à leur compte l'exploitation d'un service en réponse à une gestion déficiente du délégataire du service public* »¹³⁰¹. Cette option n'avait pas été exclue par Christian Estrosi, l'ancien président du conseil régional de la région Provence Côte d'Azur lorsqu'il confirmait que la région pourrait s'inspirer pour son modèle de régie de la régie utilisée pour la gestion des Chemins de Fer de Provence¹³⁰². Pourtant, aucune précision n'a été faite à jour au regard des lignes potentielles qui pourront être gérées dans le cadre de ladite régie¹³⁰³.

¹²⁹⁸ Sia Partners, « Vers un retour en force de la gestion directe des transports publics locaux », Transport & Distribution, 14 mars 2014. L'auteur cite plusieurs types de régie dans le domaine des transports urbains/métropolitains à savoir la Régie des Transports de Marseille-RTM- (régie directe, sans autonomie financière, organe de gestion ou personnalité juridique), la régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) (régie autonome) ou encore la régie Péribus (régie personnalisée bénéficiant d'une autonomie financière et d'une personnalité juridique qui lui permettent d'ester en justice, de passer des contrats et de posséder des biens).

¹²⁹⁹ ARAFER, « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les conditions d'une ouverture à la concurrence efficace des services conventionnés », mars 2018, p.22, pp. 32.

¹³⁰⁰ DUBOS (O.), MARTIN (S.), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les transports publics locaux », *Annuaire des collectivités locales*, 2012, n°32, pp.87-95.

¹³⁰¹ ARAFER, « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les conditions d'une ouverture à la concurrence efficace des services conventionnés », mars 2018, p.22, pp. 32, précité.

¹³⁰² BOTTERO (L.), « En PACA c'est la bataille du rail », Article de presse, dans *La Tribune*, 26 mars 2017.

¹³⁰³ Article de presse, « Mobilité ferroviaire régionale : les faux arguments de Christian Estrosi », dans *Nice Premium*, 8 octobre 2016.

§2. Les mises en oeuvre des régies ferroviaires

Présent à l'étranger (A) et en France (B), ce mode de gestion des transports ferroviaires de voyageurs demeure relativement isolé. Pourtant, il pourrait trouver une application plus récurrente en matière de gestion des petites lignes ferroviaires (C).

A. L'admissibilité de la régie ferroviaire au sein de l'Union européenne

533. Il semblerait, à la lumière des expériences étrangères, que les autorités régionales souhaitent souvent avoir une participation capitalistique ou piloter des structures qui offrent des services ferroviaires de transport¹³⁰⁴. Nous illustrons, à titre d'exemple, le cas de la société par actions italienne TPER qui gère dans les bassins provinciaux de Bologne et de Ferrare et le transport de voyageurs dans la région des chemins de fer régionaux, en partenariat avec Trenitalia et dont les actionnaires sont principalement des autorités publiques¹³⁰⁵ ou encore la société SAD Transporto Locale S.p.A¹³⁰⁶. Les autorités organisatrices italiennes ont ainsi souvent une participation capitalistique dans les entreprises ferroviaires régionales, constituées tout naturellement sous forme de véritables sociétés (sociétés par actions ou encore sociétés à responsabilité limitée)¹³⁰⁷ dont l'avantage incontournable de ces structures est de pouvoir participer aux différents appels d'offres. De manière analogue, les autorités régionales

¹³⁰⁴ ARAFER, « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les enseignements européens », mars 2018, p. 12, pp.24.

¹³⁰⁵ Site internet de la TPER, Extrait « *TPER (Emilia-Romagna Passenger Transport) est la société de transports en commun créée le 1er février 2012 par la fusion des branches de transport d'ATC, une société de transport routier de Bologne et Ferrara, et de FER, une société de chemin de fer régionale. TPER gère le transport des voyageurs dans les bassins provinciaux de Bologne et de Ferrare et le transport de voyageurs dans la région des chemins de fer régionaux, en partenariat avec Trenitalia, sur la base de contrats de services spécifiques, stipulés à la suite de l'attribution des procédures publiques correspondantes. Les actionnaires de TPER sont la région Emilia-Romagna (46,13% des actions), la municipalité de Bologne (30,11%), la ville métropolitaine de Bologne (18,79%), le consortium Transportation ACT de Reggio. Emilia (3,06%), la province de Ferrare (1,01%), la municipalité de Ferrare (0,65%), Ravenna Holding Spa et la province de Parme (0,04%). TPER se classe au sixième rang en termes de chiffre d'affaires parmi les opérateurs de transport de passagers en Italie et est la plus grande entreprise d'Émilie-Romagne en termes de nombre et de volumes de services dans le secteur du transport public de passagers. La valeur de la production annuelle de la société, qui emploie plus de 2 500 employés, est de 236 millions d'euros. (...) TPER transporte chaque jour plus de 340 000 passagers en bus ou en trolleybus ; alors que 30 000 voyageurs utilisent quotidiennement le transport ferroviaire régional.* », (Traduction libre de l'italien au français).

¹³⁰⁶ Site internet de la SAD, Extrait « *Le SAD Local Transport Spa est la plus grande entreprise de transports en commun du Tyrol du Sud. SAD Spa exerce ses activités dans les secteurs du transport par bus extra-urbain, du transport ferroviaire local, du transport urbain par CityBus et des liaisons par téléphérique.* » Constituée sous forme d'une société par actions, le SAD « a pour objet l'activité de transport collectif de personnes par chemin de fer, tramway, télécabine, bus, etc. et plus généralement de tous les services et activités liés à la mobilité des personnes et des biens en Italie et à l'étranger. » (art 2 de ses Statuts). Elle « peut également participer à des appels d'offres ou à des procédures de cession de concessions ou d'autorisations fournies. Il sera également en mesure de gérer des agences de tourisme, des dépôts et des ateliers d'assistance, d'hospitalisation et de maintenance du matériel roulant, également pour des tiers », (Traduction libre de l'italien au français).

¹³⁰⁷ IRG -Rail, Annexes to the Annual Market Monitoring Report, 2015, p.19, pp.38.

polonaises détiennent 100% de l'entreprise Przewozy Regionalne exerçant actuellement ses activités sous le nom POLREGIO ou de l'opérateur Koleje Mazowieckie détenu également à hauteur de 100% par la région polonaise Mazovia¹³⁰⁸. Enfin, outre la participation des autorités organisatrices de transport au capital des entreprises ferroviaire, il se peut aussi que l'échelon supérieur – l'Etat détienne une participation similaire – c'est le cas en Suède avec les entreprises SJ AB (détenue par l'État suédois), SJ Norrlandstag (détenue par SJ AB à son tour détenue par l'État suédois) et SJ Gotalandstag AB (détenue par SJ AB à son tour détenue par l'État suédois)¹³⁰⁹.

534. Au Royaume-Uni, l'article 25 du Railways Act 1993 empêche le secteur public à soumissionner pour des franchises ferroviaires¹³¹⁰. Si certaines franchises dont l'exécution avait posé des difficultés avaient été reprises par les structures publiques, ce mode de gestion n'a été que temporaire.

535. C'est à titre que le département de transport (Dft) avait créé un holding – Directly Operated Railways (ci-après « DOR »)- en 2009 pour prendre le relais de la ligne principale du côté est à la suite de l'effondrement de l'opérateur National Express en charge de la franchise dans cette zone¹³¹¹. Cette structure a été en place jusqu'à la décision de gouvernement de ré attribuer la franchise à un opérateur privé en 2014, à savoir à Inter City Railways Limited (résultat de la fusion de l'opérateur Stagecoach Transport Holdings Limited(90%) et Virgin Holdings Limited (10)) qui exploitera la ligne sous la marque Virgin Trains East Coast pour une durée de huit ans (possibilité d'extension d'un an selon la décision discrétionnaire du Secrétaire d'Etat)¹³¹². Le département de transports avait prescrit des obligations à charge de la DOR dans le cadre d'un acte spécifique – Deed of Services- qui est similaire au contrat de franchise.

536. La DOR est intervenue dans un contexte difficile pour l'opérateur National Express : ses revenus n'étaient pas à la hauteur de ses prévisions ; il était incapable de réaliser des investissements ; les capacités d'organisation n'étaient pas satisfaisantes ; les performances en matière de sécurité étaient inférieures à celles de ses concurrents ; la motivation des employées

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ *Ibid.*

¹³¹⁰ Article 25 Of the Railways Act 1993.

¹³¹¹ DE CASTELLA (T.), « Would it be realistic to renationalise the railways? », *BBC*, 3 March 2015.

¹³¹² Directly Operated Railways Limited, « Annual report and Financial Statements for the year ended 31 March 2015 », p.4, pp.37.

étaient faible¹³¹³. Ainsi, l'objectif de la DOR était de consolider l'activité ferroviaire sur la côte Est dans les meilleures conditions afin que le retour au système de franchise avec un opérateur privé soit mis en œuvre¹³¹⁴. Le plan d'action de la DOR a porté sur plusieurs axes fondamentales pour la réalisation de son objectif : la réalisation des investissements dans le système IT de gestion et surveillance des trains, la mise en œuvre d'une politique de management basée sur des relations plus étroites entre les dirigeants et le personnel et des mesures internes comme, par exemple, la baisse du taux de maladie, l'augmentation de la performance opérationnelle via une meilleure gestion des retards et des situations de perturbation grâce à la mise en œuvre d'un Business Disruption Centre¹³¹⁵ etc. Les investissements de la DOR avaient été estimés à 75,3 millions de livre sterling sur la durée 2009-2014/2015. Courant l'année 2014, le Secrétaire d'État avait pris la décision d'attribuer la franchise à un opérateur privé. Les opposants du régime des franchises soulignaient ainsi que le système des franchises profitait davantage aux gouvernements étrangers qui avaient des participations capitalistiques dans des opérateurs ferroviaires qui géraient les services publics britanniques. Ils plaidaient ainsi pour l'ouverture de l'accès des opérateurs à capital public aux franchises voire pour la renationalisation du secteur ferroviaire britannique¹³¹⁶. La Ministre de transports, Claire Perry attirait néanmoins l'attention sur l'impossibilité de la DOR de réaliser des investissements notamment à hauteur de ceux qui seront faits par l'porteur privé dans le cadre de la franchise, à savoir 140 millions de livre sterling, investissements qui porteront essentiellement sur le renouvellement du matériel roulant et des gares ferroviaires¹³¹⁷. Malgré ces critiques, l'exploitation des services ferroviaires dans le cadre des franchises demeure à ce jour le principe.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ ARMITAGE (J.), « Revealed : How the world gets rich – from privatising British public services », dans *The Independent*, 20 November 2014.

¹³¹⁷ TOPHAM (G.), « Repainted and rebranded – Virgin Trains East Coast service leaves London », dans *The Guardian*, 2 mars 2015.

B. *L'admissibilité de la gestion des transports ferroviaires de voyageurs en régie en France*

537. **Le besoin d'une définition précise de l'objet de la régie des transports ferroviaires de voyageurs.** La Régie Régionale des Transports Provence-Alpes Côte d'Azur est un établissement public¹³¹⁸ qui exploite les Chemins de Fer de Provence depuis le 1^{er} janvier 2014 alors qu'avant cette date, ceux-ci étaient exploités en délégation de services public par le groupe Transdev. L'objet de cette régie est très exhaustif dans la mesure où les CFP assurent l'ensemble des activités d'exploitation (planification, régulation conduite) mais aussi de maintenance de la voie, du matériel roulant et des équipements et de la ligne. Enfin, les projets de développement ou d'investissements sont gérés par le service des CFP de la région. A l'instar des CFP, les régions pourront également constituer des régies qui internalisent l'ensemble des activités d'exploitation, de maintenance, ou encore de développement. Dans le secteur des transports urbains ou routiers non urbains, le code des transports autorise les régies de transport à exercer, outre l'exploitation des services de transport, des activités complémentaires, à titre connexe¹³¹⁹.

538. L'article 44 bis de la loi LOTI autorise les régies en forme d'établissement public à caractère industriel et commercial à acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe¹³²⁰. Par analogie, et compte tenu du silence de la loi pour le nouveau pacte ferroviaire sur cet aspect, il pourrait être soutenu qu'une régie des transports ferroviaires de voyageurs serait autorisée à se livrer à des activités commerciales rattachées directement ou indirectement à ce service de transport ferroviaire¹³²¹. Dans ce cas, il est indispensable que « *le champ et les conditions d'exercice de ces activités (complémentaires et connexes) soient clairement définies de la délibération portant création de la régie, mais également bien entendu dans les statuts de la régie* »¹³²². Si la régie prend en compte l'intégralité des activités de réalisation du service public de transport, il n'y a aucun obstacle légal qui pourrait lui permettre d'exclure de son périmètre d'intervention le financement ou la réalisation des investissements qui pourront être mis à la charge de la collectivités territoriale¹³²³. En effet, toujours dans les transports urbains, la Régie

¹³¹⁸ Dossier de presse, « Les Chemins de Fer de Provence », Site Internet Tourisme.Trainprovence.com.

¹³¹⁹ Article L1221-7 du Code des transports.

¹³²⁰ NICOUD (M.-O.), « Transport routiers de personnes : organisation », *Répertoire de droit commercial*, mai 2007.

¹³²¹ FAURE (B.), « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », Note sous Conseil d'Etat 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, RFDA, 2004, p.299

¹³²² CABANES (C.), NEVEU (B.), « Exploitation d'un réseau de transport public : le choix de la régie », précité.

¹³²³ *Ibid.*

des transports métropolitains (anciennement Régie des transports de Marseille), également organisée sous forme d'établissement public industriel et commercial en charge de la gestion des transports de Marseille (bus, métro, tramway et navette maritime) et de quelques communes environnantes avait laissé le financement et les investissements à la charge de son autorité organisatrice (actuellement la métropole d'Aix-Marseille-Provence)¹³²⁴. Il en résulte ainsi, à la lumière des régies dans les transports urbains, que les régions pourront mettre en place des régies personnalisées (typiquement sous forme d'établissement public industriel et commercial) ou intéressées (aucune en France pour l'instant). Le périmètre de prestations peut également varier selon la volonté de l'autorité organisatrices à mettre à charge des régies ferroviaires toutes les activités liées à l'exploitation, maintenance et financement du service public de transport ou seulement quelques-unes.

539. Le rôle proactif des régions dans l'exploitation en régie des transports ferroviaires de voyageurs. L'exploitation ferroviaire en régie n'est pas une option efficace si l'autorité organisatrice de transport ne s'implique pas activement dans la phase préalable à la décision d'exploiter dans le cadre de ce mode de gestion, à savoir celle de la récupération des données clés pour l'acquisition d'une connaissance fine du service exploité. En effet, les régions doivent obtenir auprès de l'opérateur historique ou plus tardivement, de tout opérateur ferroviaire sortant, toutes les données nécessaires à l'exploitation du service ferroviaire. Ces données centrées sur l'organisation et le fonctionnement du service, mais également sur l'exécution permettront aux régions de concevoir les paramètres de la régie qu'elles mettront en place, quelle que soit sa forme. Par ailleurs, l'exploitation des transports ferroviaires en régie implique que cette dernière dispose outre la connaissance du service, des moyens techniques comme les matériels roulants. Par exemple, pour ce qui concerne les matériels roulants, le décret n°2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires vise à faciliter l'accès des régions à ces données dans la mesure où il prévoit un encadrement stricte de la communication aux régions des informations dans le cadre d'un transfert de matériel roulant¹³²⁵. La définition via des décrets d'un cadre légal de communication des informations relatives à l'exploitation ferroviaire qui doivent être communiquées par l'exploitant sortant aux autorités

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ Décret n°2019-851 du 20 août relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires, *JORF*, n°0194 du 22 août 2019, texte n°9.

organisatrices est un réel avancé dans la mesure où elle vient corriger les lacunes des conventions d'exploitation des TER conclues avec l'opérateur historique à ce sujet. Des lors que la régie devra acquérir elle-même les matériels roulants, la capacité des régions à obtenir les données d'exploitation est davantage essentielle. Comme le rappellent Christophe Cabanes et Benoît Neveu en matière des transports urbains, si l'autorité organisatrice ne met pas à disposition de la régie les matériels roulants, cette dernière devra être opérationnelle suffisamment tôt pour pouvoir le faire elle-même. Enfin, la régie se confrontera aux mêmes problèmes de transfert du personnel que tout opérateur entrant.

540. **Le choix de la régie ferroviaire, une décision basée sur une exhaustivité des critères.**

La collectivité territoriale dispose d'une liberté entière à choisir le mode de gestion des services publics. Il n'y a pas de réponse systématique, favorable ou défavorable au choix de la régie¹³²⁶. Chaque mode de gestion des services publics est perfectible et présente des avantages et des inconvénients. Une gestion des services ferroviaires de voyageurs en régie pourrait permettre à la région de maîtriser tous les aspects liés à l'exploitation de tels services sur plusieurs plans (financier, administratif, technique etc.). Ce n'est pas nécessairement le cas actuellement si nous pensons à la quête des régions en vue d'obtention d'informations essentielles de la part de l'opérateur historique¹³²⁷. En prolongement de cette idée, et dans la mesure où la région a une visibilité sur l'intégralité de l'exploitation ferroviaire, elle pourra davantage maîtriser les tarifs pratiqués. Enfin, ayant la maîtrise de l'exploitation ferroviaire et lorsqu'elle gèrera d'autres services publics en régie, la région bénéficiera d'une certaine facilité à composer sa politique globale des services publics. Les inconvénients de ce mode de gestion ne sont pas négligeables. D'abord, il n'est pas exclu que la région manque des ressources techniques, financiers, juridiques, ou du personnel pour faire face à l'exploitation d'un tel service. Ensuite, ce mode de gestion générera indubitablement des coûts substantiels pour la collectivité territoriale des lors qu'elle supportera les coûts en investissement (personnel, dépenses courantes, maintenance des trains, achat éventuel des trains etc). Les élus locaux ne doivent pas utiliser la gestion en régie pour étendre leurs sphères d'influence dans l'entrepreneuriat si les moyens financiers, techniques, humains font défaut. L'ambition de préserver à tout prix un service public dans le

¹³²⁶ LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (C.), « *Droit des services publics* », précité.

¹³²⁷ DECOTTE (L.), « Concurrence : La Région Hauts-de-France accuse la SNCF de « rétention d'information », Article de presse, dans *La voix du nord*, 29 mars 2019.

giron du secteur public par l'attachement à l'idéologie du « c'est mieux par définition » doit être abandonnée au profit d'un choix pragmatique et objectif des modes de gestion¹³²⁸.

C. Étude de cas : la régie ferroviaire des petites lignes

541. Les lignes de desserte fine du territoire, appelées communément les « petites lignes » sont les lignes appartenant aux catégories UIC 7 à 9 du classement de l'Union internationale des chemins de fer, représentant en France environ 9137 km sur un total de 28364 km¹³²⁹. La Ministre de la transition écologique et solidaire et le Secrétaire d'État chargé des transports avait rappelé que les infrastructures ferroviaires de desserte fine étaient importantes « *pour la vitalité et la cohésion des territoires, notamment dans les zones rurales souvent défavorisées en matière d'offres de mobilité. Bien qu'elles soient peu circulées, de telles lignes ferroviaires sont indispensables au maillage de notre territoire et au transport du quotidien* »¹³³⁰. Dans une volonté de respect de l'égalité des territoires et de l'accessibilité au service public, l'article 172 de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités dite LOM dévolue la gestion de l'infrastructures de lignes d'intérêt local ou régional à faible trafic du réseau national aux autorités organisatrices de transport après avoir obtenu au préalable l'accord du ministre chargé des transports et de la SNCF Réseau. Ce transfert, qui équivaut à un transfert de gestion au sens de l'article L.2123-3 du Code général de propriété des personnes publiques, porte uniquement sur la gestion de ces petites lignes au profit des régions, sans être translatif de propriété. Autrement dit, les lignes transférés ne rentrent pas dans le domaine public des régions. A la suite de ce transfert, les régions pourront exercer des missions qui incombent généralement au gestionnaire d'infrastructure, à savoir l'accès à l'infrastructure, la répartition des capacités, la tarification, la maintenance, l'entretien etc.

542. L'article 172 précité autorise également les AOT à conférer à leur tour la gestion de ces lignes à des opérateurs privés, une convention technique tripartite (SNCF Réseau, l'AOT et les personnes responsables des missions de gestion de l'infrastructure) devant être conclue. La Cour des comptes a validé largement la possibilité d'un transfert de ces lignes au profit des

¹³²⁸ Dans ce sens FRANÇOIS (P.), « Régie ou délégation : raisons économiques ou politiques. La Mairie de Nice veut passer les transports de l'agglomération en régie publique », dans Fondation IFRAP, Think thank dédié à l'analyse des politiques publiques, 13 septembre 2012,

¹³²⁹ Dossier de presse du Ministère de la Transition écologique et solidaire, « Petites lignes ferroviaires. Des plans d'actions régionaux », Février 2020.

¹³³⁰ Annexe au Rapport de la Cour des comptes, « Les Transports Express régionaux à l'heure de l'ouverture à la concurrence », 23 octobre 2019.

régions¹³³¹. Si l'accord de principe sur le transfert de l'infrastructure des petites lignes est justifié par l'objectif de réduction des coûts¹³³², le régulateur estime que cet objectif pourrait aussi être atteint, sans procéder par un tel transfert¹³³³. Enfin, si le transfert généralement perçu comme étant positif, n'aboutit-il pas à une dérogation au principe de séparation entre opérateurs et gestionnaires d'infrastructure longtemps consacré par le droit européen ?¹³³⁴. En effet, selon le Professeur Stéphane De La Rosa, « *la possibilité d'un transfert des fonctions essentielles à une entité autre que le gestionnaire (en l'occurrence une collectivité à s'analyser comme une dérogation importante à cette obligation de séparation)* »¹³³⁵.

543. L'article 172 de la loi LOM permet aux régions de faire usage d'une véritable ingénierie contractuelle pour gérer et/ou exploiter les lignes de desserte fine. Elles peuvent procéder à une gestion directe ou encore recourir à des contrats globaux (concessions ou marchés de partenariat) associant des opérateurs privés. Les questions relatives au financement, à la rémunération de l'opérateur, à sa marge de manœuvre et flexibilité doivent être préalablement résolues avant le choix d'un tel ou tel type de contrat. Par ailleurs, si l'article 172 précité ne traite pas de l'ouverture à la concurrence, sa lecture s'inscrit dans le contexte des responsabilités imparties aux régions dans le cadre de la mise en œuvre de la concurrence ferroviaire¹³³⁶.

544. Enfin, compte tenu du silence de la loi LOM sur les catégories de lignes transférées¹³³⁷ et du rapport de la Cour des comptes sur les modalités contractuelles organisant ce transfert, des réponses à cette question étaient supposées se trouver dans le rapport du préfet François Philizot¹³³⁸. Si ce dernier propose une analyse un diagnostic fin de la situation physique et financière des petites lignes, il évoque rapidement les montages contractuels encadrant le transfert de ces lignes. En effet, le rapport se contente d'évoquer, dans un contexte de rétablissement d'un lien de confiance entre les acteurs publics et d'organisation « *d'un vrai copilotage* » par l'État, SNCF Réseau et les régions, le souhait de procéder à une ouverture des modes gestion « *soit pour permettre aux régions d'assumer plus de responsabilités, soit pour*

¹³³¹ *Ibid.*.

¹³³² Dossier de presse du Ministère de la Transition écologique et solidaire, « Petites lignes ferroviaires. Des plans d'actions régionaux », Février 2020, *op. cit.*

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ OPREA (A.), « L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est-elle sur les (bons) rails ? A propos du rapport de la Cour des comptes », *EEI*, n°1, Janvier 2020.

¹³³⁵ DE LA ROSA (S.), « Vers un transfert de gestion des lignes ferroviaires locales aux régions ? A propos de l'article 172 de la loi d'orientation des mobilités », *JCPA*, n°9, 2 mars 2020, 2062.

¹³³⁶ *Ibid.*

¹³³⁷ Un décret en Conseil d'État devant préciser les lignes pouvant faire l'objet d'un transfert doit intervenir prochainement.

¹³³⁸ PHILIZOT (F.), Rapport, « Devenir des lignes de desserte fine des territoires », février 2020.

s'appuyer sur des intervenants privés, ceux-ci constituant une espèce d'aiguillon dans le flanc de SNCF Réseau »¹³³⁹. Enfin, nous dit M. Philizot, la nouvelle politique de gestion des petites lignes devaient s'inscrire dans une planification contractuelle à l'horizon 2028-2032 durant laquelle les régions pourraient s'engager dans un cadre contractuel à deux tranches : une ferme, à l'horizon de cinq ans et une autre prévisionnelle répondant aux besoins non urgents (qui nécessite un temps d'études plus ample sur l'infrastructure). Le choix pour une planification contractuelle en deux temps se justifie par le besoin de procéder à d'études « indispensables au calibrage fin des opérations »¹³⁴⁰.

¹³³⁹ Dossier de presse du Ministère de la Transition écologique et solidaire, « Petites lignes ferroviaires. Des plans d'actions régionaux », Février 2020, précité.

¹³⁴⁰ *Ibid.*

SECTION 2. LA *SOCIÉTISATION* DE LA GESTION DES TRANSPORT PUBLICS FERROVIAIRES DE VOYAGEURS

La possibilité de constituer des entreprises publiques locales (1), des sociétés publiques locales (§2), des sociétés d'économie mixte (§3) et enfin des partenariats publics privés (§4) témoigne de la tendance de *sociétisation* de la gestion des transports publics de voyageurs au profit à la fois des autorités organisatrices, mais aussi des opérateurs de transport eux-mêmes.

§1. La gestion externalisée des activités d'intérêt général via des Entreprises Publiques Locales (EPL)

545. **Les EPL, la généralisation d'un modèle de gestion locale en Europe.** La gestion des activités d'intérêt général à caractère économique (le développement économique, l'aménagement du territoire, les industries en réseaux (eau, gaz, électricité, les transports), les déchets par des entreprises publiques locales (ci-après « EPL »), peu importe leur forme juridique, est une pratique généralisée dans l'Union européenne. La Fédération des EPL basée à Paris comptabilisait 1220 EPL en France (SPL, SEM)¹³⁴¹, 8418 en Allemagne, 2321 en Roumanie, 185 au Royaume-Uni, 1832 en Suède, 3487 en Italie¹³⁴².

546. En Allemagne les EPL sont soumises aux dispositions contenues dans les législations communales propres à chaque Land¹³⁴³.

547. Au Royaume-Uni le gouvernement local comporte plusieurs échelons et des terminologies variables selon la région. Par exemple, en Angleterre il existe cinq types d'autorités locales : les *county councils* (couvrent l'intégralité du pays et réalisent 80% des services-par exemple, des services sociaux), les *district councils* (couvrent des zones plus

¹³⁴¹ Fédération des Entreprises Publiques Locales, « Panorama des EPL en Europe. Unies dans la diversité ». Selon les auteurs, les EPL sont prépondérantes en France dans le secteur de l'aménagement public, du logement, du tourisme, de la culture et des loisirs. Elles se développent davantage dans le domaine des énergies renouvelables, des TIC etc.

¹³⁴² Fédération des Entreprises Publiques Locales, « Panorama des EPL en Europe. Unies dans la diversité », précité.

¹³⁴³ RICHARD (P.), « *Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'Union européenne* », Éditions locales de France, 1999, p.69. Deux terminologies sont employées pour les EPL allemandes : *kommunale Unternehmen* qui correspond aux sociétés privées dont les actionnaires publics sont des communes et *stadtwerke*, notion plus large qui inclut la catégorie des *kommunale Unternehmen* ainsi que les structures équivalentes aux régies ou aux établissements publics. Plusieurs statuts juridiques s'ouvrent aux EPL allemandes dès lors que les collectivités locales peuvent créer une société propre (*Eigengesellschaft*) détentrice de l'intégralité du capital, ou société de participation (*Beteiligungsgesellschaft*) dans laquelle le capital public est associé à un/des capitaux privés.

réduites et offrent des services plus locaux- par exemple la gestion des déchets), les *unitary authorities* (par exemple Medway Council, Nottingham City Council etc.), les districts métropolitains et enfin les *London boroughs*¹³⁴⁴. Certaines autorités ont décidé de fonctionner sur une base coopérative prenant ainsi la forme des *combined authorities*¹³⁴⁵. Enfin au Pays de Galles, Ecosse et en Irlande du Nord un seul niveau d'autorités locales est présent à savoir les *unitary authorities*¹³⁴⁶. Les EPL britanniques sont soumises au droit commun des sociétés (Companies Act de 1985), mais également aux dispositions d'une législation plus spécifique (Local Government and Housing Act de 1989 applicable aux EPL d'Angleterre et du Pays de Galles et Local Authorities Companies Order (LACO) de 1995)¹³⁴⁷. Elles ont le statut juridique des sociétés par actions (Limited by Shares) ou par garantie (Limited by Guarantee), forme choisie par le conseil local. A la différence de la France, le droit britannique ne limite pas la participation de la personne publique dans l'entreprise- celle-ci peut être actionnaire unique ou majoritaire d'une EPL¹³⁴⁸. Enfin, à l'instar des EPL françaises, le domaine d'intervention des EPL britannique est aussi exhaustif : développement local, gestion des infrastructures publiques (stades, aéroports, transports urbains), aménagement des terrains à des fins déterminés (centres commerciaux) ou encore développement du secteur social (équipements médico-sociaux, maisons de retraite etc.)¹³⁴⁹.

548. En Roumanie, les EPL sont soumises à des dispositions relatives à la gouvernance corporative (gouvernement d'entreprise)¹³⁵⁰ ainsi qu'à la discipline financière¹³⁵¹. Ces dispositions en général et la loi n°111/2016 pour l'approbation de l'ordonnance gouvernementale d'urgence n°109/2011 en ce qui concerne la gouvernance des entreprises publiques en spécial font des EPL roumaines des entités particulières bénéficiant d'une autonomie locale, mais soumises toutefois à l'obligation de *reporting* auprès de l'autorité ministérielle – le Ministère roumain des Finances Publiques.

¹³⁴⁴ Site anglais LGiU – Local democracy think thank.

¹³⁴⁵ Par exemple, Cambridgeshire and Peterborough, Greater Manchester Combined Authority, Liverpool City Region, Sheffield City Region etc.

¹³⁴⁶ Le site anglais LGiU – Local democracy think thank fait apparaître 22 *unitary authorities* au Pays de Galles, 32 en Ecosse et enfin 11 en Irlande du Nord.

¹³⁴⁷ RICHARD (P.), « *Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'Union européenne* », précité.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ Voir la liste des dispositions applicables sur le Site du Ministère roumain des finances publiques .

¹³⁵¹ *Ibid.*

549. Il en résulte ainsi que les EPL peu importe leurs statuts juridiques constituent un modèle généralisé de gestion locale au niveau européen. Si les systèmes juridiques nationaux accueillent ce mode de gestion, il n'en demeure pas moins qu'il n'existe pas à l'heure actuelle une typologie harmonisée, uniforme des EPL dans l'Union européenne. Leur physionomie est indubitablement conditionnée par le niveau de décentralisation et donc les rapports qu'entretiennent les autorités locales avec celles ministérielles. Les cadres législatifs et réglementaires, spécifiques à chaque pays de l'Union irriguent les variétés des règles de fonctionnement des EPL.

550. **La création des EPL pour l'exploitation des services de transport ferroviaires de voyageurs.** Dans la mesure où cette forme d'interventionnisme des collectivités locales par l'intermédiaire des EPL est compatible avec un certain nombre d'activités d'intérêt général, il n'existe en principe aucun obstacle à la généralisation de ce mode de gestion locale dans le secteur des transports ferroviaires de voyageurs surtout des lors qu'il comporte plusieurs nuances. La gestion directe des services via une SPL, qui par définition suppose un capital entièrement public n'engendre pas les mêmes complexités qu'une gestion via une SEM dont le fonctionnement suppose une association d'actionariat privé au côté de celui public. Quoiqu'il soit le statut juridique choisi il est indispensable que le pouvoir public local conserve une prépondérance, un rôle primordial tant en amont, sur le plan de la création de la société qu'en aval, lors du déroulement de l'activité.

§2. Le modèle de gestion locale par une Société Publique Locale (SPL)

ENCADRÉ N° 29. NOTION, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DES SPL

La société publique locale (ci-après « SPL ») est une société anonyme créée et détenue par au moins deux collectivités locales afin d'assurer la gestion de services publics sur leur territoire. Les SPL ont été créées par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010¹³⁵² qui a renforcé « *la capacité d'action des collectivités locales en leur permettant d'agir plus rapidement* »¹³⁵³ tout en s'inspirant du modèle des sociétés publiques locales d'aménagement (ci-après « SPLA ») à leurs tours créées par la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement¹³⁵⁴. Les SPL sont soumises à la fois à la réglementation des sociétés anonymes, des dispositions applicables aux sociétés d'économie mixte locale, mais aussi à des règles spécifiques¹³⁵⁵.

L'Union européenne connaît également les SPL dont le rôle dans la gestion des services publics locaux n'est pas négligeable. Elles sont la conséquence d'un mouvement de transformation des établissements publics locaux en sociétés, mais aussi de généralisation des structures de coopération sociétaire pour la gestion mutualisée des services publics¹³⁵⁶.

En France, l'article L1531-1 du Code général des collectivités territoriales crée par la loi du 28 mai 2010 et modifié plus récemment par la loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales¹³⁵⁷ ayant ouvert la voie à des débats sur le champ d'intervention d'une SPL,¹³⁵⁸ a fait l'objet d'une interprétation stricte du Conseil d'Etat. Ce dernier a décidé que la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une SPL doit être exclue si la collectivité ou le groupement en question n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société¹³⁵⁹. La sécurisation de l'actionnariat des entreprises publiques locales vise à limiter les tentations des collectivités à faire un usage abusif de l'exception de quasi-régie que représente la SPL¹³⁶⁰. En effet, le cadre strict de création et de fonctionnement des SPL se justifie par le fait que les collectivités peuvent confier l'exécution des services d'intérêt général à la SPL sans la mettre en concurrence avec d'autres opérateurs¹³⁶¹ dans le cadre de la jurisprudence

¹³⁵² Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, n°0122 du 29 mai 2010, texte n°1.

¹³⁵³ DALEAU (J.), « Publication de la loi sur les sociétés publiques locales », *Dalloz actualité*, 1^{er} juin 2010.

¹³⁵⁴ Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, *JORF*, n°163 du 16 juillet 2006, texte n°1.

¹³⁵⁵ PASTOR (J.-M.), « La loi créant les sociétés publiques locales est adoptée », *Dalloz actualité*, 27 mai 2010.

¹³⁵⁶ COSSALTER (P.), « La société publique locale ; un outil répandu en Europe », *Revue du droit public*, 1^{er} mai 2011, n°3, p.730.

¹³⁵⁷ Loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, *JORF*, n°0115 du 18 mai 2019, texte n°1.

¹³⁵⁸ DEVES (C.), « Quelle correspondance entre la ou les compétences d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités et le champ d'intervention d'une SPL », *AJCT* 2017, p.42.

¹³⁵⁹ CE, 14 novembre 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles req. n° 405628 et n°405690*.

¹³⁶⁰ LOMBARD (F.), « La sécurisation de l'actionnariat des entreprises publiques locales », *RTD com.* 2019, p. 349. Voir aussi BRAMERET (S.), « Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ? », *RFDA*, 2019, p.100 ; DEVEES (C.), « Sauvons les sociétés publiques locales », *Juris tourisme* 2019, n°218, p.3 ; HUIGE (T.), « Condition imposée aux collectivités quant à leur participation à une société publique locale », *Dalloz actualité*, 20 novembre 2018.

¹³⁶¹ Avis de l'Autorité de la concurrence du 24 novembre 2011, n° 11-A-18. voir aussi C. DEVES, « Les SPL sous l'œil de l'Autorité de la concurrence », *AJ Collectivités territoriales* 2012, p.93, D. LINOTTE, « Ma société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? », *RFDA*, 2012, p.1133 ou encore J.-M. PASTOR, « Sociétés

communautaire dite des « prestations intégrées »¹³⁶². Outre le capital entièrement public, deux conditions doivent être réunies pour qu'une SPL soit valablement constituée : d'abord, à l'instar de la jurisprudence Teckal¹³⁶³ les collectivités doivent exercer sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ; ensuite, la SPL ne pourra exercer ses activités que pour le compte de ses actionnaires et sur le territoire exclusif de ses membres.

Si les directives Marchés publics et Concessions du 26 février 2014 permettaient que les organismes dont plus de 80% des activités étaient exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui leur étaient confiées par le pouvoir adjudicateur qui les contrôlaient ne soient pas soumis à une mise en concurrence préalable, le droit français n'a pas modifié l'article L1531-1 du CGCT dans le sens de ces directives¹³⁶⁴. Par conséquent, la réalisation par la SPL de l'ensemble des activités pour les comptes de ses actionnaires publics est une règle française plus contraignante que celle imposée par le droit européen¹³⁶⁵.

551. Les SPL de transport public. Dans le secteur des transports publics, « *L'objectif même des SPL était en effet de créer un outil moderne et adapté de réintégration dans le giron des collectivités des activités jusqu'alors déléguées au secteur privé, tout en évitant les lourdeurs des régies municipales handicapées par leur statut d'établissement public* »¹³⁶⁶. Outre le bénéfice du « in house », un certain nombre d'avantages sont attachés à la SPL de transport collectif. L'application du droit commercial à la SPL, du droit privé du travail et de la comptabilité privée confère à cette entité une souplesse dans sa gestion ainsi qu'une compatibilité aux spécificités de réseaux de transport collectifs¹³⁶⁷. Enfin, les SPL peuvent avoir recours au crédit, mais également à des compensations des obligations de service public »¹³⁶⁸.

552. L'article 1531-1 du CGCT permet aux collectivités territoriales de constituer des SPL « *dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi* ».

553. Des SPL pour l'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs, une option envisageable. Disposant de la compétence transport ferroviaire qui leur est attribuée par la loi, les Régions peuvent mettre en place des SPL pour la gestion des services de transport ferroviaire

publiques et concurrence : les collectivités territoriales doivent être vigilantes », *Dalloz actualité*, 2 décembre 2011.

¹³⁶² PISSALOUX (J.-L.), « Le développement des sociétés publiques locales », *Petits affiches*, 2 août 2010, n°152, p.7.

¹³⁶³ CJCE, 18 novembre 1999, Teckal SRL c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, aff. C-107/98, Rec. p. I-08121.

¹³⁶⁴ Le CHATELIER (G.), « L'essor des sociétés publiques locales (SPL) passe par une modification de la loi », *AJCT*, 2018, p.263.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

¹³⁶⁶ LAFFITE (O.), « SPL, SEMOP et transports collectifs : la « troisième voie » ? *Contrats publics*, n°154, mai 2015.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ *Ibid.* ; aussi RAPP (L.), « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA*, 2012, p.1107.

de voyageurs. S'agissant d'une compétence légale exclusive des Régions ces dernières ne pourront constituer des SPL qu'uniquement avec une autre région, à l'exclusion donc de l'État et des départements ou de communes. Ces derniers ne pourront non plus avoir une participation capitalistique au sein de la SPL. Si ces exigences ont l'avantage de permettre un partenariat entre des collectivités de même échelon, elles peuvent également représenter une contrainte lorsque par exemple, l'intervention de l'Etat serait souhaitable. Ainsi si le Professeur Gilles Le Chatelier, admettait la nécessité de l'exclusion de la participation des personnes privées à la SPL afin de répondre aux conditions de l'exception « in house », il regrettait, néanmoins, l'exclusion de la participation d'autres personnes publiques au capital de la SPL¹³⁶⁹. Il en résulte ainsi des lors que les Régions ont la compétence légale exclusive des transports ferroviaires, elles pourront constituer des SPL uniquement avec d'autres Régions pour l'exploitation de ces services exclusivement sur leurs territoires, sans aucune participation capitalistique privée.

§3. Le modèle de gestion locale par une Société d'Économie Mixte (SEM)

Encadrée par le droit français (A), la SEM apparait comme une mode de gestion compatible avec l'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs (B).

A. Le cadre général

ENCADRÉ N° 30. LE CADRE LEGAL DES SEM EN FRANCE

Considérées comme un outil des collectivités locales pour l'exercice de leurs compétences, les SEM sont des sociétés commerciales regroupant des personnes publiques et des personnes privées¹³⁷⁰.

Les SEM sont compatibles avec la gestion d'activités de service public et représentent, au niveau local, un mode répandu de gestion de ces services¹³⁷¹.

¹³⁶⁹ LE CHATELIER (G.), « Société publique locale et région : quelles possibilités d'utilisation » ? *AJCT* 2011, p.279. En effet, nous dit-il, « Cette lacune est particulièrement dommageable pour les régions qui se voient ainsi fermer de nombreuses possibilités de coopération sous la forme de SPL. On pense ici bien évidemment aux coopérations susceptibles d'être mises en place avec les établissements publics consulaires (chambres de commerce et d'industrie [CCI] régionales, CCI territoriales, chambres d'agriculture), soit pour la gestion de divers dispositifs d'intervention régionale, soit, de manière plus ambitieuse, pour la mise en place d'outils de promotion régionale au niveau international (agences de développement économique par exemple). De même, la gestion de certains équipements ou infrastructures dans lesquels les CCI interviendraient ne sera pas possible selon cette formule. »

¹³⁷⁰ Le regroupement des capitaux publics et privés est une démarche ancienne. Le professeur Jean David Dreyfus cite l'exemple de la Compagnie Française des Indes Orientales de 1664 à 1793 ou encore de la Banque générale en 1716 ou de la Banque royale en 1718 comme des manifestations de l'économie mixte sous l'Ancien Régime (DREYFUS (J.-D.), « Société d'économie mixte », Janvier 2004, actualisation mai 2019, *Dalloz*, Répertoire des sociétés),.

¹³⁷¹ BRACONNIER (S.), « *Droit des services publics* », Puf, 2^{ème} Ed., 2003, p.457, p.621.

Le régime juridique des SEM a été fixé pour l'essentiel par la loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locale¹³⁷² et depuis les années 2000, il a fait l'objet des modifications successives notamment grâce aux lois n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains dite « loi SRU »¹³⁷³, la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques¹³⁷⁴, la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale¹³⁷⁵ et enfin par la loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales¹³⁷⁶.

Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine¹³⁷⁷, les SEM sont des sociétés de droit privé.

Elles sont régies par les dispositions du code de commerce applicables aux sociétés anonymes¹³⁷⁸. L'article L.1522-1 du Code général des collectivités territoriales impose la forme de la société anonyme. Par ailleurs, dans la mesure où les SEM locales délégataires de services publics représentent un nombre important des SEM locales, le législateur français est intervenu via la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale¹³⁷⁹ pour encadrer davantage les délégations de service public confiées à une SEM¹³⁸⁰. Si la SEM est le produit de la collectivité locale, « elle n'est pas un partenaire privilégié de la collectivité »¹³⁸¹ et demeure dès lors soumise au droit de la concurrence.

Par ailleurs, les SEM sont soumises à l'ensemble des règles du droit européen de la concurrence tant sous l'angle de leur accès au marché, mais aussi sur le déroulement de leurs activités¹³⁸². Il en résulte ainsi que la conclusion des contrats entre les collectivités territoriales et les SEM est soumise au respect préalable d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Ces exigences s'expliquent par le fait que la SEM ne doit pas être un outil au bénéfice des collectivités permettant à ces dernières de contourner les principes de la commande publique ou du droit de la concurrence.

Représentant aujourd'hui 71% des entreprises publiques locales (ci-après « EPL »), les SEM génèrent un chiffre d'affaires cumulé de 11,6 milliards d'euros et salarient 53 447 personnes¹³⁸³.

¹³⁷² Loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* du 8 juillet 1983.

¹³⁷³ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, précitée.

¹³⁷⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques publiée, *JORF*, n°113 du 16 mai 2001, texte n°2.

¹³⁷⁵ Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale, précité.

¹³⁷⁶ Loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, *JORF*, n°0115 du 18 mai 2019, texte n°1.

¹³⁷⁷ DREYFUS (J.-D.), « Société d'économie mixte », précité. L'auteur renvoie à la position de G. JEZE considérant la création de la SNCF « une régie réelle sous la forme d'une concession » (La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général, *Revue de droit public*, 1937, 536).

¹³⁷⁸ Dans les sociétés anonymes, le capital est divisé en actions ; les associés qui composent la société supportent les pertes uniquement à la hauteur de leurs apports. Une société anonyme est composée par minimum sept associés. Les SEM locales respectent les dispositions du code de commerce dans la limite des dispositions spécifiques prévues par le Code général des collectivités territoriales.

¹³⁷⁹ Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale, précitée.

¹³⁸⁰ BOITEAU (C.), « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2002, p.1318. L'auteur rappelle que lors de l'adoption de la loi du 29 janvier 1993 dite « Loi Sapin », le législateur avait opté pour l'exonération des SEM locales de la procédure de publicité et de mise en concurrence préalables à la conclusion d'une délégation de service public. Cette exonération a été abandonnée à la suite de l'intervention du Conseil constitutionnel. Désormais une délégation de service public attribuée à une SEM est une délégation de service public de droit commun.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² ECKERT (G.), « Les sociétés d'économie mixte », *RFDA*, 2005, p.959.

¹³⁸³ Cour des comptes, « Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser », Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale », Mai 2019, pp.84.

554. **L'actionnariat des SEM.** L'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales liste précisément les personnes publiques qui peuvent composer l'actionnariat public d'une SEM. Aucune règle relative à l'actionnariat privé n'est prévue. Par conséquent, toute personne morale de droit privé, peu importe sa nature juridique, qu'il s'agisse d'une société commerciale, civile, ou tout simplement d'une autre SEM, peut s'associer aux personnes publiques et créer une SEM des lors que son objet est compatible avec celui de ladite SEM. Si en France le choix de l'actionnaire privé est opéré par la collectivité territoriale sur la base de la règle de *l'intuitu personae*, dans d'autres pays européens (Espagne, Italie, Pologne...), il doit être effectué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres¹³⁸⁴. Par ailleurs, l'article L.1522-1 du Code général des collectivités territoriales oblige les collectivités territoriales et leurs groupements à détenir « *séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants* »¹³⁸⁵. Ce degré de participation publique montre la volonté du législateur de faire de la SEM la société dans laquelle la personne publique est décisionnaire parmi les actionnaires, mais le caractère adéquat de ce seuil interroge et divise la doctrine. Une partie de la doctrine juge ce seuil trop bas réduisant la prépondérance de la puissance publique alors que d'autres, au contraire, l'estiment trop élevé risquant de dissuader les actionnaires privés à s'associer aux côtés des collectivités territoriales.

555. **Le fonctionnement des SEM.** Concernant l'organisation générale du pouvoir dans les SEM c'est l'assemblée générale (le fonctionnement et le déroulement des assemblées générales des SEM respectent le droit commun des sociétés) qui est l'organe supérieur de la société. Chaque collectivité dispose d'un représentant à l'assemblée générale, les actionnaires privés étant également représentés par une personne physique (gérant, directeur général...). Le nombre de voix est égal à la part du capital détenu. Outre l'assemblée générale, toute SEM dispose des organes de gestion, dont le choix est à opérer par les actionnaires entre une société dotée d'un conseil d'administration ou une société disposant d'un directoire placé sous le contrôle d'un conseil de surveillance.

556. Les interventions des SEM ont lieu pour l'essentiel dans un cadre contractuel qui les lie aux collectivités territoriales à savoir les contrats de marchés publics et les contrats de

¹³⁸⁴ BENJAMIN (M.-Y.), « La mise en concurrence du capital des sociétés d'économie mixte ? », *RFDA*, 2005, p.973.

¹³⁸⁵ Article L1522-1 du Code général des collectivités territoriales.

concessions intégrant désormais la sous-catégorie des délégations de services publics. Ainsi toute SEM titulaire d'un contrat de marché public ou d'une concession de transport ferroviaire de voyageurs (ou délégation) doit respecter les dispositions applicables à ces contrats. Une SEM peut également s'associer à une entreprise technique et un établissement financier et se porter candidat à un contrat de partenariat. Elle peut aussi être titulaire d'un bail emphytéotique administratif (ci-après « BEA »)¹³⁸⁶ mais toujours dans le respect d'une procédure de concurrence¹³⁸⁷. Enfin, si une SEM est créée à l'initiative des collectivités territoriales afin d'accomplir des missions commandées par celles-ci et pour leurs comptes, elle peut également, de par son statut de société commerciale à part entière, « *poursuivre des buts personnels dans la recherche de leur intérêt particulier* »¹³⁸⁸. Enfin, sauf quelques exceptions¹³⁸⁹, et dans le respect de certaines règles précises¹³⁹⁰, une SEM peut prendre des participations dans d'autres sociétés et créer des filiales. Si la SEM permet un partenariat entre le secteur public et le secteur privé, elle demeure un mode de gestion locale perfectible. A ce titre alors que la Cour des comptes observait l'éloignement par les SEM de leurs vocation initiale compte tenu, par exemple, du passage des SEM spécialisées aux SEM dont l'activité est plurielle, elle dénonçait toutefois son caractère peu attractif pour les partenaires privés ainsi que son statut fragilisé par le droit européen¹³⁹¹.

B. L'émergence de SEM, opérateurs de transport ferroviaires de voyageurs

557. Des SEM à vocation à gérer des activités de transport ferroviaire de voyageurs. L'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales autorise l'intervention des SEM pour la réalisation des services publics industriels et commerciaux¹³⁹². Les transports ferroviaires régionaux de voyageurs sont, nous l'avons vu, un secteur dont l'exploitation et proche de celle du privé tout en permettant à la collectivité territoriale de garder ses prérogatives

¹³⁸⁶ Art. L1311-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹³⁸⁷ Art. R.1311-1 et R.1311-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹³⁸⁸ BIZET (J.-F.), « Entreprises publiques locales », précité.

¹³⁸⁹ *Ibid.* l'auteur cite l'exemple d'une SEM dont l'objet social exclusif serait la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux ne peut pas filialiser ni participer dans le capital d'une société commerciale.

¹³⁹⁰ *Ibid.* L'auteur renvoie à l'article L1524-5 alinéa 16 du Code général des collectivités territoriales

¹³⁹¹ Cour des comptes, « Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser », mai 2019, pp. 86 ; aussi PASTOR (J.-M.), « La Cour des comptes veut sécuriser les sociétés d'économie mixte locale », *Daloz actualité*, 5 juin 2019 ; DEVES (C.), « Les sociétés d'économie mixte et entreprises publiques locales sur la sellette », *Juris tourisme*, n°221, 2019, 3 ; ou encore NECIB (D.), « Avenir des SEM : La Cour des comptes vaut plus de transparence pour les collectivités actionnaires », *AJCT*, 2019, p.269.

¹³⁹² SESTIER (J.-F.), « La création d'entreprises publiques locales » dans CAUDAL (S.), SESTIER (J.-F.), « *Les collectivités locales et l'entreprise* », L.G.D.J., 2002, pp.157-190.

de puissance publique via la prescription des obligations de service public à charge de l'opérateur ferroviaire. Les activités susceptibles de rentrer dans le spectre des services publics industriels et commerciaux à savoir « *des activités comme les transports publics urbains, des réseaux d'eau potable et d'assainissement, de chauffage collectif, de gestion de parcs de stationnement en dehors de la voirie, d'abattoirs, de remontées mécaniques ou encore le service extérieur de pompes funèbres* »¹³⁹³.

558. Si dans le domaine des transports urbains, la première SEM est née à Toulouse en 1973¹³⁹⁴ l'économie mixte est une approche qui s'est généralisée progressivement et qui appelle à un changement de paradigme de la part des opérateurs de transport. A ce titre, M. Joel Lebreton, dirigeant de SNCF Partenariat (2012-2015), une SAS dont la mission est le développement des Partenariats avec les opérateurs et les collectivités locales, déclarait : « *L'outil de l'économie mixte avec un opérateur industriel a fait la preuve de son efficacité, c'est une réponse pertinente, et la SNCF doit savoir écouter la demande des collectivités locales. C'est fini la SNCF monolithique et centralisatrice, nous devons montrer que nous sommes capables d'apporter des réponses diversifiées en SEM, en Société publique locale et en régie puisque cette tendance se dessine. Nous devons nous positionner comme un partenaire technique aux côtés d'un opérateur urbain, Keolis en l'occurrence* »¹³⁹⁵.

559. Si les exemples des SEM dont l'objet social est le transport ferroviaire de voyageurs sont limités, le cas de la collectivités territoriales Corse est édificateur quant aux enjeux juridiques de ce modèle de gestion dans le secteur ferroviaire.

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ ARENSONAS (N.), « Veolia Trasdev, Keolis, SNCF: ils vont vous faire aimer les SEM », Article de presse dans *MobiliCités*, 4 février 2013.

¹³⁹⁵ ARENSONAS (N.), « Joel Lebreton : « C'est fini la SNCF monolithique et centralisatrice », Article de presse dans *MobiliciCités*, 26 octobre, 2012.

ENCADRÉ 31. ÉTUDE DE CAS : LA SEM LES CHEMINS DE FER DE LA CORSE -UN OUTIL DE DEVELOPPEMENT LOCAL

La Collectivité de Corse (ci-après « CDC ») est l'autorité organisatrice des transport ferroviaires en Corse. Le réseau ferroviaire de Corse comporte 232 km de voie comportant deux lignes, à savoir une ligne qui relie Bastia à Ajaccio via Corte et une ligne de Balagne qui dessert Calvi et Ile Rousse depuis le nœud de correspondance situé à Ponte-Leccia. En 2017 les chemins de fer corses transportaient près d'1,2 million de voyageurs¹³⁹⁶.

Entre 2013-2018, les recettes avaient augmenté de 42% « pour franchir désormais la barre des 5,5 millions d'euros, avec un peu plus de 9 millions d'euros de trésorerie à ce jour ¹³⁹⁷» Entre 2001 et 2011, la Collectivité territoriale de Corse (CTC) avait confié l'exploitation des services ferroviaires corses à la SNCF dans le cadre d'une convention de délégation de service public. Le 16 décembre 2011, l'Assemblée de Corse a décidé de confier l'exploitation du réseau ferroviaire à une société d'économie mixte, la SAEML Chemins de Fer de la Corse (CFC) créée pour cette occasion¹³⁹⁸.

La Collectivité territoriale de Corse (CTC) devenue Collectivité de Corse (CDC) est, depuis 2002, propriétaire de l'ensemble des installations et du matériel et a participé depuis les années 2004-2005 tant au renouvellement de voie qu'au renouvellement du matériel roulant¹³⁹⁹. Selon le Président des CFC et vice-président de l'Assemblée Corse, Hyacinthe Vanni, la SEML CFC a été créée dans un contexte particulièrement difficile. Il déclarait ainsi en 2018 à la suite de la publication d'un Rapport de la Cour des comptes sur l'activité de la SEML CFC sur la période 2011-2015¹⁴⁰⁰ « Rappelons qu'en 2011, la DSP (Délégation de service public) avait été déclarée infructueuse, suite à l'offre presque indécente de la SNCF, l'exploitant de l'époque, qui demandait 48 millions € de subventions. La présidence de l'époque a dû créer la SEML des chemins de fer de la Corse dans un contexte très difficile. Les trains ne fonctionnaient pas. Les AMG 800 étaient à quai. Les CFC n'avaient pas de statut. Il a fallu remettre les trains sur les rails et créer un statut qui, même s'il a besoin d'être toiletté, a le mérite d'exister. Il convient aux personnels, aux partenaires sociaux et à la Collectivité territoriale de Corse qui l'a signé. »¹⁴⁰¹.

Du fait de ce contexte particulier rendu difficile par l'offre inacceptable de la SNCF, la CTC avait décidé de sa liberté de négociation directement avec un opérateur la convention de délégation de service public, sans organiser une procédure de mise en concurrence ni une publicité préalable¹⁴⁰². Ainsi, la CTC a conduit l'essentiel des négociations avec la SNCF en l'absence de la SEML qui se trouvait désormais en cours de constitution¹⁴⁰³.

¹³⁹⁶ MATTEI (J.), «Grève SNCF : pourquoi les cheminots corses restent sur les rails », Article de presse, dans *Le Point*, 9, avril 2018.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ Site internet Cf-corse.corsica.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ Cour des comptes, Rapport d'observations définitives, « Société d'Économie Mixte Locale des Chemins de Fer de Corse. Exercices 2011 à 2015 », 2018, pp.139.

¹⁴⁰¹ MARI (N.), « Hyacinthe Vanni : "La Cour des comptes n'a rien compris au métier des cheminots corses ! », Article de presse, dans *Corse Net Info*, le 28 mai 2018.

¹⁴⁰² Assemblée de Corse, Rapport de Monsieur Le Président du Conseil Exécutif, « Exploitation des Chemins de Fer de la Corse », Réunion des 27 et 28 octobre 2011, p.26, pp.56.

¹⁴⁰³ Cour des comptes, Rapport d'observations définitives, « Société d'Économie Mixte Locale des Chemins de Fer de Corse. Exercices 2011 à 2015 », 2018, p.22, pp.139, précité.

ENCADRE N° 32. SYNTHÈSE DU CADRE CONTRACTUEL DE LA SEML CHEMINS DE FER DE CORSE

VOLET	CARACTERISTIQUES	COMMENTAIRES COUR DES COMPTES
CADRE CONTRACTUEL	<p>Pacte d'actionnaires signé le 8/12/2011</p> <p>CTC-SEML Chemins de fer de Corse : contrat de DSP : 21/12/2011-31/12/2021</p> <p>SEML Chemins de Corse – SNCF : convention d'assistance</p>	<p>La SEML a la charge de : l'exploitation, l'entretien des ouvrages mis à sa disposition, la gestion des gares et arrêts</p> <p>La SEML ne prend pas en charge les opérations d'investissement</p> <p>Faculté de la SNCF de se retirer en fin de délégation (2021) + possibilité de cession de ses parts</p> <p>CTC- bénéficiaire d'un droit de préemption sur les actions éventuellement cessées par SNCF</p> <p>CTC : chargée de la couverture de <u>tout</u> déséquilibre financier</p>
MISSIONS SEML CFC	<p>Réaliser les missions de services de transport définies par la CTC ;</p> <p>Assistance de la CTC pour les missions de maîtrise d'ouvrage ;</p> <p>Assurer la police des chemins de fer ;</p> <p>Assurer l'accueil et l'information du public ;</p> <p>Définir les modalités de distribution des titres de Transports et les mettre en œuvre ;</p> <p>Mettre en œuvre les objectifs de qualité du service définis avec la CTC ;</p> <p>Proposer et mettre en œuvre des opérations commerciales ;</p> <p>Conserver en bon état de fonctionnement les installations mises à disposition (entretien des matériels et équipements) ;</p> <p>Rendre compte et assurer une mission permanente de conseil, de proposition</p>	

ENCADRE N° 32. SYNTHESE DU CADRE CONTRACTUEL DE LA SEML CHEMINS DE FER DE CORSE

VOLET	CARACTERISTIQUES	COMMENTAIRES COUR DES COMPTES
MISSIONS CFC	<p>Définition de la politique de transport et des caractéristiques des services, y compris de la tarification ;</p> <p>Responsable des relations avec les autres autorités organisatrices des transports ;</p> <p>Définition des plans de transports (après proposition du délégataire) ;</p> <p>Réalisation des investissements et mise à disposition des biens (réseau ferré et matériel roulant) ;</p> <p>Contrôle de la bonne exécution du service et de son niveau qualitatif ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Couverture de l'équilibre financier pour compenser les obligations de service public imposées. 	
CAPITAL SOCIAL	1,2 M€	
ACTIONNARIAT	<p>Public : 75%</p> <p>CTC (55% des actions)</p> <p>Département de la Haute-Corse (5% des actions)</p> <p>Département de la Corse du Sud (5% des actions)</p> <p>Communauté d'agglomération du pays ajaccien (CAPA) (5% des actions)</p> <p>Communauté d'agglomération de Bastia (CAB) (5% des actions)</p>	<p>CTC omniprésente : AOT ferroviaires, actionnaire majoritaire, garant auprès des autres actionnaires de l'équilibre financier de la société', propriétaire des ouvrages, pilote du contrat de délégation, cosignataire de l'accord collectif des salariés, et soutien financier inconditionnel</p>
	<p>Privé : 25%</p> <p>SNCF Participations (15% des actions)</p> <p>CCI de la Haute- Corse (5% des actions)</p> <p>CCI de Corse-du-Sud (5% des actions)</p>	<p>SNCF : actionnaire et support technique</p>
COMPOSITION CONSEIL D'ADMINISTRATION	<p>18 membres</p>	<p>13 représentants des actionnaires publics</p> <p>CTC : 9 sièges Autres actionnaires publics : 1 siège chacun SNCF : 3 sièges</p>

ENCADRE N° 32. SYNTHÈSE DU CADRE CONTRACTUEL DE LA SEML CHEMINS DE FER DE CORSE

VOLET	CARACTERISTIQUES	COMMENTAIRES COUR DES COMPTES
	5 représentants des actionnaires privés	Autres actionnaires privés : 1 siège chacun.
FINANCEMENT	Encaissements produits de vente Subvention de la CTC	Effort contributif <u>excédentaire</u> de la CTC (surévaluation du coût du contrat)
PATRIMOINE	Actif immobilisé en 2015 : 265.985 euros Actif circulant 15.048.401 euros	Progression de 3% d'actif de la SEML sur la durée 2012/2015 CTC propriétaire du matériel roulant qu'elle met à disposition de la SEML (sans affectation)
PERSONNEL FERROVIAIRE	Reprise par la SEML du personnel ferroviaire du délégataire sortant (SNCF)	

Source : tableau à partir du Rapport de l'Assemblée de Corse, « Exploitation des Chemins de Fer de la Corse »

560. **Un bilan contrasté de la SEM corse.** Le mode de gestion de service ferroviaire corse via une SEM constitue une exception par rapport à la gestion et l'exploitation ferroviaire en France conférées pour l'instant à la SNCF Mobilités, en situation monopolistique. Si ce nouveau modèle de gestion est admis grâce, nous l'avons vu, à une lecture combinée d'un ensemble de dispositions du droit des sociétés et du droit des collectivités territoriales, il est assujéti à des améliorations probablement du fait de sa création récente et originelle dans le secteur ferroviaire. A ce titre, le Rapport de la Cour des comptes fait état d'un bilan contrasté et du caractère perfectible de l'organisation et du fonctionnement de la SEML CFC¹⁴⁰⁴. Sans reprendre l'exhaustivité des constats soulevés par la Cour des comptes, nous précisons que celle-ci reproche pour l'essentiel à la SEML la concentration trop importante des responsabilités par la collectivité territoriale prête à fournir un soutien financier inconditionnel pour tout

¹⁴⁰⁴ *Ibid.* Voir aussi les réactions dans la presse : REVOL (M.), « L'incroyable train de vie des chemins de fer corses », Article de presse, dans *Le Point*, le 4 mai 2018 ; BARBERY (N.), « Corse : la Cour des comptes épingle les chemins de fer corses », Article de presse, dans *Quotidien du tourisme*, le 9 mai 2018 ; aussi AGOSTINI (S.), « Les scandaleux avantages des cheminots corses », Article de presse dans *Le Figaro*, le 5 mai 2018.

déséquilibre économique, ce qui amoindrit les recherches de la SEML d'objectifs stratégiques propres et d'une rentabilité économique allant au-delà des seuls objectifs impartis par la collectivité corse. La Cour dénonce aussi la surévaluation du coût du contrat de DSP¹⁴⁰⁵ ce qui a ainsi pour conséquence l'augmentation de la partie contributive de la CTC estimée à plus de 81% des charges de la délégation. En ce qui concerne l'organisation RH de la SEML la Cour critique la multiplication des embauches malgré une progression trop faible de la production, l'absence de gestion prévisionnelle des emplois et de compétence, ainsi qu'une certaine désorganisation des services opérationnels. Si le modèle de gestion locale ferroviaire corse ne peut pas être en l'état (notamment au regard des conclusions de la Cour des comptes en 2018) exporté par tout en France, il n'en demeure pas moins le référent actuel. Cela nous permet de tirer quelques enseignements en termes d'organisation et de fonctionnement des SEM de transport ferroviaire de voyageurs lorsque ce modèle de gestion locale pourrait se généraliser à terme sur le fondement de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux de voyageurs.

561. Les enseignements sur les SEM de transports ferroviaires de voyageurs à la lumière de l'expérience Corse. L'apport d'un expert ferroviaire. D'abord, l'exception ferroviaire corse nous confirme que la SEM constitue un modèle de gestion locale compatible avec les spécificités du secteur des transports ferroviaires de voyageurs. La SEM est également compatible avec une exploitation ferroviaire dans la mesure où elle peut reprendre le personnel ferroviaire du délégataire sortant dont le code du travail lui demeure applicable. La SEM permet de garantir à la collectivité locale l'association d'un partenaire privé, expert ferroviaire. En effet, l'expertise ferroviaire et technique pointues du partenaire privé justifie la force d'une SEM par rapport aux autres modes organisationnels des collectivités territoriales notamment les régies ou les SPL dont la constitution comprend uniquement des collectivités publiques. Si l'expertise ferroviaire confirme la valeur ajoutée de la SEM par rapport aux autres modes de gestion locale ferroviaire c'est à cause des enjeux sécuritaires qui sont inhérents au secteur ferroviaire. La participation d'un partenaire privé - expert ferroviaire au capital de la société implique la participation de celui-ci au pouvoir de décision. Par conséquent, la collectivité territoriale pourrait s'appuyer sur les conclusions de son partenaire ferroviaire lors de l'adoption des orientations stratégiques de l'exploitation. Enfin, l'expert ferroviaire pourra aussi apporter sa contribution et son expérience au profit de la SEM sur le terrain de la sécurité des circulations

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

ou encore lors des différentes procédures de certifications et d'autorisations qu'elle devra mettre en œuvre dans le cadre de l'exploitation ferroviaire. De ce fait, il y a dans une SEM ferroviaire une forme de transfert des compétences du partenaire ferroviaire à la SEM elle-même, mais aussi, dans une certaine mesure, aux partenaires publics.

562. L'orientation stratégique indépendante de la SEM vis-à-vis de la collectivité publique. Ensuite, les missions statutaires imparties à la SEM jouent un rôle important dans l'équilibre des rapports qui doit exister entre la collectivité territoriale et la SEM. En prolongement de la position de la Cour des comptes par rapport au cas de la SEML corse, il est préférable que la SEM développe une stratégie propre et qui tire profit de son statut sociétaire en se fixant d'objectifs stratégiques qui dépassent ceux fixés par la collectivité publique. Autrement dit si la SEM est une création de la collectivité publique, elle est toutefois autorisée à aller au-delà de ses orientations, de poursuivre des activités commerciales qui lui sont propres et donc de viser une rentabilité non cantonnée au seul périmètre des objectifs financiers fixés par la collectivité. C'est précisément cet aspect qui la différencie d'une SPL, qui fait de ce mode de gestion un choix efficace pour la collectivité publique et qui doit être mis au service de celle-ci. Si la SEML corse n'a pas été suffisamment incitée à la recherche de la performance économique et de la valorisation d'activités complémentaires outre celles fixées par la collectivité, cette approche peut s'expliquer possiblement par la situation monopolistique, héritière du contexte difficile des négociations de la collectivité corse avec la SNCF.

563. Des missions équilibrées des partenaires dans la SEM. Si la collectivité publique, en sa capacité d'actionnaire publique, peut fournir un support financier important et se porter garante du risque économique, il ne faut pas que son soutien soit, à l'image de la SEML corse, inconditionnel. La définition adéquate des missions est ainsi corroborée avec la nécessité de la collectivité publique d'être exigeante, grâce à la fixation d'objectifs techniques, économiques et financiers mesurables, à la fois vis-à-vis de son partenaire privé ferroviaire, mais aussi vis-à-vis de la SEM elle-même. Ces exigences traduites via des clauses contractuelles adéquates permettront ensuite à la collectivité publique de mieux maîtriser sa contribution financière et de justifier des leviers efficaces lors de l'ajustement de la subvention annuelle. De manière analogue, la rédaction des clauses contractuelles revêt une importance cardinale également sous l'aspect de la maîtrise et de la visibilité par la collectivité publique des évolutions des charges, qui dans une gestion efficace, ne devraient pas trop s'écarter des données du compte d'exploitation prévisionnel.

564. Outre les SPL et les SEM, vecteurs d'une *sociétisation* de la gestion des services publics de transport ferroviaire de voyageurs, les contrats de partenariat publics-privés constituent également une alternative envisageable au bénéfice des collectivités publiques.

§4. La gestion externalisée des transports ferroviaires de voyageurs via des partenariats publics-privés (PPP)

Le cadre légal relatif à la conclusion des PPP (A) réduit son potentiel à constituer un outil privilégié pour la gestion de l'exploitation des services de transport ferroviaires de voyageurs. Les PPP apparaissent néanmoins davantage compatibles avec les spécificités de grands projets de construction d'ouvrages (B). Si le potentiel des PPP à être porteurs de missions de service public semble réduit, les marchés de partenariat peuvent, au contraire, combler cette lacune (C).

A. Le cadre général légal des PPP

565. **Les définitions des « contrats de partenariat public privé »**. L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004¹⁴⁰⁶ modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat public¹⁴⁰⁷ et codifiée à l'article L.1414-1 du Code général des collectivités territoriales définissait le contrat de partenariat comme un « *contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenue, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement d'exception de toute participation au capital* »¹⁴⁰⁸. Sans les qualifier expressément des contrats ou des accord, la Commission européenne définissait les PPP dans un Livre vert comme étant « *des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le*

¹⁴⁰⁶ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, n°141 du 19 juin 2004. Cette ordonnance a été abrogée par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF*, n°0169 du 24 juillet 2015.

¹⁴⁰⁷ Loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, *JORF*, n°0175 du 29 juillet 2008; sur les modifications apportées par la loi du 28 juillet 2008 voir par exemple, NOGUELLOU (R.), « La loi du 28 juillet 2008 : le renouveau des contrats de partenariat », *L'Essentiel Droit des contrats*, n°04, 2008, p.1 ou encore PIGNON (S.), « L'évolutivité du contrat de partenariat public-privé, un atout pour les projets publics ? », *Petites affiches*, n°116, 2008, p.11 ; toujours sur les changements apportés par la loi du 28 juillet 2008 voir DEBOUZY (O.), APPELBAUM (R.), « Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique », *D.*, 2008, p.2356.

¹⁴⁰⁸ Article 1 de l'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat précitée.

financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »¹⁴⁰⁹, donc des montages juridiques et financiers complexes développés dans des secteurs de la sphère publique (transports, santé etc.) « *en raison notamment du besoin d'apport de financement privé, de la volonté de bénéficier du savoir-faire du secteur privé et de l'évolution générale du rôle de l'État plus organisateur pu régulateur qu'acteur direct* »¹⁴¹⁰. Enfin, selon l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) le PPP est « *un accord contractuel de long terme entre une autorité publique et un partenaire privé dans le cadre duquel ce partenaire assure et finance des services publics à partir d'un équipement, avec un partage des risques associés* »¹⁴¹¹.

566. Malgré un vocabulaire légèrement différent, les définitions opérées par ces quelques institutions mettent en évidence les caractéristiques essentielles d'un contrat de PPP à savoir : 1) un contrat à long terme entre une collectivité publique et une entreprise du secteur privé¹⁴¹² ; 2) le risque financier essentiellement porté par le partenaire privé ; 3) l'édition des obligations de résultat à charge du partenaire privé ; 4) le recours aux financements privés et enfin 5) une rémunération du partenaire étalée sur toute la durée du contrat et liée à des objectifs de performance. La mise en œuvre des contrats de PPP devait, à l'instar d'autres mode de contractualisation des collectivités territoriales reposer sur les principes de liberté d'accès, égalité de traitement, objectivité des procédure¹⁴¹³.

567. **Les PPP, des contrats récurrents des collectivités publiques dans des vastes domaines d'activités.** Selon la Cour des comptes, la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP)¹⁴¹⁴ aurait comptabilisé en 2014 149 contrats de partenariat signés par des collectivités locales dont le montant d'investissements s'élèverait à 4,07 Md euros (à comparer

¹⁴⁰⁹ Livre vert sur les partenariats public privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final du 30 avril 2004.

¹⁴¹⁰ Site Senat.

¹⁴¹¹ Cour des comptes européenne, Rapport spécial, « Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités », 2018, pp.65.

¹⁴¹² Le contrat de PPP n'a pas de sens que s'il est étalé sur une certaine durée. Aucun dispositif légal n'encadre la durée des contrats de PPP et ne fixe ni une durée plancher, ni une durée plafond. La dure du contrat de PPP doit être déterminée selon la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

¹⁴¹³ EMERY (C.), « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public privé », *AJDA*, 2005, p.2269.

¹⁴¹⁴ Organisme-expert placé sous la tutelle du Ministère de l'économie, des finances et de l'Industrie qui a pour mission d'accompagner les personnes publiques dans la mise en œuvre des projets de PPP. La MAPPP s'intitule à présent Fin Infra ; voir JOANNES (J.-M.), « La Mapp est morte...vive « Fin infra » ! », Article de presse, dans *La gazette des communes*, 18 mai 2016.

aux 10,7 Md euros de contrats de PPP signés dans le même temps par l'État)¹⁴¹⁵. En effet, si les contrats de PPP ont été généralement perçus comme des montages juridiques et financiers complexes¹⁴¹⁶, leur généralisation comme des outils de développement voire d'externalisation des activités de collectivités publiques¹⁴¹⁷ se justifiait par les limitations inhérentes d'autres modes de contractualisation de la commande publique¹⁴¹⁸. L'opportunité des collectivités publiques à conclure des PPP pour l'exploitation des services publics de transport ferroviaire de voyageurs demeure néanmoins discutable.

568. Un cadre strict de conclusion des PPP. Le contrat de partenariat peut être conclu uniquement si le projet justifie d'une certaine complexité dont la preuve n'est toujours pas facile à apporter¹⁴¹⁹ ou urgence *et* uniquement à la suite d'un bilan avantageux réalisé par la personne publique, c'est-à-dire seulement si cette dernière démontre que le recours à ce montage est le plus intéressant tant sur le plan juridique que financier. Plus spécifiquement, lors de l'analyse de l'efficacité économique du contrat de PPP, la personne publique doit prendre en compte les caractéristiques du projet, les exigences du service public, les insuffisances et difficultés apparues dans la réalisation de projets comparables. Le juge administratif apprécie strictement les conditions de recours au contrat de partenariat¹⁴²⁰ afin de ne pas laisser le contrat de partenariat devenir un contrat de droit commun de la commande publique¹⁴²¹.

B. La compatibilité des PPP avec l'exploitation des services publics de transports ferroviaires de voyageurs

569. Des contrats utilisés généralement dans la construction d'ouvrages au service des transports collectifs. Les PPP furent en principe utilisables dans le secteur des transports collectifs dans la mesure où il s'agissait de la construction, la transformation, l'entretien,

¹⁴¹⁵ Cour des comptes, Rapport public annuel, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », 2015, p.147, pp.147-217.

¹⁴¹⁶ BREVILLE (A.), « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », *AJDA*, 2004, p.1754.

¹⁴¹⁷ DREYFUS (J.-D.), « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p.1214.

¹⁴¹⁸ DEBOUZY (O.), GUILLOT (P.), « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *D.*, 2005, p.319 ; DERUY (L.), « Les nouveaux contrats de partenariat : état de la réforme », *RDI*, 2003, p.510.

¹⁴¹⁹ JACQUEMOIRE (P.), « De la complexité d'apprécier le critère de complexité justifiant le recours à un contrat de partenariat public-privé- Conseil d'État 30 juillet 2014 », *AJCT*, 2014, p.615 ; aussi CHAMMING (G.), « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », *AJDA*, 2014, p.985.

¹⁴²⁰ CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz, Rec.*, n°363007 ; ou encore, plus récemment, CAA Nantes, 16 mars 2018, *Commune de Ouistreham*, n°16NT04075.

¹⁴²¹ DREYFUS (J.-D.), « Contrat de partenariat public-privé : la preuve de la complexité du projet doit être rapportée par la personne publique – Tribunal administratif de Bordeaux 11 février 2015 », *AJCT*, 2015, pp.344 ; TAA Bordeaux, 11 février 2015, n°1200574. .

l'exploitation des ouvrages, équipements ou bien immatériels nécessaires au service public de transport¹⁴²². Ainsi que les contrats de PPP étaient des outils complémentaires aux autres modes « classique » de la commande publique que pouvaient utiliser les autorités organisatrices de transport.

570. L'analyse comparée des PPP avec d'autres montages contractuels nous permet de formuler plusieurs constats.

571. **Le bilan contrasté des PPP.** Le contrat de PPP est plus avantageux que les marchés publics dans la mesure où c'est un même cocontractant de la personne publique qui a l'ensemble des responsabilités du maître d'ouvrage commençant par la conclusion des contrats avec les autres entrepreneurs ainsi que le financement des travaux. Pourtant, la mission globale, souvent présentée comme la valeur ajoutée des contrats de PPP grâce à l'intégration des missions au sein d'un seul contrat n'est, en pratique, spécifique aux PPP. En effet, les contrats de concessions peuvent-ils aussi englober des prestations multiples. La doctrine soulignait « *le contrat de partenariat n'avait pas « plus » à offrir aux autorités organisatrices de transport que le contrat de concession qu'elles sollicitaient habituellement. Certes les modalités de rémunération du partenaire -déconnectées des résultats de l'exploitation du service-pouvaient apparaître plus adaptées au secteur (structurellement déficitaires) des transports publics, mais il demeure que le contrat de partenariat présentait plusieurs inconvénients majeurs* »¹⁴²³. De ce fait, il est moins surprenant de constater que malgré le caractère global des contrats de PPP, les collectivités territoriales ont donné davantage suite aux contrats de concessions qu'aux contrats de PPP, ces derniers demeurant, dans le secteur ferroviaire, limités aux projets d'infrastructures lourds de type LGV Bretagne-Pays de la Loire¹⁴²⁴ à l'exclusion de l'exploitation des services de transport ferroviaire.

¹⁴²² GUILLERM (M.), « Contrat de partenariat et transport collectif », *Contrats publics*, n°154, mai 2015. L'auteur indique que le contrat de partenariat pouvait ainsi « être sollicité lorsqu'une autorité organisatrice de transport entend créer une nouvelle infrastructure (un tramway, un pôle d'échange, un bus en site propre...)ou procéder à l'extension d'une infrastructure existante (une ligne de métro ou de tramway), voire même lorsqu'elle entend « simplement » renouveler ou moderniser son matériel roulant ; matériel dont on sait qu'il représente déjà, à lui seul, un coût considérable ».

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ Site du gouvernement. Le gestionnaire d'infrastructure (RFF à l'époque, SNCF Réseau actuellement) a signé le 28 juillet 2011 avec la société Eiffage Rail Express (ERE) du groupe Eiffage un contrat de PPP à la suite d'un appel d'offres lancé en décembre 2008 pour une durée de 25 ans et dont l'investissement total s'élevait à plus de 3,3 milliards d'euros.

572. **Le caractère limité des PPP à être porteurs de la gestion des services publics.** Dès la création de ce montage contractuel, une partie de la doctrine a pu soutenir que « *le contrat de partenariat se distinguerait encore de la délégation de service public en ce qu'il porterait sur des ouvrages et équipements qui ne sont que « nécessaires au service public » ou, le cas échéant, sur d'autres prestations de services « concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée » et n'aurait donc pas pour objet de confier au partenaire la gestion d'activités de service public elle-même*¹⁴²⁵ ». Par ailleurs, Monsieur Alain Ménéménis, rapporteur du texte de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de PPP lui-même écrivait : « *La logique économique des contrats de partenariat est celle de marchés : le cocontractant pourra « gérer » ou « exploiter » (les deux notions ne sont ici guère différentes) des ouvrages, mais le service public restera de la responsabilité de la personne publique et le partenaire privé ne sera rémunéré que par un prix*¹⁴²⁶ tout en sachant que « *Le partenaire privé n'aura pas à gérer le service public mais à lui apporter un concours multiforme – ce qui lui imposera, qu'il soit ou non propriétaire des ouvrages des obligations en ce qui concerne leur affectation et le respect des exigences du service public comme le rappelle le e) de l'article 11 qui précise que ces obligations doivent être expressément prévues dans le contrat* »¹⁴²⁷.

573. **Les PPP, une pratique non concrétisée dans l'exploitation des TER en France.** Si ces montages contractuels ont trouvé un terrain de prolifération dans les autres secteurs d'activité¹⁴²⁸, ils n'ont pas pu détrôner le régime de la délégation de service public en matière d'exploitation des services ferroviaires régionaux de voyageurs. Cela s'explique d'abord, à l'évidence par la pratique contractuelle dans le secteur, à savoir la contractualisation des conventions d'exploitation des TER entre les régions, autorités organisatrices de transport et l'opérateur en situation de monopole, SNCF Mobilités. Ensuite, la limitation des contrats de

¹⁴²⁵ DEBOUZY (O.), P. GUILLOT, « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *D.*, 2005, p.319 ; dans le même sens P. LIGNIERES, « La Frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat », *Dr. Admin.*, 2005, Prat.7, P. DELELIS, « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, p.2244, LLORENS (F.), « Les contrats de partenariat (commentaire de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat), *RJEP*, 2004, pp.522-523 ; dans le sens contraire, favorables à une compatibilité des contrats de PPP avec la gestion des services publics, voir REYNAUD (T.), « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP*, 2010, n°70, p.166.

¹⁴²⁶ MENEMENIS (A.), « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », *AJDA*, 2004, p.1737.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ Rapport des sénateurs PORTELLI (H.) et SUEUR (J.P.), « Les contrats de partenariats : des bombes à retardement », 16 juillet 2014. Extrait : « *De subsidiaire et dérogatoire, le contrat de partenariat est devenu, depuis sa création en 2004, et plus encore après le vote de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, un outil contractuel parmi d'autres, concurrençant les marchés publics classiques ou les délégations de service public* ».

PPP aux seuls projets d'infrastructures complexes peut également s'expliquer, nous l'avons vu, par la morphologie même de ces montages contractuels qui ne semblaient pas être compatibles avec la gestion des services publics que représentaient les services ferroviaires de voyageurs.

C. La vocation des marchés de partenariat à exécuter des missions de service public de transport ferroviaire de voyageurs

574. **La notion de « marché de partenariat ».** L'article L1112-1 du Code de la commande publique définit le marché de partenariat comme un « *marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; 2° Tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.* ». La mise en œuvre des marchés de partenariat comme une catégorie des marchés publics a pour objectif de renforcer la structuration binaire des contrats publics selon la distinction européenne marchés publics/concessions. Le contrat de partenariat PPP, contrat global à paiement public différé est désormais intégré dans la catégorie exhaustive de marchés publics.

575. **Les marchés de partenariat, compétents pour inclure des missions de gestion de service public.** A l'instar des contrats de PPP, les marchés de partenariat permettent de confier au cocontractant privé un ensemble large des missions. En effet, selon le paragraphe 2 de l'article 67, la mission globale impartie au titulaire du marché de partenariat *peut* (faculté) également inclure « *tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou bien immatériels, l'aménagement, l'entretien la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrage (...) la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services publics concourant à l'exercice par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». La gestion d'une mission de service public via un marché de partenariat est l'évolution la plus significative du dispositif juridique interne. Cet avancé « *met fin à la controverse doctrinale sur la possibilité de prévoir un transfert de la gestion du service public au cocontractant dans le cadre d'un contrat de partenariat* »¹⁴²⁹.

¹⁴²⁹ DIDRICHE (O.), « La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat », *AJCT*, 2015, p.633.

576. La possibilité d'attribuer au cocontractant la gestion d'une mission de service public par le biais d'un marché de partenariat pourrait contribuer à renforcer l'utilisation de ce mode contractuel dans le secteur des transports collectifs. Dans la mesure où les marchés de partenariat sont une catégorie de marchés publics, cela supposerait que les marchés de partenariat portant sur l'exécution d'une mission de transport ferroviaire de voyageurs seraient soumis aux régimes des concessions. Cette unification de régimes juridiques semble ignorer le critère essentiel de différenciation entre les marchés publics et les concessions. Le choix d'un contrat ou de l'autre dépend du point de vue dont nous nous plaçons. Pour un opérateur privé, il serait plus avantageux financièrement de recourir au marché de partenariat dans lequel la collectivité territoriale est associée à la prise de risque¹⁴³⁰. Or, pour l'entité publique, il serait préférable de recourir au contrat de concession dans lequel c'est l'opérateur privé qui supporte le risque financier en fonction des aléas du marché. S'attachant à ce seul critère de risque, nous pouvons d'ores et déjà considérer que le marché de partenariat peut représenter un outil efficace permettant de renforcer l'approche collaborative entre le public et le privé dans la mesure où il vise à combler les réticences de partenaires privés à s'engager dans des projets publics.

577. Ce montage contractuel est aussi pertinent de manière a posteriori, sur le terrain de la qualification juridique des contrats opérée, en cas de contentieux, par le juge administratif. Attaché à une définition stricte des concessions de service et de service public, le juge administratif pourrait être amené à requalifier un contrat dans lequel l'opérateur privé n'est pas véritablement exposé aux aléas du marché et ne supporte pas réellement le risque financier en marché de partenariat. Ainsi, l'utilisation d'un marché de partenariat pourrait s'avérer un outil effectif pour remplacer des conventions dans laquelle le partage de risque n'est qu'apparent alors que la personne publique subventionne par des montants considérables l'activité objet du contrat ¹⁴³¹.

578. Toutefois, dans la mesure où a) selon l'article 2 de l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire

¹⁴³⁰ Fiche technique, la Direction des affaires juridiques (DAJ), Espace Marchés publics, Rubrique Conseil aux acheteurs.

¹⁴³¹ GUILLERM (M.), « Contrat de partenariat et transport collectif », *Contrats publics*, n°154, mai 2015, Note 11
ORIOU (J.-S.), PERRITAZ (M.), « Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat », *AJCT*, 2012, p.90.

et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs¹⁴³², le régime des concessions sera appliqué à aux procédures de passation et à l'exécution des marchés de partenariat portant sur la mission de service public que représente les transports ferroviaires de voyageurs, ce qui risque d'affaiblir l'intérêt pour ce montage contractuel ; et b) le marché de partenariat demeure un contrat dérogatoire au contrat de droit commun que représente en France, la concession de service public de transport ferroviaire de voyageurs, nous préconisons que l'utilisation du marché de partenariat dans ce secteur sera relativement limitée, du moins, lors de la première phase de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires domestiques de voyageurs.

¹⁴³² Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* du 13 décembre 2018, n°0288, texte n°55.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

579. Ce chapitre a permis d'évaluer un certain nombre des montages contractuels, les uns plus complexes que les autres, auxquels les autorités organisatrices de transport peuvent avoir recours dans le cadre de leur gestion directe des transports ferroviaires de voyageurs. Le choix en faveur du tel ou tel montage dépend d'un ensemble des facteurs très divers : politiques (le choix de l'autorité de transport d'exploiter directement son service de transport ferroviaire et de représenter le maître d'ouvrage sur son réseau), des facteurs économiques (les besoins d'investissements conséquents), des facteurs sociodémographiques (population de la région, dimensions du réseau).

580. Cela étant, en France, pendant la phase de préparation à l'ouverture à la concurrence du secteur, les opérateurs ferroviaires semblent avoir encouragé les régions à sortir de « la tutelle » de l'opérateur historique et de la logique de captation qui définissait parfois leurs conventions régionales d'exploitation des TER et qui profitait à la SNCF¹⁴³³.

581. Le corollaire de ce soutien est la validation de la possibilité des régions de gérer elles-mêmes leurs réseaux régions. A ce titre, Monsieur Thierry Mallet, PDG de Transdev, déclarant d'abord que le cadre légal posé par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire était acceptable, rappelait que « *les régions ne seront pas obligées de faire appel à la concurrence. La loi prévoit pour les régions la possibilité de créer une régie. Elle autorise aussi des exemptions de concurrence pour des raisons de complexité* »¹⁴³⁴. La possibilité de gestion directe des régions des réseaux régionaux par les autorités organisatrices de transport n'est ni combattue ni contestée par les opérateurs ferroviaires. Le fait que ce mode de gestion procure des avantages dans les transports publics urbains pourrait constituer une des raisons ayant contribué à l'admission de ce mode de gestion dans les transports ferroviaires. Par ailleurs, l'acceptation de ce mode de gestion par les opérateurs alternatifs pourrait aussi s'expliquer par le fait qu'ils retrouvent dans le mode de gestion directe des autorités organisatrices des services ferroviaires un modèle business d'organisation et d'exploitation ferroviaire (gestion des petites lignes, polyvalence des employés, équipes plus réduites, coûts de structure plus faibles etc.) similaire

¹⁴³³ BEZIAT (E.), « Transdev dans les starting-blocks pour concurrencer la SNCF dans les régions », Article de presse, dans *Le Monde*, publié le 22 février 2017. Extrait : « *Le patron de l'opérateur ferroviaire, Thierry Mallet, assure, qu'il peut proposer un service de qualité 50% moins cher que la compagnie nationale sur les lignes qui doivent être privatisées en 2023* ».

¹⁴³⁴ DUMONT (F.), POINGT (M-H), « ITW de Thierry Mallet "Nous souhaitons de la polyvalence et un haut niveau d'engagement dans le ferroviaire », précité.

avec ce qu'ils proposent eux-mêmes. Cette posture en miroir renforce ainsi la croyance dans la compatibilité de ce modèle business avec l'exploitation ferroviaire et valide, indirectement, la compatibilité de la gestion directe avec le climat ferroviaire.

582. Les opérateurs ferroviaires alternatifs ne sont pas réfractaires à la possibilité pour les autorités organisatrices de gérer directement leurs réseaux car au fond ce mode de gestion n'est quasiment jamais totalement étanche à l'intervention d'un opérateur ferroviaire privé. En effet, les montages contractuels permettant la gestion directe des transports ferroviaires peuvent, si besoin, (et c'est souvent le cas) associer des partenaires publics et privés (le cas des SEM), faire appel à l'expertise du secteur privé, inclure des financements privés pour accélérer l'innovation et les investissements. Si les opérateurs ferroviaires alternatifs ne seront pas en mesure d'exploiter les services ferroviaires, ils pourront néanmoins fournir des prestations de conseil, par exemple en matière de sécurité ferroviaire et formation du personnel. Ainsi, Transdev, titulaire d'un Centre de formation ferroviaire (CFF) pourrait vendre ce type de prestation auprès des régions.

583. Le scénario de la réduction de la concurrence par les autorités organisatrices de transport pourrait, théoriquement, advenir grâce à un usage trop excessif du mode de gestion directe (plus spécifiquement de la régie) et des exceptions à la concurrence pour des raisons de complexité telles que prévues par le quatrième paquet ferroviaire. Mais, le droit de regard dont bénéficie le régulateur sectoriel sur ces usages devrait en principe suffire à éviter les dérives anticoncurrentielles et à maintenir un équilibre entre les modes de gestion des services ferroviaires de voyageurs. A cela s'ajoute également le fait que, compte tenu des spécificités organisationnelles et fonctionnelles de l'industrie ferroviaire, les chances que la généralisation du mode de gestion directe se réalise au point où il devienne un risque de réduction de la concurrence sont relativement réduites. Pour preuve, le cas des régies ferroviaires qui demeurent actuellement très peu nombreuses.

CONCLUSION DU TITRE 2

584. Les modes de gestion directe et déléguée des services publics de transport ferroviaires de voyageurs constituent des outils complémentaires à l'appui des choix divers des autorités organisatrices de transport. Le choix entre le mode de gestion relève de la libre décision de l'autorité publique. Les opérateurs de transport n'interviennent pas dans le processus d'adoption de ce choix. Néanmoins, ils sont directement impactés car lorsque la collectivité décide de gérer et exploiter elles-mêmes des réseaux ferroviaires, les opérateurs de transport perdent l'opportunité d'accéder au marché respectif.

585. Par ailleurs, la forte concurrence des opérateurs et ses effets sur la dynamique des marchés conditionnent l'interaction entre les modes de gestion. A ce titre, dans les transports publics urbains, une étude de l'UTP révèle que depuis l'année 2005, dix-huit réseaux ont changé de mode de gestion, seize réseaux initialement exploités en DSP sont passés en gestion directe (EPIC ou SPL), inversement deux réseaux sont passés de la gestion directe à la DSP¹⁴³⁵. Il apparaît ainsi que dans ce secteur, il existe une véritable concurrence entre les modes de gestion. Or, une telle dynamique de changement entre les modes de gestion n'est (du mois à l'heure) implémentée dans les transports ferroviaires de voyageurs. L'absence d'une forte concurrence entre les opérateurs ferroviaires, l'atomisation des marchés autour de grandes entreprises ferroviaires (souvent liées à des opérateurs historiques étrangers), la taille des réseaux ferroviaires, les risques sécuritaires importants, les difficultés liées à l'appropriation par les collectivités publiques du savoir-faire ferroviaire, peuvent constituer des raisons qui marquent la stagnation des mode de gestion des transports ferroviaires ainsi que la prévalence du mode concessif.

¹⁴³⁵ Site UTP.

TITRE 3 LA COOPÉRATION AVEC LES RÉGULATEURS

586. A l'instar des secteurs de l'énergie et des télécommunications¹⁴³⁶, les transports ferroviaires de voyageurs accueillent une autorité de régulation ou selon les mots du professeur Grard, « *un gardien de l'équité agissant en toute indépendance* »¹⁴³⁷. Le droit de l'Union européenne a généralisé dans les domaines d'activité qui favorisent la formation des monopoles le principe d'un régulateur indépendant en charge de la garantie d'un droit d'accès des opérateurs dans des conditions équitables et non-discriminatoires à l'infrastructure ferroviaire, un « bien à utilisation partagée »¹⁴³⁸.

587. La présence d'un régulateur fort est indispensable pour les opérateurs ferroviaires alternatifs compte tenu de sa mission de préservation de la concurrence « de manière effective, loyale et durable »¹⁴³⁹ sur le marché. A ce titre, les principes mêmes sur lesquels repose la régulation (dissociation des activités, découpage horizontal de l'opérateur historique) ainsi que les règles que les régulateurs peuvent définir (notamment en matière de tarification) sont par nature favorables aux opérateurs alternatifs dans la mesure où ils ont pour objectif l'encouragement des nouveaux entrants à pénétrer le marché, le maintien et la consolidation de la dynamique concurrentielle du secteur. Enfin, l'activité des régulateurs ferroviaires influe sur les comportements et la stratégie des nouveaux entrants dans la mesure où les premiers produisent des rapports sur l'état du marché, suivent l'application et le respect d'un ensemble des textes législatifs et réglementaires (nationaux et européens), font des propositions qui alimentent les discussions sur l'efficacité du réseau et de l'exploitation ferroviaire.

588. L'ouverture à la concurrence des secteurs n'équivaut ni à un recul de l'État en matière de contrôle économique, ni à un abandon du secteur à sa seule potence autorégulatrice. Contrepoids à l'approche concurrentielle, la régulation ferroviaire trouve sa raison d'être dans les missions d'intérêt général dont sont investis les services publics ferroviaires. Dans ce

¹⁴³⁶ GRARD (L.), « Commission ou Autorité de régulation des activités ferroviaire – vers une transposition enfin satisfaisante des directives européennes ? », *Revue de droit des transports* n°3, Mars 2009, repère 3. Selon l'auteur, « *Le chemin de fer rejoint le club des activités chapeautées par une instance indépendante de régulation où se côtoient déjà l'énergie (Commission de régulation de l'énergie - la CRE) et les communications (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes - l'ARCEP).* ».

¹⁴³⁷ GRARD (L.), « Le transport s'ouvre au concept d'Autorité indépendante de régulation avec l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) », *Revue de droit des transports*, n°4, avril 2010, comm. 80.

¹⁴³⁸ *Ibid.*

¹⁴³⁹ Site internet de l'ART (ex-ARAFER).

secteur, le régulateur sectoriel est assujéti à la fois à la mission de promouvoir l'efficacité, mais aussi de créer de conditions équitables de marché¹⁴⁴⁰.

589. Ce titre a pour vocation de répondre à un certain nombre de questions : Quel est le cadre institutionnel de la régulation ferroviaire dans les pays analysés ? Quelles sont les missions et les pouvoirs dont ils font usage dans le cadre de l'exercice de leur fonction de régulation ? Enfin, il y a -t-il des similarités et des différences entre les systèmes de régulation ferroviaire dans ces pays ?

590. Pour répondre à ces questions nous examinerons dans un premier temps les cadres institutionnels de la régulation ferroviaire dans ces quatre pays européens afin de montrer qu'il existe un modèle général de régulation ferroviaire européenne qui se caractérise par la mise en place des instances indépendante de régulation ferroviaire (**Chapitre 1**).

591. Néanmoins, si les directives européennes obligent les États membres à la création des autorités de régulation, leur cadre organisationnel et fonctionnel se révèle très différent d'un pays à l'autre, conséquence d'une différenciation de sens que ces pays attachent à la notion même de régulation ainsi qu'à leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. A ce titre, et toujours dans le cadre d'une démarche comparative, nous analyserons les pouvoirs des régulateurs ferroviaires d'une part dans le cadre de leurs missions générales et la mission de règlement des différends liée à l'accès au réseau ferroviaire et aux installations afférentes et d'autre part, dans le cadre de leur compétence de conciliation des services opérés en open accès et ceux conventionnés (**Chapitre 2**).

¹⁴⁴⁰ THIEBAUD (J-C), « Restructuring railways in Europe: regulation to supplement market mechanisms », *Business administration*, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016.

CHAPITRE 1 L'INSERTION DES NOUVEAUX ENTRANTS DANS LE CADRE INSTITUTIONNEL DE LA RÉGULATION FERROVIAIRE

592. Les efforts de la doctrine française à analyser la notion de régulation¹⁴⁴¹ sont sans égal par rapport aux autres droits nationaux étudiés dans cette thèse. En France, l'analyse de la notion de régulation a permis de d'éviter qu'elle soit limitée aux acceptions de la seule normativité qui accompagne l'ouverture à la concurrence des secteurs initialement monopolistiques ou encore à l'idée de déréglementation¹⁴⁴², fondée sur une conception très libérale de l'économie de marché¹⁴⁴³.

593. Partageant sa force créatrice avec la politique, la régulation est un instrument qui a pour objectif d'édifier le marché, dans le respect du jeu concurrentiel. La régulation a aussi et surtout pour objectif, nous dit le Prof. Régis Lanneau « *d'établir un équilibre durable à l'endroit d'un secteur d'activité en déséquilibre structurel ou conjoncturel, en fonction des liens d'interdépendance existant entre les acteurs. La définition du système à réguler est capitale et se construit à partir de la représentation que l'on s'en fait* »¹⁴⁴⁴.

594. Si la notion de régulation présente un caractère poly sémantique sous-entendant un positionnement inégal entre les économistes et le juristes¹⁴⁴⁵ (**Section 1**), des modèles organisationnels de la régulation ferroviaire ont apparu en Europe (**Section 2**), expression de la volonté étatique de concilier jeu de la concurrence et préservation de l'intérêt général.

¹⁴⁴¹ DU MARAIS (B.), « *Droit public de la régulation économique* », Presses de Sciences Po/Daloz, 2004, p.482 et s. ; CHEROT (J-Y), « *Droit public économique* », 2^e ed., Economica, 2007, p.314 et s.

¹⁴⁴² Voir par exemple, AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912 et s. L'auteur expose que la théorie de la régulation est « fondamentalement une théorie de l'intervention publique ».

¹⁴⁴³ VILLABLANCA (L.), « Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé », Paris, Université Panthéon-Assas, thèse dactyl., 2013.

¹⁴⁴⁴ LANNEAU (R.), « Le normal et le pathologique dans la régulation, un vertige épistémologique », in SEEA, *Régulations*, 2013, Editions la Mémoire du Droit, p.21.

¹⁴⁴⁵ STOFFAES (C.), « *Vers une régulation européenne des réseaux* », La Documentation française, juillet 2003, p.8 ; aussi STOFFAES (C.), « *Services publics comparés en Europe exception française, exigence européenne* », 2 tomes, *La Documentation française*, 1997, p535.

SECTION 1. LA RÉGULATION FERROVIAIRE, UNE NOTION POLY SEMANTIQUE

Le caractère poly sémique de la notion de régulation transgresse non seulement dans sa diversité conceptuelle (§1), mais également dans les acceptions formelles que les États membres ont déployées (§2).

§1. Une diversité conceptuelle de la notion de « régulation »

595. **Une multiplicité des définitions de la « régulation ».** L'État solide et stratège opère une intervention double dans les secteurs à forte intensité capitalistique où les coûts fixes sont substantiels et où le nombre d'entreprises actives sur le marché est limité : il les soumet au droit de la concurrence¹⁴⁴⁶ et au droit de régulation spécifique à leurs activités. La régulation ferroviaire complète ainsi la palette des « *modes traditionnels* » dont dispose l'État pour réguler un secteur¹⁴⁴⁷. La doctrine juridique française s'est forcée à une diversité des définitions de la notion de régulation¹⁴⁴⁸. Sans toutes les reprendre, nous citons celle de la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, qui, sans confondre la régulation avec la réglementation, définit la première comme « *les mécanismes qui établissent et maintiennent sur certains secteurs des équilibres à long terme entre le principe de concurrence et d'autres principes, tels que la prévention des risques, l'accès aux biens essentiels, l'incitation à l'innovation, la protection de l'épargne ou celle des libertés (...)* La régulation prend en charge des fonctions que la

¹⁴⁴⁶ Pour un historique du droit de la concurrence en France, voir par exemple, WISE (M.), « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2005/1 (Vol.7), p.7-91.

¹⁴⁴⁷ Dans ce sens voir TIMSIT (G.), « La régulation. La notion et le phénomène », in « La régulation », *RFAP*, 2004-1, n°109, p.5. L'auteur suggère que la régulation s'impose comme une alternative viable à la réglementation classique, approche justifiée par le « constat généralisé de l'incapacité de la Puissance publique à décider et à agir efficacement » et par le « déficit de légitimité de la normativité ».

¹⁴⁴⁸ Voir aussi DU MARAIS (B.), « *Droit public de la régulation économique* », Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, p.483 s. L'auteur avance deux définitions de la notion de « régulation » qui coexistent. D'abord, dans son acception, la régulation serait « *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre* ». Ensuite, une autre définition qu'il retient et qui a une dimension plus socio-politique fait de la régulation un « *ensemble des opérations consistant à concevoir des règles, à en superviser l'application, ainsi qu'à donner des instructions aux intervenants et régler les conflits entre eux lorsque le système de règles est perçu par eux comme incomplet ou imprécis.* » ; voir aussi BONNEAU (T.), « Efficacité et avenir de la régulation financière », *RD. banc. et fin.*, n° 6, 2010, étude 35, n° 1 ; voir enfin MARCOU (G.), « Régulation, services publics et intégration européenne en France », p. 29, dans MARCOU (G.) et MODERNE (F.), « *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* », Tome 2, Expériences européennes, L'Harmattan, 2006, pp.458. Selon le Prof. Gérard MARCOU, « *on peut définir la régulation, en droit français, comme une fonction de la puissance publique tendant à produire un compromis qui s'impose à des agents économiques, par des techniques juridiques, sur un marché concurrentiel entre des valeurs qui peuvent être antinomiques, et auxquels se rattachent des objectifs économiques ou des objectifs sociaux* »

concurrence ne peut pas endosser, comme la prévention de risque systémique »¹⁴⁴⁹. Notion polysémique, la régulation apparaît ainsi indispensable, notamment dans les secteurs qui comprennent un monopole naturel. Toutefois, si en France, l'analyse poussée des juristes a permis l'émergence « d'un droit de la régulation », le droit comparé¹⁴⁵⁰ n'a pas permis la même acceptation large de la régulation.

§2. Une diversité des acceptions formelles de la notion de « régulation »

596. **La notion de régulation en Allemagne.** En droit allemand, la notion de « régulation » (*Regulierung*) a été consacrée dans les années 1980 par le droit économique dans le contexte de la libéralisation et de la privatisation des industries allemandes¹⁴⁵¹. La loi allemande sur les télécommunications (*Telekommunikationsgesetz*) du 22 juin 2004 donnait une première définition de la régulation savoir « *une mission de puissance publique (hoheitliche Aufgabe) de la Fédération répondant à des objectifs précisément définis par la loi qu'elle doit concilier. Il s'agit essentiellement de concilier l'établissement d'une concurrence loyale et efficace avec un certain nombre d'autres objectifs d'intérêt général, qui peuvent être contradictoires, et dont la liste a été étendue par la loi de 2004* »¹⁴⁵². A l'instar de la doctrine française, la doctrine allemande a proposé plusieurs définitions de la notion de régulation¹⁴⁵³. Nous citons

¹⁴⁴⁹ FRISON-ROCHE (M-A), « *Les 100 mots de la régulation* », Que sais-je, Puf, 2011, pp 124 ; dans le même sens, VIEU (P.), « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, p.35 ; aussi DU MARAIS (B.), « *Droit public de la régulation économique* », *Presses de Sc Po et Dalloz*, 2004, p.601. Pour Bertrand DU MARAIS, la régulation désigne « *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre* » ; voir aussi Rapport de BERGOUIGNOUX (J.), « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », avril 2000, *La Documentation française*, pp.351 précité.

¹⁴⁵⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p.610 ; aussi FRISON-ROCHE (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p.126. Voir aussi BOY (L.), « Réflexions sur « le droit de la régulation » A propos du texte de M.-A. Frison-Roche », *D.*, 2001, p.3031.

¹⁴⁵¹ BULLINGER (M.), « Droit de la régulation, service public et intégration régionale en Allemagne », p. 143-177 dans MARCOU (G.) et MODERNE (F.), « *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* », Tome 2, *Expériences européennes*, L'Harmattan, 2006, pp.458.

¹⁴⁵² MARCOU (G.), « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », pp. 11-63, dans MARCOU (G.), MODERNE (F.), « *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* », Tome 1, L'Harmattan, pp.310.

¹⁴⁵³ WALTHER (J.), « L'évolution des objectifs de la régulation en Allemagne : bouleversements et continuité », pp.133-151 en référence aux travaux de M. FEHLING, « *Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland- Zu den Konturen eines Regulierungswertungsrechts*, in HILL (H.) (Dir), « *Die Zukunft des öffentlichen Sektors* », ed. Nomos, 2006, p.91 et s., dans ECKERT (G.), KOVAR (J.-P.), « *Les objectifs de la régulation économique et financière* », 2017, L'Harmattan, pp.269. Julien Walther nous propose la définition de la régulation telle que formulée par Michael Fehling à savoir « *la régulation (est) la promotion et l'organisation juridique de la concurrence par des corrections constantes des défauts de marchés ainsi que la prise en compte de l'intérêt général dans le processus des marchés – les objectifs de la régulation peuvent ainsi eux-mêmes entrer en concurrence...* ». Conçue comme un équilibre entre la britannique dont l'immédiateté de la politique de régulation a été représenté par la concurrence et la vision française qui privilégie systématiquement la prévalence du service public, « *la régulation sectorielle allemande serait alors comprise selon les auteurs allemands entre ces deux conceptions : elle a certes pour objectif immédiat de mettre fin à des anciens monopoles et de garantir*

spécifiquement celle du Prof. Martin Bullinger, pour qui la régulation suppose « - *un instrument pour contrôler une branche de l'économie libéralisée – tout en harmonisant les exigences de la concurrence avec des objectifs contradictoires d'intérêt général, - par des mesures utiles de droit et de fait, appliquées avec souplesse par une autorité spécialisée semi-indépendante* »¹⁴⁵⁴. L'introduction de cette notion en droit allemand poursuit une finalité pragmatique, fonctionnelle : si l'État avait accepté de privatiser des entreprises, il « *se réservait le pouvoir de « réguler » le service concerné pour assurer, d'un côté, la transition vers la concurrence, et, de l'autre côté, la conservation des intérêts publics essentiels, par exemple, un service minimum abordable pour tous* »¹⁴⁵⁵.

597. **La notion de régulation en Roumanie.** Le droit roumain intègre la notion de « *régulation* » sous le terme « *règlementation* ». Sans qualifier le Ministère des transports (*Ministerul Transporturilor*) d'« *organisme de régulation* », l'Ordonnance de gouvernement n°21/2015 indique que celui-ci est un « *organe de spécialité de l'administration publique centrale* » qui « *élabore la politique économique dans le domaine des transports* » et qui, « *promeut le système institutionnel pour le développement du marché du libre transport, assure les conditions d'un environnement concurrentiel au sein de chaque mode de transport, ainsi qu'entre les modes de transport* ». La tâche de réglementation du secteur ferroviaire relève en Roumanie, outre le Ministère des Transports, du Conseil National de Surveillance du Domaine Ferroviaire (*Consiliul National de Supraveghere din Domeniul Feroviar*)¹⁴⁵⁶.

un accès équitable aux réseaux, mais aussi dès le départ d'assurer des objectifs d'intérêt général » tel que la protection du consommateur, la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ BULLINGER (M.), « Droit de la régulation, service public et intégration régionale en Allemagne », p. 143-177 dans MARCOU (G.) et MODERNE (F.), « *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* », précité.

¹⁴⁵⁶ Conseil national de supervision du domaine ferroviaire, Rapport annuel 2017, p.3, pp.22, (Traduction libre du roumain au français). Cette entité doit « *assurer l'ouverture du marché des services de transport international de voyageurs, accroître la compétitivité sur le marché intérieur des services de transport ferroviaire et, enfin et surtout, renforcer la gouvernance du gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire afin de promouvoir la vision de la Commission européenne pour un espace ferroviaire unique européen, avec un marché ferroviaire intérieur où les opérateurs de transport ferroviaire européens peuvent offrir des services sans barrières techniques et administratives superflues aux intérêts des consommateurs. Le Conseil national de surveillance des chemins de fer a pour tâche principale de garantir un accès transparent et non discriminatoire à l'infrastructure ferroviaire, de surveiller le marché des chemins de fer et d'adopter des mesures pour faciliter le développement du marché des services de transport ferroviaire.*

598. **La notion de régulation en Grande-Bretagne.** En droit anglo-saxon, le terme régulation fait référence à la réglementation, prise dans le sens des « *regulatory system* »¹⁴⁵⁷. Ce dernier est souvent défini « *par la combinaison d'institutions, de lois et de processus qui permettent à un gouvernement de contrôler les décisions de fonctionnement et d'investissement des entreprises qui fournissent des services d'infrastructure. Toute évaluation de l'efficacité de la réglementation doit examiner l'ensemble du système de réglementation, pas seulement les caractéristiques et les actions de l'entité de réglementation officiellement désignée* »¹⁴⁵⁸.

599. Il en résulte ainsi que la régulation a fait l'objet de plusieurs conceptions doctrinaires, qui l'ont caractérisée dans son sens le plus stricte, à savoir : celui de l'intervention des puissances publiques dans la sphère économique par le biais des autorités administratives indépendantes. Selon son sens fonctionnel : la régulation a pour objectif de promouvoir la concurrence ou encore selon son sens matériel : la régulation permet l'adoption « *d'actes atypiques, comme le droit souple, des actes contractuels ou des actes quasi-juridictionnels* »¹⁴⁵⁹. Le fonctionnement, le degré d'autonomie des autorités de régulation par rapport à l'exécutif étatique, la portée de leurs décisions et avis sont variables d'un pays à l'autre en dépit d'un cadre européen qui se veut harmonisateur. David Coen et Chris Doyle notent le manque de formalisation d'un cadre européen de régulation, tout en reconnaissant les prérogatives de la Commission européenne à encourager la libéralisation des industries. Ils constatent un lien entre les différences structurelles et organisationnelles des cadres de régulation au sein des États membres et le déroulement à vitesses variables du processus de libéralisation -même¹⁴⁶⁰. A ce titre, une réflexion sur l'organisation des autorités de régulation dans les pays analysés est indispensable.

¹⁴⁵⁷ VILLABLANCA (L.), « Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé », précité.

¹⁴⁵⁸ BROWN (A. C.), STERN (J.), TENENBAUM (B.), "Handbook for evaluating infrastructural regulatory systems", The World Bank, 2006, p.17, pp.391, (Traduction libre).

¹⁴⁵⁹ SEE (A.), « Le réseau modèle de régulation ? », *EEI*, n° 10, Octobre 2016, dossier 25.

¹⁴⁶⁰ COEN (D.), DOYLE (C.), « Designing Economic Regulatory Institutions for European Network Industries », *Regulation Initiative Working Paper Series n°33*, October 1999, p.26.

SECTION 2. L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE GÉNÉRAL DE RÉGULATION FERROVIAIRE

La régulation ferroviaire est une expérience historique commune des États membres sous l'influence du droit européen. Partant, ils ont mis en œuvre des régulateurs ferroviaires indépendants (§1) dont les missions apparaissent désormais similaires (§2).

§1. La mise en œuvre des régulateurs sectoriels indépendants

La création des régulateurs sectoriels présente des importants enjeux constitutionnels issus du besoin d'aménagement institutionnel (A). Justifié par les particularités du secteur ferroviaire, les régulateurs ferroviaires s'inscrivent dans une diversité organisationnelle au sein des États membres de l'Union européenne (B).

A. Les enjeux constitutionnels des régulateurs ferroviaires

Les régulateurs sectoriels occupent une place spécifique au sein des paysages institutionnels nationaux. Cette spécificité est révélée à travers leur statut hybride (1) et les obligations d'indépendance et d'autonomie imparties aux régulateurs car consubstantielles à la fonction même de régulation (2).

1. Le statut hybride des régulateurs ferroviaires

600. **Un statut inspiré par la séparation des pouvoirs.** Le statut des régulateurs ferroviaires est « *intrinsèquement lié à l'architecture de la séparation des pouvoirs* »¹⁴⁶¹. Leurs missions s'inscrivent dans une réalité fonctionnelle triple¹⁴⁶² : le pouvoir de leur décision individuelle est l'avatar du pouvoir exécutif, leur pouvoir d'adopter des avis sur les projets de loi ou décrets, d'édicter des instructions et recommandations est l'expression du pouvoir législatif et enfin, le pouvoir de sanction ou de médiation dérive du pouvoir juridictionnel. Il en résulte ainsi que les autorités de régulation exercent des fonctions qui incombent naturellement à l'État, mais dans un domaine précisément circonscrit, spécifique et hautement technique. En prolongement de cette idée, « *La position du régulateur est moins celle d'un législateur, d'un gouvernement ou d'un juge que celle d'un médecin. C'est en ce sens qu'il y a, entre ses mains, une certaine confusion des pouvoirs : une confusion, qui n'est pas tant un cumul de « pouvoirs » qu'un rassemblement d'outils pour répondre, au cas par cas, à des enjeux techniques dans un*

¹⁴⁶¹ EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p.1007.

¹⁴⁶² Voir la Section 2 du Chapitre.

domaine donné »¹⁴⁶³. Ce cumul de « pouvoirs » aboutit à considérer le pouvoir des autorités comme étant « *fondamentalement un pouvoir d'ordre administratif* »¹⁴⁶⁴.

601. **Un rapprochement relatif des offices du juge et du régulateur.** L'exercice par le régulateur ferroviaire d'une fonction contentieuse traduite par la procédure de règlement des différends ainsi que sa soumission progressive à des garanties procédurales¹⁴⁶⁵ permettent de constater la tendance de *juridictionnalisation*¹⁴⁶⁶ des régulateurs et donc, le rapprochement des autorités de régulation des juridictions. Si cette tendance a permis de renforcer la perception d'un risque amoindri d'arbitraire des autorités de régulation, elle a, toutefois, « *menacé l'équilibre ainsi trouvé entre le respect des droits des opérateurs économiques et l'efficacité de la régulation, en accentuant la juridictionnalisation des procédures devant les autorités de régulation au détriment des impératifs de souplesse et d'efficacité* »¹⁴⁶⁷.

602. **L'absence du caractère juridictionnel de la fonction de régulation.** Malgré le rapprochement des offices du juge et du régulateur, encouragé, par ailleurs, par une partie de la doctrine¹⁴⁶⁸, il existe des différences fondamentales dans le fonctionnement et finalités des missions des régulateurs et des juges. D'abord, si le régulateur ferroviaire est investi via la procédure de règlement des différends d'une fonction contentieuse, celle-ci n'est pas juridictionnelle au sens que lui attacherait un juge. Il en résulte ainsi, pour reprendre l'expression de Monsieur Paule Quilichini « *qu'avec les autorités de régulation, nous sommes donc confrontés à l'existence d'un contentieux sans juridiction.* »¹⁴⁶⁹. Cela pourrait ainsi expliquer aussi la nature administrative de la décision prononcée par le régulateur. Cela pourrait également expliquer la réputation des régulateurs à activer dans le domaine du « quasi » (quasi-juridictions) ou des « faux-semblants »¹⁴⁷⁰. Ensuite, il y a une différence essentiellement attachée à la mission générale qui est impartie aux juges et au régulateur ferroviaire : les

¹⁴⁶³ *Ibid* ; dans ce sens aussi QUILICHINI (P.), « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, p.1060

¹⁴⁶⁴ *Ibid*.

¹⁴⁶⁵ COLLET (M.), « Autorités de régulation et procès équitable », *AJDA*, 2007, p.80 ; aussi KOVAR (J.-P.), « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », *RD bancaire et fin.*, n°3, mai 2010, dossier 19.

¹⁴⁶⁶ MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction. La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p.1119.

¹⁴⁶⁷ KOVAR (J.-P.), « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », *RD bancaire et fin.*, n°3, mai 2010, dossier 19, précité.

¹⁴⁶⁸ Voir par exemple, JEULAND (V. E.), « Régulation et théorie générale du procès », p. 260 in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), « *Les risques de régulation* », Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005 ; pour une analyse a contrario, voir par exemple, RICHER (L.), « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, p. 402.

¹⁴⁶⁹ QUILICHINI (P.), « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, p.1060.

¹⁴⁷⁰ PEZ (T.), « Le règlement des différends et la fonction de régulation », *RFDA*, 2017, p.643.

premières, dont l'intervention est pour l'essentiel a posteriori, sanctionnant les violations qui vont au-delà même de l'accès au réseau alors que le régulateur ferroviaire, dans le cadre de sa mission de surveillance ferroviaire, dispose d'une marge d'action cantonnée principalement à l'accès au réseau et aux installations afférentes. Enfin, il convient de noter que le rapprochement des offices est un débat essentiellement français. En effet, il n'existe pas à notre connaissance de débat similaire dans les pays anglo-saxons¹⁴⁷¹.

2. L'indépendance des autorités de régulation, prérequis indispensable au processus de régulation ferroviaire

603. **Les enjeux d'indépendance des régulateurs.** L'indépendance est définie comme « *la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions* »¹⁴⁷². L'indépendance du régulateur ferroviaire trouve sa source dans le principe de séparation du régulateur et de l'opérateur, lui-même, un effet de la libéralisation communautaire des services publics en réseaux¹⁴⁷³ et lui-même motivé par l'exigence d'impartialité et la nécessité que le régulateur ne favorise les opérateurs publics au détriment de ceux privés¹⁴⁷⁴. Il en résulte ainsi deux facettes de l'indépendance : une, fonctionnelle, l'autre, organique. S'il n'y a pas d'obligation générale d'indépendance du titulaire du pouvoir de sanction (à l'exception du juge)¹⁴⁷⁵, une telle obligation est toutefois consacrée par le droit de la régulation économique. L'indépendance des autorités de régulation est imposée par les directives européennes sectorielles. A titre d'exemple, la directive 2008/6/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté¹⁴⁷⁶, rappelait le rôle central de l'indépendance de autorités

¹⁴⁷¹ PERROUD (T.), « *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni* », Paris, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, Thèse dactyl., 2011. L'auteur explique l'absence de ce débat doctrinal par le fait que « *Cette spécificité s'explique certainement par la force du modèle juridictionnel et du juge de common law dont les caractères, les pouvoirs, le prestige sont tels qu'ils interdisent que l'on puisse penser une telle assimilation. Il est très évident au Royaume-Uni que l'instauration des autorités de régulation s'explique par la volonté d'éviter à tout prix le recours au juge, le modèle juridictionnel étant l'épouvantail ou en tout cas le contre-modèle de la régulation.* ».

¹⁴⁷² Indépendance, in CORNU (G.), « *Vocabulaire juridique* », 8ème ed., PUF, 2007, p.482.

¹⁴⁷³ BETAILLE (J.), « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », précité.

¹⁴⁷⁴ DELZANGLES (H.), « L'indépendance des autorités de régulation sectorielles », *Communications électroniques, Énergie Postes*, Bordeaux, 2008.

¹⁴⁷⁵ BETAILLE (J.), « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *RSC*, 2019, p.289.

¹⁴⁷⁶ Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *JOUE*, n° L 52/3 du 27 février 2008.

réglementaires nationales¹⁴⁷⁷. Dans le secteur ferroviaire, ce fut l'article 30 de la directive 2001/14/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2001¹⁴⁷⁸ qui réclamait que l'organisme de contrôle des gestionnaires d'infrastructure soit indépendant¹⁴⁷⁹. Enfin la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012¹⁴⁸⁰ réaffirme ce besoin d'indépendance¹⁴⁸¹.

604. Dans le contexte d'élargissement des prérogatives des régulateurs sectorielles, l'intérêt de l'indépendance de ces autorités, porteurs du pouvoir de sanction n'est pas à minimiser. Il est raisonnable de croire que le degré d'impartialité de l'autorité de régulation est proportionnellement influencé par son degré d'indépendance. Par ailleurs, à croire M. Julien Bétaille, l'intérêt de l'indépendance des autorités de régulation dépasserait le domaine de la régulation économique et de la protection des droits fondamentaux dans la mesure où l'indépendance du titulaire du pouvoir de sanction « *an améliorant son impartialité, (pourrait) favoriser une meilleure efficacité de la répression, d'une part et améliorer la concurrence d'autre part* »¹⁴⁸². Il en résulte ainsi que l'indépendance des régulateur ferroviaires est un pré requis indispensable au processus de régulation du marché. Il nous convient ainsi de s'attacher à l'analyse de l'organisation et du fonctionnement de ces autorités avant de formuler toute appréciation sur le degré d'indépendance de ces instances dans leurs pays respectifs.

¹⁴⁷⁷ L'article continue en indiquant par la suite, « *Cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des États membres et du principe de neutralité en ce qui concerne le régime de la propriété dans les États membres, établi à l'article 295 du traité. Les autorités réglementaires nationales devraient disposer de toutes les ressources nécessaires, tant en ce qui concerne le personnel que les compétences spécialisées ou les moyens financiers, pour s'acquitter de leurs missions* ».

¹⁴⁷⁸ Dir. 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n° L75/29 du 15 mars 2001.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.* Article 30.

¹⁴⁸⁰ Dir. 2012/34/UE précitée.

¹⁴⁸¹ *Ibid.* Article 55 paragraphe 1.

¹⁴⁸² *Ibid.*

B. Une diversité organisationnelle européenne des régulateurs ferroviaires

Les différentes modalités d'organisation des régulateurs ferroviaires montrent les rapports divers qu'ils entretiennent avec les gouvernements et les autorités nationales de la concurrence. Si en France (1), au Royaume-Uni (2) et en Allemagne (3), les régulateurs ferroviaires représentent des entités indépendantes et autonome, en Roumanie, le régulateur ferroviaire, aussi indépendant, est rattaché au Conseil de la concurrence (4).

1. Le modèle français

605. **L'ARAFER (devenue ART) le régulateur français, une autorité administrative indépendante.** L'émergence d'autorités administratives indépendantes (AAI) coïncide avec une évolution de l'administration française et suppose des enjeux à la fois politiques -les autorités administratives indépendantes laisseraient « entrevoir l'image d'un État dépolitisé, dont certaines fonctions sont désormais assumées par des instances « neutres et objectives »¹⁴⁸³ et organisationnels -car elles permettraient la substitution à un modèle bureaucratique unitaire d'un modèle polycentrique. Le régulateur ferroviaire français est une autorité administrative indépendante (AAI), prise dans son acception la plus large, incluant à la fois des « autorités indépendantes »¹⁴⁸⁴ et des « autorités publiques indépendantes » (API)¹⁴⁸⁵. La prolifération de ces autorités a par ailleurs amené le législateur français à fixer un statut général des AAI et API grâce à la loi n°2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes¹⁴⁸⁶.

606. Le régulateur ferroviaire français - l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) a été créée en 2009 sous la dénomination ARAF par la Loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, sous la forme d'une autorité publique indépendante (API)

¹⁴⁸³ CHEVALIER (J.), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P.G.*, n°30, 6 Août 1986, doct. 3254 ; aussi CHEVALIER (J.), « Les autorités administratives indépendantes et la régulation du marché », *Justice* 1/1995, p.81.

¹⁴⁸⁴ A titre d'exemple d'autorités indépendantes, nous citons le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Le Médiateur de la république (art.69 de la loi n°89-18 du 13 janvier 1989), le Comité consultatif national d'éthique, (loi n°2004-800 du 6 août 2004 codifié à l'art. L1412-2 du Code de santé publique).

¹⁴⁸⁵ En France, nous avons comptabilisé à présent six autorités publiques indépendantes. Elles disposent de la personnalité juridique sur attribution expresse du législateur.

¹⁴⁸⁶ Loi n°2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, *JORF*, n°0018 du 21 janvier 2017,; sur l'apport de cette loi, voir, par exemple, IDOUX (P.), « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p.1115.

dotée de la personnalité juridique¹⁴⁸⁷. La mission du régulateur français est de « *contribuer au suivi et au bon fonctionnement, dans ses dimensions techniques, économiques et financières, du système de transport ferroviaire national, notamment du service public et des activités concurrentielles, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire* »¹⁴⁸⁸. Il comprend à présent un collège¹⁴⁸⁹ et une commission des sanctions¹⁴⁹⁰. Afin de garantir l'indépendance du régulateur, les agents exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou autre organisme. En application de l'article L.1261-3 du Code de transports, les agents sont soumis au secret professionnel, ce qui leur prohibe la transmission d'actes, de renseignements ou de faits dont ils auraient eu connaissance lors de leurs missions. L'obligation du respect du secret professionnel est conciliée à l'obligation de collaborer avec la Commission européenne sur des questions relatives à la concurrence dans le secteur et [ou avec une autorité d'un autre État membre de l'Union européenne ou avec une autorité d'un État appliquant des règles équivalentes à celles de l'Union européenne] dès lors qu'existe une réciprocité au sujet de l'application à l'égard du secret professionnel entre les états membres. Une charte de déontologie est applicable aux membres du collège et de la Commission des sanctions, ainsi qu'à tous les agents de l'Autorité (cf. la Décision n° 2017-035 du 22 mars 2017 portant adoption de la charte de déontologie de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières). Elle fait état des obligations qui s'appliquent à tous les agents de l'autorité (indépendance et impartialité, respect du secret professionnel, devoir de réserve et/ou d'abstention etc.) ou encore des règles déontologiques qui concernent uniquement les membres du collège et de la commission des

¹⁴⁸⁷ A voir l'art. L1261-1 du Code des transports. Pour une compréhension des AAI, voir AUTIN (J-L.), « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur Administratif*, 6 octobre 2016, ou FRISON-ROCHE (M-A), « Autorités administratives incomprises », *J.C.P.G.*, n°48, 29 Novembre 2010, 1166 ; voir aussi PEYLET (R.), « La nouvelle régulation ferroviaire – A propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *Revue juridique de l'économie publique* n°672, février 2010, étude 2.

¹⁴⁸⁸ Extrait de l'article L2131-1 du Code des transports.

¹⁴⁸⁹ Le collège de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières est composé de sept membres nommés par décret. Ils doivent disposer des compétences économiques, juridiques ou techniques dans le domaine des services et infrastructures de transport terrestre, ou d'une expertise en matière de concurrence, notamment dans le domaine des industries de réseau (cf. art L1261-4 du Code des transports). Dans un objectif d'impartialité et d'indépendance, le code des transports interdit aux membres du collège de cumuler leur fonction avec un mandat électif départemental, régional ou européen, ainsi que de détenir directement ou indirectement d'intérêts dans le secteur ferroviaire, dans le secteur des services réguliers interurbains de transport routier de personnes ou dans le secteur des autoroutes (cf. art. Article L1261-7).

¹⁴⁹⁰ La commission des sanctions de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières comprend : un membre du Conseil d'État (désigné par le vice-président du Conseil d'État), un conseiller à la Cour de cassation (désigné par le premier président de la Cour de cassation), un magistrat de la Cour des comptes (désigné par le premier magistrat de la Cour des comptes). Le président de la commission des sanctions est nommé par décret parmi les membres de la commission. La durée du mandat des membres de la commission est de six ans non renouvelables.

sanctions (les cas d'incompatibilités pendant et après l'exercice de leurs fonctions, la gestion d'instruments financiers détenus).

ENCADRÉ N°33. LA MISSION DE CONTROLE DES ACTIVITES FERROVIAIRES (MCAF) À L'ARAFER

L'ARAFER succède à la Mission de Contrôle des Activités Ferroviaires (MCAF), placée auprès du ministre chargé des Transports¹⁴⁹¹, première instance de régulation ferroviaire en France créée en 2003 en anticipation de l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de marchandises intervenue en mars 2006.

En application de l'article 29 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national¹⁴⁹², cette instance était chargée d'instruire les réclamations des demandeurs des sillons ou toute autre partie intéressée portées devant le ministre des lors qu'ils s'estimaient victimes d'un traitement inéquitable, discrimination ou préjudice lié, par exemple, au contenu du document de référence du réseau, ou encore à la procédure de répartition des capacités d'infrastructure etc.

Plus globalement, elle était chargée d'une mission générale de surveillance des conditions d'accès au réseau pouvant, à ce titre, formuler des recommandations dans le sens d'un meilleur accès à l'infrastructure au ministre chargé des Transports.

Toutefois, compte tenu des prérogatives dont elle avait été investie ainsi que de son mode de fonctionnement, il a été estimé que la MCAF ne répondait pas aux exigences européennes en matière de régulation ferroviaire. En effet, le placement de la MCAF sous l'autorité du ministre chargé des Transports, à son tour autorité de tutelle de l'entreprise historique dans laquelle l'État était actionnaire à 100% était incompatible avec l'obligation d'indépendance de l'organisme de contrôle tel qu'instituée par l'article 30 de la directive 2001/14/CE. Son manque de compétence à instruire les recours portant sur le système de tarification (compétence appartenant au Conseil d'État), à contraindre, en cas de silence de leur part, les opérateurs à lui communiquer les informations utiles, son absence de pouvoir de sanction ont constitué des critiques qui ont amené à sa suppression¹⁴⁹³.

¹⁴⁹¹ Article 29 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF*, n°57 du du 8 mars 2003, p. 4063.

¹⁴⁹² Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, précité.

¹⁴⁹³ GRIGNON (F.), « Rapport n°184 (2008-2009) fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports (urgence déclarée), », p.210.

2. Le modèle britannique

607. **Le régulateur britannique, une approche *business oriented*.** Le régulateur Office of Rail Regulation (ORR) est une autorité indépendante, créée à la suite de l'acte Railways and Transport Safety Act en 2004. ORR est un organe législatif disposant de pouvoirs conférés par le Parlement au bénéfice de son conseil d'administration. D'un point de vue organisationnel, tous les membres du conseil sont nommés par le secrétaire d'État aux Transports, pour une durée de cinq ans maximum. Le personnel d'ORR est constitué d'environ 280 personnes et l'autorité dispose d'un budget d'environ 30 millions de livre sterling par an¹⁴⁹⁴. ORR agit dans un périmètre légal tel que défini par le droit britannique sous l'influence du droit européen. Ses fonctions de régulation économique et sécuritaire découlent de plusieurs documents législatifs : le Railways Act de 1993, le Railways Act de 2005; le Railways and other Guided Transport Systems (Safety) Regulations de 2006; le Rail Vehicle Accessibility Regulations 2010 et dernièrement le Health and Safety at Work Act de 1974.

3. Le modèle allemand

608. **Le régulateur allemand : du désendettement à l'ouverture à la concurrence.** En Allemagne, l'organe de la régulation ferroviaire est le Bundesnetzagentur, autorité en charge de la surveillance du déroulement de la concurrence ferroviaire depuis le 1^{er} janvier 2006. Elle a pour mission principale de s'assurer de l'accès équitable et non-discriminatoire des opérateurs ferroviaires au réseau ferré allemand. A ce titre, l'instance surveille le processus d'attribution des sillons, et d'une manière générale, elle inspecte l'accès des opérateurs ferroviaires aux installations de service (gares, ateliers de maintenance, ports etc.).

609. Le régulateur allemand comprend cinq sections, chacune en charge d'une activité précise. Globalement, deux des cinq sections ont des prérogatives liées plus généralement, à la politique de la concurrence dans le secteur, alors que les trois autres, interviennent dans des problématiques techniques et opérationnelles. A la demande du gouvernement fédéral, le régulateur est obligé, chaque année, de lui transmettre un rapport d'activité. Le contrôle sur le régulateur allemand incombe au Ministère des transports, de la construction et du développement urbain (BMVBS) qui a un droit de regard sur ses actions, notamment pour vérifier le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur, ainsi que sur

¹⁴⁹⁴ Site internet ORR.

l'adéquation de ses mesures. La surveillance administrative du régulateur relève de la compétence du Ministère des Finances et de l'Économie.

610. Avant la libéralisation du secteur ferroviaire, le Ministère Fédéral des chemins de fer était responsable de la régulation dans le domaine à travers la fixation des prix, les décisions d'investissements, l'établissement de missions de service public et la création des conditions de travail pour les salariés du secteur. Les autorités locales, propriétaires de compagnies chargées du transport communal, se trouvaient en situation de quasi-monopole public. A ce titre, ces dernières décidaient du volume des transports, de prix, et du niveau d'investissement¹⁴⁹⁵. Toutefois, depuis la libéralisation, les opérateurs ont accès au réseau, contre le paiement d'une taxe d'utilisation de l'infrastructure. La séparation entre les activités de gestion d'infrastructure et d'exploitation est contrôlée par l'administration ferroviaire fédérale (Federal Railway Administration). Le financement du secteur a lieu au niveau fédéral et les Landers sont chargés ultérieurement d'une redistribution de ces financements. La qualité de service est définie également au niveau fédéral, ainsi que la politique de dessertes territoriales et les modalités concrètes du déroulement de services ferroviaires sont définies, par la suite, au niveau des Landers, dans le cadre de contrats d'exploitation ferroviaire, après mise en concurrence des opérateurs intéressés.

4. Le modèle roumain

611. **Le régulateur roumain : une structure indépendante au sein du Conseil de la concurrence.** En Roumanie, la régulation ferroviaire est réalisée par un Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire (CNDSF- Consiliul de supraveghere din domeniul ferroviar). Cet organisme a été constitué en 2005 afin de répondre aux objectifs d'intégration européenne et de s'aligner, ainsi, à la législation européenne et notamment à l'article 30 de la directive 2001/14/CE précitée. L'ordonnance n°89/2003 sur la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification de sécurité transposait en droit national la directive 2001/14/CE et indiquait, dans son article 30, la constitution du Conseil de surveillance au sein du Ministère des Transports, de la Construction et du Tourisme.

¹⁴⁹⁵ Country reports on liberalisation and privatisation processes and forms of regulation Liberalisation, privatisation and regulation in the German local public transport sector Torsten Brandt, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), November 2006, pp.33

ENCADRÉ N°34. L'EVOLUTION DE L'ORGANISATION DU CNDSE

Au moment de sa création, le président du Conseil de Surveillance était le secrétaire d'État des transports ferrés. Son conseil d'administration réunissait des experts du domaine ferroviaire, de l'intégration européenne, des secteurs économique et juridique. Par ailleurs, en application de l'art.30 para (3), l'objectif du Conseil était de permettre aux demandeurs - des entreprises ferroviaires - de contester les décisions du gestionnaire d'infrastructure ou de l'opérateur de transport ferroviaire au sujet du document de référence du réseau, de la procédure d'attribution des capacités d'infrastructure, des modalités de tarification etc. (pour rappel, l'opérateur historique n'est pas en situation monopolistique légale, mais plutôt de facto). En outre, les règles d'organisation et de fonctionnement, les tâches et le financement du Conseil de Surveillance étaient approuvés par décision gouvernementale.

Ayant fait l'objet d'une procédure en infraction de la part de la Commission européenne en 2008, motivée par l'absence d'indépendance suffisante du régulateur, la Roumanie a dû modifier le schéma organisationnel de son régulateur. En 2011, grâce à l'ordonnance n°21 du 23 février 2011¹⁴⁹⁶, et plus particulièrement à son art.1^{er}, le Conseil de surveillance a été intégré au Conseil de la Concurrence roumain (Consiliul Concurentei), sans bénéficier de personnalité juridique¹⁴⁹⁷. Actuellement, le Conseil de surveillance, est indépendant du gestionnaire d'infrastructure, d'organismes d'attribution de capacités d'infrastructure, d'opérateurs de transport dans la prise de décisions de nature financière, en application de l'art.55 para (2) de la loi n°202 du 4 novembre 2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen¹⁴⁹⁸.

612. Concernant l'organisation du Conseil, celui-ci est composé de cinq membres qui sont nommés pour une période de cinq ans par le président du Conseil de la concurrence et révoqués par lui, avec une possibilité de renouvellement de leur mandat. Le président du Conseil de Surveillance n'est plus le secrétaire d'État du transport ferré, mais il *nommé* par le président du Conseil de la concurrence parmi ses membres. Poursuivant ces modifications, suite à la loi n°202 du 4 novembre 2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen, la dénomination du régulateur inclut l'adjectif « national ».

¹⁴⁹⁶ Ordonnance n°21 du 23 février 2011 sur des mesures pour l'organisation et le fonctionnement du Conseil de Surveillance publiée au journal officiel numéro 153 en date du 2 Mars, 2011, (Traduction libre du roumain au français).

¹⁴⁹⁷ Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire, Rapport annuel 2018, pp. 25 (disponible uniquement en roumain).

¹⁴⁹⁸ Article 55 de la loi n ° 202 du 4 novembre 2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen, publiée au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 12 novembre 2016 (Traduction libre du roumain au français).

§2. Les missions des régulateurs ferroviaires

L'expérience commune de la régulation ferroviaire européenne se vérifie sur le terrain des missions générales similaires dont disposent les régulateurs ferroviaires dans les Etats membres (A). En France, l'ouverture à la concurrence récente du secteur commande une extension des missions de l'ARAFER (devenu ART) (B).

A. Des missions générales communes imparties aux régulateurs ferroviaires étrangers

613. **Surveillance du marché ferroviaire.** La Section 69 du Railways Act de 1993 autorise le régulateur britannique -l'ORR-, à surveiller le marché ferroviaire et à procéder à cette fin à la collecte des informations en matière de réalisation des services ferroviaires¹⁴⁹⁹. Afin de pouvoir mener cette mission de surveillance du marché ferroviaire, le régulateur britannique est doté d'un pouvoir de collecte d'informations auprès d'un grand nombre d'acteurs du secteur ainsi que de la possibilité de réaliser des études de marché. De manière similaire, le régulateur allemand surveille le marché ferroviaire allemand et, à l'instar du régulateur britannique, effectue des études de marché (*Marktuntersuchungen*) sur la base des dispositions légales de la loi sur la réglementation ferroviaire (ERegG). Cette dernière pose une obligation pour les acteurs du marché à participer aux études de marché conduites par le régulateur allemand¹⁵⁰⁰. A l'instar de ses homologues britannique et allemand, le régulateur roumain est autorisé à surveiller les marchés ferroviaires (voyageurs et fret) sans attenter, toutefois, aux compétences du Conseil de la concurrence¹⁵⁰¹ telles qu'établies par la loi roumaine sur la concurrence¹⁵⁰². A ce titre, le

¹⁴⁹⁹ Section 69 du Railways Act de 1993 mis à jour : «*General functions. (1)It shall be the duty of the Office of Rail and Road, so far as it appears practicable from time to time to do so— (a)to keep under review the provision, both in Great Britain and elsewhere, of railway services; and (b)to collect information with respect to the provision of those services, with a view to facilitating the exercise of its functions under this Part. (2)The Secretary of State may give general directions indicating— (a)considerations to which [F]the Office of Rail and Road] should have particular regard in determining the order of priority in which matters are to be brought under review in performing [F]its] duty under subsection (1)(a) or (b) above; and (b)considerations to which, in cases where it appears to [F]the Office of Rail and Road] that any of its functions under this Part are exercisable, it should have particular regard in determining whether to exercise those functions. (3)It shall be the duty of the Office of Rail and Road, where either it considers it expedient or it is requested by the Secretary of State or the CMA to do so, to give information, advice and assistance to the Secretary of State or the CMA with respect to any matter in respect of which any function of the Office of Rail and Road under this Part is exercisable*». (Traduction libre de l'anglais au français).

¹⁵⁰⁰ Article 67 Pouvoirs de l'autorité de régulation, surveillance du marché des transports, réglementation d'application de la Loi sur la réglementation ferroviaire (ERegG).

¹⁵⁰¹ Article 55 de la loi n° 202 du 4 novembre 2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen, publiée au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 12 novembre 2016, précité.

¹⁵⁰² Loi sur la concurrence n°21/1996, publiée dans le Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 30 janvier 1997.

régulateur roumain surveille et analyse le marché ferroviaire roumain « *sur la base des principaux indicateurs technico-économiques fournis par CFR S.A., les gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire et les opérateurs ferroviaires de voyageurs et les opérateurs de fret ferroviaire* »¹⁵⁰³.

614. **Le contrôle de la tarification d'accès au réseau.** Comme en France, le régulateur allemand joue un rôle essentiel dans le contrôle de la politique de tarification de l'accès au réseau¹⁵⁰⁴. La loi générale sur les chemins de fer (AEG) et le règlement sur l'utilisation des infrastructures ferroviaires (EIBV) posent le cadre du contrôle de la tarification de l'accès au réseau exercé par le régulateur allemand¹⁵⁰⁵. A notre connaissance, il n'existe pas de différence substantielle entre le contrôle qu'opère le Bundesnetzagentur sur la politique de tarification de l'accès au réseau et aux installations afférentes et celui qu'exerce en France l'ART. Néanmoins, il semblerait que le régulateur allemand est moins prolifique en matière d'adoption des décisions sur la régulation des redevances d'accès dans la mesure où depuis 2006 et sous réserve que le site internet du régulateur soit mis à jour, nous avons compté uniquement six décisions en la matière¹⁵⁰⁶. Parmi celles-ci, une décision mérite d'être particulièrement rappelée à savoir, la décision selon laquelle les redevances fixées par DB Station & Service AG avait été déclarées par le régulateur allemand invalides à compter du 1^{er} mai 2010¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰³ Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire, Rapport annuel 2018, pp. 25 (disponible uniquement en roumain), précité. (Traduction libre du roumain au français).

¹⁵⁰⁴ Article 14 et s. de Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)

¹⁵⁰⁵ Site internet Bundesnetzagentur, Extrait : « *With price regulation in the railway sector the Bundesnetzagentur aims first and foremost at strengthening competitiveness in the rail transport segment. Even if access to the rail network is provided, discriminatory or abusive charges may pose an obstacle for access beneficiaries and their usage requests. To avoid discrimination and abuse, the legislator has defined specific requirements for price determination in the General Railway Act (AEG) and the Rail Infrastructure Usage Regulations (EIBV). Regulatory decisions on price regulation hence affect overall market conditions.* » ; « *Avec la réglementation des prix dans le secteur ferroviaire, le Bundesnetzagentur vise avant tout à renforcer la compétitivité dans le segment du transport ferroviaire. Même si l'accès au réseau ferroviaire est assuré, des redevances discriminatoires ou abusives peuvent constituer un obstacle pour les bénéficiaires d'accès et leurs demandes d'utilisation. Pour éviter la discrimination et les abus, le législateur a défini des exigences spécifiques pour la détermination des prix dans la loi générale sur les chemins de fer (AEG) et le règlement sur l'utilisation des infrastructures ferroviaires (EIBV). Les décisions réglementaires sur la réglementation des prix affectent donc les conditions générales du marché.* » (Traduction libre de l'anglais au français).

¹⁵⁰⁶ Site internet Bundesnetzagentur : Vertragstext: Außerkraftsetzen der Regionalfaktoren (Bundesnetzagentur eliminates regional factors with effect from December 2011), Bescheid - Bundesnetzagentur erklärt Regionalfaktoren der DB Netz AG für ungültig (Bundesnetzagentur declares DB Netz AG's regional factors to be invalid), Bescheid - Stationspreise der DB Station&Service AG mit Wirkung zum 1.05.10 für ungültig erklärt (Bundesnetzagentur declares DB Station&Service AG's station prices invalid with effect from 1 May 2010), Bescheid - Erstellung von Mitteilungen gemäß § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG (Notification – Compilation of notification requirements under Section 14d sentence 1 subpara 6 of the General Railway Act), Bescheid zur Minderung von Trassennutzungsentgelten (Notification of the requirement to lower track access charges in case of inferior performance)

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

615. De manière similaire, le régulateur roumain est autorisé sur la base de l'article 56 de la loi n°202/2016 précitée à contrôler le système de tarification établi par le gestionnaire d'infrastructure, CFR SA. Le régulateur rappelle cette mission lui-même lorsqu'il indique « (Le Conseil) *contrôle et veille à ce que les tarifs fixés par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire soient conformes aux dispositions légales en vigueur et non discriminatoires. En outre, elle supervise les négociations entre les requérants et le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire concernant le niveau des tarifs d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire et intervient immédiatement si les négociations pouvaient contrevenir aux dispositions légales en vigueur* »¹⁵⁰⁸. Depuis 2005 et jusqu'à ce jour, le régulateur roumain s'est prononcé dans environ 22 décisions¹⁵⁰⁹ qui portent sur la tarification de l'accès au réseau des opérateurs de fret¹⁵¹⁰ (principalement). En effet nous n'avons pas trouvé à ce jour des décisions du régulateur sur la tarification des opérateurs de transport ferroviaires de voyageurs à l'exception d'une décision relative à la tarification de l'accès aux espaces loués représentant des guichets de vente des tickets de voyage.

616. Dans une décision du 27 février 2019, le régulateur roumain a dû se prononcer sur une plainte formulée par l'opérateur Transferoviar Calatori (Voyageurs) SRL¹⁵¹¹ selon laquelle il aurait été soumis à un traitement discriminatoire au regard des tarifs des loyers qui ont été appliqués aux espaces qu'il avait loués auprès de CFR SA. En effet, selon l'opérateur Transferoviar Calatori « *la politique tarifaire appliquée par CFR SA pour les espaces loués à des fins de billetterie et de vente de billets de voyage viole les principes définis conformément à l'annexe II, point 2, lettre a) de la loi no. 202/2016 concernant l'obligation de fournir à tous les opérateurs ferroviaires des conditions équitables, non discriminatoires et transparentes, le droit d'accès aux infrastructures de services et aux services fournis au sein de ces infrastructures.* »¹⁵¹². Par sa décision, le régulateur confirme les réclamations de l'opérateur

¹⁵⁰⁸ Consiliul national de supraveghere din domeniul feroviar, « Studiu de piata in transportul de calatori pe calea ferata », 2017, pp.122, Conseil de surveillance du domaine ferroviaire, « Étude de marché sur le transport ferroviaire de voyageurs », 2017, pp.122. (Traduction libre du roumain au français).

¹⁵⁰⁹ Site internet Consiliul national de supraveghere din Domeniul Feroviar.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ Opérateur de transport ferroviaire de voyageurs à capitaux privés, opérant sur des tronçons d'infrastructure ferroviaire non interopérables loués et loués (Buzău - Nehoiășu, Galați - Bârlad, Ploiești - Slănic Prahova, Ploiești - Măneciu, Ploiești - Bucharest, Târgesti - Bucarest - Costesti), ainsi que sur des tronçons de l'infrastructure ferroviaire interopérable (Bucarest Nord-Galați, Bucarest Nord - Buzău, Cluj-Napoca - Oradea).

¹⁵¹² Décision n°1 du 27 février 2019 concernant la plainte déposée par Transferoviar Călător SRL auprès de la Compagnie des chemins de fer nationaux "CFR" SA concernant la politique tarifaire appliquée aux espaces loués à des fins de billetterie et de vente de billets de voyage. (Traduction libre du roumain au français).

ferroviaire. Il constate que le gestionnaire d'infrastructure avait appliqué des différences des tarifs pour la location d'espaces pour les ventes des billets et celles pour la vente des abonnements, contrairement aux dispositions de la loi n°202/2016 précitée. La décision poursuit en indiquant : « *CFR SA (le gestionnaire d'infrastructure) reconnaît la pratique de tarifs différenciés pour ces services, et par la Décision n ° 213 / 13.12.2018 du Conseil d'administration ont été approuvés les tarifs uniques pour la location des sites concernant: les services de billetterie, les services d'information (bureaux d'information), les services de billetterie via les distributeurs automatiques.* »¹⁵¹³.

617. Enfin, outre la surveillance du marché et l'examen de la politique de tarification de l'accès au réseau et aux installations afférentes, les régulateurs ferroviaires se prononcent tous sur le document de référence du réseau (DRR), ils prennent des avis/ recommandations pour s'assurer du bon fonctionnement concurrentiel, équitable et non discriminatoire du marché.

En France, les missions du régulateur sectoriel ont évolué dans un contexte de préparation de la mise en œuvre de la concurrence ferroviaire.

B. L'extension progressive des missions du régulateur français

Le contexte de préparation du cadre légal à la mise en œuvre de la concurrence ferroviaire a modifié les missions générales du régulateur français (1). Par ailleurs, l'ARAFER, devenue l'ART a récupéré des missions nouvelles (2) au service de la sa fonction de régulation.

1. L'évolution des missions générales du régulateur français dans le cadre des réformes de libéralisation du secteur

618. **L'impact de la réforme ferroviaire du 14 août 2014 sur l'organisation et les missions de l'ARAFER.** Suite à la loi du 14 août 2014 portant réforme ferroviaire, ARAF devient ARAFER et ses missions sont adaptées au nouveau contexte ferroviaire français de création du Groupe Public Ferroviaire unifié. Comme le rappelle Monsieur Carpentier-Daubresse, la réforme ferroviaire de l'année 2014 impacte l'ARAFER sur plusieurs aspects : le régulateur s'est vu accroître « *ses pouvoirs notamment d'avis conforme sur les tarifs des installations de service (que sont par exemple les gares de voyageurs ou les centres de*

¹⁵¹³ *Ibid.*

maintenance) (...) elle s'est aussi vu octroyer un pouvoir d'avis simple sur le projet de budget du gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, SNCF Réseau (ex-RFF) afin de contrôler la trajectoire financière d celui-ci et son endettement »¹⁵¹⁴. Par ailleurs, à la suite de la réforme ferroviaire, la procédure de sanction devant l'Autorité a été modifiée et elle se déroule à présent en deux étapes clés : le collège de l'ARAFER est en charge des fonctions de poursuite et d'instruction, alors que le prononcé du jugement incombe, depuis le 1^{er} janvier 2015, à une commission de sanctions créée au sein de l'ARAFER. L'exercice séparé des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement par des structures différentes au sein de l'ARAFER, vise à renforcer la transparence et l'impartialité du processus, en s'assurant que les dossiers des demandeurs sont traités par d'autres personnes que celles qui ont initié les procédures.

619. En outre, depuis, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », l'autorité est compétente pour surveiller le marché concurrentiel du transport par autocar, ainsi que le déroulement de concessions d'autoroutes. La loi modifie le Code des transports en ajoutant une section 3 intitulée « Services librement organisés » au chapitre Ier du titre Ier du livre Ier de la troisième partie du Code des transports. De ce fait, en application de l'article L.3111-18 du Code des transports, l'ARAFER est en charge de recevoir toutes les déclarations de transporteurs souhaitant ouvrir une ligne régulière par autocar, d'une distance de moins de 100 km entre deux arrêts¹⁵¹⁵. L'ARAFER doit, en conformité avec l'article précité, procéder à un test d'équilibre économique pour évaluer l'impact de la nouvelle liaison par autocar sur les services publics conventionnés, avant d'émettre un avis conforme sur les projets d'interdiction ou de limitation, envisagés par les AOT. Un test similaire est réalisé par l'Autorité concernant l'opportunité du cabotage ferroviaire¹⁵¹⁶ et l'identification des risques économiques que celui-ci pourrait engendrer au

¹⁵¹⁴CARPENTIER-DAUBRESSE (N.), « La nouvelle autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) », *Droit et Ville*, 2016/2, n°82, p.129-143.

¹⁵¹⁵HANSEN (P. S.), DE SEVIN (B.), « L'extension des compétences de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires par la loi macron », *J.C.P.A.*, n°28, 18 juillet 2016, 2211.

¹⁵¹⁶ Le 23 octobre 2007, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2007/58/CE modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil 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. Toutes les entreprises ferroviaires disposant d'une licence valide et des certificats de sécurité nécessaires se sont vu accorder, au 1er janvier 2010, le droit d'exploiter des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, notamment la possibilité de transporter des voyageurs sur des sous-trajets nationaux (cabotage). Pour que le cabotage soit valide, il ne faut pas qu'il représente un moyen pour contourner le monopole de l'opérateur historique. A ce titre, le régulateur vérifie que la desserte en question est une desserte internationale. Ensuite, le cabotage ne doit pas affecter l'équilibre économique des contrats portants sur les transports conventionnés.

regard de l'équilibre économique des transports conventionnés¹⁵¹⁷. Les changements de missions de l'ARAFER traduisent la stratégie politique de bénéficier d'un régulateur fort et compétent pour à agir selon une logique de transport multimodal.

620. **Le renforcement des pouvoirs de l'ARAFER par la loi pour le Nouveau Pacte Ferroviaire.** La loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire¹⁵¹⁸ confirme le maintien d'une prérogative phare du régulateur qui est celle de l'avis conforme de l'ARAFER sur la fixation des redevances d'infrastructure¹⁵¹⁹. Donner cette compétence importante au régulateur est une décision non- négligeable opérée par le législateur par l'adoption de la loi du 4 août 2014¹⁵²⁰. Comme le souligne, M. Jean Bergougoux dans son rapport, le principe selon lequel l'exécutif devait assumer les décisions tarifaires n'est pas admis à l'unanimité dans la mesure ou « *Ce sont elles, (les décisions tarifaires) en effet, qui déterminent le rythme et les modalités d'évolution de l'économie industrielle des secteurs, et il n'est pas souhaitable d'exposer une administration régulatrice à la tentation de favoriser l'opérateur public auquel elle s'est longtemps identifiée. De fait, lorsque le régulateur spécialisé n'est que consulté, il arrive, comme en Espagne, que ses propositions sont beaucoup moins favorables aux opérateurs dominants que les décisions du gouvernement* »¹⁵²¹. Toutefois, pour limiter la tendance du gestionnaire de l'infrastructure d'augmenter ses redevances afin de soutenir sa trajectoire financière, il n'est pas surprenant que le législateur ait opté pour le maintien de l'avis conforme du régulateur¹⁵²².

621. Par ailleurs, la loi élargit les prérogatives de l'ARAFER afin de « *faciliter l'accès des nouveaux opérateurs, dans le cadre d'une régulation asymétrique,* »¹⁵²³ et contribuer « *à a conciliation des différents objectifs d'intérêt général assignés par le législateur au secteur d'activité en cause* »¹⁵²⁴. Dans ce contexte, l'article 8 de la loi précitée modifie l'article L2133-1 du Code des transports pour reconnaître au régulateur sectoriel le pouvoir de « *limiter ou interdire l'exercice du droit d'accès (des entreprises ferroviaires à l'exploitation) des nouveaux*

¹⁵¹⁷ Voir Deuxième Partie, Titre III, Chapitre 2.

¹⁵¹⁸ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, précitée.

¹⁵¹⁹ *Ibid.* Article 33.

¹⁵²⁰ Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, précitée.

¹⁵²¹ Rapport de BERGOUX (J.), « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », précité.

¹⁵²² Voir dans ce sens DJEBBARI (J.-B.), « Rapport N°851 fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi après engagement de la procédure accélérée pour un nouveau pacte ferroviaire », pp.236, p.33.

¹⁵²³ ECKERT (G.), « Concurrence et régulation », *RFDA*, 2018, p. 866.

¹⁵²⁴ *Ibid.*

services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs entre un lieu de départ donné et une destination donnée si l'exercice de ce droit est susceptible de compromettre l'équilibre économique d'un ou de plusieurs contrats de service public couvrant le même trajet ou un trajet alternatif »¹⁵²⁵. Aussi, l'article 14 de la loi du 27 juin 2018 formalise le rôle participatif du régulateur dans la procédure d'attribution directe d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs. Cette procédure, qui est une exception à la mise en concurrence des contrats et qui est déclenchée dans des scénarios strictes imposés par le règlement (CE) n°1370/2007 modifié doit ne pas être utilisé par les régions comme un moyen pour contourner la concurrence et c'est ainsi que la loi pose l'obligation pour l'autorité attributaire de consulter le régulateur sur sa décision d'attribuer directement le contrat de service, sans passer par une mise en concurrence des opérateurs. Ainsi, l'ARAFER évaluera, préalablement à cette attribution directe, la décision motivée de l'autorité organisatrice de transport, cette dernière, pouvant, après avis conforme du régulateur, donner suite à la procédure d'attribution directe.

622. Ces exemples de reconnaissance par la loi du 27 juin 2018 des nouvelles prérogatives de l'ARAFER témoignent de la volonté du législateur de mettre en œuvre un régulateur fort et stratège impliqué non seulement dans une sorte de contrôle *à posteriori* des conditions de la concurrence mais aussi *a priori* via, par exemple, l'avis conforme sur la procédure d'attribution directe. Ces nouvelles compétences du régulateur visent à consolider son rôle de garant d'un marché concurrentiel équitablement organisé tout en préservant les missions de service public spécifiques au transport ferroviaire de voyageurs. Enfin, les prérogatives de l'ARAFER ont évolué à la suite de l'adoption de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (communément appelée la « loi LOM »)¹⁵²⁶(2).

¹⁵²⁵ Article L2133-1 du Code des transports modifié par la loi n°2018-515 du 27 juin 2018, précitée.

¹⁵²⁶ Loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, précitée.

2. L'élargissement des missions du régulateur ferroviaire français à la suite de l'adoption de la loi « LOM »

A la suite des dernières modifications législatives relatives à l'accueil de la concurrence ferroviaire, l'autorité de régulation ferroviaire en France s'est vu consolider sa logique multimodale par l'intégration des compétences aéroportuaires (a). Considérée en outre un point d'accès national aux données mobilité, la loi LOM attribue au régulateur français une mission de collecte de ces données (b).

a) L'intégration de la mission aéroportuaire

623. Le renforcement de la logique multimodale du régulateur ferroviaire par l'intégration des compétences aéroportuaires. L'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires¹⁵²⁷, adoptée sur le fondement de l'article 134 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises¹⁵²⁸ a procédé à une extension des compétences du régulateur ferroviaire français en lui intégrant une nouvelle prérogative à savoir la possibilité d'homologuer les tarifs des redevances d'accès aux services aéroportuaires¹⁵²⁹. A la suite de cette extension des compétences, l'ARAFER est devenue depuis le 1^{er} octobre 2019 l'unique Autorité de régulation des transports (ART)¹⁵³⁰ assise sur une logique d'intermodalité et matérialisant l'anticipation du Professeur Loïc Grard d'il y a déjà dix ans lorsqu'il se référait à une autorité de régulation des transports intermodale (ARTI)¹⁵³¹. La démarche de renforcement de l'intermodalité au sein du régulateur sectoriel est une spécificité française dans la mesure où au Royaume-Uni, l'ORR dispose des compétences uniquement dans le secteur du rail et de la route. De manière similaire, en Roumanie, le Conseil de surveillance du domaine ferroviaire exerce une activité exclusivement centrée sur le secteur ferroviaire. A l'opposé, il convient toutefois de noter que le régulateur allemand, s'il n'a pas des compétences transversales de plusieurs modes de

¹⁵²⁷ Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires, *JORF*, n°0171 du 25 juillet 2019.

¹⁵²⁸ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n°0119 du 23 mai 2019.

¹⁵²⁹ Article L.6327-1 du Code des transports.

¹⁵³⁰ BALAT (N.), « Naissance de l'Autorité de régulation des transports », *D.*, 2019, p.1768.

¹⁵³¹ GRARD (L.), « Repandre la régulation indépendante du transport en transformant l'« ARAF » en « ARTI » », *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2010, comm.121.

transport, il assure la régulation de plusieurs secteurs en réseaux : des télécommunications, du secteur postal, de l'énergie et enfin, depuis, le 1^{er} janvier 2006 du secteur ferroviaire¹⁵³².

b) L'intégration de la mission de collecte de données de mobilité

624. L'autorité de régulation des transports, un point d'accès national aux données de mobilité. La directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport¹⁵³³ a posé le cadre des systèmes de transport intelligents (STI)¹⁵³⁴ afin de renforcer la communication des informations multimodales au niveau européen. Ce cadre a été par la suite complété par le règlement délégué (UE) 2017/1926 du 31 mai 2017¹⁵³⁵. Ce dernier dispositif a le mérite d'obliger les États membres de créer un point d'accès national de collecte des données de mobilité ouvertes aux utilisateurs et fournies par les autorités de transport, les opérateurs de transport, les gestionnaires d'infrastructures ou encore les fournisseurs des services à la demande¹⁵³⁶. Ces dispositions ont été transposées en droit interne par la loi d'orientation des mobilités (plus spécifiquement son article 25) qui a modifié l'article L.1115-1 du Code des transports, lui-même créée par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁵³⁷. Par conséquent, la réutilisation des informations multimodales a été soustraite à l'application du régime fixé par le Code des relations entre le public et l'administration (certaines de ces informations pouvaient être classifiées d'informations

¹⁵³² Site internet Bundesnetzagentur, Extrait : « *La tâche principale du Bundesnetzagentur est d'assurer le respect de la loi sur les télécommunications (TKG), de la loi postale (PostG) et de la loi sur l'énergie (EnWG) et de leurs ordonnances respectives. De cette manière, il garantit la libéralisation et la déréglementation des marchés des télécommunications, de la poste et de l'énergie via un accès au réseau non discriminatoire et des frais de système efficaces. Depuis le 1er janvier 2006, le Bundesnetzagentur assume également la responsabilité de la réglementation ferroviaire. Ici, comme dans les autres domaines réglementaires, il surveille l'accès non discriminatoire aux réseaux dans des circonstances transparentes et examine les frais d'accès.* », (Traduction libre de l'anglais au français).

¹⁵³³ Dir. 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport, *JOUE*, n° L 207/1 du 6 août 2010.

¹⁵³⁴ Définition des STI proposée par le Considérant n°3 de la directive 2010/40/UE précitée : « *Les systèmes de transport intelligents (STI) sont des applications avancées qui, sans pour autant comporter de processus intelligent à proprement parler, visent à fournir des services innovants liés aux différents modes de transport et à la gestion de la circulation permettent à différents utilisateurs d'être mieux informés et de faire un usage plus sûr, plus coordonné et plus intelligent des réseaux de transport.* »

¹⁵³⁵ Règl. délégué (UE) 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017 complétant la directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la mise à disposition, dans l'ensemble de l'Union, de services d'informations sur les déplacements multimodaux, *JOUE*, n°L 272/1 du 21 octobre 2017.

¹⁵³⁶ *Ibid.* Article 3.

¹⁵³⁷ Art. 4 de la Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, précitée.

publiques dans le cadre des documents administratifs). Désormais, les dispositions du code des relations entre le public et l'administration applicables aux informations publiques au sens de l'article L. 321-1 du même code ne s'appliqueront pas aux données rendues accessibles et réutilisables en application de l'article L.1115-1 du Code des transports¹⁵³⁸. En France il incomberait à l'ART de représenter le point d'accès national des utilisateurs aux données de mobilité. C'est à ce titre que l'article L.1263-4 du Code des transports autorise les autorités de transport, les opérateurs de transport, les gestionnaires d'infrastructure etc. à saisir l'ART en cas de différend relatif à la communication des données de mobilité.

625. Ci-après un tableau synthétique de la transposition en droit français des dispositions européennes en matière d'ouverture des données de mobilité.

ENCADRÉ N° 35. DISPOSITIONS SUR L'OUVERTURE DES DONNEES DE MOBILITE EN DROIT EUROPEEN ET EN DROIT FRANÇAIS		
CRITERE	REGLEMENT DELEGUE	LOI LOM/CODE DES TRANSPORTS
CHAMP D'APPLICATION DES MESURES	<p>Tous les modes de transport¹⁵³⁹</p> <p>Services réguliers de transport public de voyageurs (transport aérien, rail y compris à grande vitesse, rail conventionnel, rail léger, autocars de grandes lignes, transport maritime y compris les navires rouliers, métros, trams, bus, trolleybus, installations à câbles)¹⁵⁴⁰;</p> <p>Transports à la demande (bus navette, navire roulier navette, taxis, partage des trajets, partage de voitures, covoiturage, locations de voiture, vélos en libre-service, location de vélos, services de trajet à la demande)¹⁵⁴¹ ;</p> <p>Réseaux routiers, cyclables et piétons (voiture particulière,</p>	<p>Tous les modes de transport</p> <p>Services réguliers de transport public de voyageurs ;</p> <p>Services de mobilité.</p>

¹⁵³⁸ Art. L.1115-1 paragraphe 2 du Code des transports.

¹⁵³⁹ Considérant n°8 du règlement délégué (UE) 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017 complétant la directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la mise à disposition dans l'ensemble de l'Union, de services d'informations sur les déplacements multimodaux, *JOUE*, n° L 272/1 du 21 octobre 2017.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

ENCADRÉ N° 35. DISPOSITIONS SUR L'OUVERTURE DES DONNEES DE MOBILITE EN DROIT EUROPEEN ET EN DROIT FRANÇAIS		
CRITERE	REGLEMENT DELEGUE	LOI LOM/CODE DES TRANSPORTS
	motorcycle, vélo, marche à pied) ¹⁵⁴² ; Le stationnement.	
TYPES DE DONNEES CONCERNEES	Minimum les données statiques données sur les déplacements et la circulation ¹⁵⁴³ ; Données historiques concernant la circulation des différents modes de transport (y compris les mises à jour des données) ¹⁵⁴⁴	Données statiques et dynamiques sur les déplacements et la circulation ¹⁵⁴⁵ Données historiques concernant la circulation ¹⁵⁴⁶
RESPONSABLES DE LA FOURNITURE DES DONNÉES	Autorités chargées des transports ; Opérateurs de transport ; Gestionnaires d'infrastructure ; Fournisseurs de services de transport à la demande ¹⁵⁴⁷ .	Autorités chargées des transports ¹⁵⁴⁸ ; Opérateurs de transport ; Gestionnaires d'infrastructure, ; Fournisseurs de services de transport à la demande ; Fournisseurs de services d'informations sur les déplacements
FORMAT DES DONNEES	Format ciblé ¹⁵⁴⁹	Format non pré établi

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ Art. 3 du règlement.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

¹⁵⁴⁵ Art. L.1115-1 paragraphe 2 du Code des transports.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

¹⁵⁴⁷ Art. 3 paragraphe 4 du règlement.

¹⁵⁴⁸ En France, les autorités chargées des transports au sens du règlement délégué regroupent les autorités organisatrices de la mobilité au sens du code des transports à savoir, l'État, les régions, les départements, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale, les syndicats mixtes, Ile-de-France Mobilités, les autorités désignées à l'article L. 1811-2 et la métropole de Lyon. Ces autorités sont responsables de la fourniture des données portant sur les services conventionnés. Le code des transports les autorise toutefois à en confier la charge aux opérateurs de transport chargés de l'exécution des services de transport.

¹⁵⁴⁹ Art. 5 du règlement.

ENCADRÉ N° 35. DISPOSITIONS SUR L'OUVERTURE DES DONNÉES DE MOBILITE EN DROIT EUROPEEN ET EN DROIT FRANÇAIS		
CRITERE	REGLEMENT DELEGUE	LOI LOM/CODE DES TRANSPORTS
REUTILISATION DES DONNÉES	Utilisation des données dans le cadre d'un accord de licence ¹⁵⁵⁰ ; Une compensation « raisonnable et proportionnée » aux coûts légitimes encourus pour la fourniture et la diffusion des données est prévue. ¹⁵⁵¹	Possibilité de conclusion des accords de licence de réutilisation des données ¹⁵⁵² ; Une compensation financière peut être demandée à l'utilisateur ¹⁵⁵³
CALENDRIER DE L'OUVERTURE	Données statiques de niveau 1 ¹⁵⁵⁴ : décembre 2019 ¹⁵⁵⁵ Données statiques de niveau 2 ¹⁵⁵⁶ : décembre 2020 ¹⁵⁵⁷ Données statiques de niveau 3 ¹⁵⁵⁸ : décembre 2021 ¹⁵⁵⁹ Données statiques concernant d'autres parties du réseau de transport de l'Union : décembre 2023 ¹⁵⁶⁰ .	

Source : tableau propre à l'auteur

626. Une transposition fidèle des dispositions européennes en droit français. A la lecture de ce tableau, nous observons que le droit interne a transposé fidèlement les dispositions contenues dans le règlement délégué (UE) 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017. En réalité, il est allé au-delà des exigences européennes dans la mesure où il ne s'est pas limité à obliger les responsables de la fourniture de données à communiquer seulement les données statiques sur les déplacements et la circulation, mais il a inclus également les données dynamiques, c'est-à-dire les données en temps réel, tel que les horaires et les perturbations. Cette mesure constitue un réel avantage pour les utilisateurs des transports dont les conditions d'utilisation des transports et des reports modaux seront plus satisfaisantes. Il n'en demeure pas moins qu'elle

¹⁵⁵⁰ Art. 8 paragraphe 4 du règlement.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Art. L. 1115-3 du Code des transports.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ Données statiques de niveau 1 : recherche de lieu (origine/destination), itinéraires (calendrier opérationnel), points d'arrêts, calcul de l'itinéraire (correspondances, opérateurs de transports, horaires, véhicules, accessibilité des points d'arrêts) etc. Voir le point 1.1 de l'Annexe du règlement.

¹⁵⁵⁵ Art. 4 paragraphe 3a) du règlement.

¹⁵⁵⁶ Données statiques de niveau 2 : recherche de lieux (modes à la demande) services d'information (lieux et modalités d'achat de billets pour les services réguliers, les modes à la demande et le stationnement (tous modes en lignes régulières et à la demande, y compris les canaux de détail, les méthodes d'exécution et les méthodes de paiement) etc. Voir le point 1.2 de l'Annexe du règlement.

¹⁵⁵⁷ Art. 4 paragraphe 3 b) du règlement.

¹⁵⁵⁸ Données statiques de niveau 3 : catégories de voyageurs, billets spéciaux, conditions commerciales (pour tous les modes en lignes régulières), services d'information (tous modes) etc. Voir le point 1.3 de l'Annexe du règlement.

¹⁵⁵⁹ Art. 4 paragraphe 3 c) du règlement.

¹⁵⁶⁰ Art. 4 paragraphe 3d) du règlement.

complexifie les tâches des opérateurs de transports, des gestionnaires etc. dans la gestion, communication et mise à jour de leurs données.

627. Le règlement délégué (UE) 2017/1926 précité liste les responsables de la fourniture des données sans consacrer une quelconque hiérarchisation de la responsabilité de ces entités¹⁵⁶¹. Or, en droit interne, le Code des transports semble moins claire sur la question de la responsabilité des acteurs dans la communication des données mobilité. En effet, le paragraphe 3 de l'article L.1115-1 du Code des transports qui porte sur les services conventionnés, semble poser un principe général de responsabilité des autorités qui gèrent ces transports (par exemple, les régions) de la fourniture des données mobilité. Compte tenu de la nature souvent opérationnelle de ces données de mobilité, qui sont les plus souvent connues et détenues par les opérateurs de transport, n'aurait-il pas été opportun de conférer cette responsabilité aux opérateurs de transport eux-mêmes ? L'article poursuit en donnant toutefois la possibilité aux autorités de transport de confier la charge de communication des données de mobilité aux opérateurs de transport « chargés de l'exécution de services de transport »¹⁵⁶². D'abord, le Code de transport tel que modifié par la loi LOM n'indique pas les modalités (contractuelles) selon lesquelles le processus de fourniture de données sera mis en œuvre. Il n'est pas déraisonnable de penser que les autorités de transport pourront inclure des clauses dans les contrats d'exploitation des services conventionnés obligeant les transporteurs à communiquer auprès de l'ART les données de mobilité. En plus de cette option, sûrement la plus facile à mettre en œuvre, les régions pourront-elles être amenées à conclure des contrats avec les opérateurs exclusivement dédiés à la problématique de la communication de données mobilité ? Ensuite, le Code des transports en donnant la possibilité de autorités de transport de transférer la *charge* de la communication des données aux opérateurs, opère-t-il simultanément un transfert de responsabilité ? Ou, au contraire, les autorités de transport demeurent les responsables de plein droit de la fourniture de données en dépit dudit transfert ? Les mesures réglementaires d'application de la loi LOM devront clarifier le régime de responsabilité des acteurs en charge de la fourniture de données de mobilité.

628. **Les autorités de transports, des instances « d'animation des démarches de fourniture de données mobilité ».** La clarification du régime de responsabilité des acteurs en charge de la fourniture de données de mobilité nous semble d'autant plus nécessaire que l'article

¹⁵⁶¹ Art. 4 paragraphe 3 du règlement.

¹⁵⁶² Art. L1115-1 paragraphe 3 du Code des transports.

L.1115-2 du Code des transports a mis à la charge des autorités de transport une mission d'animation des démarches de communication de données. L'article ne donne aucun élément ni sur l'étendu et les contours de cette mission d'animation, ni sur les outils concrets sur lesquels pourront s'appuyer les autorités organisatrices. Est-ce que cette mission d'animation incombe aux autorités organisatrices malgré le transfert éventuel de la charge de communication des données aux opérateurs de transport ? Quel est l'élément déclencheur de cette démarche d'animation ? Cette mission n'implique-t-elle pas l'information au préalable des autorités de transport par l'autorité de régulation sur le défaut de communication des opérateurs de transport de données de mobilité ? En conférant une mission d'animation aux autorités de transport et un pouvoir de sanction des différends liés à la communication de ces données à l'ART, le point de collecte de ces données, le législateur semble avoir souhaité mettre en place deux entités qui agissent sur les opérateurs de transport/gestionnaires pour faciliter l'accessibilité des données. Si cette logique crée l'apparence d'une meilleure efficacité du processus de fourniture de données, elle lui confère un caractère tripartite (opérateurs-ART-régions) qui risque de nuire à sa lisibilité et à sa fluidité. Le législateur aurait pu raisonnablement choisir de confier cette démarche d'animation à l'ART elle-même, dans sa capacité de collecte des données. En impliquant les autorités organisatrices des transports dans le processus de communication de données (qui aurait pu être essentiellement dual), le législateur ne confère-t-elle pas une mission d'arbitrage aux régions dans la démarche de communication des données des opérateurs à l'ART ?

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

629. L'analyse de l'organisation des régulateurs ferroviaires en Europe, nous a permis d'observer leurs similitudes et cela est dû à l'ancrage dans une histoire commune, sous l'influence du droit européen¹⁵⁶³.

630. L'examen de la formulation textuelle des missions générales des régulateurs sectoriels fait apparaître très clairement deux missions clés vers lesquelles converge l'activité de ceux-ci, à savoir la surveillance du marché ferroviaire avec l'objectif de préservation d'une dynamique concurrentielle et le contrôle de la tarification de l'accès au réseau et aux infrastructures.

631. Sur l'ensemble des droits nationaux considérés, ces missions sont présentées d'une manière relativement vague, exhaustive, presque consignataire. Prenons par exemple le cas du régulateur britannique. En effet, l'ORR a pour mission, nous dit le Railways Act de 1993, de promouvoir l'amélioration de la performance des services ferroviaires ou encore de protéger les intérêts des utilisateurs des services ferroviaires. Si cette formulation a le mérite de conférer une exhaustivité à la fonction de régulation de l'ORR, elle a le vice de l'imprécision. Néanmoins ce caractère imprécis est corrigé par la même Section 4 du Railways Act qui a posé le cadre et les repères que le régulateur doit prendre en compte lorsqu'il exerce ses missions. Ainsi, et « *sans préjudice de la généralité de l'alinéa 1* »¹⁵⁶⁴ (qui liste ces missions), l'ORR a le devoir d'exercer ses fonctions de la meilleure manière à protéger, par exemple, « *les intérêts des utilisateurs et des utilisateurs potentiels des services de transport de voyageurs par chemin de fer fournis par un opérateur du secteur privé autrement qu'en vertu d'un contrat de franchise, en ce qui concerne: (i) les prix facturés pour les voyages au moyen de ces services, et (ii) la qualité du service rendu (...)* »¹⁵⁶⁵. Par ailleurs, l'ORR doit tenir compte des orientations générales que lui seraient données par plusieurs entités telle que le Secrétaire d'État, le ministre écossais, (au sujet des services ferroviaires entièrement ou partiellement en Écosse), des stratégies et politiques notifiées par le ministre gallois (au sujet des chemins de fer ou services ferroviaires au Pays de Galles)¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ BENEDETTO (V.), SMITH (A.), NASH (C.), « Evaluating the role and powers of rail regulatory bodies in Europe: a survey-based approach », *Transport Policy*, 2017, Vol.59, p.116-128.

¹⁵⁶⁴ Section 4 paragraphe 2 du Railways Act de 1993.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶⁶ Section 4 paragraphe 5 du Railways Act de 1993.

632. Si nous pouvons retrouver cette formulation ample des missions générales dans tous les droits analysés, il nous semble qu'elle est le plus privilégiée pour décrire les missions de l'ORR. Si tel est le cas, le risque d'arbitraire du régulateur est néanmoins limité grâce à une description détaillée des *pouvoirs* de l'ORR suivie par des publications régulières de *Guidelines* qui retracent minutieusement ses processus de contrôle. Un autre aspect qui permet à l'ORR de se détacher davantage de ses homologues étrangers est à notre sens la logique de fonctionnement orienté vers le business (*business oriented*) avec une consécration textuelle expresse de l'objectif de protection des intérêts des voyageurs¹⁵⁶⁷, de promotion de l'utilisation du rail dans le transport de voyageurs ou des marchandises¹⁵⁶⁸, ou encore de protection de l'environnement et de la société grâce au développement durable¹⁵⁶⁹.

633. Enfin, une explication du caractère exhaustif de la formulation des missions générales des régulateurs ferroviaire peut consister dans la volonté des législateurs de doter ces autorités de larges pouvoirs d'intervention, de leur conférer une partie importante de responsabilité dans la préservation de l'environnement concurrentiel des marchés ferroviaires et de la conciliation des activités concurrentiels avec les activités d'intérêt général. Cette logique des législateurs traduit de facto un choix institutionnel qui peut représenter un argument favorable à la libéralisation ferroviaire. Autrement dit, la garantie des régulateurs bénéficiant des pouvoirs d'intervention substantiels et d'une reconnaissance formelle de leur rôle dans la préservation d'une concurrence maîtrisée a pu favoriser la généralisation de l'ouverture à la concurrence ferroviaire européenne.

¹⁵⁶⁷ Section 4 paragraphe 1 a) du Railway Act de 1993.

¹⁵⁶⁸ Section 4 paragraphe 1 b) du Railway Act de 1993.

¹⁵⁶⁹ Section 4 paragraphe 1 bb) du Railway Act de 1993.

CHAPITRE 2 LE CONTRÔLE PAR LES REGULATEURS FERROVIAIRES DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS

634. Dans leur exercice, les régulateurs ferroviaires sont dotés de vastes prérogatives¹⁵⁷⁰. D'abord, ils ont un nombre important de pouvoirs généraux qui leur permettent d'exercer leur mission de surveillance du marché ferroviaire comme le pouvoir d'information¹⁵⁷¹ et de collecte de données¹⁵⁷², le pouvoir consultatif¹⁵⁷³, le pouvoir d'approbation¹⁵⁷⁴ ou encore le pouvoir règlementaire¹⁵⁷⁵. Ensuite, dans la mesure où tous les régulateurs des pays analysés dans la présente thèse sont dotés d'une compétence de règlement des différends¹⁵⁷⁶, conséquence de la transposition en droit interne des articles 55 et 56 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen¹⁵⁷⁷, ils ont aussi des pouvoirs très spécifiques comme le droit d'information, ou bien le droit d'audition et d'investigation. Enfin, les procédures de règlement des différends suivies par les régulateurs ferroviaires répondent toutes (et de manière harmonisée) à certaines exigences de formes et de fond¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁰ Pour une comparaison des prérogatives des régulateurs ferroviaires analysés dans la présente thèse, voir l'annexe N° 3.

¹⁵⁷¹ Par exemple, pour l'ART, voir l'Art. L.2132-7 du Code des transports.

¹⁵⁷² S'agissant de l'ART, voir par exemple, l'article L.2132-7 du Code des transports ; aussi CE, 16 février 2018, n°403508.

¹⁵⁷³ Par exemple, en France, des avis conformes de l'ART sur les redevances d'infrastructures issues de l'utilisation du réseau ferré, sur les modalités selon lesquelles les redevances d'accès aux gares de voyageurs et aux autres installations de service. La palette des avis consultatifs émis par l'ART a été étendue depuis 2014. Le régulateur rend des avis simples sur le document de référence du réseau ferré national, sur la charte du réseau, le montant global des concours financiers à apporter à SNCF Réseau et sur la part contributive de SNCF Réseau pour les projets d'investissements dépassant un seuil fixé par décret en Conseil d'État (200 millions d'euro) sur les mesures internes d'organisation de SNCF Réseau pour prévenir toute discrimination, sur le projet de budget de SNCF Réseau etc.

¹⁵⁷⁴ Par exemple, l'art. L.2133-4 du Code des transports ; aussi la Décision n°2015-035 du 13 octobre 2015 portant adoption des lignes directrices relatives à l'application de l'article L.2133-4 du Code des transports, pp. 15.

¹⁵⁷⁵ Par exemple, pour l'ART, voir l'article L.2132-5 du Code des transports modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires.

¹⁵⁷⁶ LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le règlement des différends comme vecteur du renforcement des pouvoirs de l'ARAFER », *Dr. Admin.*, n°10, Octobre 2017, comm.44. Selon l'auteur, l'ART fait un usage « remarqué » du règlement des différends. Parmi les décisions du régulateur adoptées dans le cadre du règlement des différends, voir par exemple, ARAFER, Décision n°2017-018 du 22 février 2017 portant règlement du différend entre la région Nouvelle-Aquitaine et SNCF Réseau relatif aux prestations rendues dans les gares de voyageurs, pp. 17.

¹⁵⁷⁷ Dir. 2012/34/UE précitée.

¹⁵⁷⁸ Par exemple, la procédure de règlement de différends devant le régulateur britannique comporte une première phase qui consiste dans la recherche des informations par l'ORR auprès des parties concernées dans un délai d'un mois à partir de la réception de la demande. La décision de solliciter davantage d'informations auprès des parties et de procéder à leur consultation se fait en fonction des circonstances qui justifient la demande, les problématiques soulevées ainsi que tout naturellement, l'information contenue dans la demande. La demande est adressée au « défendeur » (*respondent*) qui dispose d'un délai de 21 jours pour produire ses observations, qui sont à leur tour

635. Transdev mesure l'importance d'un régulateur ferroviaire fort pour la préservation des garanties équitables, non-discriminatoires et transparentes de l'accès au réseau ferroviaire surtout dans un système de gouvernance ferroviaire intégré. Ainsi, M. Thierry Mallet, déclarait, qu'en Allemagne le régulateur ferroviaire était trop faible, « *qu'il ne joue pas suffisamment son rôle ce qui nous oblige régulièrement à des procédures contentieuses contre la Deutsche Bahn et contre DB Netz pour non-respect de l'égalité de traitement. Nous préférons un régulateur fort – cela marche d'ailleurs très bien dans le secteur de l'énergie avec la CRE (Commission de régulation de l'énergie). Nous avons inventé un modèle français, suivons-le !* »¹⁵⁷⁹. De manière analogue, l'Autorité de la concurrence elle-même s'est montrée, à la lumière de l'expérience des industries et secteurs de réseaux favorable aux pouvoirs forts des régulateurs sectoriels lors de son intervention en matière d'infrastructures¹⁵⁸⁰.

636. Pour des considérations d'espace et pour éviter la lourdeur de la thèse, nous avons choisi d'analyser plus spécifiquement le contrôle des régulateurs ferroviaires de l'équilibre économique des contrats de service public. L'enjeu de cette mission cruciale des régulateurs ferroviaires consiste pour ces derniers à maintenir un équilibre entre d'une part la préservation des intérêts publics attachés à l'exploitation des contrats de services publics de transport ferroviaire de voyageurs et la liberté d'accès aux réseaux des opérateurs de transport *en open access*. Le droit européen fixe ainsi le cadre légal relatif à ce contrôle (**Section 1**) et la procédure applicable (**Section 2**).

communiquées au « demandeur » ce dernier devant formuler des observations en retour dans un délai de 10 jours. A la différence du régulateur français, le régulateur britannique n'organise pas systématiquement une audience des parties, mais uniquement pour les cas complexes qui « concernent plusieurs parties ». Une fois en possession des informations nécessaires et éventuellement à la suite des visites, l'ORR prend sa décision dans un délai raisonnable de temps, soit un maximum de six semaines depuis la date de réception de toutes les informations nécessaires. Les parties sont informées de la décision du régulateur.

¹⁵⁷⁹ LEGRAND (B.), « Transdev futur concurrent de la SNCF : Nous sommes prêts à mieux payer les cheminots », Article de presse, dans *L'Obs*, publié le 19 avril 2018.

¹⁵⁸⁰ Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires, Site internet de l'Autorité de la concurrence.

SECTION 1. LE CADRE LÉGAL RELATIF AU CONTRÔLE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC

Initialement développé dans un contexte de libéralisation des transports ferroviaires internationaux (§1), le test du contrôle économique des contrats de service public a été approprié par les régulateurs ferroviaires sur le fond de la libéralisation des services ferroviaires nationaux de voyageurs (§2).

§1. Le point de départ du test d'équilibre économique : le cabotage ferroviaire

637. Le teste d'équilibre économique (ci-après « test EEQ ») est une notion initialement apparue dans le contexte du troisième paquet ferroviaire et la libéralisation des transports ferroviaires internationaux. Les directives 2007/58/CE¹⁵⁸¹ et 2001/14/CE¹⁵⁸² envisageaient le risque d'un impact éventuel de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires internationaux sur les transports ferroviaires nationaux réalisés dans le cadre d'un contrat de service public. Dans cette hypothèse, les États membres étaient autorisés à limiter l'accès des entreprises ferroviaires sur les services entre un lieu de départ et une destination qui faisaient l'objet d'un ou de plusieurs contrats de service public, après le test EEQ. Ce test était réalisé par l'organisme de contrôle sur saisie par une ou plusieurs autorités ayant attribué le contrat de service public, par toute autre autorité compétence concernée, par le gestionnaire d'infrastructure ou enfin par l'entreprise ferroviaire en charge de l'exécution du contrat de service public.

638. **La méthodologie selon deux tests cumulatifs de l'appréciation de l'atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public par un service ferroviaire international.** En France, après notification par l'entreprise ferroviaire de son intention de mettre en œuvre un service ferroviaire international de voyageurs, l'Autorité (ARAF à l'époque) mettait en œuvre un test d'objet principal suivi par la suite par le test EEQ des contrats de service public¹⁵⁸³. Si le test d'objet principal est devenu obsolète aujourd'hui dans le contexte de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux, une comparaison de leurs méthodologies (telles que mises en œuvre par le régulateur français), nous semble utile pour la

¹⁵⁸¹ Dir. 2007/58/CE précitée.

¹⁵⁸² Dir. 2001/14/CE précitée.

¹⁵⁸³ ARAF, Décision n°2013-004 du 27 février 2013 portant sur les services de transport international de voyageurs comportant des dessertes intérieures.

compréhension des enjeux de ces deux tests. Les méthodologies déployées par le régulateur français dans le cadre des tests principal et d'équilibre économique de contrats de service public supposent une analyse économique pour l'essentiel quantitative par le régulateur. Nous observons que la méthodologie du test principal prend en considération des seuils fixés par l'Autorité, justifiés par la volonté de celle-ci « d'offrir de la prévisibilité aux acteurs »¹⁵⁸⁴. A l'opposé, le test de l'équilibre économique est moins rigide dans la mesure où il ne contient pas des seuils et lorsque les critères retenus sont conçus pour refléter « la diversité des contrats de service public »¹⁵⁸⁵. Ces méthodologies ont servi ultérieurement de référence au régulateur français tenus de se prononcer sur le cabotage ferroviaire. A ce titre, il a admis la mise en œuvre du service international de transport ferroviaire par l'entreprise Thello, entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille¹⁵⁸⁶ pour les horaires de service 2014 à 2016.

639. **Le test EEQ en Europe.** Selon un rapport de l'IRG-Rail daté du 1^{er} mars 2017, treize régulateurs ferroviaires européens avaient la possibilité « *de mettre en œuvre le test de l'équilibre économique pour limiter l'exploitation des services ferroviaires internationaux de voyageurs* »¹⁵⁸⁷, à savoir notamment l'Autriche, la Bulgarie, la Hongrie, la Danemark, la France, la Finlande, la Lettonie, le Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, le Royaume-Uni¹⁵⁸⁸ alors qu'aucune limitation à ces services ne pouvait être opérée en Belgique, l'Estonie, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, la Lituanie, l'Espagne et enfin, la Suède¹⁵⁸⁹. Concernant les services nationaux, le rapport citait trois pays où une limitation était possible, à savoir en Bulgarie, en Pologne et au Royaume-Uni¹⁵⁹⁰. Aucune limitation des services nationaux n'était possible en Autriche, au Danemark, en Estonie, en Allemagne, en Italie, en Lettonie, en Lituanie, en Slovaquie et en Suède¹⁵⁹¹. En Allemagne, le régulateur Bundesnetzagentur (BNetzA) ne s'est pas réservé le droit de réaliser le test de l'équilibre économique, aucune

¹⁵⁸⁴ Site internet de l'ART.

¹⁵⁸⁵ Site internet de l'ART.

¹⁵⁸⁶ ARAF, Avis n°2013-013 du 9 juillet 2013 relatif au caractère international du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille, pp.5 ainsi que l'Avis n°2013-022 du 8 octobre 2013 relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, pp. 9.

¹⁵⁸⁷ IRG-Rail, « Fifth Annual Market Monitoring Report », 1 March 2017, pp.102.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ *Ibid.*

limitation des services en open access, internationaux ou nationaux, n'étant, à l'heure prévue¹⁵⁹². En Roumanie et au Royaume-Uni, une méthodologie et une procédure du test existent.

640. **Le test EEQ et sa procédure en droit roumain.** De manière similaire, en Roumanie, la problématique du test de l'équilibre économique s'est déroulée dans le contexte des réflexions sur l'exploitation des services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs (cabotage international) issue des dispositions du règlement d'exécution (UE) n°869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs¹⁵⁹³. Ce règlement propose une procédure du test économique afin de garantir que l'introduction des services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs comportant des arrêts intermédiaires à l'intérieur d'un État membre n'affecte pas l'organisation et le financement des services ferroviaires objets des contrats de service public. Il sera abrogé à partir du 12 décembre 2020 par le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique¹⁵⁹⁴. S'agissant de la procédure, en application du Règlement relatif aux nouveaux services ferroviaires pour les voyageurs du 7 mars 2017 (*Regulamentul privind noi servicii feroviare pentru calatori din 7 martie 2017*)¹⁵⁹⁵, pris sur le fondement de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen¹⁵⁹⁶, l'entreprise ferroviaire souhaitant mettre en œuvre un nouveau service international de transport ferroviaire de voyageurs doit notifier son intention au Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire. A l'instar du droit européen, le droit roumain liste les

¹⁵⁹² IRG-Rail, « Fifth Annual Market Monitoring Report », 1 March 2017, pp.102, précité; voir aussi Annexe I-Implementation of Economic equilibrium test in EU, IRG-Rail, « Guidance on methodology and criteria for assessment of new international passenger services – How to assess whether the economic equilibrium of public service contracts is compromised », 28/29 November 2011, pp. 18.

¹⁵⁹³ Règl.d'exécution (UE) n°869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs, *JOUE*, n° 239/1 du 12 août 2014.

¹⁵⁹⁴ Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique, *JOUE*, n° L 294/5 du 21 novembre 2018.

¹⁵⁹⁵ Le Règlement relatif aux nouveaux services ferroviaires pour les voyageurs du 7 mars 2017 publié au Journal officiel de la Roumanie le 11 avril 2017 (*Regulamentul privind noi servicii feroviare pentru calatori din 7 martie 2017*) a pour objet : « d'adopter des mesures en vue de l'établissement de nouveaux services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs à accès libre et de relais intermédiaires destinés au transport de voyageurs effectuant des voyages internationaux en appliquant de manière uniforme et transparente les dispositions de la loi no. 202/2016 sur l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique », (*Traduction libre du roumain au français*).

¹⁵⁹⁶ Loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire unique européen publiée au Journal officiel de la Roumanie le 12 novembre 2016. Cette loi autorise dans son article 67 paragraphe 2 Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire (CNDSF, Consiliul de supraveghere din domeniul feroviare) à approuver des règlements (*regulamente*) et des instructions (*instructiuni*), qui seront par la suite, publiés dans le Journal officiel de la Roumanie et mis en œuvre sur l'ordre du Président du Conseil de la concurrence (*Consiliul Concurentei*). C'est ainsi que le régulateur roumain a adopté le Règlement relatif aux nouveaux services ferroviaires pour les voyageurs du 7 mars 2017.

mêmes entités pour la saisine de l'organisme de contrôle, à savoir : 1) l'autorité compétente ayant conclu le contrat de service public incluant un point de départ et d'arrivée du nouveau service proposé ; 2) toute autorité compétente qui peut limiter l'accès aux infrastructures¹⁵⁹⁷ ; 3) le gestionnaire d'infrastructure et dernièrement, 4) l'entreprise ferroviaire en charge de l'exécution du contrat de service public. A la réception de la demande d'une de ces entités, le Conseil national de surveillance du domaine ferroviaire déclenchera la procédure de réalisation du test de l'équilibre économique.

641. **Une méthodologie en deux temps en droit britannique.** A l'instar du cadre légal roumain, la référence à la procédure du test de l'équilibre économique s'est développée au sujet des transports ferroviaires internationaux de voyageurs dans la mesure où The Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations 2016 et The Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings (Amendment) Regulations 2019 ont transposé en droit interne le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique. Ainsi, nous dit l'article 5 paragraphe 7 du Part 2 Access to Railway Infrastructure and Services, le principe du droit d'accès d'une entreprise ferroviaire au réseau pour mettre en œuvre des services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs¹⁵⁹⁸ peut être limité lorsque ce droit d'accès compromet l'équilibre économique des contrats de service public¹⁵⁹⁹. Le régulateur britannique développe, deux évaluations de la demande d'exploitation en open access concomitante. Il s'agit de deux approches qui coexistent¹⁶⁰⁰. D'une part, le régulateur analyse la demande d'accès au réseau en open access (Existing track access regime) qui l'oblige à identifier les avantages apportés par l'open access en termes de diversité de l'offre de transport et de baisse des valeurs des franchises¹⁶⁰¹. D'autre

¹⁵⁹⁷ Par exemple, en application de l'article 11 de la loi n°202/2016, le Ministère des Transports.

¹⁵⁹⁸ Part 2 Access to Railway Infrastructure and Services, The Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations 2016, article 5 paragraphe 4: "(4) The access rights of a railway undertaking for the purpose of the operation of an international passenger service include the right to pick up passengers at any station located on the international route and set them down at another, including stations located in the same Member State », (Traduction libre de l'anglais au roumain).

¹⁵⁹⁹ Part 2 Access to Railway Infrastructure and Services, The Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations 2016, article 5 paragraphe 7: "The access rights granted under paragraph (4) must not be restricted except where the exercise of such rights would compromise the economic equilibrium of a public service contract.", (Traduction libre de l'anglais au roumain).

¹⁶⁰⁰ ORR, « Guidance on the Economic equilibrium Test », March 2019, pp. 26, précité.

¹⁶⁰¹ *Ibid.* Extrait : « *The EE Test does not replace this existing regime, but sits alongside it with a large degree of overlap especially in terms of consideration of the wider benefits associated with a new service. However, the EE Test requires us to explicitly consider the effect on the profitability of services operated under the PSC. This element is different, but linked, to our existing regime which focuses on the revenue gained by the new entrant and the source of that revenue.* », « *Le test de l'équilibre économique (TEE) ne remplace pas ce régime existant, mais*

part, il procède au test de l'équilibre économique, démarche qui oblige le régulateur de justifier l'impact du nouveau service sur la « *rentabilité des services exploités par l'entreprise ferroviaire en vertu du contrat public* »¹⁶⁰².

§2. L'appropriation du test d'équilibre économique par les régulateurs ferroviaires dans le contexte de la libéralisation des marchés ferroviaires nationaux

Prévu par la directive 2012/34/UE (A), le test d'équilibre économique a évolué sous l'influence du règlement (UE) 2018/1795 (B).

A. Les apports de la directive 2012/34/UE

642. L'application du test EEQ aux services ferroviaires nationaux en « open access ».

A l'instar de la directive 2007/58/CE qui avait porté la libéralisation des services ferroviaires internationaux¹⁶⁰³, l'article 11 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012¹⁶⁰⁴, modifiée par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016¹⁶⁰⁵ autorise une limitation du droit d'accès d'entreprises ferroviaires au réseau si à l'issue d'un test d'équilibre économique leur exercice est susceptible d'affecter l'équilibre économique d'un ou plusieurs contrats de service public¹⁶⁰⁶. La limitation du droit d'accès des opérateurs au réseaux s'explique par le fait que, malgré les bénéfices générés par l'exploitation des services en open access¹⁶⁰⁷, ces derniers ne portent sur les routes non viables, souvent exploités en régime de service public¹⁶⁰⁸, dont la pérennité doit être privilégiée. Enfin, la procédure et les critères employés dans l'analyse économique déployée par l'organisme de contrôle sont décrits au niveau européen par le

se chevauche largement, notamment en termes de prise en compte des avantages plus larges associés à un nouveau service. Toutefois, le test de l'équilibre économique (TEE) nous oblige à prendre en compte de manière explicite l'effet sur la rentabilité des services exploités dans le cadre du contrat d'OSP. Cet élément est différent, mais lié, à notre régime actuel, qui met l'accent sur les revenus gagnés par le nouvel entrant et la source de ces revenus.” (Traduction libre de l'anglais au français).

¹⁶⁰² Article 10 paragraphe 1a) du Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 DE LA COMMISSION du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique publié au Journal officiel de l'Union européenne le 21 novembre 2018, n° L 294/5

¹⁶⁰³ Dir. 2007/58/CE précitée.

¹⁶⁰⁴ Dir. 2012/34/UE précitée.

¹⁶⁰⁵ Dir.(UE) 2016/2370 précitée.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.* Article 11.

¹⁶⁰⁷ BROWN (D.), « Competition & Open Access: The economic equilibrium test », ORR, 29th June 2017, p.13. L'auteur cite, parmi les bénéfices de l'open access: l'ouverture de nouvelles routes, le développement du marché ferroviaire, l'élargissement de l'offre de transport au bénéfice des voyageurs, l'innovation dans le service, la diversité de la tarification, l'augmentation de l'efficacité opérationnelle des services ferroviaires, la meilleure utilisation du réseau.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre¹⁶⁰⁹. Ce règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres de l'Union européenne.

B. Les apports du règlement d'exécution (UE) 2018/1795

643. **La mise en œuvre d'une procédure et des critères de réalisation du test EEQ des services ferroviaires nationaux.** Le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique est essentiel dans la perspective de la mise en œuvre concrète et opérationnelle de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires intérieurs. Il abroge le règlement d'exécution (UE) N° 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs¹⁶¹⁰ avec effet au 12 décembre 2020 bien qu'il continue, toutefois, de s'appliquer aux notifications des candidats reçues après le 1^{er} janvier 2019¹⁶¹¹. Les régulateurs sectoriels nous l'avons vu, sont d'ores et déjà compétents pour le traitement des demandes d'exploitation des services ferroviaires en open access¹⁶¹², la décision étant fortement influencée par les potentialités de l'open access en termes d'avantages pour la concurrence. Or, leur approche doit être légèrement amendée, dans le sens du Règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique lorsqu'il s'agit de considérer l'impact des nouveaux services sur les services opérés dans le cadre d'un contrat de service public¹⁶¹³. Le test de l'équilibre économique mis en œuvre par le régulateur est, à l'évidence déclenché, uniquement dans cette deuxième hypothèse et non pas systématiquement pour toutes les demandes d'exploitation en open access.

644. **Consultation publique du règlement. Une rédaction perfectible.** Le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 a fait l'objet d'une consultation publique lancée par la Commission européenne dont les réponses de différents régulateurs européens n'ont traduit une validation unanime. A titre d'exemple, l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et les

¹⁶⁰⁹ Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 précité.

¹⁶¹⁰ Règl. d'exécution (UE) N° 869/2014 précité.

¹⁶¹¹ Uniquement lorsque celles-ci sont soumises suffisamment à l'avance pour permettre aux nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs de démarrer avant le 12 décembre 2020 ; cf. article 15 du Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 précité.

¹⁶¹² Partie 1 Titre I Chapitre 2.

¹⁶¹³ C'est notamment le cas de l'ORR, le régulateur britannique. Voir dans ce sens ORR, « Guidance on the Economic equilibrium Test », March 2019, pp. 26, p.3.

marchés¹⁶¹⁴soulignait, eu égard de la méthodologie du test économique, qu'il aurait été plus judicieux que le régulateur privilégie les critères financiers (quantitatifs) dans la mesure ou les aspects qualitatifs (le bénéfice net pour les clients, l'impact de la performance du réseau, l'utilisation de la capacité) étaient des critères moins transparents¹⁶¹⁵ et plus subjectifs. A l'instar de l'Autorité néerlandaise, le régulateur allemand, Bundesnetzagentur (BNetzA) demeurait hésitant par rapport à une provision du projet du règlement (article 9) permettant la mise en œuvre du test de l'équilibre économique d'un contrat de service public qui fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence¹⁶¹⁶. Contrairement au régulateur néerlandais, le Bundesnetzagentur (BNetzA) partageait l'approche large du règlement pour une méthodologie du test de l'équilibre économique qui incluait, outre les critères financiers, des critères qualitatifs.

645. Le contenu du test établi, il convient maintenant d'analyser le déroulement de la procédure mettant en œuvre le test EEQ (Section 2).

¹⁶¹⁴ Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), agence néerlandaise de réglementation chargée de « la mise en œuvre des marchés libres et régulés, du respect de la législation en vigueur (...) de la réglementation des marchés de l'énergie, des télécommunications, des transports et des postes afin de garantir l'accessibilité économique, la qualité, la continuité et l'accessibilité sur ces marchés » ; voir aussi Site internet de l'ACM.

¹⁶¹⁵ Extrait, Réponse de l'ACM à la Consultation publique lancée par la Commission européenne au regard du projet de règlement établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique : « *In the assessment ACM would prefer to see a primary focus on the financial (quantitative) criteria when carrying out an economic analysis. Qualitative aspects like the net benefit to customers, impact of network performance and capacity use (Article 10.5) are less transparent and create (legal) uncertainty. It is unclear how and to what extent these criteria should be taken into account. This position also applies to the obligation to assess 'possible competitive responses by the railway undertaking performing the PSC' in Article 10.3.* », (Traduction libre de l'anglais au français).

¹⁶¹⁶ Extrait, Réponse du Bundesnetzagentur (BNetzA) à la Consultation publique lancée par la Commission européenne au regard du projet de règlement établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique , « BNetzA émet des réserves, notamment en ce qui concerne la disposition relative au cas où une demande de test économique concerne un contrat de service public en cours d'adjudication. Dans sa rédaction actuelle, BNetzA estime que cela pourrait obliger l'organisme de réglementation à effectuer un test sur plusieurs scénarios hypothétiques mal définis. Cela pourrait aggraver les incertitudes à la fois du demandeur et de l'autorité compétente qui attribue le contrat de service public. », (Traduction libre de l'anglais au français) ; Réponse de l'ACM à la Consultation publique lancée par la Commission européenne au regard du projet de règlement établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique : « En ce qui concerne la disposition proposée relative à une demande d'EET relative à un contrat de service public en cours d'adjudication (article 9.6), ACM est hésitante. Cela pourrait obliger l'organisme de réglementation à tester différents scénarios théoriques peu clairs, créant ainsi une incertitude à la fois pour le nouveau fournisseur de services et pour l'opérateur de contrat de service public existant. », (Traduction libre de l'anglais au français).

SECTION 2. LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE DU TEST D'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC

Les opérateurs ferroviaires souhaitant mettre en œuvre de services ferroviaires librement organisés doivent notifier aux régulateurs leur intention à exploiter de tels services (§1). La directive 2012/34/UE autorise certaines entités qui considèrent que l'exploitation du service librement organisé met en péril l'équilibre économique d'un contrat public couvrant le même trajet proposé par l'opérateur ou un itinéraire de substitution de saisir le régulateur ferroviaire d'une demande de réalisation du test EEQ (§2).

§1. La notification du nouveau service ferroviaire proposé

Strictement prévue par le droit européen, la procédure de notification du service librement organisé a fait l'objet, à l'initiative de l'ART d'une consultation publique des acteurs ferroviaires (A). Son caractère perfectible soulevé par les participants à la consultation ressort principalement de la nature des informations devant être communiquées au régulateur au stade de la notification (B). Cela étant, la détermination exacte des critères du test EEQ est d'importance stratégique pour les opérateurs ferroviaires dans la mesure où de leur précision dépend la sécurité juridique des opérateurs (C).

646. **Une démarche de notification strictement encadré.** Le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établit à présent la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique. Toute entreprise ferroviaire souhaitant exploiter un nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs doit notifier son intention aux gestionnaires de l'infrastructure ainsi qu'aux organismes de contrôle¹⁶¹⁷. L'entreprise ferroviaire doit fournir des informations qui couvrent *a minima* les trois premières années de l'exploitation envisagée et si possible, et si possible, jusqu'au cinq premières années. Si l'organisme de contrôle considère que les informations communiquées par l'entreprise ne sont

¹⁶¹⁷ Article 4 du Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 précité. Les organismes de contrôle ont l'obligation, conformément au règlement d'exécution précité, d'élaborer et de publier sur leur site internet un formulaire de notification type qui doit faire apparaître un nombre limité d'informations telles que le nom du demandeur, l'adresse, l'entité juridique, les coordonnées d'une personne chargée de répondre aux questions, des données relatives à la licence et au certificat de sécurité du candidat, le trajet du service ferroviaire envisagé (localisation des gares de départ et d'arrivée et les arrêts intermédiaires), l'horaire indicatif, la fréquence etc.

pas complètes, il peut demander à ce dernier de les compléter dans un délai maximal de dix jours ouvrables.

A. L'adoption des lignes directrices par l'ART à la suite d'une consultation publique des acteurs du ferroviaire

647. Souhaitait obtenir l'avis des acteurs du secteurs sur les modalités selon lesquelles il entendait mettre en œuvre les procédures relatives à la notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et de réalisation du test d'équilibre économique, le régulateur français a lancé une consultation publique du 15 au 31 mai 2019¹⁶¹⁸ à la suite de laquelle des lignes directrices applicables à la notification de ces services ont été adoptées¹⁶¹⁹. Plusieurs acteurs du secteur ferroviaire ont répondu à la consultation lancée par l'Autorité parmi lesquels nous rappelons l'entreprise Thello, SNCF Réseau, Régions de France, ou bien l'Union des Transporteurs Publics et Ferroviaires (UTP).

B. Le manque de cohérence des acteurs sur la liste d'informations à notifier au régulateur

648. L'Autorité souhaitait connaître la position des acteurs du secteurs sur la liste d'informations qui devaient lui être communiquées dans le cadre de la procédure de notification, leur avis sur la période de trois à cinq ans, sur les critères utilisés par le régulateur pour apprécier le caractère substantiel d'une modification d'un service faisant l'objet d'un contrat de service public etc. L'ART a arrêté ainsi la liste non limitative des informations qu'elle peut demander aux parties dans le cadre du processus de notification¹⁶²⁰. Les informations définies dans cette liste sont ainsi les résultats des différentes observations des acteurs ferroviaires dans le cadre de la consultation lancée par l'ART.

649. **La position désengageante du gestionnaire d'infrastructure.** Le gestionnaire d'infrastructure, SNCF Réseau a invoqué sur les difficultés à communiquer au régulateur le nombre des sillons utilisés dans la mesure où cette information est indisponible avant la définition de l'horaire de service (voire même après, nous dit le gestionnaire, car les demandes

¹⁶¹⁸ ARAFER, Consultation publique. Notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et réalisation du test d'équilibre économique, 16 mai 2019, pp. 28.

¹⁶¹⁹ ARAFER, Décision 2019-032 du 6 juin 2019 portant adoption des lignes directrices relatives à la notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et à la mise en œuvre du test d'équilibre économique, pp .26.

¹⁶²⁰ Voir par exemple, *Annexe 4 de la Décision n° 2019-032 du 6 juin 2019*.

capacitaires peuvent évoluer y compris après la construction de l'horaire de service). Il a réitéré le caractère désengageant des informations qu'il pourra communiquer à l'Autorité. Il s'était exprimé ainsi : « *Au regard de ce qui précède, SNCF souligne que les informations qu'il transmettra ne pourront être considérées comme engageantes* »¹⁶²¹ après avoir souligné, en ce qui concerne l'analyse de l'incidence potentielle du nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs sur les performances et la résilience du réseau, que « *pour de raisons de tempos ou de disponibilité des ressources (il ne pourra pas) procéder à la réalisation d'études détaillées* »¹⁶²². Cette prise de position du gestionnaire d'infrastructure fragilise la capacité du régulateur à obtenir les informations demandées et risque de produire un déséquilibre des acteurs dans la production des données, s'il n'y a pas le même degré de respectabilité et de teneur des tous les entités concernées dans la production de ces données. Enfin, la position du gestionnaire qui admet l'impossibilité de réaliser des études approfondies sur l'incidence potentielle du nouveau service ferroviaire sur la performance et la résilience du réseau risque de décrédibiliser, du point de vue des opérateurs de ces services, le processus entier de mise en œuvre du test d'équilibre économique¹⁶²³. En effet, à défaut d'un niveau de sécurité juridique optimale, les opérateurs des SLO pourront être dissuadés à proposer de tels services.

650. Le caractère inconnu de certaines informations à notifier. Toujours sur le terrain des informations communiquées à l'Autorité, l'entreprise Thello avait mis en avant le caractère incertain ou inconnu, au moment de la notification, des informations relatives aux horaires et temps de parcours du service projeté dans la mesure où « *les variations entre les sillons demandés et ceux obtenus à la construction de l'horaire de service sont pourtant fréquentes et d'amplitude variable* »¹⁶²⁴.

651. Le caractère trop exhaustif de la liste dénoncé par l'UTP. Si des parties consultées avaient considéré que les informations demandées par l'Autorité s'alignaient aux spécifications du règlement d'exécution, l'UTP était davantage en faveur de la liste limitativement prévue par

¹⁶²¹ ARAFER, « Synthèse de la consultation publique. Projet de décision portant adoption des lignes directrices relatives à la notification d'un nouveau service librement organisé de transport ferroviaire de voyageurs et à la mise en œuvre du test d'équilibre économique », pp. 13.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ C'est ainsi que l'entreprise Thello mettait en avant : « *l'importante nécessité de s'assurer de la sincérité des données et des méthodes de calcul utilisées par les parties à la procédure qui servent de base à la réalisation du test par l'Autorité* ».

¹⁶²⁴ *Ibid.* Dans ce contexte, l'entreprise Thello demandait pertinemment « *comment garantir la sécurité juridique à ce nouveau service (qui, sur la base des informations notifiées, aurait pu de surcroît ne pas être soumis au test / aurait été accordé ou aurait été modifié en conséquence d'une décision de l'Autorité) si les sillons obtenus ex post et trois mois avant le démarrage de l'horaire de service venaient à différer de ceux projetés ?* »

l'article 2 paragraphe 2 dudit règlement. Plus spécifiquement, l'UTP rejetait la pertinence des informations indicatives sur le matériel roulant à communiquer au stade de la notification par l'opérateur ferroviaire au régulateur.

652. S'agissant des critères que l'Autorité prend en considération pour déterminer si le nouveau service librement organiser modifierait substantiellement l'équilibre économique d'un contrat de service public, l'opérateur Thello rappelait le besoin des critères « clairement arrêtés de sorte à apporter une sécurité juridique aux opérateurs de SLO ». Par ailleurs, le règlement d'exécution prévoyait la possibilité à l'Autorité de fixer des seuils de variation des fréquences et du nombre d'arrêts à partir desquels une modification de service existante pourrait être considérée comme substantielle. En effet, la fixation des seuils aurait eu pour avantage de générer plus de sécurité au bénéfice des opérateurs de SLO. Si l'UTP était favorable à l'insertion des seuils, l'association Régions de France considérait que ceux-ci auraient pour conséquent la réduction du champ de la définition « d'un nouveau service ».

653. Il en résulte ainsi, à la lumière de l'analyse des observations des différentes entités, que l'enjeu principal lors de l'établissement de procédure du test d'équilibre consistait dans la possibilité du régulateur de récupérer un ensemble d'informations clés afin de déployer son analyse tout en conciliant le respect du secret d'affaires et en garantissant un niveau de sécurité juridique optimale pour les opérateurs des SLO. Toutefois, l'établissement de la liste des informations à communiquer n'a pas été une affaire simple dans la mesure où certaines informations n'étaient pas facilement disponibles du fait même du processus de construction de l'horaire de service et de répartition de sillons. Mais l'Autorité a défini la procédure du test d'équilibre, les informations à communiquer, les critères et la méthodologie à suivre dans ses lignes directrices. Conséquence de l'adoption de la décision du 7 juin 2019, la décision n°2013-004 du 27 février 2013 relative aux services de transport international de voyageurs sera abrogée au 12 décembre 2020.

654. L'organisme de contrôle devra apprécier ainsi le caractère nouveau du service librement organisé en conformité avec l'article 3 du règlement d'exécution (UE) 2018/1795. En effet, celui-ci devra vérifier si une proposition de modification du service faisant l'objet du contrat de service public est une modification substantielle. En France, l'Autorité de régulation des transports a indiqué qu'elle évaluera le caractère substantiel d'une modification de service existant « en premier lieu au regard de l'augmentation des fréquences, du nombre d'arrêts ou

du nombre d'arrêts non desservis auparavant »¹⁶²⁵. Ces critères ne sont pas limitatifs et le régulateur français peut prendre en compte d'autres types de modifications, comme par exemple, les modifications d'horaires, de fréquence etc.

655. A la suite de l'analyse du nouveau service par l'organisme de contrôle, celui-ci peut soit considérer que le service en question n'est pas nouveau (une décision sera publiée dans ce sens dans un délai de dix jours) soit il considérera que le service ferroviaire notifié est effectivement un nouveau service, et dans ce deuxième scénario, communiquera le formulaire de notification aux autorités de transport ayant attribué le contrat de service public, aux entreprises ferroviaires en charge du contrat de service public ainsi qu'au(x) questionnaire(s) d'infrastructure.

§2. La demande de test de l'équilibre économique

La mise en œuvre du test d'équilibre économique suppose la vérification des critères précis comme l'existence d'un contrat de service public et la substituabilité entre le service conventionné et le SLO (A). A la suite de ce test, le régulateur doit se positionner sur la teneur du droit d'accès de l'opérateur opérant le SLO (B).

A. Le contenu du test de l'équilibre économique

656. Conformément à l'article 11 paragraphe 2 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012¹⁶²⁶, telle que modifiée par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016¹⁶²⁷, l'autorité ou les autorités compétentes ayant attribué le contrat de service public, toute autre autorité compétente concernée qui aurait le droit de limiter l'accès, le gestionnaire de l'infrastructure, ou enfin l'entreprise ferroviaire, titulaire du contrat de service public peuvent saisir les régulateurs d'une demande de réalisation du test de l'équilibre économique. Ces derniers disposent d'un délai d'un mois pour statuer sur leur demande à compter de la réception de la notification du candidat d'effectuer un nouveau service ferroviaire de transport.

657. L'entité demandant le test de l'équilibre économique, doit, en vertu de l'article 7 du règlement (UE) 2018/1795 communiquer à l'organisme de control outre les détails la

¹⁶²⁵ ARAFER, Décision 2019-032 du 6 juin 2019 portant adoption des lignes directrices relatives à la notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et à la mise en œuvre du test d'équilibre économique, pp .26, précitée.

¹⁶²⁶Dir. 2012/34/UE précitée.

¹⁶²⁷ Dir. (UE) 2016/2370 précitée.

concernant (nom, adresse, entité juridique, coordonnées de la personne chargée de répondre aux questions) les informations « démontrant que le nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs risque de compromettre l'équilibre économique du contrat » ainsi que, dans le cas de l'autorité compétente ou l'entreprise ferroviaire exécutant le contrat de service public, la copie de ce dernier. A l'instar du dialogue mis en place à l'initiative de l'organisme de contrôle dans le cadre de la procédure de notification de nouveaux services, l'organisme de contrôle peut solliciter des informations complémentaires selon des listes différenciées en fonction de l'entité ayant sollicité le test de l'équilibre économique¹⁶²⁸. Il convient de préciser que l'organisme de contrôle est soumis, conformément à l'article 8 du règlement précité à une obligation de confidentialité, sauf pour ce qui concerne les informations inscrites dans le formulaire de notification, qui n'ont pas le caractère d'informations commercialement sensibles.

658. Le règlement donne une compétence décisive à l'organisme de contrôle à apprécier unilatéralement s'il faut accorder la non-divulgence des informations sollicitées par les entités ayant réclamé le test de l'équilibre économique. En effet, si l'organisme de contrôle refuse d'accepter la non-divulgence, il doit l'indiquer dans une décision justifiée et communiquée par écrit à l'intéressé aux plus deux semaines avant la communication du résultat du test. Enfin, si la décision de l'organisme de contrôle sur la confidentialité fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, celui-ci est tenu au respect de la confidentialité durant la procédure.

659. Le contenu du test de l'équilibre économique tel que fixé par le règlement de 2018 est fortement inspiré par celui défini dans le règlement de 2014. Mais quel est le niveau d'appropriation de cette notion ? S'agit-il d'un contenu identique du test de l'équilibre économiques ou est-ce que le règlement de 2018 propose -t-il des inflexions justifiées éventuellement par la nature même des services ferroviaires domestiques ?

660. L'existence d'un contrat de service public, une condition préalable à la réalisation du test d'équilibre économique. Du point de vue du champ d'application du test d'équilibre

¹⁶²⁸ Par exemple, en application de l'article 7 du Règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique, *JOUE*, ° L 294/5 du 21 novembre 2018, n, l'organisme de contrôle peut solliciter à l'entreprise ferroviaire exécutant le contrat de service public de lui adresser : la copie du contrat de service public si pas fait antérieurement, le plan d'exploitation de l'entreprise concernée pour l'itinéraire couvert par le contrat de service public, des prévisions pertinentes concernant le trafic, la demande et les recettes, y compris la méthode de prévision concernant le trafic, la demande et les recettes, la méthode de provision, des informations sur les horaires de service, des estimations sur l'élasticité des services etc.

économique, l'entité requérante qui le demande doit justifier, dès la saisine de l'organisme de contrôle, l'existence d'un contrat de service public qui couvrirait soit le même trajet proposé par l'opérateur ferroviaire souhaitant mettre en œuvre un SLO, soit un itinéraire de substitution, tel que défini par la directive 2012/34/UE.

661. En France, l'Autorité de régulation des transports rappelle que, dans le respect des articles 38 paragraphe 4 de la directive 2012/34/UE modifiée et de l'article L.2133-1 du Code des transports, le contrat de service public doit être existant, c'est-à-dire attribué et en cours d'exécution au moment de la notification par le candidat de son intention d'exploiter un nouveau service¹⁶²⁹. Par ailleurs, le contrat de service public en cours d'exécution à la date de notification du nouveau service doit être également en vigueur lors de la mise en circulation du nouveau service envisagé. Enfin, une demande de test d'équilibre économique peut être faite auprès de l'organisme de contrôle au regard d'un contrat de service public qui fait l'objet, à la date de notification par le candidat, d'une procédure de mise en concurrence tant que la date limite pour soumettre des offres à l'autorité organisatrice de transport ait expiré. C'est au regard de ces dispositions, que le régulateur français a rejeté la demande de test d'équilibre économique formulée par l'État concernant l'exploitation d'un SLO de transport ferroviaire entre Paris et Toulouse notifié par la société Flixbus¹⁶³⁰.

¹⁶²⁹ ARAFER, Décision n°2019-076 du 7 novembre 2019 relative à une demande de test d'équilibre économique formulée par l'État concernant l'exploitation d'un nouveau service librement organisé de transport ferroviaire entre Paris et Toulouse notifié par la société Flixbus, pp.4.

¹⁶³⁰ Dans cette affaire, la société Flixbus souhaitait mettre en œuvre un SLO entre Paris et Toulouse à compter du 1^{er} janvier 2021. Or, le contrat de service public conclu entre l'État et SNCF Mobilités concernant l'exploitation des TET est toujours en vigueur au moment de la notification (il expirera le 31 décembre 2020), mais il ne sera plus en vigueur au moment de la mise en service du SLO envisagé par la société Flixbus. Par ailleurs, le contenu de la nouvelle convention d'exploitation des TET applicable à partir de l'année 2021 n'est pas connu et il ne fait non plus l'objet d'une procédure de mise en concurrence. Par conséquent, il a été décidé « Que l'Autorité ne peut procéder à l'évaluation de l'atteinte que le nouveau service envisagé par la société Flixbus n° SFLO 2019-006 serait en mesure de porter, à compter du 1^{er} janvier 2021, à la convention relative aux trains d'équilibre du territoire pour la période 2016-2020, celle-ci expirant le 31 décembre 2020. Elle n'est pas davantage en mesure d'apprécier l'impact du nouveau service envisagé sur la future convention relative aux trains d'équilibre du territoire pour une application à compter du 1^{er} janvier 2021, celle-ci n'ayant fait l'objet d'aucune procédure de mise en concurrence au sens de l'article 5, paragraphe 2, du règlement d'exécution susvisé et n'étant, en tout état de cause, pas en cours d'exécution au moment de la notification, par la société Flixbus, de son intention d'exploiter un nouveau service. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu, pour l'Autorité, de procéder à la réalisation d'un test d'équilibre économique. » Outre le SLO de transport ferroviaire envisagé entre Paris et Toulouse, la société Flixbus a notifié le régulateur de son intention de mettre en exploitation des SLO ferroviaires entre Paris et Nice (aucune saisine du régulateur, délai de saisine expiré), entre Paris et Bordeaux (aucune saisine du régulateur, délai de saisine expiré), entre Paris et Lyon (saisines par les régions Bourgogne-Franche-Comté et Auvergne-Rhône Alpes le 17 juillet 2019) et enfin, entre Paris/Saint-Quentin/Bruxelles (saisine par la région Hauts-de France le 17 juillet 2019).

662. L'opérateur Thello a lui aussi manifesté sa volonté d'exploiter un SLO de transport ferroviaire entre Paris et Milan (aucune saisine, délai de saisine expiré).

663. Outre quelques changements de nature terminologique, et un texte plus extensif, le contenu du test de l'équilibre économique est légèrement amendé par rapport à celui dans la version antérieure. En effet, l'article 10 du règlement 2018/1795 propose une approche plus large que son prédécesseur conférant la possibilité à l'organisme de control d'initier le test de l'équilibre économique du seul fait que le nouveau service de transport ferroviaire serait « de nature à compromettre » l'équilibre économique d'un contrat de service public. Le risque de l'atteinte à l'équilibre économique est jugé suffisant pour autoriser une entité à réclamer à l'organisme de control la mise en œuvre du test de l'équilibre économique. Pour éviter l'arbitraire de l'organisme de control dans la mise en œuvre de cette évaluation, le règlement indique clairement que celle-ci fait référence au contrat de service public en général, et non pas aux différents services exploités en vertu de celui-ci. L'organisme de control doit ainsi prendre en considération le contrat pris dans sa globalité et sur l'ensemble de sa durée. Il peut user des seuils et critères spécifiques, mais sans faire en sorte que sa décision soit fondée uniquement sur ceux-ci, de manière isolée par rapport à d'autres critères.

664. **Analyse de la substituabilité entre le service conventionné et le service librement organisé.** La substituabilité entre ces deux services dépend d'un ensemble des critères. En France, il apparaît dans ses lignes directrices, que le régulateur sectoriel prend en considération des critères « dont l'importance varie selon les types de clientèles »¹⁶³¹ (occasionnelle ou régulière). Ainsi, la comparaison entre les deux services portera par exemple sur les temps de parcours proposés, les horaires, les fréquences journalières et hebdomadaires de chacun des services, le nombre et la proximité des arrêts, le nombre de correspondances. Enfin, l'Autorité peut aussi prendre en compte les tarifs projetés pour les nouveaux services ainsi que l'existence d'une billettique intégrée¹⁶³². A la suite de cette analyse, soit l'Autorité estimera que les services sont non substituables et dans ce cas l'opérateur de SLO ferroviaire est libre d'organiser son service, soit, à l'inverse, les services sont comparables et, dans cette hypothèse, l'Autorité devra procéder à une évaluation de l'incidence financière du SLO ferroviaire sur le contrat de service public.

¹⁶³¹ ARAFER, Décision 2019-032 du 6 juin 2019 portant adoption des lignes directrices relatives à la notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et à la mise en œuvre du test d'équilibre économique, pp .26, précitée.

¹⁶³² *Ibid.*

665. **Analyse de l'incidence financière.** Le contenu du test de l'équilibre économique est essentiellement de nature économique. Remplaçant la notion d' « impact négatif » utilisée dans le règlement antérieur par celle d' « incidence négative », le nouveau règlement indique que l' « *équilibre économique est compromis lorsque le nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs a une incidence négative considérable sur au moins l'un des éléments suivants : a) la rentabilité des services exploités par l'entreprise ferroviaire en vertu du contrat de service public; b) le coût net pour autorité compétente qui attribue le contrat de service public* »¹⁶³³. Il en résulte ainsi que la nouvelle version conserve les mêmes conditions alternatives de l'atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public. L'incidence négative considérable à déterminer par l'organisme de contrôle est principalement une incidence financière (nette) fondée sur une analyse des coûts et des recettes de l'exploitation des services couverts par le contrat de service public après l'arrivée sur le marché du nouveau service ferroviaire. Toutes ces dispositions visent à s'assurer que l'analyse *in concreto* déployée par l'organisme de contrôle est inclusive, extensive et objectivement mesurable¹⁶³⁴.

666. Si dans le règlement d'exécution (UE) n°869/2014 deux articles, respectivement article 13 et article 14 sont consacrés au contenu du test de l'équilibre économique et aux critères d'évaluation de celui-ci, le règlement (UE) 2018/1795 réunit sous l'égide de l'article 10 ces informations. Cela a pour effet, à notre sens, de consolider la cohérence de la méthodologie d'évaluation de l'équilibre économique qui se déroule selon deux phases successives et de la rendre plus lisible et plus transparente. D'abord, l'organisme de contrôle met en place une analyse financière quantitative centrée autour des notions de rentabilité des services exploités dans le contrat de service public et des coûts nets pour l'autorité attributaire ainsi que le montant de la compensation au profit de l'entreprise ferroviaire titulaire du contrat. Si à la suite de cette analyse financière *in concreto*, l'impact du nouveau service ferroviaire est considérablement négatif, une conclusion provisoire pourrait se dégager selon laquelle l'équilibre économique du contrat de service public serait perturbé.

667. Il faudrait ainsi procéder à la deuxième étape de la méthodologie d'évaluation du régulateur qui est celle de l'accompagnement de l'approche essentiellement financière par une analyse plus qualitative de la part de l'organisme de contrôle. Ce dernier prendra en considération d'autres critères complémentaires, comme par exemple, les bénéfices nets pour

¹⁶³³ Article 10 paragraphe 1 du Règl. d'exécution (UE) 2018/1795 précité.

¹⁶³⁴ *Ibid.* Article 10 paragraphe 3a) à e).

les clients à court et moyen termes issus de l'exploitation d'un nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs ou encore les incidences de ce nouveau service sur les performances et la qualité de service ferroviaire¹⁶³⁵. La possibilité de limiter la portée du contrat de service notamment en cas d'échéance au moment de l'évaluation économique, critère présent dans le règlement (UE) 869/2014 n'est pas repris par le règlement du 2018. Le règlement n'indique pas expressément la pondération des critères quantitatifs et qualitatifs dans l'évaluation de l'équilibre économique. Par ailleurs, l'utilisation de l'adverbe « *également* » dans l'article 10 paragraphe 5 « *L'organisme de contrôle évalue également* » suivi par une liste limitative des éléments qualitatifs pourrait suggérer une pondération à valeur égale entre les critères quantitatifs et ceux qualitatifs. Il n'est pas exclu toutefois que s'agissant de la détermination de l'équilibre économique du contrat de service public et dans la mesure où la première étape de la méthodologie est fortement imprégnée par des valences économiques, que, du moins dans l'esprit de l'article 10 du règlement (UE) 2018/1795 les critères économiques priment.

B. Le résultat

668. En application de l'article 11 paragraphe 2 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012¹⁶³⁶, telle que modifiée par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016, l'organisme de contrôle prendra une décision à la suite du test de l'équilibre économique. Cette décision consistera dans l'acceptation du droit d'accès de l'entreprise ferroviaire au réseau et de la mise en œuvre de l'exploitation du nouveau service ferroviaire de transport de voyageurs ou encore d'une décision de refus. Il pourra aussi s'agir d'une décision d'acceptation du droit d'accès de l'entreprise assortie de certaines modifications (modification de la fréquence par exemple, des sillons, des arrêts, des horaires etc.) ou de certaines conditions. L'organisme de contrôle doit motiver sa décision ainsi qu'indiquer les conditions dans lesquelles l'autorité/les autorités compétentes concernées, le gestionnaire de l'infrastructure, l'entreprise ferroviaire en charge d'exécution du contrat de service public, l'entreprise proposant un nouveau service ferroviaire peuvent demander le re examen de la décision de l'organisme de contrôle dans un délai d'un mois depuis sa notification.

¹⁶³⁵*Ibid.* Article 10 paragraphe 5.

¹⁶³⁶Dir. 2012/34/UE précitée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

669. Conçue dans le contexte de la libéralisation des transports ferroviaires internationaux de voyageurs et en accompagnement d'un test d'objet principal, la procédure de contrôle de l'équilibre économique de contrats de service public donne lieu à une analyse économique des régulateurs relativement souple. La procédure relève pour l'essentiel du règlement (UE) 2018/1795 dont la rédaction demeure largement perfectible en incluant par exemple, une meilleure articulation des critères quantitatifs et qualitatifs dans la méthodologie du test économique, ou en clarifiant davantage les conséquences d'une notification incomplète des services librement organisés auprès des régulateurs¹⁶³⁷.

670. Si prévus par le droit européen, le test EEQ et sa procédure ne sont pas présents à l'unanimité au sein des États membres de l'Union. Envisagé en France, au Royaume-Uni et en Roumanie, le test EEQ n'est pas mis en œuvre par le régulateur Bundesnetzagentur ni en ce qui concerne, les services en *open access*, ni les services internationaux ni enfin, les services nationaux. De ce point de vue, le régulateur allemand a un rôle plus faible que ses homologues étrangers.

671. Le positionnement différent des régulateurs sur la mise en œuvre du test EEQ génère un traitement différencié des opérateurs ferroviaires dans la mesure où dans certains pays ils sont soumis à une limitation de leur droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire alors que dans d'autres, non. Ce côté ambivalent du test est préjudiciable pour les nouveaux entrants. Des marchés ferroviaires nationaux pourront apparaître comme davantage favorables à l'accueil des services commerciaux (Allemagne) justifiant ainsi une dynamique concurrentielle renforcée par la présence des opérateurs longue distance alors que d'autres pourraient favoriser plutôt l'émergence des services conventionnés. La vision protectionniste des services conventionnés pénalisante pour les opérateurs longue distance, peut engendrer des conséquences contradictoires. D'une part, elle pourrait présenter un effet positif lorsqu'elle est supposée assurer la pérennité des services publics de transport ferroviaire au bénéfice de voyageurs et de l'aménagement des territoires. D'autre part, elle pourrait susciter un effet négatif en termes de limitation de l'offre de transport dû à la seule articulation des services conventionnés et à l'absence des correspondances assurances par les opérateurs longue distance généralement via

¹⁶³⁷ DESTAILLEUR (T.), « Un pas de plus vers la fragilisation des contrats de service public en matière ferroviaire », *SJCP*, n°30-34, 27 juillet 2020, 2225.

des TGV et des temps de parcours plus courts. La satisfaction des voyageurs ferroviaires dépend au fond, entre autres, de la coexistence des services ferroviaires. En définitif ce qui comptera dans le maintien de la complémentarité équilibrée des services ferroviaires c'est le degré de limitation des services commerciaux que les régulateurs entendront mettre en place. Si le régulateur britannique se montre favorable à une limitation de l'open access au bénéfice des franchises ferroviaires, les premières décisions de l'ART semblent s'opposer « *à la protection des contrats de services public ferroviaires au profit de l'ouverture à la concurrence des services dits open access* »¹⁶³⁸. Il conviendra ainsi de surveiller la notification des services ferroviaires librement organisés pour noter si cette pratique décisionnelle du régulateur français est pour l'heure circonstancielle ou si elle reflète une prise de position.

¹⁶³⁸ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE III

672. La présence de régulateurs indépendants et forts est indispensable sur un marché ferroviaire concurrentiel. L'une des conditions de réussite du passage du monopole ferroviaire à un système concurrentiel consiste dans l'action d'un régulateur qui puisse garantir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, l'accès au réseau et aux facilités essentielles. Transdev non seulement réclame la présence d'un régulateur fort, mais critique aussi le caractère trop souple du régulateur allemand. En France, l'ART assume une responsabilité forte dans l'accompagnement du secteur pendant le processus d'ouverture à la concurrence. En Suède, si le régulateur s'est initialement concentré sur la dissociation des activités et la préservation d'une certaine stabilité financière, il a pris des mesures graduelles pour permettre l'émergence progressive d'un marché dérégulé au fur et à mesure que le processus concurrentiel fut davantage rodé¹⁶³⁹. Au Royaume-Uni, le régulateur joue également un rôle clé sur le marché en effectuant, à l'instar de l'ART, un contrôle de l'équilibre économiques de franchises tout en admettant qu'il « *reste encore un potentiel pour plus d'open access* »¹⁶⁴⁰.

673. Enfin, outre l'hyperspécialisation qui caractérise les procédures des régulateurs sectoriels, il convient de souligner que la tendance à leur attribuer une pluralité de missions, incluant plusieurs modes de transports à l'image de l'ART en France. De manière analogue, certains régulateurs ont intégré des compétences en matière de sécurité ferroviaire comme le régulateur suédois et l'ORR. D'autres se sont positionnés comme des régulateurs de l'ensemble des industries de réseaux comme le régulateur allemand.

¹⁶³⁹ ANDRESSON (M.), Autorité de régulation des transports en Suède, propos lancés au colloque « Concurrence et régulation : quelles perspectives pour le transport ferroviaire », le 30 juin 2017.

¹⁶⁴⁰ BROWN (D.), ORR, propos lancés au colloque « Concurrence et régulation : quelles perspectives pour le transport ferroviaire », le 30 juin 2017.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

674. Le succès du processus concurrentiel dans le secteur ferroviaire dépend de l'existence des stratégies claires, à la fois des autorités organisatrices de transport qui posent les jalons du cadre concurrentiel mais aussi des opérateurs ferroviaires eux-mêmes dont les choix stratégiques impactent la croissance de l'offre (en volume et en diversité), la physionomie structurelle des marchés, le degré de coexistence des services publics avec ceux commerciaux, le montant des subventions publiques, la productivité et la compétitivité. Alors que des régions françaises ont fait connaître leurs intentions d'ouvrir à la concurrence leurs réseaux et ont lancé des appels à manifestation d'intérêts et leurs premiers appels d'offres pour les lignes TER, les opérateurs ferroviaires se sont positionnés sur le marché. La stratégie de Transdev est de privilégier le positionnement sur le marché conventionné. L'appropriation des règles de sécurité et leur consolidation via un CFF font partie de sa stratégie de renforcement de son expertise ferroviaire et de la préparation aux procédures d'appels offres françaises.

675. En outre, le cadre légal français qui permet une gestion directe et indirecte des services régionaux est bien accueilli par Transdev. Ces outils (concession, SPL, PPP) complémentaires lui permettront de gérer ou d'être associé à la gestion des réseaux régionaux. Sa stratégie de positionnement sur un mode de gestion dépendra ainsi des de l'étendue du rôle qu'il devra assumer, des contributions financières, des partages de responsabilités etc. Le rôle de chef de file de l'intermodalité des régions consolidé par la loi d'orientation des mobilités adoptée en 2019 autorise celles-ci à gérer des infrastructures des petites lignes ferroviaires. Le positionnement des régions sur les futures conventions pourrait varier d'une région à l'autre commençant par une attitude autoritaire d'imposition d'un projet de contrat (éventuellement modifiable selon les observations des exploitants durant les phases de négociation) ou bien dans un esprit plus partenarial de co-rédaction du contrat avec l'exploitant. Les opérateurs devront ainsi moduler leur position selon la situation donnée. Il en résulte ainsi qu'il n'existe pas une stratégie prédéfinie, des opérateurs ferroviaires pour accéder aux marchés, mais des stratégies (au pluriel) qui devront refléter leur capacité d'adaptabilité aux besoins et contraintes de chaque région. Pour cela, le propos de la Professeure Bergantino selon laquelle « *competition is a process of learning by doing* »¹⁶⁴¹ prend tout le sens.

¹⁶⁴¹ BERGANTINO (Q.S.), Colloque «Good practices for Tendering of Conventional Rail Services», Strasbourg, 30-31 January 2017.

CONCLUSION GÉNÉRALE

676. S'inscrivant dans le cadre de l'harmonisation des règles applicables au réseau ferroviaire, la présente recherche doctorale confirme le caractère fabriqué¹⁶⁴², réfléchi, progressif du corpus des règles européennes et établissant la politique de l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de voyageurs. Mais elle révèle toutefois plusieurs éléments d'incohérence, susceptibles de limiter l'effectivité de l'ouverture concurrentielle. En effet, il apparaît que la Commission européenne a d'abord envisagé l'interopérabilité des réseaux, la gouvernance ferroviaire, le cadre tarifaire - aspects fonctionnels de la concurrence - avant d'obtenir un réel consensus parmi les pays européens sur le principe même d'ouverture du transport ferroviaire interne de voyageurs. Ce « défaut » chronologique fut-il une modalité de l'Union pour instrumentaliser l'harmonisation des normes afin d'ériger le principe de la politique concurrentielle dans le secteur ? Le rapprochement des législations apparaît désormais comme un pré requis et moins comme une conséquence de l'ouverture à la concurrence du secteur dans la mesure où la Commission européenne a d'abord posé les « règles du jeu » avant même de savoir *si et/ou quelles* seraient les parties prenantes disposées « à jouer ».

677. Si cette méthode fait débat, son issue interroge aussi. En effet, si la Commission européenne s'est concentrée sur les règles « de préparation » de la mise en œuvre du processus concurrentiel dans les transports ferroviaires de voyageurs, les hésitations avec lesquelles elle a admis le principe d'attribution concurrentielle des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs, assorti d'un nombre important d'exceptions interrogent. Comment

¹⁶⁴² Dans ce sens les propos du M. Le Prof. GRARD « L'espace ferroviaire unique européen : des réalités ou des chimères ? », p.337 dans RAPOPORT (C.), DE LA ROSA (S.), « *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?* », Bruylant, 2015 p.362. L'auteur poursuit indiquant : « *La concurrence n'est pas favorisée, elle est imposée du fait d'une démarche particulièrement volontariste de l'Union européenne qui peine, parallèlement, à mettre d'accord les vingt-huit États qui la composent sur la modalité par laquelle son projet se réalise* ».

interpréter ces actions, en substance, contradictoires ? Pourquoi faire entrer le principe concurrentiel par la porte, après tant d'années de travail d'édiction des normes exhaustives, techniques et opérationnelles seulement si c'est pour le faire sortir par la fenêtre via des exceptions imprécises et probablement sources d'important contentieux à l'avenir ? Cette méthode ambivalente de la Commission européenne traduit la difficulté de préserver un équilibre entre l'avancée de l'idée de l'espace ferroviaire unique européen et le dogme de la « nation ferroviaire »¹⁶⁴³.

678. Si l'espace ferroviaire unique européen est aujourd'hui une réalité économique et juridique, force est de constater qu'il demeure placé sous le signe d'une hétérogénéité et d'une harmonisation parcellaire, conséquence de l'admission par le droit européen d'un droit à l'autodétermination ferroviaire en matière de gouvernance du réseau. L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs, outil d'intégration ferroviaire, ne peut ainsi valablement constituer un palliatif au rapprochement partiel des législations nationales. Directement concernés par cette diversité de structuration de la régulation ferroviaire, génératrice à son tour d'une diversité des régimes juridiques au sein de l'Union, les opérateurs ferroviaires nouveaux entrants doivent montrer une proactivité dans la compréhension des principes et des règles des marchés ferroviaires (européen et nationaux). La maîtrise dynamique, et contextuelle des règles juridiques applicables aux marchés ferroviaires nationaux devrait leur permettre de connaître les environnements ferroviaires dans lesquels ils projettent de s'insérer, les contraintes juridiques opérationnelles et de réfléchir aux stratégies d'entrée sur les marchés. Cela étant, l'appropriation par les nouveaux entrants des règles régissant la concurrence ferroviaire à une double complexité à cause, d'une part, de la forte dimension nationale de ces règles due à la persistance des spécificités nationales dans le secteur et d'autres part, des mutations subies par le droit européen, lui-même en construction progressive.

679. Ce travail doctoral souligne que les nouveaux entrants sur les marchés des services de transport ferroviaires de voyageurs subissent d'importantes barrières à l'entrée et ce, malgré les tentatives d'harmonisation des législations nationales. Nous avons vu que les barrières d'accès n'affectent pas seulement la rentabilité des nouveaux entrants à cause des coûts irrécupérables qu'elles génèrent, mais influent aussi sur l'opportunité même d'entrer sur le marché. L'exemple

¹⁶⁴³ *Ibid.*

de l'opérateur FlixTrain qui a annoncé le report *sine die* du lancement de ses trains sur le réseau français en mode *open access* à cause des coûts des infrastructures en France, jugés trop élevés par rapport à d'autres marchés européens, témoigne d'une freine à l'entrée représentée par le péage ferroviaire et de la discrédence des conditions d'accès aux réseaux au sein de l'Union. Le prix trop élevé des sillons et le coût d'accès aux infrastructures¹⁶⁴⁴ ont ainsi un impact direct sur l'intensité, la dynamique concurrentielle et la compétitivité du marché français. Toutefois, l'implémentation d'une tarification pluriannuelle des redevances liées à l'utilisation du réseau ferré national, saluée par le régulateur sectoriel¹⁶⁴⁵, apparaît comme un avancé de la réforme de l'année 2018¹⁶⁴⁶ renforçant la prévisibilité des conditions d'entrée et d'exploitation des services par les nouveaux entrants, la robustesse de leur plan d'affaire contribuant également au re équilibre économique et financier du gestionnaire d'infrastructure. La capacité de ce dernier à investir dans les réparations et la modernisation du réseau représente un gage de sûreté, fiabilité et performance du réseau confortant la stratégie des nouveaux entrants à accéder au marché français¹⁶⁴⁷.

680. Par ailleurs, la diversité des modèles de gouvernance ferroviaire, si elle ne constitue pas en soi un frein à l'effectivité de la concurrence ferroviaire, peut être un facteur de blocage lorsque l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure n'est pas suffisamment garantie alors qu'elle représente une condition indispensable à l'exercice par les nouveaux entrants d'un droit d'accès au réseau dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires. L'existence même d'un doute sur l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure est suffisante pour stopper les stratégies d'insertion des nouveaux entrants dans le marché français. En France tant le régulateur sectoriel¹⁶⁴⁸ que les nouveaux entrants¹⁶⁴⁹ dénoncent les mesures de sauvegarde de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure prises dans le cadre de la constitution du groupe public unifié à la suite de l'adoption de la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire et ses textes d'application en montrant des inquiétudes concernant la composition et

¹⁶⁴⁴ Par exemple, pour mémoire, les péages ferroviaires représentent environ 40% des charges opérationnelles de la SNCF Mobilités.

¹⁶⁴⁵ ARAFER, « Avis n°2019-009 du 20 février 2019 portant sur le projet d'ordonnance relative au cadre de fixation des redevances liées à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à l'élaboration et à l'actualisation du contrat entre l'État et SNCF Réseau », précité.

¹⁶⁴⁶ Ordonnance n°2019-183 du 11 mars 2019 relative au cadre de fixation des redevances liées à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à l'élaboration et à l'actualisation du contrat entre l'État et SNCF Réseau, *JORF*, n°0060 du 12 mars 2019.

¹⁶⁴⁷ Site SNCF Réseau : 6,2 milliards d'euros vont être consacrés en 2020 à la modernisation des quelques 30 000 km de lignes composant le réseau français.

¹⁶⁴⁸ ARAFER, « Avis n°2019-028 du 9 mai 2019 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la nouvelle SNCF », précité.

¹⁶⁴⁹ Transdev, Note de position, « Les suites du Nouveau Pacte ferroviaire », site internet de Transdev.

les modalités de vote du Conseil d'Administration de SNCF Réseau. Néanmoins, le placement de Gares & Connexions sous l'égide de SNCF Réseau est salué par les nouveaux entrants dans la mesure où il garantit enfin une autonomie fonctionnelle, financière, décisionnelle du gestionnaire des gares et l'imperméabilité entre les activités commerciales de la SNCF et ses missions de gestionnaire d'infrastructure de service tant réclamée par l'autorité nationale de la concurrence¹⁶⁵⁰.

681. L'accès des nouveaux entrants au matériel roulant constitue en outre l'une des principales barrières d'entrée aux marchés ferroviaires. Alors qu'il existe en Europe différents scénarios permettant l'accès des nouveaux entrants au matériel roulant (ROSCO, acquisition par les opérateurs eux-mêmes etc.), la reprise par les régions en France du matériel roulant utilisé dans le cadre de l'exploitation des services publics de transport ferroviaire de voyageurs¹⁶⁵¹ apparaît comme une mesure facilitant l'arrivée des nouveaux concurrents sur les réseaux régionaux. La charge de la responsabilité de la récupération du matériel roulant est déplacée des opérateurs aux autorités organisatrices, mais l'une des critiques soulevées par les nouveaux entrants a été le refus de la SNCF à communiquer ses plans de maintenance notamment préventive¹⁶⁵². Le décret n°2019-851 du 20 août 2019¹⁶⁵³ prévoit notamment dans son annexe 1 les informations que les régions pourront (faculté) réclamer en matière d'historique de la maintenance. Ces informations sont issues outre les documents d'origine constructeur d'une documentation d'entretien dans des conditions prévues au niveau européen. Si les dispositions prévues par ce décret devraient en principe réduire les inquiétudes des nouveaux entrants sur la réticence de la SNCF à communiquer les données, il n'est pas exclu qu'un contentieux important surgisse car il n'est pas certain à l'heure que ces documents suffissent pour la clarification de l'historique de la maintenance. Enfin, outre l'accès au matériel roulant, l'accès des nouveaux entrants aux ateliers de maintenance est d'importance stratégique car « *avoir la main sur l'entretien (permet de) maîtriser le planning et les coûts (étant donc) un*

¹⁶⁵⁰ Site Autorité de la concurrence, « Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires », publié le 3 octobre 2011.

¹⁶⁵¹ Art. 21 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire.

¹⁶⁵² Dans ce sens propos de M. Claude Steinmetz, « *Tout le monde sait qu'il existe un plan de maintenance actualisé mais aucun accord n'a été trouvé pour qu'il soit transmis* » pour M. Boedec, « Pacte ferroviaire : les données et la maintenance, principaux obstacles de la réforme », Article de presse dans Banque des Territoires, publié le 11 juillet 2019.

¹⁶⁵³ Décret n°2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulant transférés et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires, précité.

élément important de compétitivité »¹⁶⁵⁴. A ce titre, l'attribution de la maintenance des trains aux exploitants titulaires des contrats de service public est une condition essentielle pour le positionnement même des nouveaux entrants sur le marché dans la mesure où ils ne souhaitent pas que la maintenance de leurs rames s'effectue par des techniciens appartenant à l'exploitant historique. Outre ces contraintes d'origine essentiellement technologique, les nouveaux entrants sont également confrontés à des barrières d'accès à dimension procédurale ou réglementaire comme par exemple la complexité et la longueur de la procédure de demande des sillons ou encore le défaut de prévisibilité sur la réalisation des travaux sur l'infrastructure. Ces aspects doivent être traités en amont de l'effectivité de la concurrence ferroviaire afin que celle-ci se déroule dans des conditions de normalité et d'efficacité. Par ailleurs, une simplification du DRR et du DRG pourrait utilement compléter la démarche globale de simplification des procédures d'accès au réseau et aux infrastructures.

682. La recherche montre, par ailleurs, qu'en dépit de la persistance des contraintes d'accès aux réseaux nationaux, les opérateurs ferroviaires alternatifs demeurent intéressés par l'accès aux différents marchés nationaux. Lorsque des régions ont procédé au lancement des appels d'offres pour confier l'exploitation de leurs réseaux régionaux à d'autres opérateurs que l'exploitant historique, des opérateurs comme Transdev, RATP, Trenitalia via sa filiale Thello ou encore Deutsche Bahn via sa filiale Arriva ont manifesté leur intention à accéder au marché français. Le droit français, modelé par le droit l'Union, confère aux régions une réelle boîte à outil juridique en matière de gestion des services de transport ferroviaire. Si le modèle concessif est le modèle privilégié, englobant l'ancienne notion de délégation de service public à la française, d'autres modes de gestion (régie, SEM, SPL etc.) pourraient également se révéler efficaces. Force est de constater qu'aucun mode de gestion n'apporte la panacée miracle aux défis inhérents à l'exploitation des services ferroviaires régionaux. Les choix des élus régionaux pour tel ou tel mode de gestion doit refléter un ensemble des facteurs objectifs et un partage équilibré entre les raisons économiques et celles politiques. Par exemple, la régie ferroviaire, soit-elle efficace en Corse ou pour la ligne Digne-Nice en France, elle n'est pas nécessairement exportable dans toutes les régions pour toutes les types de lignes. L'option pour ce mode de gestion doit se faire à la suite d'une étude de faisabilité réelle et objective, d'évaluation des conditions socio-économiques et non pas sur l'idéologie « le local c'est mieux par définition ».

¹⁶⁵⁴ Propos de M. Edouard Hénaut, Directeur général de Transdev France, dans FRESSOZ (M.), « Transdev redoute les conditions d'ouverture à la concurrence du rail faussées », Article de presse dans *Usine nouvelle*, publié le 30 septembre 2019.

L'ambition personnelle des élus locaux nourrie éventuellement par des rapports conflictuels avec l'exploitant historique n'est pas non plus une raison pertinente pour le choix de la régie. Enfin, dans la mesure où ce montage suppose un certain savoir-faire, aussi bien qu'une importante organisation en termes de ressources financières, du personnel etc, et qu'il est un mode de gestion assez réduit, les craintes selon lesquelles il pourrait affaiblir l'intensité concurrentielle ne semblent pas, du moins à l'heure, fondées. Au contraire, lorsque ce mode s'ajoute à la palette d'instruments juridiques complémentaires de gestion des services ferroviaires régionaux des autorités organisatrices, sa seule existence devait en principe suffire pour inciter les opérateurs ferroviaires à être créatifs et à proposer d'offres de transport innovantes.

683. Cette étude permet enfin de formuler, à la lumière des analyses des expériences ferroviaires au sein de l'Union et des différentes prises de position de l'ART des recommandations synthétisées ci-dessous :

RECOMMANDATIONS DES NOUVEAUX ENTRANTS EN VUE DE LA MISE EN ŒUVRE OPTIMALE DE LA CONCURRENCE FERROVIAIRE	
RECOMMANDATIONS SUR LE CADRE INSTITUTIONNEL	
Rec. n°1	L'État devrait revoir son positionnement dans le contrat de performance ferroviaire conclu avec SNCF Réseau en incluant de objectifs mesurables et des véritables incitations à la performance à la charge du gestionnaire d'infrastructure.
Rec. n°2	Revoir à la baisse le niveau d'indexation des péages afin d'inciter la dynamique concurrentielle des nouveaux entrants
Rec. n°3	SNCF Réseau devrait moderniser son système d'alerte/information relatif aux modifications/suppression des sillons en vue de renforcer la prévisibilité des EF sur le degré de disponibilité des capacités ferroviaires. De manière analogue, une meilleure communication avec les opérateurs sur la programmation des travaux est aussi souhaitable.
Rec. n°4	SNCF Réseau devrait prendre davantage de garanties d'indépendance vis-à-vis de l'exploitant ferroviaire. En particulier, la composition et les modalités de vote au sein du CA de SNCF Réseau devraient être re considérés afin d'éviter tout conflit d'intérêts.
Rec. n°5	Le législateur devrait préciser à l'avenir le contenu des fonctions mutualisées exercées par la société mère SNCF en l'absence des précisions suffisantes apportées par les ordonnances d'application de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire afin de renforcer l'étanchéité entre les structures du GPU et garantir davantage l'indépendance et l'autonomie du GI. Plus spécifiquement, le législateur devrait veiller à exclure du périmètre des fonctions mutualisées de la holding, les activités d'expertise et de conseil

**RECOMMANDATIONS DES NOUVEAUX ENTRANTS
EN VUE DE LA MISE EN ŒUVRE OPTIMALE DE LA CONCURRENCE FERROVIAIRE**

	juridique, de gestion des systèmes d'information et de la gestion immobilière au profit de SNCF Réseau.
Rec. n°6	Le législateur devrait à termes inclure dans l'annexe 1 du décret n°2019-851 reditu 20 août 2019 applicable à l'historique de la maintenance les plans de maintenance actualisés parmi les documents que les AOT pourront solliciter à l'EF sortante. En l'état les documents envisagés par le décret ne font pas ressortir les dates de défaillances, les pannes du matériel roulant, la périodicité et la fréquence des opérations de maintenance etc ¹⁶⁵⁵ .
Rec. n°7	Le législateur devrait à termes modifier la loi du 27 juin 2018 pour sortir la SUGE du périmètre de la SNCF et l'inclure à la SNCF Réseau. Cette opération conférerait les nouveaux entrants en apportant davantage des garanties de prévention du risque de discrimination eu égard à l'accès au réseau national.
Rec. n°8	Le législateur devrait à termes modifier la loi du 27 juin 2018 pour sortir la gestion des centres de maintenance et d'entretien du périmètre de SNCF Voyageurs. Suivant la recommandation de l'ART ¹⁶⁵⁶ , soit SNCF crée une nouvelle filiale autonome en charge de la gestion des centres de maintenance et d'entretien, soit elle prend des garanties supplémentaires pour garantir un accès non discriminatoire et équitable des nouveaux entrants auxdites installations.
RECOMMANDATIONS SUR LE VOLET CONTRACTUEL	
Rec. n°9	Les régions devront poursuivre la mise en concurrence de services conventionnés en groupant les lignes ferroviaires géographiquement et économiquement cohérentes. L'expérience britannique semble suggérer que les franchises plus petites permettent la réduction du risque, contournent les problèmes issus des réponses aux appels d'offres trop optimistes et encouragent la concurrence entre les opérateurs.
Rec. n°10	Les parties aux contrats devront veiller à un partage de risque équilibré entre l'AOT et l'opérateur afin d'éviter, à l'instar de l'expérience britannique, les cas de réponses

¹⁶⁵⁵ Il convient de saluer la décision très importante de l'ART n°2020-044 du 30 juillet 2020 portant règlement du différend entre la région Hauts-de-France et SNCF Voyageurs concernant la transmission d'informations relatives à l'organisation ou à l'exécution des services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux missions faisant l'objet du contrat de service public conclu entre la région et SNCF Voyageurs, publiée le 23 septembre 2020 qui a le mérite de clarifier les informations que les régions pourront solliciter auprès de la SNCF Voyageurs. S'agissant de la maintenance du matériel roulant, l'ART autorise la région à solliciter « Suivi des opérations de maintenance réalisées pour chaque matériel roulant et reconstitué pour chacun des ateliers de maintenance utilisés pour l'exécution de la convention TER. » ainsi que « Montant des coûts de maintenance pour chacune des rames utilisées pour la convention TER, en différenciant les coûts de maintenance préventive et corrective. ».

¹⁶⁵⁶ Par exemple, ARAFER, Avis n° 2019-083 du 9 décembre 2019 relatif aux projets de décrets approuvant les statuts de la société nationale SNCF, de la société SNCF Réseau, de la filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 du code des transports et de la société SNCF Voyageurs, et portant diverses dispositions relatives à ces mêmes entités ; aussi ARAFER, Avis n° 2019-028 du 9 mai 2019 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la nouvelle SNCF.

**RECOMMANDATIONS DES NOUVEAUX ENTRANTS
EN VUE DE LA MISE EN ŒUVRE OPTIMALE DE LA CONCURRENCE FERROVIAIRE**

	d'offres trop optimistes (overly optimistic bids) et donc l'apparition des coûts non prévus dus à la surestimation de l'opérateur ferroviaire
Rec. n°11	Les AOT devront veiller au degré de spécifications dans les appels d'offres et maintenir un équilibre entre précision et souplesse des prestations attendues des EF. En tant qu'AOT, il faudra laisser l'opérateur libre à réaliser les services, sans imposer des descriptifs des standards dans des milliers de pages. Dans le cas contraire, l'opérateur sera plus dédié aux modalités à faire pour éviter les pénalités qu'à se consacrer à produire un service d'excellence ferroviaire, d'innover et d'être original.
Rec. n°12	Les AOT devront veiller à bien déterminer le profit raisonnable qu'elles attendent des opérateurs de transport. Pour cela, elles doivent utiliser des critères mesurables et évaluables pour effectuer le choix de l'EF prestataire du service de transport dans le cadre des procédures de mise en concurrence.
Rec. n°13	La durée des contrats devrait être suffisamment longue pour permettre aux EF l'amortissement de leurs investissements. Si la durée est trop courte, les opérateurs vont avoir tendance à mettre tout en œuvre pour amortir les investissements. Par conséquent, les prix de service seront élevés. Il faut une durée entre 10-15 ans pour donner la chance à l'opérateur à montrer ce qu'il est capable de faire.
Rec. n°14	Les AOT devraient pouvoir utiliser des contrats de coût brut et net selon leur cas spécifique, cette possibilité leur offrant une certaine souplesse dans la gestion de leurs réseaux. Des clauses bonus-malus devront pouvoir être insérées. Des clauses de pénalités devront aussi être prévues dans les contrats, de manière isolée des régimes bonus-malus afin de renforcer la lisibilité des contrats. Toutefois, les clauses de pénalité devront être mises en œuvre pour des causes qui relèvent réellement de la maîtrise de l'opérateur.
Rec. n°15	Les AOT devront veiller à inclure des clauses de reprise du matériel roulant après l'échéance/résiliation du contrat aussi bien que des garanties de compensation de la valeur résiduelle du matériel roulant.
Rec. n°16	Dans l'hypothèse de co-financement du matériel roulant, les nouveaux entrants auront l'intérêt de prévoir à charge de l'AOT de clauses de prise en charge des coûts d'investissements pour se couvrir en cas de faillite.
Rec. n°17	Les EF devraient aussi pouvoir être en charge du matériel roulant, d'effectuer la maintenance et d'internaliser certains services.
Rec. n°18	Les AOT et les EF devront accorder une attention particulière aux clauses de prolongation des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs. La prolongation devrait en principe être fondée sur la base de la performance de l'opérateur, à défaut, elle ne sera pas justifiée.

ANNEXE N°1

LA POLITIQUE EUROPENNE DES TRANSPORTS FERROVIAIRES

LE PANORAMA DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DES TRANSPORTS FERROVIAIRES DES VOYAGEURS	
NOM DU DISPOSITIF	PRINCIPALES MESURES
<p style="text-align: center;"> Directive du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires (91/440/CE) (1991) </p>	<p>Faire sortir les entreprises ferroviaires de la logique de tutelle des États membres et acquérir un statut d'exploitant indépendant leur permettant de se comporter selon des modalités commerciales afin de s'adapter aux nécessités du marché.</p> <p>Séparer les activités de gestion de l'infrastructure par rapport à celles d'exploitation des services de transport</p> <p>Maintenir sous la responsabilité des États le développement des infrastructures ferroviaires.</p> <p>Poser Le Besoin d'une structure financière saine des entreprises ferroviaires historiques.</p>
<p style="text-align: center;"> Livre blanc intitulé « une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires » (com/96/0421 final) (1996) </p>	<p>La Commission européenne propose des mesures de revitalisation des chemins de fer</p> <p>Réclame la nécessité de la mise en œuvre des États des programmes de financement des compagnies ferroviaires</p> <p>Les États membres doivent proposer des aides d'État sur la base de réels programmes de restructuration d'entreprises.</p>
<p> PREMIER PAQUET FERROVIAIRE, QUALIFIÉ DE « PAQUET INFRASTRUCTURE » (2001) </p>	
<p style="text-align: center;"> Directive 2001/12/CE </p>	<p>Prévoit l'extension des droits d'accès à la partie nationale du réseau transeuropéen de fret</p> <p>Précise les fonctions essentielles (préparation et adoption des décisions concernant la délivrance de licences aux entreprises ferroviaires, y compris l'octroi de licences individuelles, adoption des décisions concernant la répartition des sillons, y compris la définition et l'évaluation de la disponibilité, ainsi que l'attribution de sillons individuels, adoption des décisions concernant</p>

**LE PANORAMA DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DES TRANSPORTS
FERROVIAIRES DES VOYAGEURS**

	la tarification de l'infrastructure, contrôle du respect des obligations de service public requises pour la fourniture de certains services)
Directive 2001/13/C	Prévoit méthode d'attribution des licences ferroviaires pour les entreprises de fret.
Directive 2001/14/CE	Prévoit les mesures de répartition des sillons Prévoit création d'un organisme de régulation indépendant.
Livre blanc de la commission européenne intitulé : « la politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix » (com/2001/0370 final)	Relance du processus législatif à l'origine du deuxième paquet ferroviaire Commission européenne identifie deux défis auxquels doivent faire face les États membres : concurrence régulée entre les modes de transport et l'intermodalité Extrait du Livre Blanc « Le secteur ferroviaire dans son ensemble deviendra plus compétitif vis-à-vis des autres modes de transport, si une plus grande concurrence entre les opérateurs est rendue possible. L'ouverture du marché avec l'arrivée des nouveaux opérateurs pourra renforcer la compétitivité du secteur en encourageant une saine concurrence entre les exploitants actuels et les nouveaux concurrents. Les barrières techniques et réglementaires qui existent favorisent les compagnies existantes et freinent toujours l'entrée de nouveaux opérateurs. C'est la raison pour laquelle l'application correcte des règles communautaires en matière de concurrence jouera un rôle important afin d'empêcher des pratiques anticoncurrentielles et assurer une ouverture effective du marché du transport ferroviaire dans la Communauté »
DEUXIEME PAQUET FERROVIAIRE (2004)	
Règlement n° 881/2004 relatif à l'Agence ferroviaire européenne	Création de l'Agence ferroviaire européenne
Directive 2004/49/CE sur la sécurité ferroviaire	Création d'une autorité nationale responsable de la sécurité ferroviaire Fixation du principe de reconnaissance mutuelle des certificats de sécurité ferroviaire Définition des indicateurs de sécurité communs (ISC) pour l'évaluation des objectifs de sécurité communs (OSC) Établissement des règles communes relatives aux enquêtes de sécurité

**LE PANORAMA DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DES TRANSPORTS
FERROVIAIRES DES VOYAGEURS**

Directive 2004/50/CE sur l'interopérabilité ferroviaire	Pose les conditions de l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse
Directive 2004/51/CE modifiant la directive 91/440/CEE	Ouverture à la concurrence du fret international et du fret domestique
TROISIEME PAQUET FERROVIAIRE (2007)	
Directive 2007/58/CE relative au développement de chemins de fer communautaires	Ouverture à a concurrence des services ferroviaires internationaux de voyageurs
Directive 2007/59/CE relative à la certification des conducteurs de locomotives et trains	Fixation des conditions et des procédures applicables à la certification des conducteurs de trains
Règlement (CE) 1371/2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires	<p>Établissement des règles relatives aux informations que doivent fournir aux voyageurs les entreprises ferroviaires</p> <p>Fixe le régime de responsabilité des entreprises ferroviaires</p> <p>Prévoit les obligations des opérateurs envers les voyageurs en cas de retard</p> <p>Définit la protection des personnes handicapée et des personnes à mobilité réduite utilisant les services ferroviaires.</p>
Livre Blanc sur les Transports (2011)	<p>La Commission européenne proposait :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires nationaux de voyageurs ▪ L'obligation d'attribution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs dans le cadre d'appels d'offres concurrentiels ▪ Rappelait la nécessité d'une séparation structurelle entre les activités d'exploitation de services de transport ferroviaire et la gestion des infrastructures ▪ La mise en œuvre progressive d'une approche sectorielle pour la certification de la sécurité ferroviaire ▪ Renforcement du rôle de l'Agence ferroviaire européenne ▪ L'adoption d'une interprétation uniforme du droit européen sur les droits des passagers ▪ La consolidation d'une intégration plus renforcée des différents modes de transports en vue de l'amélioration des déplacements multimodaux continus (porte à porte)

**LE PANORAMA DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DES TRANSPORTS
FERROVIAIRES DES VOYAGEURS**

Directive 2012/34/UE	<p>Refonte des textes précédents. Elle a remplacé et abrogé les directives 95/18/CE et 2001/13/CE</p> <p>Reprend les fonctions essentielles énumérées par la directive 2001/12/CE, mais elle ajoute certaines précisions</p> <p>Prévoit que l'investissement, l'entretien et le financement peuvent être confiés à des entreprises ferroviaires et ne constituent donc pas des fonctions essentielles au sens de l'article</p>

QUATRIEME PAQUET FERROVIAIRE (2016)

**LE PILIER TECHNIQUE
(FOCUS SUR L'INTEROPERABILITE ET LA SECURITE FERROVIAIRE)**

Règlement 2016/796 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer	<p>Établit l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer</p> <p>Fixe les tâches de l'Agence</p>
Directive 2016/797 du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne	<p>Fixe les conditions qui doivent être satisfaites pour réaliser l'interopérabilité au sein du système ferroviaire de l'Union dans le respect de la directive (UE) 2016/798.</p>
Directive 2016/798 du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité ferroviaire	<p>Définit le partage des responsabilités entre les acteurs du système ferroviaire de l'Union</p> <p>Actualise les objectifs de sécurité communs (OSC) et les méthodes de sécurité communes (MSC)</p> <p>Établit des principes guidant la délivrance, le renouvellement, la modification, la restriction ou le retrait des certificats et des agréments de sécurité</p>

LE PILIER MARCHE

**LE PANORAMA DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DES TRANSPORTS
FERROVIAIRES DES VOYAGEURS**

**(FOCUS SUR L'OUVERTURE A LA CONCURRENCE DE L'ACTIVITE DE
TRANSPORT FERROVIAIRE)**

<p>La directive 2016/2370 relative à l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure</p>	<p>Fixe des nouvelles exigences pour garantir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure</p>
<p>Le règlement 2016/2338</p>	<p>Complète le règlement 1370/2007 relatif aux services publics de transport</p> <p>Apporte des précisions sur les spécifications des obligations de service publics</p> <p>Repose le principe de la mise en concurrence des opérateurs ferroviaires dans le cadre d'appels d'offres</p> <p>Présente les exceptions au principe de mise en concurrence</p> <p>Pose le calendrier européen de l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux.</p>
<p>Le règlement 2016/2337</p>	<p>Prévoit la suppression du règlement (CEE) no 1192/69 du Conseil.</p>

ANNEXE 2

ARTICULATION DU REGLEMENT OSP AVEC LES DIRECTIVES DE LA COMMANDE PUBLIQUE – COMPARATEUR DE PROCEDURE

CRITERE	DIRECTIVE MP CLASSIQUE	DIRECTIVE MP SECTEURS SPECIAUX	DIRECTIVE CONCESSIONS	RÈGLEMENT « OSP »
CHAMP D'APPLICATION				
SEUILS PRÉVUS	OUI	OUI	OUI	NON
METHODE CALCULE	MONTANT TOAL PAYABLE HORS TV	MONTANT TOAL PAYABLE HORS TV	CA TOTALE DUREE DU CONTRAT	NON APPLICABLE
DEROULEMENT				
TYPES DE PROCEDURES (P) DISPONIBLES	P OUVERTE	P OUVERTE	PROCEDURE ORDINAIRE¹⁶⁵⁷	PROCEDURE DE MISE EN CONCURRENCE¹⁶⁵⁸ AVEC UNE POSSIBILITE DE NEGOCIATION¹⁶⁵⁹ ATTRIBUTION DIRECTE (EXCEPTIONNELLE)
	P RESTREINTE	P RESTREINTE		
	PCAN¹⁶⁶⁰	PCAN¹⁶⁶¹		
	DIALOGUE CO	DIALOGUE CO	PROCEDURE ALLEGEE¹⁶⁶²	
	PI¹⁶⁶³	PI¹⁶⁶⁴		
	PNSP¹⁶⁶⁵	PNSP¹⁶⁶⁶		
PUBLICITE ET TRANSPARENCE	Avis de pré information	API¹⁶⁶⁷	Avis de concession	L'autorité compétente est obligée de publier au plus tard un an avant le lancement de la procédure de mise en concurrence ou un
	AM¹⁶⁶⁹	ASQ¹⁶⁷⁰		

¹⁶⁵⁷ Si la VT > 5.225.000 euros. Parmi ses caractéristiques, nous notons la justification de la durée du contrat si celle-ci est supérieure à 5 ans et la Hiérarchisation des critères de choix d'attribution de la concession ;

¹⁶⁵⁸ Sans imposer un certain type de procédure.

¹⁶⁵⁹ Art. 5 paragraphe 3 du règlement « OSP ».

¹⁶⁶⁰ Procédure concurrentielle avec négociation

¹⁶⁶¹ Procédure concurrentielle avec négociation

¹⁶⁶² Si VT < 5.225 000 euros.

¹⁶⁶³ Partenariat d'innovation

¹⁶⁶⁴ Partenariat d'innovation

¹⁶⁶⁵ Procédure négociée sans publicité préalable

¹⁶⁶⁶ Procédure négociée sans publicité préalable

¹⁶⁶⁷ Avis périodique indicatif

¹⁶⁶⁹ Avis sur le marché.

¹⁶⁷⁰ Avis sur l'existence d'un système de qualification

CRITERE	DIRECTIVE MP CLASSIQUE	DIRECTIVE MP SECTEURS SPECIAUX	DIRECTIVE CONCESSIONS	RÈGLEMENT « OSP »
	ADM ¹⁶⁷¹	AM ¹⁶⁷²	Avis d'attribution de concession	an avant l'attribution directe au JOUE certaines informations minimales ¹⁶⁶⁸
		ADM ¹⁶⁷³		
DELAIS				
DELAIS RECEPTION DEMANDES DE CANDIDATURE/ PARTICIPATION	Min 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁷⁴	Min 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁷⁵	30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession	NON INDIQUE
	Min. 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁷⁶	Min. 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt¹⁶⁷⁷		
	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁷⁸	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁷⁹		
	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁸⁰	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁸¹		

¹⁶⁷¹ Avis d'attribution de marché.

¹⁶⁷² Avis sur le marché.

¹⁶⁶⁸ Art. 7 du règlement « OSP ». Parmi les informations à publier, figurent : le nom et les coordonnées de l'autorité compétente, le type d'attribution envisagée, les services et les territoires susceptibles d'être concernés par l'attribution. Toutefois, le règlement prévoit la possibilité de déroger à cette obligation de publicité lorsque le contrat de service public porte sur la fourniture annuelle de moins de 50.000 km de services publics de transport de voyageurs.

¹⁶⁷³ Avis d'attribution de marché.

¹⁶⁷⁴ Délai prévu en cas de procédure ouverte (art.27 de la procédure).

¹⁶⁷⁵ Délai prévu en cas de procédure ouverte (art. 45 de la directive). C'est le délai de principe. Il est possible en cas d'urgence justifiée par l'entité adjudicatrice de réduire ce délai à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

¹⁶⁷⁶ Délai prévu en cas de procédure restreinte (art.28 de la directive).

¹⁶⁷⁷ Délai prévu en cas de procédure restreinte (art.46 de la directive).

¹⁶⁷⁸ Délai prévu en cas de procédure concurrentielle avec négociation (art.29 de la directive).

¹⁶⁷⁹ Délai prévu en cas de procédure négociée avec mise en concurrence préalable (art 47 de la directive).

¹⁶⁸⁰ Délai prévu en cas de dialogue compétitif (art. 30 de la directive).

¹⁶⁸¹ Délai prévu en cas de dialogue compétitif (art.48 de la directive).

CRITERE	DIRECTIVE MP CLASSIQUE	DIRECTIVE MP SECTEURS SPECIAUX	DIRECTIVE CONCESSIONS	RÈGLEMENT « OSP »
	Délai prévu en fonction du type de procédure.	Délai prévu en fonction du type de procédure.		
DELAI RECEPTION DES OFFRES	Min 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁸²	Min 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché¹⁶⁸³	Min. 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession	AUCUN INDIQUE
	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner¹⁶⁸⁴	Fixé de commun accord ou à défaut min. 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner¹⁶⁸⁵		
	Min 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner¹⁶⁸⁶ Etc.	Fixé de commun accord ou à défaut min. 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner¹⁶⁸⁷ Etc		
SPECIFICATIONS TECHNIQUES				
DEFINITION	OUI¹⁶⁸⁸	OUI¹⁶⁸⁹	OUI¹⁶⁹⁰	NON
VARIANTES	OUI¹⁶⁹¹	OUI¹⁶⁹²	NON	NON
LOTS	OUI¹⁶⁹³	OUI¹⁶⁹⁴	OUI¹⁶⁹⁵	NON

¹⁶⁸² Délai prévu pour la procédure ouverte (art. 27 de la directive).

¹⁶⁸³ Délai prévu pour la procédure ouverte (art.45 de la directive).

¹⁶⁸⁴ Délai prévu pour la procédure restreinte (art.28 de la directive).

¹⁶⁸⁵ Délai prévu pour la procédure restreinte (art. 46 de la directive).

¹⁶⁸⁶ Délai prévu pour la procédure concurrentielle avec négociation (art.29 de la directive).

¹⁶⁸⁷ Délai prévu pour la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (art.47 de la directive)

¹⁶⁸⁸ Annexe VII et art. 42 de la directive.

¹⁶⁸⁹ Annexe VIII de la directive et art. 60

¹⁶⁹⁰ Art. 36 Spécifications techniques et fonctionnelles de la directive.

¹⁶⁹¹ Art. 45 de la directive.

¹⁶⁹² Art. 64 de la directive.

¹⁶⁹³ Par exemple, art. 58 de la directive.

¹⁶⁹⁴ Par exemple, art. 65 de la directive.

¹⁶⁹⁵ Par exemple, art. 8 de la directive.

CRITERE	DIRECTIVE MP CLASSIQUE	DIRECTIVE MP SECTEURS SPECIAUX	DIRECTIVE CONCESSIONS	RÈGLEMENT « OSP »
EXECUTION DU MARCHÉ				
SOUS -TRAITANCE	OUI¹⁶⁹⁶	OUI¹⁶⁹⁷	OUI¹⁶⁹⁸	OUI¹⁶⁹⁹
MODALITES	Le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre la part de marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés ¹⁷⁰⁰	Le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre la part de marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés ¹⁷⁰¹	Le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre la part éventuelle de la concession qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés ¹⁷⁰²	Obligation de l'opérateur à exécuter lui-même une « partie importante du contrat de service public de transport de voyageurs » ¹⁷⁰³ .
SELECTION QUALITATIVE DES CANDIDATS				
CRITERES DE SELECTION COMMUNS A TOUS TYPE DES PROCEDURES	Aptitudes à exercer l'activité professionnelle Capacité économique et financière Capacités techniques et professionnelles ¹⁷⁰⁴	Renvoi aux critères posés par la directive 2014/24/UE « marchés classiques » ¹⁷⁰⁵	Capacités professionnelles et techniques Capacité économique et financière ¹⁷⁰⁶	NON INDIQUES
ATTRIBUTION DU CONTRAT				
CRITERES D'ATTRIBUTION	L'offre économiquement la plus avantageuse ¹⁷⁰⁷	L'offre économiquement la plus avantageuse ¹⁷⁰⁸	L'offre permettant de constater un avantage économique	NON INDIQUES

¹⁶⁹⁶ Art. 71 de la directive.

¹⁶⁹⁷ Art. 88 de la directive.

¹⁶⁹⁸ Article 42 de la directive.

¹⁶⁹⁹ Art. 4 du règlement « OSP ».

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*

¹⁷⁰¹ Art. 88 paragraphe 2 de la directive.

¹⁷⁰² Art. 42 paragraphe 2 de la directive.

¹⁷⁰³ Art. 4 paragraphe 7 du règlement « OSP ».

¹⁷⁰⁴ Liste non exhaustive, art. 58 de la directive.

¹⁷⁰⁵ Art. 80 de la directive.

¹⁷⁰⁶ Art. 38 de la directive.

¹⁷⁰⁷ Art. 67 de la directive.

¹⁷⁰⁸ Art. 82 de la directive.

CRITERE	DIRECTIVE MP CLASSIQUE	DIRECTIVE MP SECTEURS SPECIAUX	DIRECTIVE CONCESSIONS	RÈGLEMENT « OSP »
			global pour le pouvoir adjudicateur ¹⁷⁰⁹	
PONDERATION	OUI¹⁷¹⁰	OUI¹⁷¹¹	NON INDIQUEE	NON INDIQUEE

¹⁷⁰⁹ Art. 41 de la directive. Les critères d'attribution des contrats de concession peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

¹⁷¹⁰ Art. 67 de la directive.

¹⁷¹¹ Art. 82 de la directive.

ANNEXE 3

PANORAMA DES POUVOIRS DES RÉGULATEURS FERROVIAIRES (MISSIONS GÉNÉRALES ET RÈGLEMENT DE DIFFERENDS)

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES			
LES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES AU TITRE DE LEURS MISSIONS GENERALES			
POUVOIR CONSULTATIF			
ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
Association à la préparation de la position française dans les négociations ou les actions de coopération internationales dans les domaines du transport ferroviaire	Consultation des acteurs du secteur sur les incitations à la performance, les mécanismes améliorant la ponctualité et la fiabilité des trains ¹⁷²⁷	Consultation au moins tous les deux ans, des représentants des utilisateurs de services dans les domaines du transport ferroviaire de marchandises et du transport de passagers ¹⁷²⁸	Consultation au moins tous les 2 ans des représentants des utilisateurs des services de fret ferroviaire ¹⁷³⁰
Participation à la représentation française dans les organisations internationales et communautaires compétentes en ce domaine ¹⁷¹²		Consultation des associations des consommateurs ¹⁷²⁹	
Avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national ¹⁷¹³			

¹⁷¹² Art. L.2132-2 du Code des transports.

¹⁷¹³ Art. L.2133-5 du Code des transports.

¹⁷²⁷ ORR, "Review of Trains Performance Incentives", pp.3.

¹⁷²⁸ Article 67 paragraphe 3 de d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ Article 56 paragraphe 10 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

<p>Avis conforme sur la fixation des redevances relatives à l'accès aux gares de voyageurs et aux autres installations de service ainsi qu'aux prestations régulées¹⁷¹⁴</p> <p>Avis sur le projet de contrat État-SNCF Réseau (trajectoire financière)¹⁷¹⁵ ;</p> <p>Avis motivé sur le document de référence du réseau¹⁷¹⁶ ;</p> <p>Avis conforme sur la tarification des prestations de sûreté¹⁷¹⁷</p> <p>Consultation sur la nomination, le renouvellement ou la révocation du président du conseil d'administration de SNCF Réseau¹⁷¹⁸ ;</p> <p>Avis motivé sur le montant global des concours financiers devant être apportés à SNCF Réseau et sur la part contributive de SNCF Réseau¹⁷¹⁹ ;</p> <p>Avis conforme sur la décision d'une AOT à attribuer directement un contrat de service public (sans une mise en concurrence) en application de l'article 5 du règlement n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007¹⁷²⁰ ;</p>			<p>Le Conseil garantit que les tarifs fixés par le gestionnaire d'infrastructure (...) sont non discriminatoires¹⁷³¹</p>
---	--	--	---

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ Art. L 2133-5-1 du Code des transports.

¹⁷¹⁶ Art. L.2133-6 du Code des transports.

¹⁷¹⁷ Art. Article R2251-59 du Décret n° 2019-726 du 9 juillet 2019 relatif aux dispositions des titres IV, V et VI du livre II de la deuxième partie réglementaire du code des transports et comportant diverses dispositions relatives à la sûreté des transports, publié au Journal officiel de la République française n°0159 du 11 juillet 2019.

¹⁷¹⁸ Art. L.2133_- du Code des transports.

¹⁷¹⁹ Art. L.2111-10-1 du Code des transports.

¹⁷²⁰ Art. L.2121-17 du Code des transports.

¹⁷³¹ Article 56 paragraphe 11 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

Avis sur le contrat de service public conclu par une région avec une entreprise offrant un service de voyageurs librement organisé¹⁷²¹ ;

Avis sur les projets de textes réglementaires relatifs à l'accès au réseau ferroviaire, à la conception, la réalisation et l'utilisation des infrastructures et des matériels de transport ferroviaire¹⁷²² ;

Avis sur la charte du réseau¹⁷²³ ;

Avis simple sur le document établi par SNCF sur la coordination de la gestion des situations de crise¹⁷²⁴ ;

Avis sur les mesures d'organisation interne de SNCF réseau prises pour prévenir les risques de pratiques discriminatoires entre entreprises ferroviaires¹⁷²⁵ ;

Avis sur la nomination et la cessation anticipée de fonctions du directeur du service gestionnaire des trafics et des circulations¹⁷²⁶ ;

¹⁷²¹ Art. L.2121-4-2 du Code des transports.

¹⁷²² Art. L.2133-8 du Code des transports.

¹⁷²³ Art. 8 du Décret n° 2015-844 du 10 juillet 2015 relatif au comité des opérateurs du réseau ferré national et à la charte du réseau, publié au Journal officiel de la République française n°0159 du 11 juillet 2015.

¹⁷²⁴ Art. 3 du Décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, publié au Journal officiel de la République française n°0035 du 11 février 2015.

¹⁷²⁵ Art. L.2111-16-4 du Code des transports.

¹⁷²⁶ Art. L.2133-9 du Code des transports.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

POUVOIR D'INFORMATION

ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
<p>L'ART peut après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs de ces secteurs, formuler et publier toute recommandation¹⁷³² ;</p> <p>Recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information utiles dans le secteur ferroviaire¹⁷³³ ;</p> <p>Les gestionnaires d'infrastructure, les exploitants d'infrastructures de service, les entreprises ferroviaires, les autres candidats au sens du même livre Ier et la SNCF sont tenus de lui fournir toute information statistique concernant l'utilisation des infrastructures, la consistance et les caractéristiques de l'offre de transport proposée, la fréquentation des services, ainsi que toute information relative aux résultats économiques et financiers correspondants¹⁷³⁴.</p>	<p>Collecte de données sur la gestion des risques par les opérateurs grâce aux audits, inspections, enquêtes sur les incidents¹⁷³⁵</p> <p>Collecte de données sur le fonctionnement du marché et rédaction des études de marché à sa propre initiative ou à la suite d'une réclamation dans le cadre de l'application de l'Entreprise Act de 2002¹⁷³⁶</p> <p>Collecte des informations sur les acteurs du secteur susceptible d'enfreindre le</p>	<p>L'autorité de régulation peut également exiger des personnes autorisées à accéder, des sociétés d'infrastructure ferroviaire ou d'autres personnes tenues par la présente loi et des personnes travaillant pour elles, indépendamment de tout soupçon, 1. Fournir également des informations sur leur situation économique, 2. pour pouvoir visualiser, reproduire et vérifier les documents commerciaux dans les heures normales de fonctionnement ou d'ouverture, 3. Pour fournir des preuves etc.¹⁷³⁸</p>	<p>Le Conseil surveille le marché ferroviaire concurrentiel¹⁷³⁹</p> <p>Le Conseil a le pouvoir de demander des informations et / ou des documents concernant le gestionnaire de l'infrastructure et tout opérateur ferroviaire en Roumanie¹⁷⁴⁰</p> <p>Le Conseil national de surveillance des chemins de fer a le droit de demander au gestionnaire de l'infrastructure, aux gestionnaires de l'infrastructure des services</p>

¹⁷³² Art. L.2131-3 du Code des transports.

¹⁷³³ Art. L.2132-7 du Code des transports.

¹⁷³⁴ Art. L.2132-7 du Code des transports

¹⁷³⁵ ORR, « ORR's health and safety regulatory strategy », February 2015, pp.21.

¹⁷³⁶ ORR, « ORR's approach to monitoring and reviewing markets », January 2017, pp.27.

¹⁷³⁸ Article 67 paragraphe 4 de d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG). Le Paragraphe 5 de l'article indique : « Les informations à fournir à l'autorité de régulation comprennent toutes les informations dont elle a besoin en sa qualité d'autorité de réclamation et de contrôle de la concurrence sur les marchés du transport ferroviaire. Cela comprend les informations nécessaires à des fins statistiques et de surveillance du marché. L'autorité de régulation peut spécifier la forme des informations à fournir. ».

¹⁷³⁹ Article 56 paragraphe 6 a) de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

¹⁷⁴⁰ Article 56 paragraphe 8 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

	droit de la concurrence (type whistleblower) ¹⁷³⁷		et, le cas échéant, aux transporteurs ferroviaires, toute information et / ou tout document utile à la vérification des règles de séparation comptable ¹⁷⁴¹
POUVOIR D'APPROBATION			
ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
<p>Approuve après avis de l'Autorité de la concurrence, les règles de la séparation comptable prévue aux articles L. 2122-4, L. 2123-1, L. 2144-1 et L. 2144-2, les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes régissant les relations financières entre les activités comptablement séparées, qui sont proposés par les opérateurs¹⁷⁴² ;</p> <p>L'Autorité de régulation des transports peut limiter ou interdire l'exercice du droit d'accès mentionné au I de l'article L. 2122-9 aux nouveaux services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs entre un lieu de départ donné et une destination donnée si l'exercice de ce droit est susceptible de compromettre l'équilibre</p>	<p>L'ORR accorde une autorisation aux opérateurs qui justifient de leurs conformités aux dispositions de Health and Safety at Work Act de 1974 (gestion et contrôle du risque)¹⁷⁴⁴</p> <p>L'ORR approuve les contrats conclus entre les opérateurs ferroviaire et Network Rail pour l'accès à l'infrastructure</p>	<p>Examen des accords de coopération¹⁷⁴⁸ ;</p> <p>Toutes les entreprises d'infrastructure ferroviaire doivent immédiatement informer l'autorité de régulation, en indiquant : (...) 1. concernant l'attribution des sillons à l'horaire du réseau, y compris le paquet d'accès minimal, 2. (...)l'accès aux installations de service, y compris les services associés, la décision envisagée concernant la conclusion, le rejet ou la modification ultérieure d'un contrat-cadre,</p>	<p>Le Conseil procède au test de l'équilibre économique¹⁷⁵⁰</p> <p>Le Conseil vérifie si le DRR contient des clauses discriminatoires¹⁷⁵¹</p>

¹⁷³⁷ Site internet ORR.

¹⁷⁴¹ Article 56 paragraphe 12 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

¹⁷⁴² Art. L.2133-4 du Code des transports. L'article poursuit : « (L'Autorité) veille à ce que ces règles, périmètres et principes ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence. Les modifications de ces règles, périmètres et principes sont approuvées dans les mêmes conditions. ».

¹⁷⁴⁴ ORR, « ORR's health and safety regulatory strategy », February 2015, pp.21, précité.

¹⁷⁴⁸ Article 70 paragraphe 4 de d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁵⁰ Article 56 paragraphe 5 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

¹⁷⁵¹ Article 56 paragraphe 6 b) de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

<p>économique d'un ou de plusieurs contrats de service public couvrant le même trajet ou un trajet alternatif¹⁷⁴³ .</p>	<p>ferroviaire (y compris gare ou dépôt de maintenance)¹⁷⁴⁵</p> <p>Examen de la tarification de l'accès à l'infrastructure et aux installations afférentes¹⁷⁴⁶</p> <p>L'ORR approuve le droit de mettre en place des services ferroviaires internationaux et procède au test de l'équilibre économique lorsque ces services risquent de compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public¹⁷⁴⁷</p>	<p>5 la révision ou la modification envisagée des conditions d'utilisation du réseau et des conditions d'utilisation des installations de service, y compris les principes et montants des redevances respectives¹⁷⁴⁹ .</p>	
POUVOIR REGLEMENTAIRE			
ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
<p>L' Autorité de régulation des transports précise (...)les règles concernant : 1° Les conditions de raccordement au réseau ferroviaire ; 2° Les conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation ; 3° Les conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation ; 4° Les périmètres de chacune des activités</p>	<p>Pouvoir d'information et conseils¹⁷⁵³</p>	NA	NA

¹⁷⁴³ Art. L.2133-1 du Code des transports (modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019).

¹⁷⁴⁵ Section 18 du Railways Act de 1993.

¹⁷⁴⁶ Schedule 4A du Railways Act de 1993.

¹⁷⁴⁷ Section 33 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁴⁹ Article 72 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁵³ Section 71 du Railways Act de 1993.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

comptablement séparées, (...) les règles d'imputation comptable qui leur sont appliquées ainsi que les principes déterminant les relations financières entre ces activités ¹⁷⁵² ;			
POUVOIRS D'ENQUÊTE ET D'INVESTIGATION			
ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
<p>L'Autorité de régulation des transports dispose d'un droit d'accès à la comptabilité des gestionnaires d'infrastructure, des exploitants d'installations de service, des entreprises ferroviaires et des autres candidats¹⁷⁵⁴ ;</p> <p>Entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information¹⁷⁵⁵ ;</p> <p>Les agents de l'autorité habilités par le président procèdent aux audits comptables et aux enquêtes nécessaires à l'accomplissement des missions confiées à l'autorité¹⁷⁵⁶ ;</p> <p>Afin de vérifier le respect des dispositions relatives à la séparation comptable (...), l'Autorité de régulation des transports est habilitée à effectuer des audits ou à commander des audits externes auprès des gestionnaires d'infrastructure, des exploitants d'installations de service et, le cas échéant, auprès des entreprises ferroviaires, ainsi</p>	<p>Pouvoir d'enquête et d'investigation pour vérifier le respect de la législation en vigueur sur la gestion du risque ferroviaire¹⁷⁵⁸</p> <p>Enquête et investigation de Network Rail sur le respect des obligations découlant de sa licence (notamment respect des objectifs de performance)¹⁷⁵⁹</p> <p>Pouvoir d'enquête, investigation et sanction des comportements anticoncurrentiels en</p>	<p>L'autorité de régulation peut prendre des mesures contre les chemins de fer et autres personnes tenues en vertu de la présente loi de prendre ou de prévenir les violations de la présente loi ou des actes juridiques directement applicables de l'Union européenne dans le cadre de la présente loi. Si l'autorité de régulation exécute ses ordonnances, le montant de l'astreinte, en dérogation à l'article 11, paragraphe 3, de la loi d'exécution administrative, peut atteindre 500 000 EUR¹⁷⁶⁴ ;</p> <p>L'autorité de régulation est autorisée à interroger un exploitant des chemins de</p>	<p>Le Conseil peut prendre des mesures pour remédier toute discrimination ou corriger le DRR¹⁷⁶⁷</p> <p>Le Conseil a le pouvoir d'auditer ou d'engager des audits externes avec le gestionnaire de l'infrastructure, les gestionnaires de l'infrastructure des services et, le cas échéant, les opérateurs ferroviaires, afin de vérifier le respect</p>

¹⁷⁵² Art. L.2132-5 du Code des transports (modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019).

¹⁷⁵⁴ Art. L.1264-2 du Code des transports (modifié par la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités) ; aussi art. 9 de la Décision n°2020-005 du 16 janvier 2020 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de régulation des transports, pp.17).

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁸ ORR, « ORR's health and safety regulatory strategy », February 2015, pp.21, précité.

¹⁷⁵⁹ ORR, « Holding Network Rail to Account », 27 March 2019, pp.34.

¹⁷⁶⁴ Article 67 paragraphe 1 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁶⁷ Article 56 paragraphe 7 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

<p>qu'auprès des entités d'une entreprise verticalement intégrée, des exploitants de services de transport public urbain dans la région d'Ile-de-France sur les réseaux dont la Régie autonome des transports parisiens assure la mission de gestionnaire technique et de la Régie autonome des transports parisiens¹⁷⁵⁷.</p>	<p>collaboration avec la Competition Market Authority (CMA)¹⁷⁶⁰</p> <p>Pouvoir de prendre de mesures pour assurer la conformité des acteurs du secteur aux règles en vigueur¹⁷⁶¹</p> <p>Pouvoir de fixer des amendes (penalties)¹⁷⁶²</p> <p>Pouvoir d'investigation des violations des licences ferroviaires¹⁷⁶³</p>	<p>fer, un exploitant d'une installation de services et les entreprises ferroviaires afin de déterminer si les dispositions relatives au dégroupage, à la prévention des conflits d'intérêts et à la transparence financière conformément aux articles 5 à 8 quinquies et 12 sont respectées. Dans le cas de sociétés verticalement intégrées, ces pouvoirs s'étendent à toutes les entités juridiques. L'autorité de régulation est autorisée à exiger des parties qu'elles fournissent les informations, documents et autres données nécessaires pour effectuer efficacement la vérification conformément à la phrase 1¹⁷⁶⁵ ;</p> <p>Possibilité de l'Autorité à participer dans des litiges civils¹⁷⁶⁶</p>	<p>des dispositions relatives à la séparation comptable¹⁷⁶⁸</p> <p>Le Conseil a le pouvoir de conduire des inspections sur la base de la Loi de la concurrence¹⁷⁶⁹</p>
--	--	---	--

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

¹⁷⁶⁰ Section 67 du Railways Act de 1993 ; aussi ORR, « Competition Act 1998 Guidance. Guidance on ORR's approach to the enforcement of the Competition Act 1998 in relation to the supply of services relating to railways », 31 March 2016, pp.51.

¹⁷⁶¹ Section 55 du Railways Act de 1993.

¹⁷⁶² Section 57A du Railways Act de 1993.

¹⁷⁶³ Section 68 du Railways Act de 1993.

¹⁷⁶⁵ Article 70 paragraphe 1 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁶⁶ Article 76 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁶⁸ Article 56 paragraphe 12 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique.

¹⁷⁶⁹ Article 56 paragraphe 14 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique ; Loi de la concurrence n°21/1996, publiée au Journal officiel de la Roumanie, en vigueur depuis le 30 janvier 1997.

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

**LES POUVOIRS DES RÉGULATEURS FERROVIAIRES
AU TITRE DE LEUR MISSIONS DE REGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

ART (FR)	ORR (RU)	BUNDESNETZAGENTUR (ALL)	CNDSF (RO)
<p>Tout candidat, tout gestionnaire d'infrastructure ou tout exploitant d'installation de service peut saisir l'Autorité de régulation des transports d'un différend, dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés 1° A l'accès au réseau ferroviaire (...)1770 ; 2° A l'accès aux installations de service, y compris la fourniture et la mise en œuvre de la tarification des services de base (...)et des prestations complémentaires ou connexes ; 3° Au non-respect, par les gestionnaires d'infrastructure et les entités de l'entreprise verticalement intégrée définie à l'article L. 2122-3, des dispositions qui leur sont directement applicables (...)1771</p> <p>Toute autorité organisatrice des transports compétente, toute entreprise fournissant des services publics de transport ferroviaire de voyageurs, tout gestionnaire d'infrastructure ou tout exploitant d'installation de service peut saisir l'Autorité de régulation des</p>	<p>Tout candidat peut saisir l'ORR s'il estime qu'il a été injustement traité, victime de discrimination ou est lésé de toute autre manière, et en particulier contre les décisions adoptées par le gestionnaire de l'infrastructure, un organisme de répartition, un organisme de tarification, un prestataire de services ou, selon le cas, une entreprise ferroviaire (...)1779 ;</p> <p>Surveillance du marché ;</p>	<p>Si une personne autorisée à accéder (au réseau) considère que ses droits ont été discriminés par des décisions d'un gestionnaire d'infrastructure ferroviaire ou que ses droits ont été violés d'une autre manière, elle a le droit d'appeler l'autorité de régulation¹⁷⁸⁵. Celle-ci vérifie : 1. Le projet et la version finale de la déclaration de réseau, 2. e projet et la version finale des conditions d'utilisation des installations de service, 3. les critères qui y sont spécifiés 4. le processus d'allocation et son résultat, 5. La tarification etc¹⁷⁸⁶ ;</p> <p>L'Autorité statue sur la plainte, prend des mesures correctives et informe les parties concernées de sa décision, qui</p>	<p>Le Conseil national de surveillance des chemins de fer analyse et se prononce par décision sur la plainte déposée par tout demandeur qui estime qu'il a été traité injustement, a été discriminée ou injustement traité de quelque manière que ce soit, notamment par les décisions prises par l'administrateur d'infrastructure ou, le cas échéant, par le transporteur ferroviaire ou par l'exploitant d'une</p>

¹⁷⁷⁰ Art. L.1263-2 du Code des transports (modifié par l'Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019). En particulier au « a) Au contenu du document de référence du réseau ; b) A la procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires et aux décisions correspondantes ; c) Aux conditions particulières qui lui sont faites ; d) A l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en œuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau en application du système de tarification ferroviaire ; e) A la surveillance exercée en matière de sécurité ferroviaire ; f) A la gestion opérationnelle des circulations ; g) A la planification du renouvellement et de l'entretien programmé ou non programmé de l'infrastructure ferroviaire ; h) A la création de services de transport de personnes librement organisés en application de l'article L. 2121-12 ; i) A l'exécution des accords-cadres mentionnés aux articles L. 2122-6 et L. 2122-7, des contrats d'utilisation de l'infrastructure et des accords de coopération mentionnés à l'article L. 2122-4-3-2 ; ».

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ Section 32 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁸⁵ Article 66 paragraphe 1 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁸⁶ Article 66 paragraphe 4 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

<p>transports d'un différend relatif à la transmission d'informations aux autorités organisatrices de transport prévue à l'article L. 2121-19¹⁷⁷² ;</p> <p>Ces mêmes entités ainsi que tout opérateur économique participant à une procédure de passation d'un contrat de service public peuvent, dans les mêmes conditions, saisir l'Autorité de régulation des transports d'un différend relatif à la communication d'informations aux opérateurs économiques participant à une procédure de passation d'un contrat de service public prévue à l'article L. 2121-16¹⁷⁷³ ;</p> <p>Toute autorité organisatrice compétente ou tout cédant au sens de l'article L. 2121-21 peut saisir l'Autorité de régulation des transports d'un différend relatif à la fixation, dans les conditions prévues à l'article L. 2121-22, du nombre de salariés dont le contrat de travail se poursuit auprès du nouvel employeur¹⁷⁷⁴ ;</p> <p>La décision de l'Autorité de régulation des transports, qui peut être assortie d'astreintes, précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde¹⁷⁷⁵ ; L'Autorité prend les mesures appropriées pour corriger toute discrimination ou toute distorsion de concurrence¹⁷⁷⁶ ;</p>	<p>L'ORR vérifie si le Network Statement contient des clauses discriminatoires¹⁷⁸⁰ ;</p> <p>Possibilité de solliciter au GI ou le cas échéant, à l'opérateur ferroviaire la communication des documents comptable¹⁷⁸¹ ;</p> <p>Pouvoir de donner des instructions au GI pour corriger les discriminations des candidats¹⁷⁸² ;</p> <p>Pouvoir de réaliser des audits auprès du GI pour vérifier le respect des règles de la séparation comptable¹⁷⁸³ ;</p> <p>Pouvoir de fixer une amende (penalty) d'un montant raisonnable¹⁷⁸⁴</p>	<p>doit être justifiée, dans un délai raisonnable prédéterminé, mais en tout état de cause dans les six semaines suivant la réception de toutes les informations nécessaires. Quelles que soient les compétences des autorités antitrust, elle décide d'office des mesures appropriées pour prévenir la discrimination et les distorsions du marché¹⁷⁸⁷ ;</p> <p>L'autorité de régulation décide de la validité du contrat (d'accès à l'infrastructure) ou de la rémunération, déclare les contrats en conflit inefficaces et stipule les conditions contractuelles ou les honoraires¹⁷⁸⁸ .</p>	<p>infrastructure de services pour :</p> <p>a) le document de référence du réseau dans ses versions provisoire et finale ;</p> <p>b) les critères établis dans le document de référence du réseau ;</p> <p>c) la procédure d'attribution et son résultat ;</p> <p>d) le système de tarification ;</p> <p>e) le niveau ou la structure des redevances d'infrastructure qui doivent ou doivent être payées ;</p> <p>f) les mesures d'accès conformément aux dispositions de l'art. 10-13 ;</p> <p>g) l'accès aux services et leur tarification,</p>
---	--	---	---

¹⁷⁷² *Ibid.* Art. L1263-2 II.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ *Ibid.* Art. L1263-2 III.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.* Art. L1263-2 IV.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁰ Section 34 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁸¹ Section 35 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁸² Section 34 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016, précité.

¹⁷⁸³ Section 35 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁸⁴ Section 38 du Railways (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations de 2016.

¹⁷⁸⁷ Article 68 paragraphe 1 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

¹⁷⁸⁸ Article 68 paragraphe 2 d'Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

<p>Lorsque c'est nécessaire pour le règlement d'un différend relevant du I du présent article, elle fixe, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau ferroviaire ou aux installations de service et aux prestations qui y sont fournies ainsi que leurs conditions d'utilisation¹⁷⁷⁷ ;</p> <p>En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles énoncées aux I à III, l'Autorité de régulation des transports peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner, le cas échéant sous astreinte, les mesures conservatoires nécessaires¹⁷⁷⁸ .</p>			<p>conformément aux dispositions de l'art. 13¹⁷⁸⁹ ;</p> <p>Le Conseil peut demander des informations et / ou des documents et engager des consultations avec les parties concernées, ainsi qu'avec toute autre entité publique ou privée pouvant fournir des informations pertinentes pour l'analyse de la plainte, dans un délai maximum de 30 jours à compter de la réception de la plainte¹⁷⁹⁰ ;</p> <p>Le Conseil prend une décision dans un délai maximum de 40 jours à compter de la réception de toutes les informations et / ou documents nécessaires à l'analyse et impose par décision des mesures</p>
--	--	--	--

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ Article 56 paragraphe 2 de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique. (Traduction libre du roumain au français).

¹⁷⁹⁰ Article 56 paragraphe 4a) de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique. (Traduction libre du roumain au français).

PANORAMA DES POUVOIRS DES REGULATEURS FERROVIAIRES

			garantissant la réparation de la situation ¹⁷⁹¹ .
--	--	--	--

¹⁷⁹¹ Article 56 paragraphe 4 b) et c) de la loi n°202/2016 relative à l'intégration du système ferroviaire roumain dans l'espace ferroviaire européen unique. (Traduction libre du roumain au français).

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

(La bibliographie ne reprend pas toutes les références en note de bas de page)

I. ENCYCLOPEDIES, REPERTOIRES, FASCICULES

- ARHEL (P.)**, *Concentration, Répertoire des sociétés*, février 2017
- BERLIN (D.)**, *Fasc.1480. Contrôle des concentrations- Champ d'application : contrôle des concentrations de l'Union, Jurisclasseur Europe Traité*, 30 novembre 2018.
- BERROD (F.)**, *Monopoles publics, Lexisnexis*, Fasc.1510, 1^{er} novembre 2008, p.37.
- BLAISE (J.-B.)**, *Entente*, Répertoire de droit européen, 2016, p.1-20.
- BOIZARD (M.)**, *Sous-traitance*, Répertoire de droit européen, 1992.
- BROUSSOLLE (D.)**, *Transports terrestres : ferroviaires, fluviaux, postaux, routiers – transports ferroviaires*, Répertoire de droit européen, 2008, p.105-106.
- BROUSSOLLE (D.)**, *Chapitre 2° : Compétences des collectivités territoriales : transports de personnes*, Encyclopédie des collectivités locales, mai 2017.
- BROUSSOLLE (D.)**, *Les transports de personnes, Chapitre 3 (folio n°4132)*, Encyclopédie des collectivités locales, mars 2012.
- CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^{ème} ed., 2007, p.482.
- COURIVAUD (H.)**, *Droit de la concurrence et entreprises publiques- L'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé, Fasc.122*, 1^{er} avril 2009, pp.49.
- DOUENCE (J.-C.)**, *Chapitre 3 – Services publics locaux : gestion en régie directe*, Encyclopédie des collectivités locales, février 2009.
- Dossier, *Les modes d'emploi de la SPL*, AJCT, n°6, Juin 2011, p.265.
- ECKERT (G.)**, *Entreprise publique*, Répertoire de droit européen, 2011, p.1-42.
- KOVAR (R.)**, *Monopoles publics*, Répertoire de droit européen, janvier 2006, p.51.
- LAGET-ANNEMAYER (A.)**, *Fasc. 279 : Transports Ferroviaires*, Lexisnexis, Jurisclasseur Administratif, 2 juin 2019
- NOGUELLOU (R.)**, *Champ d'application organique*, Jurisclasseur Contrats et marchés publics, fascicule n°40, 2009.
- ORSINI (G.)**, *Chapitre 4- Ressources locales : finances régionales*, Encyclopédie des collectivités locales, août 2014 ;
- ORSINI (G.)**, *Chapitre 5 : Ressources locales : dotations ou subventions d'équipement*, Encyclopédie des collectivités locales, novembre 2014.
- PONTIER (J.-M.)**, *Chapitre 5 - Compétences des collectivités territoriales- culture*, Encyclopédie des collectivités locales, mai 2017.

PONTIER (J.-M.), Les transports ferroviaires, Encyclopédie des collectivités locales.

RODRIGUES (S.), *Transports aériens*, Répertoire de droit européen, 2014, p.24-35.

SALQUE (C.), *Fasc.615-20 : Transport ferroviaire interne -Groupe public ferroviaire-Groupe public unifié. Transformation d'EPIC en société anonyme à capitaux publics*, JurisClasseur Transport, 12 janvier 2019.

TERNEYRE (P.), *Responsabilité contractuelle*, dans le Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, avril 2012,

II. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX

BERLIN (D.) *Politiques de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne -Traités, Bruxelles, Bruylant, 2016.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 1^{re} Ed., Presses Universitaires de France, 1978, p.415.

DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p.556.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t.2, Sirey, 1923, p.55.

MILL (J. S.), *Principes d'économie politique*, 2^e éd., Paris, Guillaumin, pp. 132-133.

MURARU (I.), **TANASESCU (S.)**, *Drept constituional si institutii politice*, Editura Lumina Lex, Bucuresti, 2002

POPA (N.), *Teoria generala a dreptului*, Editura All Beck, Bucuresti, 2002.

QUESNAY (F.), *Œuvres économiques et philosophiques de R.Quesnay, fondateur du système physiocratique*, J. Baer, 1888, p.814.

ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-Providence*, Seuil, 1981, réed. 1987.

UGLEAN (Gh.), *Drept constitutional si institutii politice*, Editura Romania de Maine, 2007, Bucuresti.

III. MANUELS, COURS, COMMENTAIRES

BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, P.U.F., 2^{ème} ed., 2003.

BRAULT (D.), *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J., 2004.

CHEROT (J.-Y.), *Droit public économique*, 2^e ed., Economica, 2007.

COLSON (J.-P.), **IDOUX (P.)**, *Droit public économique*, L.G.D.J., 9^{ème} éd., 2018.

CRAIG (P.), **DE BURCA (G.)**, *EU Law. Texts. Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 5^{ème} ed., 2011.

DECOCQ (A.), **DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, L.G.D.J., 8^{ème} ed., 2018.

DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne-Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017.

DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne-Manuels, Bruxelles, 2^{ème} ed. Bruylant, 2020.

ELHAUGE (E.), GERALDIN (D.), *Global Competition Law and Economics*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011.

FRISON-ROCHE (M.-A.), Payet (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{ère} ed., 2006.

GAVALDA (C.), PARLEANI (G.), LECOURT (B.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Lexisnexis, 7^{ème} Ed., 2015.

GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Col. Domat-Droit public, Paris, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2016.

HOEPPFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, n°482.

LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2017.

LINOTTE (D.), ROMI (R.), *Droit public économique*, Lexisnexis, 7^{ème} ed., 2012.

LOUVARIS (A.), *Droit administratif*, P.U.F., 2011.

MAINGUY (D.), DEPINCE (M.), *Droit de la concurrence*, 2^{ème} ed., Lexisnexis, 2015.

NEGULESCU (P.), *Tratat de drept administrativ*, Tipografiile Romane Unite, Bucuresti, 1925.

MUNTEANU (A-M), *Drept constitutional si Institutii politice*, Editura Fundatiei Romania de Maine, Bucuresti, 2014.

PAVELESCU (T.), *Tratat elementar de drept administrativ*, Sitech, Craiova, 2007.

PIEDELIEVRE (S.), GENCY-TANDONNET (D.), *Droit des transports*, Coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2013.

PRIETO (C.), BOSCO (D.), *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Coll. Droit de l'Union européenne-Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 9^{ème} ed., 2014, n°1081.

RICHER (L.), LICHERE (F.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^{ème} éd., n°435.

ROLLAND (L.), *Précis de droit administratif*, 11^e, ed., 1957, Dalloz.

TEODORESCU (A.), *Tratat de drept administrativ*, Vol.I.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, 7^{ème} éd., PUF, 2017.

UBAUD -BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2017.

VOGEL (L.), *Droit de la concurrence. Droit européen et français*, Lawlex, 2012, Tome 1.

WISH (R.), BAILEY (D.), *Competition law*, Oxford, 7th ed., Oxford University Press, 2012.

IV. OUVRAGES SPECIAUX

- ARCELIN (L.)**, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^{ème} ed., 2013, PU Rennes.
- BON -GARCIN (I.), BERNADET (M.), DELEBECQUE (P.)**, *Droit des transports*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018.
- BRACONNIER (S.)**, *Précis du droit de la commande publique. Marchés publics – Concessions*, ed. Le Moniteur, 2017.
- BURDEAU (F.)**, *Histoire du droit administratif (De la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Coll. Themis, 1995.
- CHARBIT (N.)**, *Secteur public et droit de la concurrence*, ed. Joly, 1999.
- DONIER (V.)**, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} ed., Dalloz Mementos, 2019.
- DU MARAIS (B.)**, *Droit public de la régulation économique*, Coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.
- JANICOT (L.), VERPEAUX (M.)**, *Droit des collectivités territoriales*, 1^{ère} ed., L.G.D.J., 2019, p.534.
- MERLIN (P.)**, *Géographie, économie et planification des transports*, Coll., Fondamental, P.U.F., 1991.
- MESTRE (J.-L.)**, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. Droit fondamental, 1985.
- PIEDELIEVRE (S.), GENCY-TANDONNET (D.)**, *Droit des transports*, Coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2^{ème} Ed., 2019.
- PRIETO (C.)**, *Fondamentaux du droit européen de la concurrence*, Jurisclasseur Lexisnexus, 30 avril 2019.
- PRIETO (C.)**, *Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes*, Recueil Dalloz, 2004.
- PRIETO (C.)**, *Contrôle européen des concentrations*, 30 avril 2019, Lexisnexus.
- RODRIGUES (S.)**, *Les services publics face au droit communautaire. Les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007.
- VALLINDAS (G.)**, *Droit européen des concentrations*, Coll., Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- VOGEL (L.)**, *Contrôle français des concentrations*, LawLex/Bruylant, 2017.

V. OUVRAGES COLLECTIFS

ARMOOGUM (J.), GUILLOUX (T.), RICHER (C.) (dir), *Mobilité en transitions. Connaitre, comprendre et représenter*, ed. CEREMA-IFSTTAR, coll. Rapport d'études et de recherches.

RAPOPORT (C.) (dir), DE LA ROSA (S.), *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2015.

VIDELIN (J.-Ch.), (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Coll. Colloques et débats Paris, LexisNexis, 2013.

VI. THESES

CATEURA (O.), *Dynamique des stratégies concurrentielles dans un contexte de libéralisation. Le cas de l'industrie électrique en France*, Montpellier, Université Montpellier I, thèse dactyl., 2007.

CHAMPIN (H.), *Construire un espace ferroviaire européen intégré. Politique commune des transports et européenisation des relations professionnelles dans le secteur des chemins de fer*, Paris, Université Paris-Saclay, thèse dactyl., 2017.

CHAVAROCLETTE-BOUFFERT (S.), *L'interprétation des directives de l'Union sur les marchés publics par la Cour de Justice*, Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, thèse dactyl., 2013.

DE LA ROSA (S.), *La méthode d'ouverture de coordination dans le système juridique communautaire*, Coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2007.

DESMARIS (C.) , *Le transport ferroviaire régional de voyageurs en France : à la lumière de la théorie néo-institutionnaliste et des comptes de surplus*, Lyon, Université Lyon Lumière 2, thèse dactyl., 2010.

DESTAILLEUR (T.), *L'obligation de service public en droit de l'Union européenne*, Valenciennes, Université Polytechnique Hauts-de-France, thèse dactyl., 2018.

DIF-PRADALIER (M.), *Libéralisation du marché de l'énergie, réorganisation du travail et mobilisation collective dans l'entreprise. Le cas de Gaz de Bordeaux*, Bordeaux, Université Bordeaux 2, thèse dactyl., 2009.

EMIRI (T.), *Concurrence et secteur public économique : L'article 90 du Traité CE, moyen d'encadrement communautaire des activités étatiques d'intérêt économique général*, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, thèse dactyl., 1998.

GAXIE (L.), *La construction des services publics en Europe : contribution à l'élaboration d'un concept commun*, Paris, Université Paris Nanterre, thèse dactyl., 2016.

GRARD (L.), *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire. Contribution à l'étude du droit positive et prospective juridique*, Bordeaux, Université Bordeaux I, Thèse dactyl., 2 tomes, 1992.

HERRGOTT (D.), *Modélisation et mise en perspective de la diversité du fonctionnement des transports ferroviaires conventionnés de voyageurs*, Strasbourg, Université de Strasbourg, thèse dactyl., 2015.

ISIDORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire. Et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 242, 2006.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseau*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2002.

PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, thèse dactyl. 2011.

PRADALIER (M.), *Libéralisation du marché de l'énergie, réorganisation du travail et mobilisation collective dans l'entreprise. Le cas de Gaz de Bordeaux*, Bordeaux, Université Victor Segalen - Bordeaux II, 2011.

RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, Tec & Doc, 2000.

SIFFERT (A.), *Libéralisme et service public*, Le Havre, Université du Havre, thèse dactyl., 2015.

VILLABLANCA (L.), *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, Paris, Université Panthéon-Assas, thèse dactyl., 2013.

VII. ARTICLES

AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), (CO)Régulation économique des industries de réseau : le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe, dans C. Rapoport, L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalités ?, Bruylant, 2015, Bruxelles. 239, p.362.

AMILHAT (M.), *Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique*, AJDA, 2019, p.793.

ANDRIEU (S.), *Les contrats de service public du secteur de l'énergie*, RFDA, 2017, p.246.

AREEDA (Ph. E.) HOVENKAMP (H.), *The essential facility doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned*, in *Antitrust Law*, 2ème ed., Aspen publishing, 2002.

AREEDA (Ph. E.), *Essential facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L.J.*, 841, 1990.

ARHEL (P.), *Modernisation des règles communautaires relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante*, LPA n°66, 2 avril 2003.

ARSAC (M.), *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire*, L.G.D.J., 1997, p.138.

AUDIT (M.), *Les autorités de régulation : la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés*, dans Audit (M.) (dir.), Watt (H. M.), Pataut (E.), *Conflits de lois et régulation économique. L'expérience du marché intérieur*, L.G.D.J., 2008.

AUTIN (J.-L.), *Autorités administratives indépendantes*, *Jurisclasseur Administratif*, 6 octobre 2016.

BALAT (N.), *Naissance de l'Autorité de régulation des transports*, D., 2019, p.1768.

- BALDIN (C.), RAGNI (L.),** *L'apport de Pellegrino Rossi à la théorie de l'offre et de la demande : une tentative d'interprétation*, *Revue Oeconomia*, p. 193- 227.
- BARON (N.),** *L'incertain tournant serviciel des gares*, *Puca France*, 2016 (34), p.4.
- BARONE (S.),** *Régionalisation des transports collectifs : la fabrication d'une réforme consensuelle*, *Sociologie du Travail*, Volume 50, Issue 4, Octobre-Décembre, 2008, pp.471-488.
- BAUBY (P.),** *Service public, services publics*, *Les études de la Documentation française*, n°5338, 2011.
- BAUMOL (W. J.),** *Microtheory: Applications and Origins*, *MIT Press*, 1986, p.286.
- BAUMOL (W.J.),** *Contestable markets: An uprising in the Theory of Industry Structure*, *The American Economic Review*, Vol. 72, n°1, March 1982, pp.1-15.
- BAZEX (M.), LANNEAU (R.),** *Loi pour un nouveau pacte ferroviaire – Commentaire de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire*, *Étude par Michel Bazex et Régis Lanneau*, *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.
- BAZEX (M.), LANNEAU (R.),** *Les adaptations nécessaires du transport ferroviaire aux nouvelles réalités économiques du monde moderne*, *Droit administratif*, n°5, mai 2018, comm.29.
- BAZEX (M.),** *Le régime des aides d'État octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics*, *Dr. adm.* 2014, comm. 42.
- BEKKALI (M.), CHARLES (J.-B.),** *Une nouvelle donne pour la régulation des transports*, *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°3, mars 2020, dossier 12.
- BELL (J.),** *Le service public : l'expérience britannique*, *AJDA* 1997, p.130.
- BENEDETTO (V.), SMITH (A.), NASH (C.),** *Evaluating the role and powers of rail regulatory bodies in Europe: a survey-based approach*, *Transport Policy*, 2017, Vol. 59, p.116-128.
- BENJAMIN (M.-Y.),** *La mise en concurrence du capital des sociétés d'économie mixte ?*, *RFDA*, 2005, p.973.
- BERGANTINO (A.S.), CAPOZZA (C.), CAPURSO (M.),** *The impact of open access on intra-and inter-modal rail competition. A national level analysis in Italy*, *Transport Policy*, 39 (2015) 77-86.
- BERGER (R.)** *20 years of German Rail Reform and Deutsche Bahn AG*, *Diaporama*, Berlin, January 2014, pp.51, p.42.
- BERLIN (D.), CALVET (H.), COULON (E.),** *Concentrations : chronique d'actualité*, *RTD. Eur.*, 1996, p.535.
- BETAÏLLE (J.),** *L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction*, *RSC*, 2019, p.289.
- BITZAN (J.),** *Railroad Costs and Competition: The Implications of Introducing Competition to Railroad Networks*, *Journal of Transport Economics and Policy* Vol. 37, No. 2 (May, 2003), pp. 201-225.
- BIZET (J.-F.),** *Entreprises publiques locales*, 2è ed., *Lamy Wolters Kluwer*, 2012, p. 378.
- BLANQUART (C.), HYARD (A.),** *L'indépendance de la régulation des activités ferroviaires en France : la quadrature du cercle*, *Politiques et management public*, vol 29/4, 2012, p.591-606.
- BOITEAU (C.),** *La société d'économie mixte locale, délégataire de service public*, *AJDA*, 2002, p.1318.

BONNEAU (T.), *Efficacité et avenir de la régulation financière*, *RD. banc. et fin.*, n° 6, 2010, étude 35, n° 1.

BOUAL (J.-B.), *Le règlement communautaire des obligations de service public dans le domaine des transports depuis les années 1960, En perspective*, n°13,2014, p.3, p.13.

BOURGEOIS-MACHUREAU (B.), *L'autorité de régulation des activités ferroviaires, bilan d'étape*, *Revue juridique de l'économie publique*, n°725, décembre 2014, étude 10.

BOUTEILLE (M.), **GEFFARD (J.)**, *Les conditions contractuelles d'accès des entreprises de transport de marchandises aux infrastructures ferroviaires*, C. Rapoport, « L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalités ? », Bruylant, 2015, Bruxelles, p.362.

BOY (L.), *Réflexions sur « le droit de la régulation » A propos du texte de M.-A. Frison-Roche, D.*, 2001, p.3031.

BRACONNIER (S.), *Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat*, *AJDA*, 2015, pp.1795.

BRACONNIER (S.), *Les règles d'attribution des contrats*, *RFDA*, 2016, p.252.

BRADSHAW (B.), *The privatization of railways in Britain*, *Japan Railways and Transport*, September, 1996, p.7.

BRAMERET (S.), *Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ?*, *RFDA*, 2019, p.100.

BRENET (F.), *Les nouvelles bases du droit des concessions*, *AJDA*, 2016, p.992.

BREVILLE (A.), *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes*, *AJDA*, 2004, p.1754.

BRISSON (J.-F.), *Décentralisation et contractualisation*, *AJDA*, 2019, p.2435.

BROUSSEAU (E.), *La régulation et ses modèles, Nouvelles concurrences et régulation*, n°159, avril 2016, p.12-18.

BROUSOLLE (D.), *La régionalisation ferroviaire*, *AJDA*, 2002, p.435.

BROUSOLLE (D.), *Reformatage de la SNCF, entre déficit et concurrence*, *AJDA* 2014, p. 1881.

BULLINGER (M.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale en Allemagne*, p. 143-177 dans Marcou (G.), Moderne (F.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2, Expériences européennes, L'Harmattan, 2006, p.458.

BURKARD (E.), *L'État régulateur en Europe dans Revue française de science politique*, 49^e année, n°2, 1999. p. 205-230.

CABANESE (C.), **NEVEU (B.)**, *Exploitation d'un réseau de transport public : le choix de la régie*, *Contrats publics*, n°154, mai 2015, p. 26-30.

CAFARELLI (F.), *Les collectivités territoriales et l'activité ferroviaire*, dans Videlin (J.-C.) (Dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, LexisNexis, p. 255.

CALME (S.), *L'évolution du droit des transports ferroviaires en Europe*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2008, p.315.

CAMPOS (J.), CANTOS (P.), Rail Transport Regulation, *Policy Research Working Paper*, n°2064, Washington DC, World Bank, 1999, p.67.

CANTOS (P.), PASTOR (J.M.), SERRANO (L.), *Vertical and Horizontal separation in the European Railway Sector and its Effects on Productivity*, *Journal of Transport Economics and Policy*, mai 2010.

CARPENTIER-DAUBRESSE (N.), *La nouvelle autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)*, *Droit et Ville*, 2016/2, n°82, p.129-143.

CASCETTA (E.), COPPOLA (P.), *Competition on fast track: an analysis of the first competitive market for HSR services*, *Procedia Social and Behavioural Sciences*, 111 (2014), p.176-185.

CASULLO (L.), *The efficiency Impact of Open Access Competition in Rail Markets. The case of Domestic passenger services in Europe*, International transport Forum, OCDE, 2016, p.31.

CHAMMING (G.), *Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité*, *AJDA*, 2014, p.985.

CHAMPY (J.-L.), DE KERSAUSON (Q.), *Mise en concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs : vers un renouveau de la politique conventionnelle*, *Contrats et Marchés publics*, n°8-9, août 2019, étude 10.

CHEVALLIER (J.), *L'État régulateur*, *RFAP* 2004, n°111, p.473.

CHEVALLIER (J.), *Regards sur une évolution*, *AJDA*, 1997, spécial : Le service public -unité et diversité, p.11.

CHEVALLIER (J.) *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, la Semaine Juridique Edition Générale n°30, 6 Août 1986, doct. 3254

CHEVALLIER (J.), *Les autorités administratives indépendantes et la régulation du marché : Justices* 1/1995, p. 81

COLLET (M.), *Autorités de régulation et procès équitable*, *AJDA*, 2007, p.80.

COSSALTER (P.), *La société publique locale ; un outil répandu en Europe*, *Revue du droit public*, 1er mai 2011, n°3, p.730.

COSSALTER (P.), *Les EPIC face au droit de la concurrence*, *J.C.P.A.* n°38, 14 septembre 2009, p.2221.

COUPE (C.), *Marché de service, concession de service, délégation de service public : quelles différences ?*, *AJCT*, 2019, pp.170.

CROZET (Y.), *Champion national ou nostalgie du monopole*, *VRT*, 2013, p. 57-59.

CROZET (Y.), HEROIN (E.), *Le transport régional de voyageurs : régionalisation et nouvelles incitations à la performance ferroviaire*, *Politiques et management public*, vol. 17, n° 3, 1999, p.172-193.

DABRETEAU (J.), *Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit de ses EPIC*, *AJDA* 2010, p. 2346.

DACOSTA (B.), ROUSSEL (S.), *L'écriture du code*, *AJDA*, 2019, p.376.

DE CORAIL (J.-L.), *L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites*, *AJDA*, 1997, p.20.

DE LA ROSA (S.), *L'accès au réseau*, *RFDA* 2018, p.874.

DE LA ROSA (S.), *La future réforme ferroviaire ou ce qu'ouvrir à la concurrence veut dire*, D., 2018, p.625.

DE LA ROSA (S.), *La loi pour un nouveau pacte ferroviaire ou la nouvelle vie du rail*, *Le club des juristes*, le 18 juin 2018.

DE LA ROSA (S.), **Rapoport (C.)**, *La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de Justice sur la mise en œuvre des directives communautaires*, dans *Europe*, étude n°7.

DE LA ROSA (S.), *SNCF et concurrence : les grandes lignes du rapport Spinetta*, *Le club des juristes*, 20 février 2018.

DE LA ROSA (S.), *Vers un transfert de gestion des lignes ferroviaires locales aux régions ? A propos de l'article 172 de la loi d'orientation des mobilités*, *J.C.P.A.* n°9, 2 Mars 2020, p.2062.

DESMARIS (C.), **CROCCOLO (F.)**, **PATUELLI (A.)**, *La compétition sur le marché dans la grande vitesse en Italie : une réforme ferroviaire majeure pour un jeu « gagnant-gagnant » ?* *HAL*, 20 septembre 2016, p.18

DESMARIS (C.), *Une réforme du transport ferroviaire de voyageurs en Suisse ; davantage de performances sans concurrence ?*, *Cahiers Scientifiques du Transport*, n°65, 2014, pp. 67-96.

DE MONTECLER (M. C.) *Manuel Valls imagine un avenir à plusieurs vitesses pour les départements*, *AJDA*, 2014, pp.1628.

DE MONSEMBERNARD (M.), *La constitution d'un groupe public ferroviaire : la réforme continue*, *Énergie- Environnement-Infrastructures*, n°4, avril 2015, étude 6.

DE SIGOYER (V.), *Expression des besoins et spécifications techniques*, *Contrats publics*, n°170, novembre 2016, pp.2628.

DESTAILLEUR (T.), *La préservation de l'équilibre économique des lignes et des contrats de service public de transport depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 7, Juillet 2019, étude 10.

DEBOUZY (O.), **APELBAUM (R.)**, *Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique*, D., 2008, p.2356.

DEBOUZY (O.), **GUILLOT (P.)**, *Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public*, D., 2005, p.319.

DELACOUR (E.), *Services publics et concurrence communautaire*, *R.M.C.U.E.*, 1996, p.501.

DELAUNAY (B.), *Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres*, *Revue juridique de l'économie publique*, n°668, Octobre 2009, étude 11.

DELEBECQUE (Ph.), **CALME (S.)**, *Le règlement communautaire n°1371/2007 du parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires*, *Revue de droit des transports*, n°3, Mars 2009, étude 4.

DELEBECQUE (Ph.), *A propos de la loi sur l'organisation et la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives au transport*, *Revue de droit des transports*, 2001, repère 2.

DELELIS (P.), *Contrat de partenariat et exploitation du service public*, *AJDA*, 2010, p.2244.

DELPECH (X.), *Concurrence-Suspicion de position dominante dans le secteur du transport par autocar*, *JT*, 2017, n°199, p.9.

DELPECH (X.), *L'encadrement juridique des nouvelles mobilités*, *JT*, 2016, n°182, p.24.

DELPECH (X.), *Le droit, facteur de métamorphose du secteur des transports*, *JT*, 2015, n°180, p.3.

DERUY (L.), *Les nouveaux contrats de partenariat : état de la réforme*, *RDI*, 2003, p.510.

DESROSIÈRES (A.), *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, La Découverte, Paris, 2014.

DEVES (C.), *Sauvons les sociétés publiques locales*, *JT*, 2019, n°218, p.3.

DEVES (C.), *Les SPL sous l'œil de l'Autorité de la concurrence*, *AJCT*, 2012, p.93.

DEVES (C.), *Quelle correspondance entre la ou les compétences d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités et le champ d'intervention d'une SPL*, *AJCT*, 2017, p.42.

DIDRICHE (O.), *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, *AJCT*, 2015, p.633.

DIXON (J.) JOYNER (M.), *Privatization of British Rail: the Holy Grail or a Poisoned chalice?*, *Administrative Theory & Praxis*, Vol. 22, N° 3, 2000 : 630-34.

DONIER (V.), *Les lois du service public : entre tradition et modernité*, *RFDA*, 2006, p.1219.

DOUENCE (J.-C.), *La notion de service public local*, Chapitre 1 (folio n°6027), Dalloz, mars 2007.

DREYFUS (J.-D.), *Le champ d'application matériel de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession*, *AJCT*, 2016.236.

DREYFUS (J.-D.), *L'externalisation, éléments de droit public*, *AJDA*, 2002, p.1214.

DUPRAT (J.-P.), *La soumission des régulateurs à régulation*, *AJDA*, 2006, p.1203.

DURAND (C.-F.), *Service public européen et politique industrielle ou la promotion de l'intérêt général et du service des citoyens*, *RMCUE*, mars 1996, p.211.

ECKERT (G.), *Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ?* *Rev. CMP* 2019. Repère 1.

ECKERT (G.), *Concurrence et régulation*, *RFDA*, 2018, p.866.

ECKERT (G.), *De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC*, *JCP A* 2014, p.2160.

ECKERT (G.), *Interventions économiques : de la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC*, *J.C.P.A.*, n°21, 26 mai 2014, p.2160.

ECKERT (G.), *Les sociétés d'économie mixte*, *RFDA*, 2005, p.959.

EMERY (C.), *Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public privé*, *AJDA*, 2005, p.2269.

EMMANUEL (B.T.), **CROZET (Y.)**, *Beyond the « bundling vs unbundling » controversy: What is at stake for the French Railways*, *Research in Transportation Economics*, 48, (2014), pp.393-400.

EPRON (Q.), *Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs*, *RFDA*, 2011, p.1007.

FINGER (M.), *Governance of competition and performance in European railways: An analysis of five cases*, *Utilities Policy*, 2014, vol. 13, p.278-288.

FRACKOWIAK (C.), DE LA ROSA (S.), *La genèse du code de la commande publique*, *AJ Contrat* 2019, p.156.

FRACKOWIAK (C.), *Des ordonnances de transposition du code de la commande publique*, *AJDA*, 2019, p.395.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, Que sais-je, Puf, 2011, p.124.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Autorités administratives incomprises*, *J.C.P.G.*, n°48, 29 Novembre 2010, 1166.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Définition du droit de la régulation économique*, *D.*, 2004, p.126.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le droit de la régulation*, *D.*, 2001, p.610.

GARCIA (E.M.), *Le service public : l'expérience espagnole*, *AJDA* 1997, p.136.

BON-GARCIN (I.), *L'évolution du droit des transports en Europe. Propos conclusifs*, *Revue de droit des transports*, n°1, janvier 2008, étude 1.

GAUTHIER-LESCOP (L.), JULIEN (L.), *De la régionalisation à la concurrence régulée. Analyse économique et juridique de la future organisation du transport ferroviaire régional de voyageurs*, *Politiques et Management Public*, vol 24, n°1, 2006, pp.1-28.

GEFFARD (J.), *Le système de transport ferroviaire national à la recherche de son équilibre. A propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire*, *RLC*, N°42, Janvier-Mars 2015, p.151-163.

GERADIN, (D.), *The liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, *Kluwer Law International*, 2000.

GLASS (A), *The rise and fall of Railtrack : an event study*, *Journal of Applied Economics*, Vol.43, 2011, Issue-23, pp. 3143-3153.

GLATT (J.-M.), *Loi pour le développement des sociétés publiques locales : le « in house » à la française*, *Petites affiches*, 30 août 2010, n°172, p.5.

GONZALES-VARAS (S.), *Problèmes juridiques de la passation des marchés publics à la lumière des directives communautaires des secteurs « spéciaux » et des recours*, *RTD eur.* 2004, p.317.

GOURVISH (T.), ANSON (M.), *British Rail 1974-97 From integration to Privatization*, Oxford University Press, 2002, p.736.

GRARD (L.), *L'espace ferroviaire unique européen : des réalités ou des chimères ?* dans Rapoport (C.) (dir), *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, Bruylant, 2015, Bruxelles, p. 362.

GRARD (L.), *Droit européen des transports : 15 février 2012/31 décembre 2012*, *Revue de droit des transports*, n°1, Janvier 2013, chron. 1.

GRARD (L.), *Transposition de la première génération de directives ferroviaires ; la Cour de justice de l'Union européenne didacticienne du droit*, *Revue de droit des transports*, n°3, Juillet 2013, étude 3.

GRARD (L.), *Le transport s'ouvre au concept d'Autorité indépendante de régulation avec l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)*, *Revue de droit des transports*, n°4, avril 2010, comm. 80.

GRARD (L.), *Concurrence et transport express régional de personnes*, *Revue de droit des transports*, n°2, février 2010, comm. 26.

GRARD (L.), *Répondre la régulation indépendante du transport en transformant l' « ARAF » en « ARTI »*, *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2010, comm.121.

GRARD (L.), *Commission ou Autorité de régulation des activités ferroviaires- Vers une transposition enfin satisfaisante des directives européennes ?* *Revue de droit des transports*, n°3, mars 2009.

GRARD (L.), *Codification des règles portant application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux transports par chemin de fer, par route et par voie navigable*, *Revue de droit des transports* n°5, mai 2009, comm.91.

GRARD (L.), *Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement*, *Revue de droit des transports*, n°3, mars 2008, comm.26

GRARD (L.), *Aides d'État aux entreprises ferroviaires : la doctrine officielle*, *Revue de droit des transports*, n°7-8, juillet 2008, comm.135.

GUENOU AHLIDJA (M.), *Le sous-contrat en droit public*, *RFDA*, 2018, p.915.

GUEZOU (O.), *Contrats publics et politique de la concurrence*, *RFDA* 2014, p.632.

GUILLERM (M.), *Contrat de partenariat et transport collectif*, *Contrats publics*, n°154, mai 2015.

HAENEL (H.), *Régionalisation ferroviaire : les clés d'un succès*, *La vie du rail*, 2011, p. 220.

HANSEN (P. S.), DE SEVIN (B.), *L'extension des compétences de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires par la loi Macron*, *J.C.P.A.*, n°28, 18 juillet 2016, 2211.

HAUTIER (A.), *Les impacts de la réforme des marchés publics sur le groupe public ferroviaire SNCF*, *Énergie -Environnement-Infrastructures* n°5, mai 2017, dossier 3.

HAYLEN (A.), BUTCHER (L.), *Rail structures, ownership and reform*, House of Commons Library, 27 July 2017, p.44.

HENSHER (D. A.), STANLEY (J.), *Transacting under a performance-based contract: the role of negotiation and competitive tendering*, *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, Vol., 42, Issue 9, November 2008, p.1143-1151.

HERRGOTT (D.), *Le rôle des autorités organisatrices de transport régional en France face aux enjeux européens*, dans Rapoport (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, Bruylant, pp.362.

HERTZOG (R.), *Le prix du service public*, *AJDA*, 1997, p.55.

HOEPFFNER (H.), *La délégation de service public, une notion condamnée ?* *RLCT*, 2014, n°18, p.45.

KROL (M.), TACZNOWSKI (J.), JARECKI (S.), KOLOS (A.), *Publicly owned operators can also challenge incumbents. New cases of open-access passenger rail competition in Poland*, *Journal of Rail Transport Planning Management*, vol. 12, December 2019.

IDOT (L.), *Procédures quasi-répressives en droit communautaire*, *RSC*, 2003, p.635.

IDOT (L.), *Transports ferroviaires*, *Europe* n°5, Mai 2001, comm. 187.

IDOT (L.), *L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence*, *Cahiers de Droit européen*, 1995, n°3-4, p. 263-321.

IDOUX (P.), *La loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire – Étude par Pascale Idoux, Droit Administratif*, n°1, Janvier 2019, étude 1.

IDOUX (P.), ROMI (R.), *A la recherche d'une gestion impartiale et équitable des gares- A propos du décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, J.C.P.A.*, n°29-33, 23 Juillet 2012, 2267.

JACQUEMOIRE (P.), *De la complexité d'apprécier le critère de complexité justifiant le recours à un contrat de partenariat public-privé- Conseil d'État 30 juillet 2014, AJCT*, 2014, p.615 ;

JOURDAN (F.), *Loi LOM : des transports aux « nouvelles mobilités », J.C.P.A.*, n°9, 2 mars 2020, 2059.

JOURDAN (F.), *Loi LOM : les mobilités comme moteur de la transition écologique, J.C.P.A.*, n°9, 2 mars 2020, 2060.

JOURDAN (P.), *La formation du concept de service public, RDP* 1987, p.89.

JUSTIER (S.), MAHLER (F.), *Les autorités organisatrices de transport face à l'ouverture à la concurrence des services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs, Énergie-Environnement-Infrastructure*, n°3, mars 2019, comm.18.

KADA (N.), *État et collectivités territoriales (petite) cuisine et (grandes) dépendances, AJDA*, 2019, p.2423.

KALFLECHE (G.), *Contractualisation et interventionnisme économique, RFDA*, 2018, pp.214.

KALOUDAS (C.), *La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Revue de l'Union européenne*, 2013, p.156 etc.

KARPENSCHIF (M.), *La RATP sauvée des eaux concurrentielles ? AJDA*, 2011, n°24, p. 1357.

KARPENSCHIF (M.), *Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ? J.C.P.A.*, n°8, 18 février 2008, 2038.

KARPENSCHIF (M.), *La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire, RFDA*, 2002, p.95.

KOVAR (J.-P.), *La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable, RD bancaire et fin.*, n°3, mai 2010, dossier 19.

KOVAR (R.), *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, D.*, 2003, p.478.

LAFFITE (O.), *SPL, SEMOP et transports collectifs : la « troisième voie » ?, Contrats publics*, n°154, mai 2015.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *Le nouveau pacte ferroviaire : D'un groupe à l'autre, RFDA* 2018, p.857.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *Le règlement des différends comme vecteur du renforcement des pouvoirs de l'ARAFER, Droit Administratif*, n°10, Octobre 2017, comm.44.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation en question – A propos des avis de l'ARAF sur les décrets d'application de la loi portant réforme ferroviaire, J.C.P.A.*, n°19-20, 12 mai 2015, act. 418.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : une imparfaite adaptation au cadre européen sous contrainte nationale*, *Droit Administratif*, n°12, Décembre 2014, étude 18.

LE CHATELIER (G.), *L'essor des sociétés publiques locales (SPL) passe par une modification de la loi*, *AJCT*, 2018, p.263.

LE CHATELIER (G.), *Les « cars Macron », un bilan après trois ans d'existence*, *ACJT*, 2018, p.508.

LERIDA-NAVARRO (C.), **NOMBELA (G.)**, **TRANCHEZ-MARTIN (J.M.)**, *European railways : Liberalization and productive efficiency*, *Transport Policy*, 2019, Vol. 83, p.57-67.

LEVALLOIS (P.), *La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié*, *Droit administratif*, n°10, octobre 2019, étude 12.

LIGNIERES (P.), *La Frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat*, *Droit Administratif*, 2005, Prat.7.

LINOTTE (D.), *De la sincérité des comparaisons entre les modes de gestion du service public et les divers contrats de commande publique*, *Gazette du Palais*, 3 avril 2010, p.9.

LINOTTE (D.), *La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ?* *RFDA*, 2012, p.1133.

LLORENS (F.), *Les contrats de partenariat (commentaire de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat)*, *RJEP*, 2004, p.522-523.

LODGE (T.), *Rail's second chance. Putting competition back on track*, *Centre for Policy Studies*, p.48.

LOMBARD (F.), *La sécurisation de l'actionnariat des entreprises publiques locales*, *RTD com.* 2019, p. 349

LOMBARD (M.), *L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?*, *AJDA* 2006, p.79.

LONG (M.), *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, *RFDA*, 1995, p.497.

MAIA (J.), *Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique*, *RFDA*, 2016, p.197.

MAIER (M.), *Libéralisation du fret ferroviaire après le premier paquet ferroviaire européen*, *Europe* n°7, juillet 2003, chron.8.

MAJONE (G.), *From the Positive to the Regulatory State : causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, *Journal of Public Policy*, 17(2) 1997, p.139-167.

MANDINE (S.), **DIDRICHE (O.)**, *Trois ans après sa « création », quelle place pour le contrat de concessions ?*, *AJCT*, 2019, p.166.

MARCOU (G.), *Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales*, *AJDA*, 2002, p.982.

MARCOU (G.), *Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs*, *AJDA*, 2003, p.982.

MARTIN (S.), *Le rapport Grignon et l'ouverture à la concurrence mesurée et progressive du transport ferroviaire de voyageurs*, *Revue de droit des transports*, n°9, Septembre 2011, étude 8.

MARTOR (B.), **ROSKIS (D.)**, *La bataille du rail : un droit en construction*, *Revue de droit des transports*, n°9, Septembre 2009, étude 12.

MAUPIN (E.), *Mise en concurrence des transports ferroviaires de voyageurs*, Dalloz actualité, 19 décembre 2018.

MCNULTY (Sir R.), *Realising the Potential of GB Rail: Final Independent Report of the Rail Value for Money Study*, London, Department for Transport and Office of Rail Regulation, 2011, p.320.

MENEMENIS (A.), *L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée*, AJDA, 2004, p.1737.

MILANO (L.), *Qu'est-ce qu'une juridiction. La question a-t-elle encore une utilité ? RFDA*, 2014, p.1119.

MIZUTANI (F.), **URANISHI (S.)**, *Does vertical separation reduce cost? An empirical analysis of the rail industry in European and east Asian OECD countries*, *Journal of Regulatory Economics*, 2013, Vol. 43 (1), p. 31-59.

MINNE (P.), *La notion de services ferroviaires relevant de la compétence de la région et la passation des marchés dans le secteur des transports*, AJDA, 2009, p.597.

MITRAN (D.), *Improving Access of SMES to the Public Procurement Market*, *Internal Auditing & Risk Management*, n° 2(30), June 2013, pp.244-251.

MOREAU (J.), *Comment qualifier un contrat conclu entre personnes publiques ? JCP A*, 2003, 1261.

MOSCA (M.), *On the origins of the vertical unbundling: The case of the French transportation industry in the nineteenth century*, *Journal of the History of Economic Thought*, 2013, Vol. 20, Issue 3, p. 426-438.

MOSCA (M.), *On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition*, *European Journal History of Economics Thought*, June 2008, p.318.

MULDER (M.), **VAN DE VELDE (D.)**, *Vertical separation and competition in the Dutch rail industry. A cost-benefit analysis*, Paper submitted to the Third Conference on Railroad Industry Structure, Competition, and Investments, Stockholm, 21 and 22 October 2005, pp.32.

MULLER-CURZYDLO (A.), *Nouveau pacte ferroviaire, Énergie- Environnement-Infrastructures*, n°4, avril 2018, alerte 87.

MULLER-CURZYDLO (A.), *Parlement européen : accord informel sur les aspects techniques du paquet sur la réforme ferroviaire, Énergie-Environnement-Infrastructures* n°8-9, août 2015, alerte 215.

NASH (C.), **SMITH (A.)**, **VAN DE VELDE (D.)**, *Structural reforms in the railways: Incentive misalignment and cost implications*, *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, p.16-23.

NASH (C.), **LINK (H.)**, **NILSSON (J-E)**, *Comparing three models for introduction of competition into railways - is a Big Wolf so Bad after all?* January 2011, ResearchGate, p.22.

NASH (C.) *European rail reform and passenger services – the next steps*, *Research in Transportation Economics*, 2010, Vol. 29 (1), p.204-11.

NASH (C.), **RIVERA-TRUJILLO (C.)**, *Rail regulatory reform in Europe: principles and practice*, *Institute for Transport Studies*, University of Leeds, 2004, p.25.

NAUGES (S.), **VIDAL (L.)**, *Concurrence, régulation et secteur public*, *Contrats Concurrence Consommation* n°12, Décembre 2013, chron.4.

NICINSKI (S.), *Les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs*, RFDA, 2018, p.882.

NICINSKI (S.), *Le groupes publics et le droit de la concurrence*, AJDA 2016, p.776.

NICINSKI (S.), *La mobilité encadrée et libéralisée*, AJDA, 2015, p.2183

NICINSKI (S.), *Le mode de régulation*, RFDA, 2010, p.735.

NICINSKI (S.), *La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, AJDA, 2010, p.1759.

NIKITINAS (V.), DAILYDKA (S.), *The Models of Management of Railway Companies in the European Union: Holding, the German Experience*, *Procedia Engineering* 134, 2016, pp.80-88.

NOGUELLOU (R.), *Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics*, AJDA, 2015, p.1789.

NUMA (G.), *On the origins of vertical unbundling: The case of the French transportation industry in the nineteenth century*, *European Journal History of Economic Thought*, 2013, vol. 20, n°3, p.426-438.

NUMA (G.), *Dupuit and Walras on the Natural Monopoly in Transport Industries: What they really wrote and meant*, May 1, 2010, *History of Political Economy*, Vol. 44, No. 1, Spring 2012.

ORIOU (J.-S.), PERRITAZ (M.), *Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat*, AJCT, 2012, p.90.

OPREA (A.), *L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est-elle sur les (bons) rails ? A propos du rapport de la Cour des comptes*, *Énergie, Environnement, Infrastructures*, n°1, Janvier 2020.

PARLEANI (G.), *Les sociétés publiques locales (SPL) , sociétés « robots » ?*, *Dalloz actualité*, 17 avril 2013.

PASTOR (J.-M.), *Sociétés publiques et concurrence : les collectivités territoriales doivent être vigilantes*, *Dalloz actualité*, 2 décembre 2011.

PAULIAT (H.), *Le nouveau groupe public ferroviaire se met en place*, *J.C.P.A.*, n°29, 20 juillet 2015, act. 627.

PAULIN (C.), *La loi du 4 août 2014 : une restructuration du transport ferroviaire*, *Revue de droit des transports*, n°4, Octobre 2014, comm. 55.

PERENNES (P.), *Les économistes et le secteur ferroviaire : deux siècles d'influence réciproque*, *L'Économie politique* 2014/2(n°62), p.101-112.

PERENNES (P.), *Open Access for Rail Passenger Services in Europe : Lesson learnt from Forerunner countries*, *Transportation Research procedia* 25 (2017), 358-367.

PERIER (A.), *Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ?* *Bruges Political Research Papers/Cahiers de recherche politique de Bruges*, Janvier 2014, vol. 33, p.28.

PEYLET (R.), *La nouvelle régulation ferroviaire – A propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009*, *Revue juridique de l'économie publique*, n°672, février 2010, étude 2.

PEZ (T.), *Le règlement des différends et la fonction de régulation*, RFDA, 2017, p.643.

PEZ (T.), *Le risque, les concessions et les marchés*, RFDA 2016, p.237.

PEZ (T.), *Le risque d'exploitation et la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation*, *BJCP*, 2009, p.7 ;

PIGNON (S.), *L'évolutivité du contrat de partenariat public-privé, un atout pour les projets publics ?*, *Petites affiches*, n°116, 2008, p.11.

PIGNON (S.), *Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics*, *AJDA*, 2004, p.1411.

PISSALOUX (J.-L.), *Le développement des sociétés publiques locales*, *Petites affiches*, 2 août 2010, n°152, p.7

PITOFISKY (R.), PATERSON (D.), HOOKS (J.), *The Essential Facilities Doctrine under US Antitrust Law*, *Antitrust L.J.*, vol.70, p. 443.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), *La réforme de la mise en œuvre des articles 81 et 82*, *RTD com*, 2003, p.397.

POINSOT (P.), *Jules Dupuit and the railroads; what is the role of the State ?*, *Journal of the History of Economic Thought* 38 (02), 2012.

PONTIER (J.-M.), *Les contrats de plan État-régions 2014-2020*, *J.C.P.A.*, n°16, 22 avril 2014.

PONTIER (J.-M.), *Pourquoi parler des contrats de plan ?* *AJDA*, 2015, p.657.

PONTIER (J.-M.), *Sur la conception française du service public*, *D.*, 1996, chronique, p.9-14.

POPA (I.G.), ISPAS (R.), *Study regarding the Planning Stage of the Romanian Public Procurement Process*, *International Conference Knowledge-Based Organization*, Vol. XXV, n°2, 2019, pp.86-92.

POSNER (R.), *Natural Monopoly and Its regulation*, 21 *Stanford Law Review*, 548 (1968), p.548.

PROSSER (T.), *The limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005, p.44, pp.262.

QUILCHINI (P.), *Réguler n'est pas juger*, *AJDA*, 2004, p.1060.

RANJINEH (S.), *L'ouverture à la concurrence du transport public ferroviaire régional de voyageurs : nouveautés et perspectives*, *Énergie - Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2018, comm.55.

RAPP (L.), *Le financement des sociétés publiques locales*, *RFDA*, 2012, p.1107.

RAPP (L.), *Le service public : l'expérience américaine*, *AJDA* 1997, p.159.

REICHARD (C.), *Marketization of Public Services in Germany*, *International Public Management Review*, Volume 3, Issue 2, 2002, pp.18.

RETTNERER (S.), *Règle de concurrence. Droit des ententes. Application au secteur des transports ferroviaires. Domaines respectifs des règlements 17/62 et 1017/68, Distribution des billets de transport ferroviaire par les agences de voyage*, *RTD Com.*, 1996, p.171.

REYNAUD (T.), *Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public*, *BJCP*, 2010, n°70, p.166.

RICHER (L.), *Doit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs*, *AJDA*, 2009, p.1023.

RICHER (L.), *Droit d'accès et service public*, *AJDA*, 2006, p.73.

RODRIGUES (S.), *Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone*, *RMCUE*, 2002, p.291

- RUSET (P.), IONESCU (D.), DIACONESCU (A.), PROSTEAN (G.),** *Transposing constraints into feasible alternative solutions by using intermodal passenger transport in Timisoara City, Procedia- Social and Behavioral Sciences* 238, 2018, pp. 331-339.
- SALQUE (C.),** *Transport ferroviaire interne-Groupe public ferroviaire. Contrôle des activités et instances de concertation, Jurisclasseur Transport*, 8 décembre 2015.
- SALQUE (C.),** *La réforme ferroviaire enfin sur les rails : publication du dernier train des textes d'application, Énergie-Environnement-Infrastructures* n°8-9, août 2015, comm.77.
- SALQUE (C.),** *Une consécration : deux décennies d'évolution notable du droit des transports ferroviaires et guidé, Revue de droit des transports* n°5, Mai 2011, étude 5.
- SALQUE (C.), KOHLER (M.),** *La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports ou l'accès équitable et non discriminatoire au marché ferroviaire national libéralisé, Revue de droit des transports* n°3, mars 2010, étude 3.
- SALQUE (C.),** *Transport ferroviaire : libéralisation et intégration du marché européen, Droit Administratif*, N°3 Mars 2008, étude 4.
- SCHWARZE (J.),** *Le service public : l'expérience allemande, AJDA* 1997, p.150.
- SEE (A.),** *Le réseau modèle de régulation ? Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°10, Octobre 2016, dossier 25.
- SIROEN (J.-M.),** *Marchés contestables, différenciation des produits et discrimination des prix, Revue Économique*, vol.44, n°3, mai 1993, p.569-591.
- STEAD (AD.), WHEAT (P.), SMITH (A.), OJEDA CABRAL (M.),** *Competition for and in the passenger rail market: Comparing open access versus franchises train operators' costs and reliability in Britain, Journal of Rail Transport Planning & Management*, 2019, Vol. 12, December 2019.
- STEINMETZ (C.),** *Le conventionnement, un outil au service de la régionalisation ferroviaire, Revue générale des chemins de fer*, Janvier 2004, p.47-56.
- STITTLE (J.),** *Regulatory control of the track acces charges of Railtrack Plc, Public Money & Management Journal*, Vol.22, 2002 –Issue-1, p.49-54.
- STOFFAES (C.),** *Vers une régulation européenne des réseaux, La Documentation française*, juillet 2003, p.83.
- STOGER (K.),** *Approches comparées -Allemagne et Autriche, RFDA*, 2017, p.696.
- TEMPLE (S.),** *Open Access Long Distance Passenger Rail Services in the United Kingdom: The Central Experience, Transportation research Procedia* 8 (2015), 114-124.
- TESSON (F.),** *Avis du Conseil d'État sur la réforme ferroviaire, J.C.P.A.*, n°12, 26 Mars 2018, act.276.
- TERNEYRE (P.),** *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, AJDA*, 1996, p.84.
- TERNEYRE (P.),** *Les gares ferroviaires de voyageurs », RFDA* 2018, p.903.

- TOMES (Z.), KYZDA, (M.), JANDOVA (M.), REDERER (V.),** *Open access passenger rail competition in the Czech Republic, Transport Policy*, Vol.47, April 2016, p.203-211.
- TRIANTAFYLLOU (D.),** *Commandes publiques et droit communautaire, RFDA*, 1995, p.616
- UBAUD BERGERON (M.),** *Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ?, RFDA*, 2019, p.219.
- UBAUD-BERGERON (M.),** *Le champ d'application organique des nouvelles dispositions, RFDA*, 2016, p.218.
- VATIN (F),** *Jules Dupuit (1804-1866) et l'utilité publique de transports, actualité d'un vieux débat, Revue d'histoire des chemins de fer*, 2015, pp.39-56.
- VIDELIN (J.-C.),** *Droit public économique 2/2, J.C.P.A.*, n°20, 20 mai 2019, 2133.
- VIDELIN (J.-CH.),** *La loi pour un nouveau pacte ferroviaire : une vraie réforme...toute en retenue – L. n° 2018-515, 27 juin 2018 : JO 28 juin 2018, J.C.P.A.*, n°37, 17 Septembre 2018, 2246.
- VIDELIN (J.-CH.),** *Les biens, RFDA*, 2018, p.896.
- VIDELIN (J.-CH.),** *Reforme ferroviaire : réforme, vous avez dit réforme ?-A propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014, J.C.P.A.*, n°49, 8 Décembre 2014, 2342.
- VIE (J.-M.),** *Le règlement des différends par les régulateurs vu par leurs directeurs juridiques- Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, RFDA*, 2017, p.659.
- VIEU (P.),** *Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français, RFDA*, 2010, p.35.
- VIGREN (A.),** *Competition in Swedish passenger railway: Entry in an open access market and its effect on prices, Economics of Transportation*, vol. 11-12, September-December 2017, p.49-59.
- VILLNEUVE (P.),** *Modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs ; une mise en concurrence encadrée, J.C.P.A.*, n°46, 18 Novembre 2019, act.707.
- WHITEHOUSE (L.),** *Railtrack is dead - Long live Network Rail ? Nationalization under the Third Way, Journal of Law and Society*, Vol.30, n°2, June 2003, p.217-35.

VIII. RAPPORTS, ETUDES ET POSITIONS

- ABRAHAM (C.),** Centre d'analyse stratégique, *L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs*, La Documentation française, 2011, p.150.
- AQST,** *Bilan 2018 de la qualité de service des transports de voyageurs en France*, 2019, p.48.
- ARAFER,** Rapport annuel, *Marché du transport par autocar et gares routières. Exercice 2016*, pp.86.
- ARAFER,** Observatoire des transports et de la mobilité, *Analyse du marché libéralisé des services interurbains par autocar. Bilan du 3^{ème} trimestre 2016*, p.17.
- ARAFER,** *Étude thématique. La mise en œuvre de la réforme ferroviaire : état des lieux du régulateur*, Octobre, 2016, p. 43.

ARAFER, *Étude thématique. L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les enseignements européens*, Mars 2018, p.24.

ARAFER *Étude thématique, L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Lever les obstacles pour une ouverture à la concurrence réussie* », Mars 2018, p.28.

ARAFER *Étude thématique, L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France. Les conditions d'une ouverture à la concurrence efficace des services conventionnés*, Mars 2018, p.32.

ARAFER, *Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France*, juillet 2016.

ASSEMBLÉE DE CORSE, Rapport de Monsieur Le Président du Conseil Exécutif, *Exploitation des Chemins de Fer de la Corse*, Réunion des 27 et 28 octobre 2011, p.56.

AUXIETTE (J.), *Un nouveau destin pour le service public ferroviaire français : les propositions des Régions*, avril 2013, p.68.

BERGOUIGNOUX (J.), Rapport *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Avril 2000, pp.351

BOUF (D.), CROZET (Y.), LEVEQUE (J.), ROY (W.), *Étude comparée des systèmes de régulation ferroviaire : Grande-Bretagne, France et Suède. Analyse des règles du jeu de leur mise en œuvre, Enseignements pour la France*, Hal, 2005, p.48.

BOWMAN (A.), FOLKMAN (P.), FROUD (J.), JOHAL (S.), LAW (J.), LEAVER (A.), MORAN (M.), WILLIAMS (K.), *The Great Train Robbery: Rail Privatization and After*, Public Interest Report, 7 June 2013, p.167.

BROWN (R.), *The Brown Review of the Rail Franchising Programme*, January 2013, p.85.

CER, *Public Service Rail Transport in the European Union: an Overview*, 2017, p.144.

CER, *Fourth Railway package: CER calls for a two-track approach*, Brussels, 30 January 2013, p.2.

CER, *Position Paper: Domestic passenger market opening in the context of the 4RP*, 18 September 2012, p.9.

CER, *Position Paper: Structural Models for Europe's National Rail Sectors*, 21 December 2011, p.11.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), NASH (C.), *Track access charges: reconciling conflicting objectives*, 9 May 2018, p.27.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), SMITH (A.), NASH (C.), *Track access charges: reconciling conflicting objectives. Case Study- Great Britain*, 9 May 2018, p.26.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), CROZET (Y.), *Track access charges: reconciling conflicting objectives. Case Study-France: logic and limits of full cost coverage*, 9 May 2018, p.26.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), LINK (H.), *Track access charges: reconciling conflicting objectives. Case Study-Germany*, 9 May 2018, p.29.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), NASH (C.), *Liberalisation of passenger rail services*, p.40.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), SMITH (A.), *Liberalisation of passenger rail services. Case Study-Britain*, 6 December 2016, p.35.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), CROZET (Y.), *Liberalisation of passenger rail services. Case Study-France*, 6 December 2016, p.30.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), LINK (H.), *Liberalisation of passenger rail services. Case Study-Germany*, 6 December 2016, p.20.

CFR CALATORI, *Rapport d'activité CFR Calatori SA pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016.*

CONSEIL NATIONAL DE SURVEILLANCE DU DOMAINE FERROVIAIRE, *Rapport annuel 2018.*

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport Transports. Rapprocher les citoyens et les entreprises d'Europe,* pp.20.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), *Competition in Passenger Rail Services in Great Britain: A policy Document*, 8 March 2016, p.235.

COUR DES COMPTES EUROPEENNE, *Rapport spécial, Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités*, 2018, p.65.

COUR DES COMPTES, *Rapport Les Transports Express Régionaux à l'heure de l'ouverture à la concurrence*, 23 octobre 2019, p. 181.

COUR DES COMPTES, *SNCF Réseau. Des réformes à approfondir*, 2018, p.99.

COUR DES COMPTES, *Rapport L'État actionnaire*, janvier 2017, p.271.

COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel, Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, 2015, p.147-217.

COUR DES COMPTES, *L'entretien du réseau ferroviaire national*, Rapport au Senat, juillet 2012, p. 112.

COUR DES COMPTES, *Rapport Le Réseau ferroviaire : une réforme inachevée, une stratégie incertaine*, 15 avril 2008.

COUR DES COMPTES, *Rapport La réforme ferroviaire de 1997 : un bilan financier*, 16 avril 2008, p.254.

COUR DES COMPTES, *Rapport d'observations définitives, Société d'Économie Mixte Locale des Chemins de Fer de Corse. Exercices 2011 à 2015*, 2018, p.139.

DEBRINCAT (M.), ORUNCAK (A.), TRCERA (A.S.), *Les règles applicables aux contrats de transport ferroviaire de voyageurs. L'analyse de la FNAUT*, 24 mars 2019, p.55.

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES, *Département Thématique Politiques Structurelles et de Cohésion, L'impact de la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport dans le secteur ferroviaire de l'Union européenne*, 2011, p.64.

DJEBBARI (J.-B.), *Rapport N°851 fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi après engagement de la procédure accélérée pour un nouveau pacte ferroviaire* », pp.236.

DLA PIPER, Study on the implementation of Regulation (EC) N° 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by *road*, Final Report, 31 October 2010, p.185.

DONEDDU (J.), Rapport du Conseil économique, social et environnemental, *Quelle missions et quelle organisation de l'État dans les territoires*, Novembre 2011, pp. 127.

DfT, *Notes of Meeting Held with the Chairman of Railtrack on June 2001*, Railway Archive, 5 July 2001, p.2;

DfT, *Notes of July 25th 2001 Meeting with Railtrack*, Railway Archive, 30 July 2001.

DfT, *Notes of Meeting Held with the Chairman of Railtrack on 5 October 2001*, Railway Archive, 6 October 2001, p.3

EUROPEAN COMMISSION, Report from the commission to the European Parliament and the Council. Fifth report on monitoring development of the rail market, COM (2016) 780, 8.12.2016, pp.1-13

FNAUT, Franchise ou open access : quelle formule pour la libéralisation des services ferroviaires grandes lignes. Une réflexion comparative sur deux modèles économiques du transport ferroviaire à longue distance, janvier 2018, p.68.

GRIGNON (F.), Rapport n°184 fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports (urgence déclarée), (2008-2009) pp.210

HAENEL (H.), Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne, n°220, Sénat, Session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 12 février 2009, p. 49.

HAENEL (H.), Rapport, Écrire l'acte II de la révolution ferroviaire régionale, Remis le 26 octobre 2008, p.63.

HEALTH AND SAFETY EXECUTIVE, *Hatfield Derailment Investigation. Interim recommendations of the Investigation Board*, August 2002, p.8;

IRG-Rail, *Seventh Annual Market Monitoring Working Document*, April 2019, p. 85.

IRG-Rail, Fifth Annual Market Monitoring Report, 1 March 2017, p.102.

IRG-Rail, Overview on charging principles for passengers stations in Europe, November 2016, p.23.

IRG-Rail, An introduction to the calculation of direct costs in respect of implementing regulation 2015/909, 9 November 2016, p.13.

IRG-Rail, Position paper on the European Commission's upcoming draft implementing act on the modalities for the calculation of the cost that is directly incurred as a result of operating the train, 14-15 October 2013, p.6.

KELLER (F.), Rapport *La gare contemporaine*, 10 mars 2009, *La Documentation française*, pp. 297.

MINISTÈRE ROUMAIN DES FINANCES PUBLIQUES, *Rapport annuel relatif à l'activité des entreprises publiques*, 2018, p.76

MARTINAND, (C.) *Rapport Débat national sur l'avenir du transport ferroviaire : rapport introductif*, 1996.

OCDE, *Report on experience with structural separation*, 2005.

ORR, *Guidance on the Economic equilibrium Test*, March 2019, pp. 26.

ORR, *ORR's approach to monitoring and reviewing markets*, Janvier 2017, pp.24.

ORR, *ORR's Health and Safety Regulatory Strategy*, February 2015, pp.22

ORR, *The Potential for Increased On-Rail Competition – A Consultation Document*, October 2011, p.57.

PHILIZOT (F.), *Rapport, Devenir des lignes de desserte fine des territoires*, février 2020.

PUTALLAZ (Y.), BOREL (J-L.), ZWANENBURG (W-J.), GESTE, (V. J.), MICHAUD (N.), BAUD (M.), DUBACH (M.), GRANIER (C.), *Audit sur l'état du réseau ferré national*, 19 mars 2018, p.103.

RAIL DELIVERY GROUP, *GB Rail: Dataset on financial and operational performance 1997-1998-2012-2013*, p.29.

RAPPORT Deutsche Bahn, *Facts & Figures 2016*

RÉGIONS DE FRANCE, *Rapport Synthèse des auditions du groupe de travail Ouverture à la concurrence des transports ferroviaires régionaux*, version du 30 octobre 2017.

REVISTA ROMANA DE CONCURENTA, *Concurenta in sectorul serviciilor de transport feroviar de calatori in Romania si Uniunea europeana*, 2016, p.274.

SAVARY (G.), PANCHER (B.), *Rapport d'information n°4154 de l'Assemblée Nationale sur la mise en application de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014*, 2016, p.279.

SAVARY (G.), *Rapport fait au nom de la Commission du Développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi portant réforme ferroviaire (n°1468)*, 28 mai 2014, pp. 409.

SPINETTA (J.-C.), *Rapport L'avenir du Transport ferroviaire*, 15 février 2018, p.127.

STEER DAVIES GLEAVE, *Study on economic and financial effects of the implementation of Regulation 1370/2007 on the public passenger transport services*, February 2016, p.169.

TRANS MISSIONS, *Rapport de synthèse, « Quel modèle économique pour les trains régionaux en France ? »*, octobre 2018, p. 30

VERPEAUX (M.), RIMBAULT (C.), WASERMAN (F.), *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, 7^{ème} ed., La Documentation, 2013, p. 167.

VIEU (P.), *Rapport de synthèse, Débat sur la qualité du service public ferroviaire*, avril 2018, p. 64.

IX. AUTRES REFERENCES :

- **OPREA (A.), DUPONT (P.)**, Document interne à la Direction ferroviaire Transdev, « *Pourquoi Gares & Connexions devait être indépendante de SNCF Mobilités. Projet de réponse* », 2015, pp. 5.
- **OPREA (A.), DUPONT (P.)**, Document interne à la Direction ferroviaire de Transdev « *Compte rendu de la réunion du 21 janvier 2016 portant sur le projet de tarification de Gares & Connexions* », 22 janvier 2016, p.2.

X. ENTRETIENS

- Entretien Mme. Florence Weingarten, Directrice de la Direction juridique de Transdev.
- Entretien M. Frédéric Cyr, Directeur général, Transdev Aéroport Liaisons.
- Entretien Mme. Aline Vieu, Responsable du Pôle Conseil, ART (ex ARAFER).
- Entretien M. Julien Ponton, Directeur Adjoint du Transport ferroviaire, ART (ex ARAFER).
- Entretien Mme. Valérie Beaudoin, Directrice du Département Législation et affaires européennes, UTP.
- Échanges écrits, M. Marc Debrincat, Responsable du service juridique, Fnaut.
- Échanges écrits M. Andreas Wettig, Consultant spécialiste de la contractualisation et l'organisation des transports publics en Europe, Trans Missions.
- Entretien M. Marian Cotofana, Directeur Trafic ferroviaire CFR SA (gestionnaire d'infrastructure roumain).
- Échanges écrits M. Volker M. Heepen, Directeur général, Baden-Württemberg mbH.
- Entretien Mme. Patricia Perennes, Directrice transports adjointe, région Centre-Val de Loire.

TABLE DE JURISPRUDENCE ET DES DÉCISIONS DES AUTORITÉS SECTORIELLES

I. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continenta BV c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 27/76, Rec. p.00207, §368.
- CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes*, aff. 85/76, Rec. p.00461, §368.
- CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/Commission des Communautés européennes*, aff. 322/81, Rec., p.03461, §368.
- CJCE, 22 mai 1985, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 13/83, Rec. p.01513, §48.
- CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, Rec. p.I-03359, §368.
- CJCE 27 avril, 1994, *Commune d'Almelo et autres c/ NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, Rec. p.1477.
- CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-333/94 P, Rec. I-05951, §368.
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, Rec. p. I-08121, §187.
- CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall -und Energieverwertungsanlage*, aff. C-26/03, Rec. p.I-00001, §187.
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, Rec. p.I-08585, §187.
- CJCE, 3 avril 2014, *France c/Commission*, aff. C-559/12, Rec., gen, (Encadré n°9).

B. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- CJUE, 11 janvier 2005 *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, Rec. p.I-00001, §531.
- CJUE, 7 décembre 2012, *Commission c/ Portugal*, aff. C-557/10, §236.
- CJUE 14 décembre 2012, *Commission c/Grèce*, aff. C-528/10, ECLI:EU:C:2012:690, §237.

- CJUE, 28 février 2013, *Ordem Dos tecnicos Oficiais de Contas c Autoridade da Concorrenca*, aff. C-1/12, *ECLI:EU:C:2013:127*, §**361**.
- CJUE, 28 février 2013, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-556/10, *ECLI:EU:C:2013:116*, §**237**.
- CJUE, 31 janvier 2013, *Denise McDonagh c.Ryanair Ltd*, aff. C-12/11, *ECLI:EU:C:2013:43*, §**76**.
- CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ La République française*, aff. C-625/10, *ECLI:EU:C:2013:243*, §**237**.
- CJUE 30 mai 2013, *Commission c/Pologne*, aff. C-512/10, *ECLI:EU:C:2013:338*, §**237**.
- CJUE, 8 mai 2019, *Stadt Euskirchen c/ Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*, aff. C-253/18, *ECLI:EU:C:2019:386*, §**204**.
- CJUE, 28 février 2019, *Konkurrensverket c/ SJ AB*, aff. C-388/17, *ECLI:EU:C:2019:161*, §**4**.
- CJUE, 24 octobre 2019, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Regione Autonoma della Sardegna*, aff. C515/18, *Rec. num.*, §**181**.

C. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c/Commission*, aff. T-229/94, *Rec. p.II-1689*, §**346**, §**366**.
- TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services c/Commission*, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec. p.II -03141*, §**357**, §**366**.

D. TRIBUNAL

- Trib., 14 décembre 2017, *Lietuvos geležinkeliai c / Commission européenne*, aff. T-814/17, *JOUE*, n° C 52/40, *Rec.*, p.40-41 (**tableau n°5**).

E. CONCLUSIONS D'AVOCATS GÉNÉRAUX

- **Concl. A.G. JAASKINEN (N.)**, 18 avril 2013, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-625/10, *ECLI:EU:C:2013:243*, §**113**.
- **Concl. A.G. JAASKINEN (N.)**, 30 mai 2013, *Commission européenne c/ Pologne*, aff. C-512/10, *ECLI:EU:C:2012:790*, §**238**.
- **Concl. A. G. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA (M.)**, 28 mars 2019, *WESTbahn Management GmbH c/ OBB- Infrastruktur AG*, aff. C- 210/18, *ECLI:EU:C:2019:586*, §**256**.

II. JURISPRUDENCE INTERNE

A. CONSEIL D'ETAT

- CE, 6 février 1948, *Compagnie Carcassonnaise de transport en commun*, RDP 1948. 244 Concl. B. Chenot et note Jèze, §161, §164.
- CE, 6 mars 1903, *Terrier*, req. n°07496, §161.
- CE, 11 mars 1910, *Compagnie Générale Française Des Tramways*, req. n°16178, §161, §163.
- CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, req. n°66679, §164.
- CE, 14 avril 2008, *Fédération nationale des plages restaurants*, req. n° 298810, §484, §519.
- CE, 29 septembre 2010, *Société les courriers automobiles picards*, req. n°324531, §427, §460.
- CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n°363007, §570.
- CE, 3 octobre 2016, *SNCF Mobilités*, req. n°389643, §315.
- CE, 14 novembre 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*, req. n°405628, 405690, §551.

B. COUR DE CASSATION

- Cass., com., 25 janvier 2000, n° de pourvoi 97-20199, §286.
- Cass., com., 12 juillet 2005, n° de pourvoi 04-12388, §286, §287.
- Cass., com., 6 décembre 2017, n° de pourvoi 16-18.835, §362.
- Cass. com., 30 mai 2018 n° de pourvoi 16- 24.792, §362.

C. AUTORITÉS DE REGULATION

▪ AVIS

- Aut. Conc., Avis n° 10-A-22 du 19 novembre 2010 relatif au projet de lancement par la Communauté Urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau.
- Aut. Conc., Avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011 relatif au projet de séparation des comptes de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF.
- Aut. Conc., Avis n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.
- Aut. Conc., Avis n°15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire.
- Aut. Conc., Décision n°19-DCC-76 du 26 avril 2019 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés RATP Développement et Keolis.

- ARAF, Avis n°2014-023 du 27 novembre 2014 sur le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de la SNCF.
- ARAF, Avis n° 2015-019 du 27 mai 2015 sur le projet de décret relatif au Comité des opérateurs du réseau et à la charte du réseau.
- ARAF, Avis n°2015-023 du 1er juillet 2015 sur les projets d'ordonnance et de décrets transposant la directive 2012/34/UE.
- ARAFER, Avis n° 2016-019 du 17 février 2016 relatif au projet de décision de la Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes de limitation du service déclaré par la société FlixBus France sur la liaison entre Limoges et Brive-la-Gaillarde.
- ARAFER, Avis n°2016-094 du 8 juin 2016 portant sur le projet de décret relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service, et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire.
- ARAFER, 2017, Avis n° 2017-036 du 29 mars 2017 relatif au projet de contrat pluriannuel de performance entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026.
- ARAFER, Avis n°2017-037 du 29 mars 2017 relatif au projet de contrat-cadre stratégique entre l'État et la SNCF.
- ARAFER, Avis n°2017-123 du 20 novembre 2017 relatif au projet de budget de SNCF Réseau pour l'année 2018, pp. 8.
- ARAFER (ART), Avis n°2018-004 du 22 janvier 2018 portant sur les redevances relatives aux prestations régulées fournies par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs pour l'horaire de service 2018.
- ARAFER, Avis n°2018-035 du 14 mai 2018 relatif à la mise en œuvre au titre de l'année 2017 du contrat pluriannuel de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026.
- ARAFER, Avis n° 2018-057 du 9 juillet 2018 relatif aux redevances liées aux prestations régulées fournies par SNCF Gares & Connexions dans les gares de voyageurs pour les horaires de service 2018 et 2019, p.14, pp.2
- ARAFER, Avis n°2018-059 du 23 juillet 2018 relatif à la participation de SNCF Réseau au projet de liaison ferroviaire entre Paris et l'aéroport Paris-Charles-de-Gaulle (CDG Express).
- ARAFER, Avis n° 2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs.
- ARAFER, Avis n°2018-080 du 22 novembre 2018 relatif au projet de budget de SNCF Réseau pour l'année 2019, pp. 8
- ARAFFER, Avis n°2019-005 du 7 février 2019 relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour l'horaire de service 2020.

- ARAFER, Avis n°2019-004 du 7 février 2019 relatif au document de référence du réseau ferré national pour l'horaire de service 2020.
- ARAFER, Avis n°2019-037 du 13 juin 2019 portant sur le projet de décret relatif aux informations portant sur les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés.
- ARAFER, 2019, Avis n° 2019-038 du 20 juin 2019 relatif à la mise en œuvre au titre de l'année 2018 du contrat pluriannuel de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026, pp.8.
- ARAFER, Avis n°2019-054 du 12 septembre 2019 portant sur la fixation des redevances relatives aux prestations régulées fournies par SNCF Mobilités dans les installations de service des centres d'entretien pour les horaires de service 2018 et 2019.
- ARAFER, Avis n°2019-078 du 7 novembre 2019 sur le projet de décret modifiant le décret n°2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire.
- ARAFER, Avis n° 2019-084 du 9 décembre 2019 portant sur le projet de décret relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs adaptant les conditions d'exploitation d'un service librement organisé.
- ARAFER, Avis n°2019-083 du 9 décembre 2019 relatif aux projets de décrets approuvant les statuts de la société nationale SNCF, de la société SNCF Réseau, de la filiale mentionnée au 5° de l'article L.2111-9 du code des transports et de la société SNCF Voyageurs, et portant diverses dispositions relatives à ces mêmes entités.
- ARAFER, Avis n°2019-085 du 18 décembre 2019 relatif au projet de décret portant application de l'article L.2121-17 du Code des transports et relatif aux modalités d'attribution directe des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs.

▪ DÉCISIONS

- Cons. Conc., Décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en lignes.
- Cons., conc., Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse.
- Aut. Conc., Décision n°10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec.
- Aut. Conc., Décision n°10-DCC-83 du 27 juillet 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de certains actifs des groupes Transdev et Véolia Transport par le groupe RATP.
- Aut. Conc., Décision n°12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF- Participations.

- ARAF, Décision n°2014-029 du 11 décembre 2014 relative à la tenue de comptes séparés de l'activité infrastructure de la SNCF.
- ARAF, Décision n° 2015-035 du 13 octobre 2015 portant adoption des lignes directrices relatives à l'application de l'article L. 2133-4 du code des transports.
- ARAFER, Décision n°2016-011 du 3 février 2016 portant règlement du différend entre la Région Auvergne- Rhône Alpes et SNCF réseau relatif à la répartition des capacités par le gestionnaire d'infrastructure.
- ARAFER, Décision n° 2017-008 du 1er février 2017 portant règlement du différend entre la Région Nouvelle-Aquitaine et SNCF Mobilités relatif aux prestations rendues dans les gares de voyageurs par SNCF Gares & Connexions.
- ARAFER, Décision n°2017-018 du 22 février 2017 portant règlement du différend entre la région Nouvelle- Aquitaine et SNCF Réseau relatif aux prestations rendues dans les gares de voyageurs.
- ARAFER, Décision n°2017-130 du 11 décembre 2017 relative à la transmission d'informations par les exploitants d'installations de service.
- ARAFER, Décision 2019-032 du 6 juin 2019 portant adoption des lignes directrices relatives à la notification des services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs et à la mise en œuvre du test d'équilibre économique.
- ARAFER, 2019, Décision n° 2019-039 du 20 juin 2019 relative aux recommandations formulées dans le cadre de l'actualisation du contrat pluriannuel de performance conclu entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2020- 2029.
- ARAFER, Décision n°2019-051 du 30 juillet 2019 portant mise en demeure de SNCF Mobilités pour méconnaissance des règles de séparation comptable.
- ARAFER, Décision n°2019-076 du 7 novembre 2019 relative à une demande de test d'équilibre économique formulée par l'État concernant l'exploitation d'un nouveau service librement organisé de transport ferroviaire entre Paris et Toulouse notifié par la société Flixtain.
- ART, Décision n°2020-012 du 30 janvier 2020 relative à la fixation de délais de réponse aux demandes d'accès aux installations de service visées à l'annexe II point 2 de la directive 2012/34/UE et de fourniture de services dans lesdites installations.
- ART, Décision n°2020-044 du 30 juillet 2020 portant règlement du différend entre la région Hauts-de France et SNCF Voyageurs concernant la transmission d'informations relatives à l'organisation ou à l'exécution des services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux missions faisant l'objet du contrat de service public conclu entre la région et SNCF Voyageurs.
- ART, Décision n°2020-035 du 28 mai 2020 portant mise en demeure de SNCF Réseau pour méconnaissance des décisions de l'Autorité n°2013-016 à 2013 -019 du 1^{er} octobre 2013.

- ART, Décision n°2020-034 du 28 mai 2020 portant mise en demeure de FRET SNCF pour non-respect des obligations lui incombant au titre de l'accès aux installations de service des centres d'entretien et aux prestations qui y sont fournies pour l'horaire de service 2020.

III. AUTRES REFERENCES :

- United States v. Terminal RailRoad Ass'n 224 U.S. 383 (912)

TABLE DES TEXTES

I. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. TRAITÉS

- Traité sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.
- Traité instituant la Communauté européenne des communautés européennes.
- Traité instituant la Communauté européenne.
- Traité sur l'Union Européenne.
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.
- Traité sur l'Union européenne.

B. PRINCIPAUX DIRECTIVES ET RÈGLEMENTS

1/ CONCURRENCE

- Règl. n°17 du Conseil du 6 février 1962 Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE*, n°13 du 21 février 1962, p.0204-0211.
- Règl. n°141 du Conseil portant non-application du règlement n°17 du Conseil au secteur des transports, *JOCE*, n°2751/6 du 28 novembre 1962, p.2751.
- Règl. (CEE) n°1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs de transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n°L175 du 23 juillet 1968, p.1-12.
- Règl. (CEE) n°4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité aux transports maritimes, *JOCE*, n°L 378 du 31 décembre 1986, p.4-13.
- Règl. (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transport aériens, *JOCE*, n°L374 du 31 décembre 1987, p.1-8.
- Règl. (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévus aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, n°L1/1 du 4 janvier 2003, p.1-25.
- Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, n°L 24/1 du 29 janvier 2004, p.1-22.
- Règl. (CE) n°802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 133/1 du 30 avril 2004, p.1-39.

- Règl. (CE) n°1033/2008 de la Commission du 20 octobre 2008 modifiant le règlement (CE) n°802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n°L 279/3 du 22 octobre 2008, p.3-12.
- Règl. (CE) n°169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOUE*, n°L 61/1 du 5 mars 2009, p.1-5.
- Règl. d'exécution (UE) n°1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n°L 336/1 du 14 décembre 2013, p.1-36.

2/ MARCHES PUBLICS ET CONCESSIONS

- Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, n°L 134 du 30 avril 2004, p.1-113.
- Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services publiée, *JOUE*, n° L 134 du 30 avril 2004, p.114-240.
- Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE*, n°L94/1 du 28 mars 2014, p.1-64.
- Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE*, n° L 94/65 du 28 mars 2014, p.65-242.
- Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE*, n°L 94/243 du 28 mars 2014, p.243-374.

3/ SECTEUR FERROVIAIRE

- Règl. (CEE) n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *JOCE*, n° L 169 du 29 juin 1991, p. 1-3.
- Dir. 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fers communautaires, *JOCE*, n° L 237 du 24 août 1991, p. 25-28.

- Dir. 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires, *JOCE*, n°L 143 du 27 juin 1995, p.70-74.
- Dir. 95/19/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure, *JOCE*, n°L 143/75 du 27 juin 1995, p.75-78.
- Dir. 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer, *JOUE*, n° L 75 du 15 mars 2001, pp. 1-25.
- Dir. 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n° L 75 du 15 mars 2001, p. 29-46.
- Règl. (CE) n°881/2004 du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne («règlement instituant une Agence»), *JOUE*, n° L 164, 21 juin 2004.
- Dir. 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n° L 164 du 30 avril 2004, p. 44-113.
- Dir. 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, *JOUE*, n° L 164 du 30 avril 2004, p. 114-163.
- Dir. 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 164 du 30 avril 2004, p. 164-172.
- Dir. 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil 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, *JOUE*, n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 44-50.
- Dir. 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté, *JOUE*, n° L 315 du 3 décembre 2007 p. 51-78.
- Règl. (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, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *JOUE*, n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 1-13.

- Règl. (CE) n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JOUE*, n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 14-41.
- Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *JOUE*, n° L 343 du 14 décembre 2012, p. 32-77.
- Règl. d'exécution 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire, *JOUE*, n° L 239 du 12 août 2014, p.1-10.
- Dir. 2016/2370/UE, du 14 décembre 2016 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché de services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, *JOUE*, n° L 352 du 23 décembre 2016, p. 1-17.
- Règl. (UE) n°2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *JOUE*, n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22-31.
- Règl. d'exécution (UE) 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire publié au *JOUE*, le 23 novembre 2017, n° L 307/1, p.1-13.

C. ACTES ATYPIQUES

1/ POSITIONS ET RAPPORTS

- Position du Conseil, *Espace ferroviaire unique européen : ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et gouvernance de l'infrastructure ferroviaire. 4^{ème} paquet ferroviaire*, 2013/0029 (COD).
- *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre des dispositions de la directive 2007/58/CE relatives à l'ouverture du marché des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer accompagnant la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le quatrième paquet ferroviaire* », COM (2013) 34 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les progrès réalisés dans la voie de l'interopérabilité du système ferroviaire*, COM (2013) 32 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le profil et les tâches des autres personnels de bord des trains*, COM (2013) 33 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.

2/ COMMUNICATIONS, LIVRES BLANCS ET LIVRES VERTS

- *Mémorandum sur l'orientation à donner à la politique des transports*, Doc VII/COM 61/50 final, 1961.
- *Livre blanc sur le développement futur de la politique commune des transports* COM (1992)0494.
- *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, J.O.U.E. du 9 décembre 1997, n° C 372.
- *Des redevances équitables pour l'utilisation des infrastructures : une approche par étapes pour l'établissement d'un cadre commun en matière de tarification des infrastructures de transport. Livre blanc*, COM(1998) 0466, Bruxelles, le 22 juillet 1998.
- *Modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE -Corrigendum. Livre Blanc*, J.O.U.E. du 12 mai 1999, n° C132, p.1.
- *Communication au Conseil et au Parlement européen, Sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/440/CEE relative au développement de chemins de fer communautaire*, COM (1998) 202 final, Bruxelles.
- *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix. Livre Blanc*, COM (2001) 370 final, non publié au Journal officiel.
- *Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources. Livre Blanc*, COM (2011) 144 final, Bruxelles, le 28 mars 2011.

3/ PROPOSITIONS DE DIRECTIVES ET DE RÉGLEMENTS

- *Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n°1017/68, (CEE) n°2988/74, (CEE) n°4056/86 et (CEE) n°3975/87 (« règlement d'application des articles 81 et 82 du traité »)*, COM (2000) 582 final, publié au J.O.C.E, le 19 décembre 2000, n° C 365 E/284.
- *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire*, COM (2013) 29 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer*, COM (2013) 28 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité ferroviaire (Refonte)*, COM (2013) 31 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.

- *Proposition de Directive du parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (Refonte)*, COM (2013) 30 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n°881/2004*, COM (2013) 27 final, Bruxelles, le 30 janvier 2013.
- *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable*, COM/2006/0722 final- COD 2006/0024, Bruxelles, le 27 novembre 2006.

II. DROIT INTERNE

A. CODES

- Code des transports
- Code du commerce
- Code général des collectivités territoriales
- Code général de la propriété des personnes publiques
- Code de la commande publique

B. LOIS

1/ FRANCE

- Loi n°83 -597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* du 8 juillet 1983.
- Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, *JORF* n°5 du 7 janvier 1992, p.327.
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993.
- Loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la loi no 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence et la loi no 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF* n°19, du 23 janvier 1997, p.1151.
- Loi n°92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF* n°289 du 12 décembre 1992, p.16952.

- Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications publiée, *JORF* n°1 du 1 janvier 1994, p.10.
- Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, *JORF* n°289 du 14 décembre 2000.
- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n°113 du 16 mai 2001.
- Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte, *JORF* du 3 janvier 2002.
- Loi n°2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, *JORF* n°5 du 6 janvier 2006.
- Loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, *JORF* n°0175 du 29 juillet 2008.
- Loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *JORF* n°0285 du 9 décembre 2009 p. 21226.
- Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010.
- Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF* n°0179 du 5 août 2014 p. 12930.
- Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, *JORF* n°0295, 21 décembre 2014, p.21647.
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181, 7 août 2015.
- Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *JORF* n°0147 texte n°1.
- Loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, *JORF* n°0115 du 18 mai 2019.

2/ ROUMANIE

- Legea nr. 202/2016 privind integrarea sistemului feroviar din România în spațiul feroviar unic European, Text publicat în M.Of. al României. În vigoare de la 12 noiembrie 2016.
- Hotărârea nr. 361/2018 privind aprobarea procedurilor pentru acordarea licențelor în domeniul transportului feroviar. În vigoare de la 27 iulie 2018 Publicat în M.Of. al României, Partea I nr. 482 din 12 iunie 2018. Formă aplicabilă la 27 iulie 2018.

3/ ALLEMAGNE

- Allgemeines Eisenbahngesetz, AEG

4/ GRANDE BRETAGNE

- Transport Bill 1946
- Transport Act 1947
- Transport Act 1953
- British Railways Act
- Transport Act 1968
- Railways Act 1974
- Health & Safety Inquiries (Procedure) Regulations 1975
- Transport Act 1981
- Channel Tunnel Act 1987
- Railways Act 1993
- British Railways Act 1994
- Railways Safety (Miscellaneous Provisions) Regulations 1997
- Transport Act 2000
- Railway (Licensing of Railway Undertakings) Regulations 2005
- Access Charging, the Railways Infrastructure (Access and Management) Regulations 2005

C. DECRETS, ORDONNANCES, ARRÊTÉS

- Décret n°93-990 du 3 août 1993 relatif aux procédures de passation des contrats et marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF* n°183, du 11 août 1993, p.11266.
- Décret n°97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national, *JORF*, n°106 du 7 mai 1997.
- Décret n° 98-113 du 27 février 1998 relatif aux mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains contrats de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications et portant modification du décret no 93-990 du 3 août 1993, *JORF* n°50 du 28 février 1998, p.3120.
- Décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF* n°57 du 8 mars 2003.

- Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF* n°141 du 19 juin 2004.
- Décret n° 2005-601 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés, *JORF*, n°124, 29 mai 2005, p.9494.
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n° 131, 7 juin 2005, p.10014.
- Décret n°2005-1633 du 20 décembre 2005 modifiant le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national et le décret n°97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de Réseau ferré France, *JORF* n°300 du 27 décembre 2005.
- Décret n°2006-368 du 28 mars 2006 modifiant le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, *JORF* n°75 du 29 mars 2006.
- Décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire, *JORF*, n°244 du 20 octobre 2006.
- Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JORF*, n°0107, du 8 mai 2009, p.7796, texte n°10.
- Décret n°2011-891 du 26 juillet 2011 relatif au service gestionnaire du trafic et des circulations,, *JORF* n°0173 du 28 juillet 2011, p.12.885
- Décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, *JORF* n°0019 du 22 janvier 2012 p. 1291.
- Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, *JORF* n°0225 du 28 septembre 2014, p.15782.
- Décret n° 2015-137, 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2537.
- Décret n° 2015-138, du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, *JORF*, n°0035 du 11 février. 2015, p. 2543.
- Décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire, *JORF*, n°0035 du 11 février. 2015, p. 2548.
- Décret n° 2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2550.
- Décret n° 2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L. 2101-2 du Code des transports, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2556.
- Décret n° 2015-142 du 10 février 2015 relatif au comité central du groupe public ferroviaire et aux commissions consultatives, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2556.
- Décret n° 2015-143 du 10 février 2015 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire, *JORF*, n°0035 du 11 février 2015, p. 2557.

- Décret n° 2015-499 du 30 avril 2015 relatif au Haut Comité du système de transport ferroviaire, *JORF*, n°0103 du 3 mai 2015.
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p.12602.
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession publiée au *JORF*, n°0025 du 30 janvier 2016.
- Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, *JORF*, n°0027 du 2 février 2016.
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF*, n°0074 du 27 mars 2016.
- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, *JORF* n°0281 du 5 décembre 2018 texte n° 20.
- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, *JORF* n°0281 du 5 décembre 2018 texte n° 21.
- Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* n°0288 du 13 décembre 2018, texte n°55.
- Décret n° 2018-1179 du 18 décembre 2018 modifiant le décret n° 2015-845 du 10 juillet 2015 relatif aux prestations de sûreté fournies par le service interne de sécurité de la SNCF, *JORF* n°0294 du 20 décembre 2018.
- Décret n° 2018-1192 du 19 décembre 2018 relatif au plan régional de transport de la région Ile-de-France, *JORF* n°0295 du 21 décembre 2018.
- Décret n° 2018-1275 du 26 décembre 2018 relatif à l'obligation de notification des offres de services de transport ferroviaire de voyageurs et à la procédure du test de l'équilibre économique, *JORF* n°0300 du 28 décembre 2018.
- Décret n° 2018-1243 du 26 décembre 2018 relatif à l'application des articles L. 2121-2 et L. 2121-12 du code des transports, *JORF* n°0299 du 27 décembre 2018.
- Décret n° 2018-1364 du 28 décembre 2018 relatif aux comités de suivi des dessertes ferroviaires, *JORF* n°0302 du 30 décembre 2018, texte n°116.
- Décret n°2018-1314 du 28 décembre 2018 modifiant le décret n°2015-844 du 10 juillet 2015 relatif au comité des opérateurs du réseau ferré national et à la charte du réseau, *JORF* le 29 décembre 2018, texte 97.
- Ordonnance n° 2019-183 du 11 mars 2019 relative au cadre de fixation des redevances liées à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à l'élaboration et à l'actualisation du contrat entre l'État et SNCF Réseau, *JORF* n°0060 du 12 mars 2019 texte n°22.
- Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique, *JORF* n°0077 du 31 mars 2019, texte n°17.

- Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique, *JORF* n°0077 du 31 mars 2019, texte n°23.
- Décret n° 2019-259 du 29 mars 2019 portant modification de diverses dispositions codifiées dans la partie réglementaire du code de la commande publique, *JORF* n°0077 du 31 mars 2019, texte n°11.
- Ordonnance n° 2019-397 du 30 avril 2019 portant transposition de la directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et de la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire et adaptation du droit français au règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004, *JORF* n°0102 du 2 mai 2019, texte n°52.
- Décret n° 2019-525 du 27 mai 2019 relatif à la sécurité et à l'interopérabilité du système ferroviaire et modifiant ou abrogeant certaines dispositions réglementaires, *JORF* n°0123 du 28 mai 2019 texte n°20.
- Décret n° 2019-696 du 2 juillet 2019 relatif à l'information, l'accompagnement et le transfert des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* n°0152 du 3 juillet 2019 texte n°44.
- Décret n° 2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires, *JORF* n°0194 du 22 août 2019
- Décret n° 2019-1083 du 24 octobre 2019 relatif aux modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* n°0250 du 26 octobre 2019.
- Décret n° 2019-1321 du 10 décembre 2019 modifiant le décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire, *JORF* n°0287 du 11 décembre 2019 texte n°9.

TABLE DES MATIÈRES

<i>INTRODUCTION GÉNÉRALE</i>	14
SECTION 1. LE TRANSPORT FERROVIAIRE, UN MARCHÉ EN RÉSEAU SPÉCIFIQUE	23
SECTION 2. LA NÉCESSITÉ DE CLARIFIER ET D'ACCOMPAGNER LES NOUVEAUX ENTRANTS	27
§1. La diversité des opérateurs alternatifs.....	27
§2. Le cas de Transdev.....	33
A. <i>Un sujet de recherche en lien avec la préparation du Groupe Transdev à la mise en œuvre du processus concurrentiel des transports ferroviaires en France</i>	33
B. <i>Une étude empirique dans le cadre du dispositif de recherche Conventions Industrielles de Formation par la Recherche (CIFRE)</i>	36
SECTION 3. UNE DIVERSITÉ DE POSITIONNEMENTS DANS LES PROCESSUS D'OUVERTURE À LA CONCURRENCE DU TRANSPORT FERROVIAIRE INTERNE DE VOYAGEURS	40
§1. La multiplication des travaux et des rapports sur l'ouverture à la concurrence ferroviaire....	40
§2. Le cadre de la thèse : une étude contextuelle des processus juridiques d'ouverture à la concurrence ferroviaire	44
A. <i>L'inscription de l'étude dans un cadre européen</i>	44
B. <i>Le positionnement de Transdev sur les enjeux de la recherche</i>	46
<i>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE GÈNESE ET ENJEUX D'UN ESPACE FERROVIAIRE UNIQUE EUROPÉEN</i>	50
SECTION 1. LE PASSAGE D'UNE POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS A UNE CULTURE EUROPÉENNE PARTAGÉE	51
§1. La politique commune des transports dans les traités constitutifs de l'Union européenne	51
§2. La consécration du principe de gestion indépendante de l'infrastructure ferroviaire	53
A. <i>La systématisation de la séparation du gestionnaire d'infrastructure</i>	53
B. <i>L'obscurité de l'obligation de séparation des activités dans le secteur ferroviaire de voyageurs</i>	56
SECTION 2. LA CONSOLIDATION PROGRESSIVE D'UN CORPS DE RÈGLES HARMONISÉES	60
§1. Le Livre Blanc de l'année 1996	60
§2. L'approfondissement de l'espace ferroviaire unique par l'adoption des paquets ferroviaires	61
SECTION 3. PROTECTION DES DROITS DES VOYAGEURS FERROVIAIRES, LEVIER D'INTEGRATION DES CHEMINS DE FER EUROPÉENS	67
§1. <i>Rappel des instruments et outils de protection internationaux de voyageurs ferroviaires</i>	67
§2. <i>Une politique européenne en complément du système international de droits des voyageurs ferroviaires</i>	69
A. <i>La protection européenne assurée par le règlement n° 1371/2007</i>	69
B. <i>Le projet de révision du règlement européen proposé par la Commission européenne</i>	71
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE</i>	75
<i>PREMIÈRE PARTIE LES CONTRAINTES D'ACCES AU RÉSEAU FERROVIAIRE</i>	76
<i>TITRE 1 LA DIVERSITÉ DES MODÈLES FERROVIAIRES EN EUROPE</i>	77
<i>CHAPITRE 1 LA DIVERSITÉ DES MODÈLES DE GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN EUROPE</i>	78
SECTION 1. LA COEXISTENCE DE DIFFÉRENTS MODÈLES DE GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN EUROPE.....	79
§1. Le modèle de gouvernance ferroviaire séparé absolu.....	79

A. <i>La séparation structurelle du gestionnaire d'infrastructure britannique sur le fond de sa privatisation</i>	79
B. <i>La séparation verticale complète des activités ferroviaires en Roumanie</i>	86
§2. Le modèle de gouvernance ferroviaire allemande : l'intégration partielle du gestionnaire d'infrastructure.....	88
A. <i>L'architecture institutionnelle allemande issue du modèle d'intégration partielle du gestionnaire d'infrastructure</i>	88
B. <i>Le contentieux de la Cour de justice de l'Union européenne sur le holding ferroviaire allemand</i>	90
SECTION 2. LA GOUVERNANCE FERROVIAIRE EN FRANCE EN MARGE DES EXIGENCES EUROPÉENNES	92
§1. Le rapprochement partiel de positions françaises et européennes	92
A. <i>La réforme de 1997, une transposition a minima du premier paquet ferroviaire</i>	92
B. <i>De la séparation à l'intégration partielle du gestionnaire français d'infrastructure ferroviaire</i>	96
1. Les missions exhaustives de SNCF EPIC de tête.....	97
2. Le paramétrage insuffisant de la performance ferroviaire du GPF	99
3. Une organisation imparfaite du gestionnaire d'infrastructure.....	101
a) L'insuffisance des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure	101
b) Les incitations défaillantes du gestionnaire d'infrastructure à la réduction des coûts et à l'assainissement financier	102
4. L'insuffisance des garanties d'indépendance de SNCF Mobilités.....	103
5. La mise en œuvre des instances de concertation pour la réalisation des grands enjeux du système ferroviaire national	105
§2. La consolidation du modèle d'intégration complète du groupe public ferroviaire (2018) ...	107
A. <i>Le contexte d'adoption d'une nouvelle réforme ferroviaire (2018) : le diagnostic d'un système ferroviaire défaillant</i>	108
B. <i>Le passage d'un Groupe Public Ferroviaire (GPF) à un Groupe Public Unifié (GPU)</i>	112
1. L'abandon de la structure d'établissement public industriel et commercial	113
2. L'élargissement des missions de SNCF Réseau.....	117
a) La translation dans le giron de SNCF Réseau de la gestion des gares ferroviaires de voyageurs	118
b) L'approfondissement des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure	119
3. Les mesures posées par les textes règlementaires d'application de la loi	121
CHAPITRE 2 LA DIVERSITÉ DES FORMES D'ACCÈS AUX RESEAUX FERROVIAIRES	128
SECTION 1. L'ACCES AU RESEAU DES ENTREPRISES FERROVIAIRES OPÉRANT EN « OPEN ACCES »	130
§1. Le cadre légal européen de l'open access	130
A. <i>L'appréhension de la notion d'« open access » par le droit de l'Union</i>	130
B. <i>Une application circonspecte du modèle de l'« open access » en Europe</i>	132
§2. Les perspectives de l'exploitation concurrentielle des services ferroviaires de longue distance en France.....	136
A. <i>Le maintien d'un système simultané des franchises et de l'open access</i>	136
B. <i>Le choix de l'open access dans la Loi pour un nouveau pacte ferroviaire</i>	137
SECTION 2. LE RÉGIME CONVENTIONNÉ D'EXPLOITATION DES SERVICES FERROVIAIRES INTERNES DE VOYAGEURS	139
§1. Le contenu variable de la notion de service public de transport ferroviaire de voyageurs au sein des États membres.....	139
A. <i>Le service public en common law</i>	139
B. <i>Le service public dans les systèmes juridiques continentaux</i>	140
1. L'attachement identitaire français à la notion de « service public » de transport ferroviaire de voyageurs.....	140

a)	De la définition organique de service public.....	140
b)	À une définition fonctionnelle du service public	144
2.	Le service public en droit allemand : l' <i>öffentlicher Dienst</i>	145
3.	Le service public en droit roumain : une diversité des définitions centrées sur « l'intérêt général »	146
§2.	La convergence conceptuelle du service public en droit européen.....	147
A.	<i>Le contenu variable du service public de transport ferroviaire de voyageurs en droit européen</i>	148
1.	La place réduite du service public dans les traités fondateurs de l'Union européenne.....	148
2.	La consécration de la notion d'« intérêt général »	150
B.	<i>Le service public de transport ferroviaire de voyageurs dans le règlement « OSP »</i> ...	151
1.	Le chemin vers la reconnaissance des obligations de service public dans le secteur de transport ferroviaire de voyageurs.....	151
a)	Les soubresauts entourant l'adoption du règlement « OSP »	151
b)	La définition de l'obligation de service public dans le règlement « OSP »	156
2.	Les conséquences contractuelles de la prescription des obligations de service public.....	158
a)	La généralisation des contrats de service public	158
b)	Le principe d'attribution concurrentielle des contrats de service public	160
3.	Calendrier de mise en œuvre	173
4.	La coexistence d'une <i>lex specialis</i> , avec le droit des marchés publics et des concessions	174
a)	L'articulation des dispositifs dans le contexte de préparation du règlement « OSP ».....	174
b)	L'articulation des dispositifs après l'adoption du 4 ^{ème} paquet ferroviaire.....	175
	TITRE 2 LA MULTIPLICITÉ DES BARRIÈRES	181
	CHAPITRE 1 LES BARRIÈRES INHÉRENTES AUX RÈGLES D'ACCÈS AU RÉSEAU FERROVIAIRE NATIONAL	183
	SECTION 1. LA CONSECRATION D'UN DROIT DES ENTREPRISES DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS D'ACCÈS AU RÉSEAU	184
§1.	Les conditions d'accès au Réseau Ferroviaire National	184
A.	<i>L'uniformisation par le droit européen des conditions générales d'accès au réseau</i>	184
	Signet non défini.	
1.	La détention d'une licence ferroviaire.....	184
a)	Les conditions de délivrance des licences ferroviaires	184
b)	L'instruction de la demande de délivrance des licences ferroviaires.....	186
2.	La détention d'un certificat de sécurité	188
3.	Les conditions commerciales d'accès au réseau	188
B.	<i>Le processus d'attribution des sillons : le cas de la France</i>	192
1.	Les exigences légales	193
2.	Le processus de demandes de sillons auprès de SNCF Réseau.....	194
§2.	L'exécution du contrat d'accès au réseau	197
A.	<i>Les services réalisés par le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire au bénéfice des opérateurs de transport</i>	197
1.	Les services du gestionnaire d'infrastructure ferroviaire sur les voies principales... ..	197
2.	Les services du gestionnaire d'infrastructure sur les installations de service	199
B.	<i>La tarification de l'utilisation du réseau ferroviaire national</i>	200
1.	Les efforts d'harmonisation du cadre européen de la tarification	200
a)	Le principe de la tarification au coût directement imputable.....	200
b)	Les limites de l'harmonisation tarifaire de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire en Europe	203
2.	La transposition des principes de tarification dans les droits nationaux	207
a)	La tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire en France	207
b)	La tarification de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire dans les États membres.....	208
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1	210

<i>CHAPITRE 2 LES BARRIÈRES INHÉRENTES AUX RÈGLES D'ACCÈS AUX INSTALLATIONS ESSENTIELLES</i>	211	
SECTION 1. L'AMÉNAGEMENT DE L'ACCÈS AUX INSTALLATIONS DE SERVICE FERROVIAIRE	212	
§1. Les conditions d'accès aux installations de service en Europe.....	212	
A. <i>Le régime d'accès posé par la directive 2012/34/UE (refonte)</i>	212	
1. La notion d'« installation de service »	212	
2. La consécration d'un droit d'accès des opérateurs de transport aux installations de service	215	
3. Le refus d'accès aux installations de service.....	216	
B. <i>L'évolution du cadre d'accès au marché des installations de service ferroviaire</i>	217	
1. Le renforcement de la transparence de l'accès aux installations via l'obligation stricte de	description de l'installation de service	217
2. Le renforcement de la coordination entre l'allocation de la capacité et l'accès aux	installations de service	219
3. La tentative de clarification de la notion d'« alternative viable »	220	
4. La portée du règlement limitée par le champ extensif de dérogations	221	
§2. La régulation de l'accès aux installations de service en France	223	
A. <i>Le périmètre de régulation</i>	223	
B. <i>L'accès aux installations de services en France</i>	224	
1. La procédure	224	
2. Les services fournis par les exploitants d'installations	225	
SECTION 2. LES GARES FERROVIAIRES DE VOYAGEURS, DES « INSTALLATIONS ESSENTIELLES »	227	
§1. Les enjeux de la régulation des gares ferroviaires de voyageurs.....	227	
A. <i>Les nouveaux contextes de la régulation des gares ferroviaires de voyageurs</i>	227	
B. <i>Les gares ferroviaires, des « installations essentielles »</i>	230	
§2. La place des gares de voyageurs dans les États membres de l'Union européenne	235	
A. <i>La gestion de gares ferroviaires de voyageurs dans les Etats membres</i>	235	
1. Une diversité organisationnelle et fonctionnelle des gares ferroviaires de voyageurs en	Europe	235
2. Le cas du Royaume-Uni : la gestion des gares par les opérateurs de transport ferroviaire	237	
a) Le cadre contractuel de l'accès aux gares ferroviaires de voyageurs	237	
b) Étude de cas : analyse contractuelle	239	
3. Le cas roumain : une gestion des gares intégrée à la gestion de l'infrastructure ferroviaire	242	
B. <i>La gestion des gares ferroviaires en France</i>	244	
1. Le rattachement contestable de Gares & Connexions à l'exploitant ferroviaire.....	244	
a) Des faibles garanties d'indépendance de Gares & Connexions par rapport à	l'exploitant historique SNCF Mobilités.....	245
b) Les limites relatives au système de tarification de l'accès aux gares ferroviaires de	voyageurs	248
2. L'évolution de la gestion des gares ferroviaires en France	254	
a) L'établissement de Gares & Connexions comme une filiale de SNCF Réseau....	254	
b) Association des autorités organisatrices de transport à la gestion ou exploitation de	certaines gares de voyageurs.....	256
c) La refonte de la tarification des gares	256	
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	261	
<i>CONCLUSION DU TITRE 2</i>	262	
<i>TITRE 3 LA LOYAUTÉ CONCURRENTIELLE DES OPÉRATEURS HISTORIQUES</i>	263	

<i>CHAPITRE 1 L'APPLICATION PROGRESSIVE DES RÈGLES DE CONCURRENCE AUX TRANSPORTS FERROVIAIRES</i>	264
SECTION 1. LE RÉGIME DÉROGATOIRE DE RÈGLES DE CONCURRENCE POUR LES TRANSPORTS	265
§1. La définition des règles de concurrence applicables aux transports ferroviaires.....	265
§2. La portée limitée de règles de concurrence dérogatoires applicables aux transports	267
SECTION 2. UN ALIGNEMENT PROGRESSIF SUR LE DROIT COMMUN	271
§1. Le contexte de mutation des règles de concurrence applicables au secteur des transports ..	271
§2. L'application du règlement n°1/2003 au secteur des transports	272
<i>CHAPITRE 2 LE RÉGIME DE RÈGLES GÉNÉRALES DE CONCURRENCE APPLICABLES AUX TRANSPORTS FERROVIAIRES</i>	274
SECTION 1. L'INTERDICTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.....	274
§1. L'interdiction des ententes	274
§2. L'interdiction d'abus de position dominante	275
A. <i>Le marché pertinent de transport ferroviaire de voyageurs</i>	276
1. La substituabilité des services	276
1. Le critère géographique	277
a) Le marché pertinent des transports ferroviaires longue distance	278
b) Le marché pertinent des transports ferroviaires régionaux	279
c) Le marché des services ferroviaires	279
B. <i>L'appréciation de la dominance sur ce marché</i>	281
C. <i>La caractéristique d'un comportement abusif</i>	281
SECTION 2. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DES ENTREPRISES FERROVIAIRES DE TRANSPORT DE VOYAGEURS	286
§1. Un droit européen récent relatif au contrôle des concentrations.....	286
§2. Le contrôle des concentrations dans le secteur ferroviaire	287
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	294
<i>DEUXIÈME PARTIE LES STRATÉGIES D'ACCÈS AUX RÉSEAU FERROVIAIRE</i>	299
<i>TITRE 1 L'ANTICIPATION DES APPELS D'OFFRES</i>	300
<i>CHAPITRE 1 LE PILOTAGE DU MARCHÉ FERROVIAIRE PAR LES AUTORITÉS DE TRANSPORT</i>	301
SECTION 1. LE PILOTAGE PAR L'ÉTAT FRANÇAIS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONCURRENCE FERROVIAIRE.....	302
§1. L'affirmation des besoins d'une stratégie industrielle globale et cohérente des transports ferroviaires des voyageurs	302
§2. La contractualisation de l'État, vecteur de stratégie industrielle	304
A. <i>Les contrats de plan État-Régions</i>	304
B. <i>Les contrats entre l'État et les entreprises publiques</i>	309
1. Retour sur la pratique de contractualisation État-entreprises publiques	309
2. Le cas du contrat de performance État-SNCF Région	312
a) Origine et objectifs du contrat	312
b) Contenu du contrat	312
c) Le caractère lacunaire du contrat	313
SECTION 2. LA DÉCENTRALISATION FERROVIAIRE, INSTRUMENT DE LA MONTEE EN PUISSANCE DES RÉGIONS	316
§1. La régionalisation ferroviaire, outil d'autonomisation des autorités organisatrices de transport	316
A. <i>L'acte III de décentralisation, un levier de renforcement de la régionalisation ferroviaire</i>	316
1. La phase d'expérimentation de la régionalisation ferroviaire	318

2.	Le transfert de la compétence « transports ferroviaires » aux régions	319
B.	<i>La dernière vague de la décentralisation</i>	319
§2.	La mise en oeuvre de la régionalisation ferroviaire	322
A.	<i>Le système de conventionnement actuel</i>	322
1.	Un cadre légal calqué sur le monopole de SNCF Mobilités	322
2.	Étude de cas : analyse de la convention d'exploitation des TER de la région unifiée Grand Est (2017-2024)	327
B.	<i>Les enjeux contractuels du système de conventionnement dans un contexte concurrentiel</i>	330
1.	L'association des AOT à la procédure de transfert du personnel ferroviaire	331
a)	Les enjeux du transfert du personnel ferroviaire	331
b)	La démarche législative de « <i>destaturation</i> » du personnel ferroviaire	332
c)	L'inclusion des AOT dans la procédure de transfert du personnel ferroviaire	336
2.	Communication des informations aux opérateurs ferroviaires participant aux procédures d'appels d'offres	337
3.	Clarification du rôle des AOT dans la distribution des titres de transport	338
4.	Positionnement des AOT sur la problématique de l'accès au matériel roulant et à maintenance	339
a)	Les enjeux de différents scénarios de récupération du matériel roulant en France ...	340
b)	Les différents systèmes de propriété du matériel roulant au sein de l'Union européenne	344
c)	Les enjeux de la définition des plans de maintenance	346
5.	La consolidation de la qualité d'autorités organisatrices des régions pour les services routiers de substitution	348
6.	Les AOT en charge de prestations de gestion ou d'exploitation des gares ferroviaires de voyageurs	351
	<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	352
	<i>CHAPITRE 2 L'APPROPRIATION PAR LES OPERATEURS NOUVEAUX ENTRANTS DES RÈGLES DE SECURITÉ</i>	355
	SECTION 1. UN CADRE EUROPÉEN HARMONISÉ DES RÈGLES DE SECURITÉ FERROVIAIRE	357
§1.	L'eupéanisation de la certification ferroviaire	357
A.	<i>Une réglementation européenne relative à la sécurité ferroviaire autour du projet d'ouverture à la concurrence du secteur</i>	357
B.	<i>Les besoins de rationalisation et de simplification de la procédure de certification ferroviaire des opérateurs de transport</i>	359
§2.	L'eupéanisation du droit des conduire de trains	362
	SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE DES REGLES EUROPÉENNES DES CERTIFICATION FERROVIAIRE AU SEIN DES ÉTATS MEMBRES	364
§1.	La transposition des règles européennes de certification ferroviaire dans les droits nationaux	364
§2.	La transposition des règles européennes de certification ferroviaire en France	366
A.	<i>Le cadre légal français de la certification en matière de sécurité ferroviaire</i>	366
B.	<i>La procédure de délivrance d'un certificat de sécurité ferroviaire en France</i>	367
	<i>CONCLUSION DU TITRE 1</i>	373
	<i>TITRE 2 LE POSITIONNEMENT SUR LES MODES DE GESTION</i>	375
	<i>CHAPITRE 1 LA PRÉVALENCE DU MODELE CONCESSION</i>	376
	SECTION 1. LE CADRE LEGAL DE PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION FERROVIAIRE	376
§1.	De la délégation de service public à la concession	376
§2.	L'application indifférenciée des règles de la concession aux marchés publics de transport ferroviaire de voyageurs en France	377

SECTION 2. LA PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION RELATIFS AU TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS	380
§1. La procédure de passation des contrats de concession	380
A. <i>Des formalités strictes à charge des autorités concédantes</i>	380
B. <i>La détermination du périmètre et des spécifications de la concession</i>	381
C. <i>La sélection des opérateurs ferroviaires candidats</i>	387
D. <i>Le choix du concessionnaire ferroviaire</i>	389
§2. L'exécution du contrat de concession de transport ferroviaire de voyageurs	391
CHAPITRE 2 LA GESTION PAR LES PERSONNES PUBLIQUES DES SERVICES DE TRANSPORTS FERROVIAIRES DE VOYAGEURS	399
SECTION 1. LA RÉGIE FERROVIAIRE	400
§1. Le régime juridique de la régie ferroviaire	400
A. <i>La définition de la régie ferroviaire</i>	400
B. <i>Le fonctionnement encadré d'une régie ferroviaire</i>	401
§2. Les mises en oeuvre des régies ferroviaires	403
A. <i>L'admissibilité de la régie ferroviaire au sein de l'Union européenne</i>	403
B. <i>L'admissibilité de la gestion des transports ferroviaires de voyageurs en régie en France</i> 406	
C. <i>Étude de cas : la régie ferroviaire des petites lignes</i>	409
SECTION 2. LA SOCIÉTISATION DE LA GESTION DES TRANSPORT PUBLICS FERROVIAIRES DE VOYAGEURS	412
§1. La gestion externalisée des activités d'intérêt général via des Entreprises Publiques Locales (EPL)	412
§2. Le modèle de gestion locale par une Société Publique Locale (SPL)	415
§3. Le modèle de gestion locale par une Société d'Économie Mixte (SEM)	417
Encadrée par le droit français (A), la SEM apparait comme une mode de gestion compatible avec l'exploitation des transports ferroviaires de voyageurs (B)	417
A. <i>Le cadre général</i>	417
B. <i>L'émergence de SEM, opérateurs de transport ferroviaires de voyageurs</i>	420
§4. La gestion externalisée des transports ferroviaires de voyageurs via des partenariats publics-privés (PPP)	428
A. <i>Le cadre général légal des PPP</i>	428
B. <i>La compatibilité des PPP avec l'exploitation des services publics de transports ferroviaires de voyageurs</i>	430
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	436
CONCLUSION DU TITRE 2	438
TITRE 3 LA COOPÉRATION AVEC LES RÉGULATEURS	439
CHAPITRE 1 L'INSERTION DES NOUVEAUX ENTRANTS DANS LE CADRE INSTITUTIONNEL DE LA RÉGULATION FERROVIAIRE	441
SECTION 1. LA RÉGULATION FERROVIAIRE, UNE NOTION POLY SEMANTIQUE	442
§1. Une diversité conceptuelle de la notion de « régulation »	442
§2. Une diversité des acceptions formelles de la notion de « régulation »	443
SECTION 2. L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE GÉNÉRAL DE RÉGULATION FERROVIAIRE	446
§1. La mise en œuvre des régulateurs sectoriels indépendants	446
A. <i>Les enjeux constitutionnels des régulateurs ferroviaires</i>	446
Les régulateurs sectoriels occupent une place spécifique au sein des paysages institutionnels nationaux. Cette spécificité est révélée à travers leur statut hybride (1) et les obligations d'indépendance et d'autonomie imparties aux régulateurs car consubstantielles à la fonction même de régulation (2)	446
1. Le statut hybride des régulateurs ferroviaires	446

2. L'indépendance des autorités de régulation, prérequis indispensable au processus de régulation ferroviaire	448
B. <i>Une diversité organisationnelle européenne des régulateurs ferroviaires</i>	450
1. Le modèle français	450
2. Le modèle britannique	453
3. Le modèle allemand	453
4. Le modèle roumain	454
§2. Les missions des régulateurs ferroviaires	456
A. <i>Des missions générales communes imparties aux régulateurs ferroviaires étrangers</i> .	456
B. <i>L'extension progressive des missions du régulateur français</i>	459
1. L'évolution des missions générales du régulateur français dans le cadre des réformes de libéralisation du secteur.....	459
2. L'élargissement des missions du régulateur ferroviaire français à la suite de l'adoption de la loi « LOM »	463
a) L'intégration de la mission aéroportuaire	463
b) L'intégration de la mission de collecte de données de mobilité	464
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	470
CHAPITRE 2 LE CONTRÔLE PAR LES REGULATEURS FERROVIAIRES DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE VOYAGEURS	472
SECTION 1. LE CADRE LÉGAL RELATIF AU CONTRÔLE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC	474
§1. <i>Le point de départ du test d'équilibre économique : le cabotage ferroviaire</i>	474
§2. <i>L'appropriation du test d'équilibre économique par les régulateurs ferroviaires dans le contexte de la libéralisation des marchés ferroviaires nationaux</i>	478
A. <i>Les apports de la directive 2012/34/UE</i>	478
B. <i>Les apports du règlement d'exécution (UE) 2018/1795</i>	479
SECTION 2. LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE DU TEST D'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC	481
§1. La notification du nouveau service ferroviaire proposé	481
A. <i>L'adoption des lignes directrices par l'ART à la suite d'une consultation publique des acteurs du ferroviaire</i>	482
B. <i>Le manque de cohérence des acteurs sur la liste d'informations à notifier au régulateur</i>	482
§2. La demande de test de l'équilibre économique.....	485
A. <i>Le contenu du test de l'équilibre économique</i>	485
B. <i>Le résultat</i>	490
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	491
CONCLUSION DU TITRE III	493
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	494
CONCLUSION GÉNÉRALE	495

INDEX ALPHABETIQUE
(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Autorités organisatrices de transport	9, 33, 43, 104, 127, 140, 148, 173, 174, 181, 183, 198, 203, 208, 282, 316, 392, 395, 398, 406, 409, 418, 20, 438, 439, 440, 442, 444, 447, 450, 451, 452, 511, 524, 527, 533, 542, 572, 574, 580, 582, 584, 585, 624, 670
Abus de position dominante	2, 310, 333, 347, 350, 356, 359, 365, 367, 371, 372, 384
Accès au réseau	2, 7, 32, 35, 42, 85, 95, 214, 215, 226
Accès aux installations	82, 85, 213, 233, 260, 263, 264, 274, 276, 278, 280, 322, 391, 603
Alternative viable	260, 261, 269, 270, 275
Appels d'offres	36, 90, 181, 451, 534
Attribution de sillons	57, 101, 113, 221, 227, 228, 231, 233, 251, 348
Autorité de la concurrence	28, 86, 114, 116, 117, 118, 288, 307, 310, 333, 377, 379
Barrières à l'entrée	81, 154, 212, 254, 675
Bénéfices	5, 94, 386, 524, 638, 663
Cabotage ferroviaire	615, 634
Certification	8, 61, 66, 68, 147, 212, 236, 473, 478, 479, 485, 487, 612
Contrat de performance	319, 320, 408, 413, 415, 465
Contrat(s) de service public	9, 17, 30, 32, 99, 124, 148, 154, 156, 170, 173, 174, 179-208
Conventionnement	205, 206, 365, 419, 423, 424, 469
Coût directement imputable	236-245, 247, 248, 258
Coût marginal	236, 241, 242, 245, 247
Concession(s)	5, 37, 104, 202, 203, 204, 498, 499, 500-504, 506, 518, 519, 524, 526, 572, 575, 577, 578, 671
Destaturation	434, 435

Distribution des titres de transport	398, 441, 442, 443
Données	22, 78, 144, 220, 233, 243, 299, 315, 439, 452, 467, 469, 523, 540, 564, 620, 621, 622, 623, 624, 627, 630, 645, 677
Expérimentation	30, 418, 419, 420, 429, 493
Ententes	339, 340, 341, 347, 352, 357, 371, 384
Équilibre économique des contrats	633, 634, 635, 636, 638, 639, 641, 666, 667
Espace ferroviaire unique européen	40, 44, 58, 67, 79, 80, 119, 121, 197, 209, 212, 245, 276, 307, 337, 389, 472, 473, 613, 630, 636, 673, 674
État stratège	119, 399, 400
Indépendance du gestionnaire	56, 59, 69, 84, 86, 107, 120, 132, 134, 227, 304, 332, 676
Incidence financière	660, 661
Informations (confidentielles)	29, 51, 61, 73, 78, 85, 86, 140, 181, 224, 233, 264, 265, 273, 279, 286, 300, 301, 333, 358, 391, 395, 439, 440, 448, 449, 454, 540
Installations essentielles	32, 82, 85, 123, 131, 213, 286, 287, 318, 384, 387, 391
Intérêt public	99, 101, 162, 165
Interopérabilité	60, 64, 65, 68, 79, 101, 140, 358, 389, 472, 473, 482, 483, 484, 488, 672
Infrastructure ferroviaire	50, 55, 61, 62, 90, 94, 101, 106, 112, 132, 133, 134, 137, 140, 141, 143, 147, 155, 197, 221, 222, 226, 227, 234, 236, 237, 239, 242, 243, 247, 249, 255, 256, 257, 258, 293, 303, 348, 366, 416, 465, 487, 490, 501, 579, 587, 612, 614, 667
Non discriminatoire	6, 55, 82, 85, 131, 134, 158, 204, 227, 250, 259, 261, 276, 303, 307, 318, 332, 444, 462, 513, 676
Nouveaux entrants	2, 6, 9, 12, 23, 34, 40, 41, 43, 44, 80, 81, 82, 85, 130, 131, 143, 154, 155, 181, 184, 201, 209, 252, 308, 333, 354, 371, 389, 588, 667, 674, 675, 676, 677
Notification	15, 340, 341, 381, 520, 634, 639, 642, 643, 644, 646, 647, 651, 652, 653, 657, 664, 665, 667

Matériel roulant	21, 43, 51, 68, 73, 140, 147, 149, 154, 195, 197, 253, 305, 378, 439, 444-457, 470, 478, 485, 486, 512, 540
Monopole	1, 2, 3, 4, 16, 18, 37, 89, 99, 100, 169, 289, 357, 359, 365, 369, 464, 491, 522, 574
Ouverture à la concurrence	2, 5, 6, 7, 9, 11, 14, 15, 19, 21, 22, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 37 et s.
Opérateurs historiques	1, 18, 80, 81, 89, 183, 185, 333, 356, 371, 381, 383, 384, 387, 392, 397, 468, 586
Partenariat public-privé	566, 568
Régie ferroviaire	530, 531, 533, 538, 539, 540, 541
ROSCO	445, 450, 456, 677
Redevances d'accès	121, 308, 312, 619
Reforme ferroviaire	409, 614
Régulateur sectoriel	2, 6, 32, 117, 252, 278, 293, 294, 307, 323, 324, 413, 416, 584, 589, 605, 617, 626, 639, 660, 675
Régulation	538, 587, 588, 591, 592, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 602, 603, 604, 605, 608, 609, 611, 619, 627, 657, 674
Réseau ferré	112, 229, 236, 245, 247, 276, 288, 369, 419, 420, 482, 484
Société Publique Locale	546, 559
Sécurité ferroviaire	61, 68, 91, 219, 436, 470, 471, 472, 474, 476, 484, 490, 491, 583, 669
Séparation comptable	2, 7, 55, 58, 59, 61, 85, 106, 124, 131
Séparation verticale	51, 57, 90, 97
Service public	2, 7, 9, 16, 30, 31, 32, 50, 79, 91, 93, 99, 124, 138, 140, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 163, 165, 166, 168, 171, 172, 173, 174, 176, 178, 179, 180, 182, 183, 185, 186, 189, 190, 191, 193, 195, 198, 202, 204, 205, 389, 407, 427, 435, 436, 459, 462, 498, 518, 527, 529, 530, 537, 539, 541, 558, 566, 573, 604, 615, 618, 632, 633, 636, 637, 648, 651, 656, 665, 670, 667
Services conventionnés	84, 149, 198, 246, 592, 615, 623

Services librement organisés	158, 390, 615, 617, 641, 643, 660, 665, 667
Stratégie industrielle	399, 401, 465
Subventions croisées	2, 52, 85, 124, 309
Sûreté	79, 116, 389, 463, 470, 514, 519
Tarifification pluriannuelle	323, 324, 675
Télécommunications	53, 414, 587, 597, 619
Test d'équilibre économique	615, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 643, 645, 649, 652, 653, 654, 656, 657, 659, 662, 664
Transfert du personnel	43, 395, 398, 430, 431, 432, 436, 437, 438, 464, 466, 540
Voyageurs	5, 23, 32, 66, 73, 179, 253, 258, 291, 469, 470, 514, 628