

DESS-DJCE Juriste d'affaires
Promotion 2003 – 2004

Université Paris II
Panthéon – Assas

Matthias GROLIER



L'OUVERTURE
A LA CONCURRENCE
DU MARCHE FERROVIAIRE :
L'EXEMPLE FRANÇAIS.

Sous la direction de
Madame Annie TARGA
Contrôleur d'Etat

*« Le train, l'automobile du pauvre.
Il ne lui manque plus que de pouvoir aller partout. »*

Jules RENARD
Extrait de son journal 1905-1910.

SOMMAIRE

Prolégomènes :

Brève histoire du rail	Pages 1 à 4
Les particularités du chemin de fer	Pages 4 à 5
Les entreprises du réseau au sein de l'Union européenne et la mise en concurrence	Pages 5 à 7

Première Partie : Les étapes de l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire

Introduction	Page 9
--------------	--------

Section 1 : L'impulsion donnée par la directive 91/440 et ses suites :

I – Liberté de gestion des entreprises ferroviaires et nécessité d'un assainissement financier :

A- la liberté de gestion, une demi réforme pour la SNCF	Pages 10 à 11
B- la mise en place de mécanismes adéquats pour réduire l'endettement des entreprises	Page 11

II – Séparation entre gestion de l'infrastructure et gestion des services de transports :

A-les difficultés liées à l'utilisation même de l'infrastructure	Page 12
B-le rôle du gestionnaire de l'infrastructure	
Missions	Pages 12 à 13
Désignation	Pages 13 à 14
C- l'activité de transports : définition et obtention de la licence d'entreprise ferroviaire	

III – L'accès des tiers au réseau :

A – Les problèmes techniques posés	Page 15
------------------------------------	---------

B – Les problèmes juridiques posés :

1 - Une graduation des droits d'accès : différence entre transports combinés et conventionnels

Pages 15 à 17

2 - De l'utilisation des droits d'accès :

L'octroi de la licence d'entreprise ferroviaire et l'utilisation de l'infrastructure dans le cadre de l'ouverture à la concurrence

L'attribution des droits d'accès freinés par des irrégularités concurrentielles

Pages 17 à 18

Section 2 : Les paquets ferroviaires européens : l'expression concrète d'une libéralisation en suspens depuis 1991 :

Introduction

Page 19

I - L'affirmation d'une ouverture plus large du marché des services de transports :

A – Un statu quo pour le trafic de voyageurs :

Pages 19 à 20

B – Une « révolution » à venir pour le transport ferroviaire de marchandises :

Pages 20 à 21

II – La nécessité de « muscler » les systèmes de régulation :

A - Séparer plus clairement les activités pour mieux libéraliser :

Pages 21 à 22

B - Mieux organiser l'accès à l'infrastructure pour favoriser l'égalité des chances :

Page 22

C - Orienter la mise en place des tarifs d'accès aux infrastructures :

Pages 22 à 23

III – Quelles perspectives d'avenir pour le rail européen ?

A – Les enseignements du premier paquet ferroviaire :

Pages 23 à 24

B – Le second paquet ferroviaire en cours d'adoption :

Pages 24 à 25

C – Le troisième paquet ferroviaire européen en cours de négociation :

Pages 25 à 27

Conclusion de la première partie :

Pages 27 à 28

Deuxième partie: L'impact de la libéralisation sur le fonctionnement concurrentiel du marché ferroviaire

Introduction Page 30

SECTION I : Les enjeux de la libéralisation :

I – Le degré d’ouverture du marché : Page 31

II – Permettre l’accès à une concurrence effective :

A – Le libre accès comme préalable à la concurrence : Pages 32 à 33

B – Les autorités réglementaires nationales comme arbitres du jeu concurrentiel : Page 33

III – Démantèlement des monopoles et maintien des services publics :

A – La Libéralisation : processus anti-social ? Pages 33 à 34

B - La notion de service universel comme palliatif au démantèlement des services publics : Pages 34 à 36

C – La nécessité de transparence dans les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques Pages 36 à 37

SECTION 2 : Les contraintes concurrentielles :

I – L’application des règles de la concurrence malgré les spécificités du secteur :

A – Le transport ferroviaire en Europe : un marché sans singularité pour la Commission Pages 37 à 39

B – Les difficultés pour délimiter les marchés : Pages 39

II – Les contraintes concurrentielles et la gestion de l’infrastructure :

A – Les infractions qui peuvent être commises par les gestionnaires d’infrastructure : Pages 39 à 40

B – Le problème des subventions croisées : Page 40

III – Les contraintes concurrentielles et les activités de transport :

A – La situation des nouveaux entrants :

Pages 40 à 41

B – Les contraintes concurrentielles classiques s'imposant aux entreprises de transport:

Pages 41 à 43

IV – Les aides d'Etat et le financement des missions de service public :

A – Une question qui a donné lieu à une jurisprudence imprécise :

Page 43 à 44

B – Une question qui semble être aujourd'hui définitivement tranchée autour de la notion de compensation d'obligations de service public :

Pages 44 à 45

Conclusion de la deuxième partie :

Pages 45 à 46

Troisième partie : L'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire français : la difficile rupture

Introduction

Page 48 à 49

Section 1 : Réseau ferré de France, clef de voûte du système de transposition français

Introduction : genèse d'une réforme

Pages 49 à 50

I – Création et missions de RFF : une clarification des responsabilités dans la gestion des infrastructures :

A - Un rôle de désendettement de la SNCF :

Pages 50 à 51

B - Les missions de RFF : gérer, construire, développer et financer les infrastructures :

Pages 51 à 52

C - La scission du patrimoine public : une large dévolution en pleine propriété au profit de Réseau ferré de France :

Page 52

II – Création et missions de RFF : une séparation en trompe l’œil d’avec la SNCF

A - La dissociation des fonctions de régulation et d’exploitation :

Pages 53 à 54

B - La séparation des activités de gestion de l’infrastructure des activités d’exploitation :

Pages 54 à 55

Section 2 : Principes et procédures pour l’accès à l’infrastructure ferroviaire française

I – Les conditions d’accès au réseau ferroviaire français : les « sésames » préalables :

A – L’obtention de la licence d’entreprise ferroviaire :

Pages 55 à 56

B – L’obtention du certificat de sécurité :

Pages 56 à 57

II – Les conditions d’accès au réseau ferroviaire français : les modalités d’attribution des sillons :

A – La répartition des sillons par Réseau ferré de France :

Pages 57 à 58

B- Les procédures de recours :

Pages 58 à 59

Section 3 : Les nouveaux défis du rail français :

I - Sauver le fret hexagonal : la nouvelle bataille du rail :

A – Le constat d’une faillite :

Pages 60 à 61

B – L’ébauche de solutions pour sauver un secteur qui n’est pas condamné :

Pages 61 à 62

II – Réussir la régionalisation ferroviaire pour permettre la concurrence sur les lignes locales :

A – De 1982 à 2001 : histoire de la régionalisation ferroviaire :

Pages 62 à 63

B – 2001 : Le transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt général :
Pages 63 à 64

C - La régionalisation comme porte ouverte à la concurrence ferroviaire locale voulue par
Bruxelles ?
Pages 64 à 65

III – Pérenniser le service public du transport :
Pages 65 à 66

Conclusion du mémoire :
Pages 67 à 69

Bibliographie :
Pages 69 à 73

PROLEGOMENES :

La loi d'organisation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 rappelait en son article 13 « la contribution essentielle des infrastructures ferroviaires à la vie économique et sociale de la Nation ». Derrière cette affirmation de principe se cache une réalité très forte, celle de la place tout à fait exceptionnelle des chemins de fer dans la vie des pays industrialisés et ce tout particulièrement en France.

Le rail est en fait omniprésent: indispensable pour le transport des voyageurs, il est à la fois plus accessible que l'avion et moins polluant que l'automobile¹ ; indispensable pour l'industrie, il a permis à celle-ci de se développer en Europe grâce aux transports de marchandises et de matières premières même s'il est aujourd'hui en net recul face à la concurrence drastique que mène le réseau routier, indispensable enfin, le rail l'est pour structurer un territoire et permettre son dynamisme.

Pourtant force est de constater qu'aujourd'hui le rail est banalisé comme s'il s'agissait d'une réalité tellement concrète qu'il n'y aurait plus lieu de s'en étonner, de la remettre en cause ou bien de la modifier. Cela s'explique par la présence grandissante qu'a pris le réseau ferré dans les paysages de l'hexagone depuis plus d'un siècle et demi. Le rail reste ainsi le support et la vitrine de nos succès comme de nos tragédies. De nos succès tout d'abord lorsque Alstom porte le pavillon du TGV français jusqu'en Asie et contribue ainsi au renouveau de l'industrie ferroviaire française ; de nos tragédies ensuite lorsque les mouvements terroristes prennent pour cible les transports de voyageurs, transports de masse par définition pour faire valoir leur revendications dans le sang et la douleur.

Mais loin de ces phénomènes médiatiques, c'est une nouvelle mutation, plus silencieuse celle là, que connaissent depuis dix ans les marchés ferroviaires en Europe. Aujourd'hui en effet, le chemin de fer communautaire se transforme sous l'impulsion de la Commission européenne qui pour faire face au déclin du rail a décidé de l'ouvrir à la concurrence. Car il faut dès à présent faire ici état de la situation difficile du rail en Europe et tout particulièrement en France : situation financière obérée, baisse de la qualité du fret, difficultés techniques, tels sont les maux qu'il faut soigner. Cette réforme, si elle passe assez inaperçue dans l'opinion, sans doute d'ailleurs parce qu'elle se fait lentement et de façon technique, est tout à fait primordiale pour l'avenir de cette industrie de réseau. Tout cela nécessite donc de grands changements économiques et structurels à la hauteur d'ailleurs des difficultés du secteur ferroviaire.

Ces nécessaires mutations nous offrent l'occasion dans le cadre de cette introduction de nous tourner vers le passé du chemin de fer afin de mieux comprendre la place du train en France et ses spécificités. Nous serons ensuite amenés à constater qu'à l'instar des autres entreprises de réseau, le chemin de fer n'a pas pu échapper à l'ouverture de la concurrence prônée par Bruxelles.

¹ Cet aspect environnemental n'est pas à négliger compte tenu des engagements de l'Union dans le cadre du protocole de Kyoto.

Brève histoire du rail² :

L'histoire du chemin de fer, premier réseau technique capable d'influencer l'ensemble des comportements humains, véritable toile d'araignée étalée sur l'ensemble du pays, doit être replacée dans son contexte tout à la fois économique, institutionnel, culturel et social.

Depuis plus d'un siècle et demi, ce géant se trouve au cœur du débat politique, du débat sur la modernité, du débat sur le choix de société. Avec le rail, l'homme est entré dans la civilisation des macro systèmes qui l'enserrent aujourd'hui de toutes parts. C'est à lui désormais de modeler concrètement son territoire en prenant toute la mesure de ses choix pour le futur.

Le chemin de fer a été un secteur privilégié de l'innovation, une source d'inventions, sans jamais cesser de se transformer. Depuis l'origine de ce mode de transport, ses ingénieurs et ses agents ont, jour après jour, recherché les moyens techniques et humains d'améliorer la sécurité et la rentabilité de cet outil de transport. Répondre aux griefs de la clientèle, réduire la durée du transport, exige du fait des exploitants, une technologie ferroviaire marquée par une permanente confrontation des solutions dont les choix pèseront pour l'avenir.

Issu du double héritage de la culture routière et canaliste du XVIII^{ème} siècle et de la révolution industrielle, ce mode de locomotion fut adopté par les français dans les années 1830. Institutionnellement affermi au cours des années 1850, il se consolide au début de la III^{ème} République et son organisation constitue une expérience originale d'économie mixte largement diffusée dans les pays du globe.

Les premières lignes de chemin de fer sont mises en service en France au début du XIX^{ème} siècle : Saint Etienne – Andrézieux en 1827 pour le transport du charbon, avec une traction animale ; Saint Etienne – Lyon en 1830-1833, où circulent les premières locomotives à vapeur et, dès 1831, des voyageurs ; Andrézieux – Roanne en 1834. Les voitures pour les voyageurs font leur apparition en 1832. Le 26 août 1837, le premier train de voyageurs quitte Paris pour Le Pecq. Puis les premières lignes importantes sont progressivement mises en service : Strasbourg – Bâle en 1841 ; Paris – Orléans et Paris – Rouen en 1843 ; Paris – Lille en 1846.

L'Etat attribue des concessions, c'est-à-dire le droit de construire et d'exploiter, à des compagnies privées, qui financent la construction des lignes et supportent les risques financiers liés à leur exploitation. L'Etat exerce aussi une surveillance des tarifs ferroviaires, considérant que les compagnies assurent un service public. Sous le Second Empire, la France se couvre de voies ferrées et le réseau passe de 3.000 à 17.430 km. En 1870, toutes les grandes lignes sont construites et les grandes villes de France reliées à Paris. Le chemin de fer prend part au développement économique du pays, notamment en assurant le transport des matières premières : le tonnage des marchandises acheminées augmente dans la proportion de 1 à 9 en 50 ans, entre 1825 et 1875.

Cet essor considérable apparaît cependant encore insuffisant aux yeux de l'État : le ministre des Travaux publics, Charles de Freycinet, fait adopter la loi du 17 juillet 1879 qui prévoit la construction de 9.000 kilomètres de lignes nouvelles. C'est la partie ferroviaire du fameux « Plan Freycinet ». Si le réseau se développe fortement, passant de 17.430 à 39.400 kilomètres entre 1870 et 1914, rachats et reprises de lignes se succèdent, en raison de difficultés financières des compagnies privées et l'État est amené à intervenir dans la gestion des chemins de fer.

² Source SNCF.

Les efforts de rétablissement commencent à porter leurs fruits et le redressement financier s'amorce lorsque éclate la première guerre mondiale. En 1920, tous les réseaux sont déficitaires, tandis qu'ils doivent faire face à l'arrivée d'un nouveau concurrent : le transport routier de voyageurs. En effet, l'essor de la route, les souhaits politiques de voir se développer le réseau, même lorsque les probabilités de trafic étaient modestes, l'encadrement des tarifs, ont conduit à un déficit chronique.

La grande crise de 1929 compromet définitivement les chances de redressement des compagnies. L'Etat décide de nationaliser les chemins de fer : la convention du 31 août 1937 crée pour une durée de 45 ans, à partir du 1^{er} janvier 1938, une « Société Nationale des Chemins de fer Français », la SNCF, avec trois idées directrices :

- fusionner les divers réseaux de chemin de fer en un réseau unique ;
- placer ce réseau sous la responsabilité de l'État ;
- faire en sorte que ce réseau parvienne à équilibrer ses recettes et ses dépenses.

Le 31 décembre 1982, la convention de 1937 arrive à expiration. L'ensemble de la SNCF revient à l'État, qui la dote d'un nouveau statut.

En application de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, qui traite des différents modes de transport en France en leur appliquant des dispositions législatives communes, la SNCF, qui garde son sigle, devient un EPIC, un Établissement public à caractère industriel et commercial. Un cahier des charges et des « contrats de plan » pluriannuels règlent l'ensemble des relations entre l'État et l'entreprise, l'État continuant à apporter une aide correspondant aux tarifs sociaux voyageurs et à l'exploitation des services d'intérêt régional. La LOTI introduit peu de nouveautés par rapport à la situation antérieure, mais elle recouvre une forte valeur symbolique. Elle réaffirme le monopole de la SNCF sur une exploitation intégrée du chemin de fer et prévoit que ce dernier soit géré selon les principes du service public.

La SNCF joue alors un rôle moteur dans de nombreux secteurs de l'économie française, notamment par ses commandes aux entreprises de travaux publics et à l'industrie ferroviaire, que la SNCF met à nouveau en valeur par deux nouveaux records du monde de vitesse sur rail : 482,4km/h, le 5 décembre 1989, puis 515,3km/h, le 18 mai 1990, sur la ligne TGV Atlantique.

De nombreux services nouveaux sont développés et offerts à la clientèle :

- le TGV Atlantique (septembre 1989 et septembre 1990) ;
- le TGV Nord-Europe (juin 1993) ;
- l'Eurostar qui relie Paris et Londres en 3 heures par la ligne TGV Nord-Europe et le tunnel sous la Manche ouvert le 14 novembre 1994 ;
- Thalys reliant Paris et Bruxelles, en juin 1996.
- Le TGV Méditerranée et la construction de très nombreuses nouvelles gares.

Les TER – les Transports Express Régionaux – sont modernisés et adaptés pour faciliter les échanges intra et inter régionaux. Cette évolution est favorisée par la loi de décentralisation de 1982 et les conventions conclues entre les régions et la SNCF.

Le Fret, pour répondre aux attentes des entreprises qui sont ses clients, développe des techniques associant transport ferroviaire et routier. Combiné ou multimodal, ce transport présente des avantages importants en matière de préservation de l'environnement et de sécurité.

Aujourd'hui, nul ne peut nier que la SNCF est une « belle » entreprise souvent citée en exemple en Europe lorsqu'il s'agit de comparer ses résultats en matière de sécurité, de performance et de qualité. Mais c'est aussi une sorte de « monstre administratif » dans la mesure où les charges que l'Etat lui a imposé ne lui permettent pas de se réformer. Le transport ferroviaire en France ne peut dès lors apparaître comme une industrie de réseau comme les autres.

Les particularités du chemin de fer :

Au contraire de la déréglementation du transport aérien qui avait été très largement relayée dans l'opinion, la libéralisation du secteur ferroviaire ne suscite pour l'instant guère l'intérêt des foules en dehors de celles des juristes. C'est là encore l'une des singularités du chemin de fer.

A notre sens, la première particularité de ce secteur est sa très forte symbolique de service public. Le train est synonyme de transport de masse et son image est bien différente de celle du transport aérien souvent présenté comme privilégié. Pour atteindre les contrées les plus reculées, c'est l'option du service public qui a été choisie et qui explique la généralisation des monopoles en Europe. Au sortir de la seconde guerre mondiale, que ce soit l'Allemagne autour de la Deutsch Bahn, la France avec la SNCF, la Belgique avec la SNCB ou bien encore l'Espagne autour de la Renfe, la plupart des Etats européens ont doté une entreprise publique de droits exclusifs et lui ont confiés tant la gestion de l'infrastructure ferroviaire que l'exploitation des services de transports. Les entreprises publiques n'étaient alors quelquefois que des services de l'Etat dont les missions étaient axées sur le service public et son triptyque traditionnel : continuité, égalité et adaptation aux besoins. Le Traité de Rome lui-même consacrait cette particularité en faisant référence explicitement au service public du transport dans son article 73.

Derrière cette proximité du public avec la société exploitant le réseau, il y a aussi les contraintes techniques hors du commun qu'une telle ambition génère. Les investissements de capacité y sont plus lourds que dans n'importe quelle industrie et soumis comme le fait remarquer Jean-Charles Loupien³ à la loi des rendements croissants dont la rentabilité économique ne peut apparaître qu'à long terme. Dès lors un tel réseau permet à l'Etat qui y a jeté son emprise de jouer sur trois leviers : celui de la politique industrielle nationale au travers des commandes publiques, celui de la politique salariale au travers des embauches et celui du progrès social en tissant un maillage qui permet de mettre en œuvre un droit au transport se situant dans la droite ligne de la notion d'égalité et d'universalité.

Chaque Etat menait dès lors sa propre politique sans se soucier vraiment de la situation déplorable des finances de l'entreprise publique, ni même des difficultés techniques qui pesaient sur l'européanisation du rail. Chaque Etat gérait donc selon la tradition politique qui était la sienne ce secteur tout à fait particulier.

Le secteur ferroviaire ne pouvait plus longtemps faire œuvre de singularité. Comme les autres entreprises de réseau, il devait s'ouvrir à la concurrence et aux enjeux de la libéralisation.

³ Jean -Charles LOUPIEN - Le système ferroviaire français face au droit communautaire – CJEG – Mai 2000.

Les entreprises de réseau au sein de l'Union européenne et la mise en concurrence :

Depuis un peu plus de dix ans, les entreprises de réseau connaissent au sein de l'Union européenne une mutation de grande ampleur puisque sous l'impulsion de la Commission celles-ci sont passées d'une structure monopolistique à un régime de concurrence plus ou moins étendue. Ces secteurs clés pour l'économie européenne n'auront donc pas échappé au vent de la libéralisation, la Commission considérant que l'ouverture à la concurrence s'avère indispensable pour la survie même de ces pôles économiques.

Trois enjeux sont généralement liés à de telles mutation : ceux de la vitesse, de la concurrence et du service public. En effet, dans un premier temps le souci de la Commission a été de concilier les différents points de vue des Etats, les uns voulant une libéralisation rapide, les autres se montrant plus prudents. La voie d'une libéralisation progressive a donc été choisie. Ensuite, le processus d'ouverture doit assurer l'efficacité d'une vraie concurrence au sein des secteurs ouverts et ce notamment au regard de la puissance des opérateurs historiques. Enfin, il s'agit aussi de s'assurer que cette dérégulation n'empêchera pas la mise en œuvre effective des missions de service public traditionnellement assurée par les entreprises de réseau en échange de leur monopole de droit. Pour ce faire la Commission a usé du concept très novateur de « service universel ».

Quatre secteurs sont ainsi depuis une dizaine d'années au centre de ce processus d'ouverture à la concurrence : les télécommunications, les services postaux, l'énergie et les transports ferroviaires.

- A cet égard, **les télécommunications représentent pour les institutions européennes un modèle.** La libéralisation s'y est développée de façon spectaculaire grâce à l'intervention de deux facteurs que sont les développements technologiques et l'arrivée rapide de nouveaux opérateurs sur ce créneau. Depuis le 1^{er} janvier 1998, le marché des télécommunications est pleinement libéralisé⁴. La Commission a ensuite adopté des normes d'harmonisation notamment en matière technique et des lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence (articles 81 et 82 du traité).
- **Les services postaux ont quant à eux fait émerger la problématique de la compatibilité de l'ouverture à la concurrence avec le maintien des missions de service public.** La directive 97/67 fixant les grandes lignes de cette mutation prévoit ainsi une libéralisation « progressive et contrôlée » du marché des services postaux. Par exemple, sous condition de poids et de prix certains envois postaux peuvent ne pas être inclus dans le segment ouvert à la concurrence et rester en conséquence dans le giron monopolistique de l'opérateur historique⁵. Là encore des normes techniques harmonisées ont été adoptées mais plus encore la Commission a veillé à ce que l'opérateur historique ne profite pas de sa position ancienne et privilégiée dans les secteurs ouverts à concurrence. Pour assurer la mise en place « de pratiques

⁴ Certains ont toutefois pu demander des délais dans le cadre de l'article 2.2 de la Directive « pleine concurrence ».

⁵ Article 7.1 de la directive.

saines » des autorités réglementaires nationales indépendantes des opérateurs postaux ont été mises en place⁶.

- En troisième lieu, **le secteur de l'énergie fut celui de la résistance**. Ainsi les remous actuels que suscite le changement prévisible de statut de l'opérateur EDF amène en France à de graves violations du service public par l'intervention de coupures d'électricité⁷ opérées par certains membres du personnel d'EDF en réaction à ces projets. Même si le changement de statut n'est pas la conséquence directe de la libéralisation, le débat qui existe depuis quelques temps démontre s'il en était besoin la complexité de toute réforme dans le secteur de l'énergie. Comme le fait remarquer Damien Gérardin⁸ deux enjeux essentiels ont occupé les esprits durant l'élaboration de la directive 98/30 : la question de l'étendue de la part des marchés d'électricité et du gaz naturel qui sera ouverte à la concurrence et la question de l'accès au réseau d'infrastructure de transports d'énergie aux tiers pouvant bénéficier de la libéralisation. Dans ce cadre la Commission a tout d'abord imposé des seuils minimaux d'ouverture qui seront ensuite relevés dans le temps. Pour ce qui est de l'accès au réseau les Etats pourront choisir entre un système négocié et un système réglementé. Les nouveaux entrants devront donc soit négocier librement soit respecter les principes établis par les Etats. Toutefois ce mouvement n'en est qu'à ses débuts.
- Enfin, **les transports ferroviaires symbolisent quant à eux la lente et difficile évolution** d'un secteur synonyme dans l'esprit collectif de mission de service public. Sa transformation est longue et difficile comme celle du secteur de l'énergie, elle met en avant la problématique des services universels comme avec les services postaux et elle pourrait devenir un modèle si les effets escomptés de dynamisation du secteur se réalisent comme ce fut le cas avec les télécommunications.

Comme nous le voyons le mouvement de libéralisation voulu par Bruxelles mais qui en réalité transparait dès le Traité de Rome, est un mouvement complexe mais qui représente pour tous les Etats de l'Union un impératif. En découle une difficile gestion de la réforme pour tous les gouvernements qui se doivent d'instaurer la concurrence dans tous les secteurs où elle paraît indispensable à la redynamisation de l'économie et ce tout en étant particulièrement attentif aux opinions publiques nationales très attachées aux différentes traditions de gestion des entreprises de réseau. Entre la concurrence et les différentes cultures de service public, la problématique de la libéralisation se trouve sans doute dans un modus vivendi permettant de protéger tous les acteurs de la réforme.

Protection des usagers face à une dérégulation incontrôlable, protection des nouveaux entrants contre le pouvoir des grands opérateurs ferroviaires historiques, tel est le cahier des charges de l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire.

⁶ Article 22 de la directive.

⁷ *Le Monde*, vendredi 23 avril 2004 et *Le Figaro* du jeudi 22 avril 2004.

⁸ Damien GERADIN – L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Cahier de Droit européen 1999 n°1.

En somme, ce processus est nécessaire mais difficile. De ce simple axiome ressort pour tous les Etats un défi celui de réformer un secteur complexe, trop longtemps protégé et au cœur de problématiques politiques, salariales et techniques.

Dans ce cadre, nous nous proposons d'étudier le mouvement de libéralisation initié par la Commission en matière ferroviaire (Partie I). Il s'agira d'étudier sous l'angle de la législation communautaire le processus d'ouverture à la concurrence. Il conviendra ensuite d'en étudier les enjeux au niveau du droit de la concurrence (Partie II). Nous nous interrogerons à cet égard sur les contraintes qui pèsent de façon nouvelle sur les opérateurs historiques et les nouveaux entrants. Enfin, nous examinerons avec attention l'exemple français de transposition des directives communautaires puisque la France plus que tout autre membre de l'Union est marquée par une forte tradition de service public en matière de chemin de fer (Partie III). Nous verrons à cette occasion que la rupture avec les habitudes d'antan est difficile.

Partie I :

LES ETAPES DE L'OUVERTURE A LA CONCURRENCE DU MARCHE FERROVIAIRE:

Introduction :

Le Traité de Rome loin de se désintéresser de la politique des transports y avait consacré un article 75 compte tenu des « aspects spéciaux » de ce secteur. Le titre V, Troisième partie du Traité (dans la version consolidée d'Amsterdam) concerne ainsi directement les transports. Il y est prévu explicitement la compatibilité des aides correspondant « au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public », aides dont les motifs et les formes d'attribution sont régies par un règlement datant de 1969⁹. Les entreprises de chemin de fer étaient aussi invitées sans plus de contrainte à coopérer pour accroître leur intégration ; incantation de principe qui ne sera suivie que de peu d'effets.

Le marché ferroviaire semblait donc préserver jusqu'à une dizaine d'années des efforts de libéralisation et cela parce que les objectifs du Traité en la matière n'étaient réalisables que dans le cadre de la politique commune. Or, il fallu attendre plusieurs décisions de la CJCE à la fin des années 1980 pour lancer le processus d'ouverture à la concurrence, la Haute Cour estimant que les règles du Traité étaient parfaitement applicables¹⁰ aux chemins de fer. Ces différentes décisions s'inscrivent d'ailleurs parfaitement dans le cadre de l'Acte unique de 1986 qui avait marqué l'intérêt de la Commission de voir appliquer aux services publics industriels et commerciaux les mêmes règles de concurrence qu'à l'ensemble des autres secteurs.

Concomitamment les institutions européennes constatent au terme de la décennie 80 qu'en vingt ans le rail a perdu près de la moitié de ses parts de marché. Un premier texte, la directive 91/440 du 29 juillet 1991, est alors adopté pour ouvrir le marché ferroviaire européen à la concurrence afin de le « revitaliser »¹¹ selon les termes mêmes de la Commission. Dès lors il y a lieu de distinguer deux phases comme le fait remarquer Yannick Moreau¹² : la première jusqu'en 1991 privilégie la coordination et la coopération¹³, la seconde depuis 1991, propose la mise en place d'une libéralisation comparable à celle qu'ont connus les autres « services d'intérêt économique général » (SIEG).

Toutefois, pour être parfaitement applicables, deux directives 95/18 et 95/19 sont venues expliciter les principes de la « Directive mère » de 1991 autour de deux enjeux : les licences d'entreprises ferroviaires, la répartition des capacités d'infrastructure et la perception des redevances d'utilisation (Section 1).

Néanmoins, là encore les aspirations de la Commission seront déçues par l'amer constat d'un déclin toujours très net du rail en Europe. Stigmatisant cette situation, un Livre Blanc intitulé « Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires » est publié le 12 septembre 1996 proposant des mesures « choc » pour concrétiser les projets d'ouverture de la Commission. « Le paquet ferroviaire », second étage de l'édifice de libéralisation du rail en Europe, naîtra de cette réflexion et rentrera en vigueur le 15 mars 2003 avec de nouvelles perspectives pour les années 2008/2010 (Section 2).

⁹ Règlement du 26 juin 1969 1191/69.

¹⁰ CF par exemple CJCE. Parlement/Conseil 22 mai 1985 Rec. 1556.

¹¹ En réalité l'expression n'est utilisée que dans le Livre Blanc de 1996 mais les attendus de la directive de 1991 énoncent déjà, même si c'est de façon moins transparente, cet objectif.

¹² Yannick MOREAU – La réforme des chemins de fer français – CJEG décembre 1997.

¹³ Coopération et coordination sont en partie encadrées par la « Convention relative aux transports internationaux ferroviaires » du 9 mai 1980 et à ses appendices.

SECTION 1 : **L'IMPULSION DONNEE PAR LA DIRECTIVE 91/440** **ET SES SUITES**

Souvent critiquée la directive 91/440 énonce pourtant trois principes fondamentaux pour guider l'ouverture à la concurrence : la liberté de gestion des entreprises ferroviaires et l'assainissement financier (I), la séparation entre gestion de l'infrastructure et gestion des services de transports (II) et enfin l'accès des tiers au réseau (III).

Critiquée cette directive l'est tout d'abord en raison de sa chronologie, c'est la première d'un mouvement de libéralisation éminemment complexe dans un secteur comme celui du chemin de fer. Les uns l'accusent donc d'être trop brutale, les autres comme Messieurs Moreau, Glachant et Parme¹⁴ rappellent au contraire qu'elle « est une œuvre de compromis portant en elle même la trace d'une résistance sectorielle évidente ». Ce qui est certain c'est qu'elle affirme (ainsi que les directives 95/18 et 95/19) des principes clairs et novateurs pour le chemin de fer. Toutefois ces mesures ont semblé trop timorées pour pouvoir véritablement réformer le secteur.

I – Liberté de gestion des entreprises ferroviaires et nécessité d'un assainissement financier :

Dans le considérant n°3 de la « Directive Mère » de 1991 est affirmé la nécessité de rendre « les transports par chemin de fer efficaces et compétitifs par rapport aux autres modes de transport ». Pour permettre cette concurrence intermodale deux principes sont mis en avant : la liberté de gestion des entreprises ferroviaires (A) et la nécessité d'un assainissement financier (B). Pour leur mise en oeuvre les autorités européennes ne préjugent en rien du caractère public des entreprises ferroviaires. Aucune privatisation n'est ainsi inscrite dans le cahier des charges des Etats.

A – La liberté de gestion : une « demie réforme » pour la SNCF :

Pour mettre en oeuvre ce premier principe, deux directions ont du être suivies. Il convenait tout d'abord de confier à la compagnie ferroviaire un statut indépendant, à savoir un patrimoine, une comptabilité et un budget distincts de celui de l'Etat et surtout une personnalité juridique propre. Ensuite, il convenait de gérer cette entreprise comme une véritable société commerciale et cela au niveau même des obligations de services publics et des contrats de services publics¹⁵. Si l'Etat peut influencer les grandes lignes directrices de la politique générale de l'entreprise, il doit en revanche se tenir à l'écart des politiques de développement, des politiques commerciale et organisationnelle.

En France, cette liberté existe depuis la loi d'orientation des transports du 30 décembre 1982 (LOTI). Dire qu'elle est dans la pratique totalement appliquée serait toutefois inexact car le poids de l'Etat a toujours été grand sur la SNCF. Toutefois de grands pas ont été franchis en la matière, citons par exemple le décret 94-606 du 19 juillet 1994¹⁶ qui permet à la compagnie de mettre en place des tarifs de base particuliers. Ainsi, la SNCF peut instituer des

¹⁴ *Op cit.* La réforme des chemins de fer français.

¹⁵ Article 5.1 de la directive 91/440.

¹⁶ Décret modificateur du cahier des charges de la SNCF.

barèmes compétitifs dans des secteurs où la concurrence avec les autres modes de transports (le plus souvent aérien et routier) est forte et où donc une telle mesure est susceptible de développer le train.

Aujourd'hui la SNCF est un établissement public industriel et commercial (EPIC) qui exerce son activité de transporteur par fer de façon libre mais selon les principes du service public. Pour satisfaire aux besoins de sa clientèle, elle peut lui offrir des prestations complémentaires de transports dans un cadre tarifaire et concurrentiel normal. De plus, la SNCF peut détenir ou créer des filiales, prendre des participations dans des entités dont l'objet est connexe ou complémentaire au transport ferroviaire¹⁷. De la même façon et comme toute entreprise commerciale les organes de direction de la SNCF doivent tout faire pour favoriser la productivité et l'optimisation de l'emploi des ressources de la compagnie. La liberté de gestion n'a donc pas constitué une réelle difficulté pour la France.

B – La mise en place de mécanismes adéquats pour réduire l'endettement des entreprises¹⁸.

Cet objectif est commandé par le constat de situations financières calamiteuses partout en Europe au sein des entreprises ferroviaires et cela parce que les Etats ont fait peser sur elles de trop lourdes charges. La SNCF qui était en charge sur ses fonds propres de l'exploitation, de la maintenance et du développement des infrastructures était ainsi endettée fin 1996 à hauteur de 30,5 milliards d'euros. La directive rappelle de plus que l'octroi des aides est réglementé par le Traité et qu'il ne saurait y avoir de dérogations générales (Article 9.3).

Dans ce contexte deux voies étaient possibles...la France en a choisie une troisième. Tout d'abord on a pu assister comme au Royaume-Uni à une privatisation des entreprises. Nos voisins d'outre-Manche ont ainsi atomisé le système de la British Railway : 25 franchisés pour les transports de voyageurs, 2 compagnies de fret, la société Railtrack comme gestionnaire de l'infrastructure et la création de société de traction et de services d'entretien. Certains Etats comme l'Allemagne se sont quant à eux orientés vers un « système de reprise de dettes »¹⁹. Si les pouvoirs publics n'ont pu se séparer de la dette, ils ont toutefois répartis celles-ci entre deux branches généralement gérées par une société anonyme d'Etat prenant en charge d'un côté la gestion de l'infrastructure et de l'autre l'activité de transport.

La France a quant à elle opté pour la création d'un établissement public nommé « Réseau Ferré de France » par une loi du 13 février 1997²⁰. Les autorités françaises ont en effet jugé qu'il fallait distinguer nettement dans le cadre du désendettement les activités de gestion de l'infrastructure de celle du transport proprement dit. Les dettes afférentes à l'infrastructure ferroviaire ont donc été transférées à RFF qui s'est vue attribuer un passif de 134,5 milliards de francs (environ 21 milliards d'euros). Toutefois l'Etat est intervenu tout d'abord en accordant une dotation de capital de 10 milliards de francs (environ 1,5 milliards d'euros) puis en décidant de consolider progressivement sa situation financière avec près de 37 milliards de francs (environ 5,64 milliards d'euros) apportés au cours des années 1999, 2000, 2001²¹.

¹⁷ Un arrêté conjoint des ministres chargés des transports, de l'économie et du budget est toutefois nécessaire pour approuver cette prise de participation.

¹⁸ Article 9.1 de la directive précitée.

¹⁹ Expression de Jean-Charles LOUPIEN – *op cit*.

²⁰ Le statut de RFF sera plus largement commenté dans une Troisième partie.

²¹ Voir le rapport sur la loi de finances 2000 du député Migaud qui expose plus en détails ces données chiffrées.

II – La séparation de la gestion de l’infrastructure et de la gestion des services de transport :

Il s’agit de l’un des points les plus importants de l’ouverture à la concurrence du secteur puisqu’à la différence des deux premiers qui viennent d’être présentés, celui-ci agit directement sur la concurrence intra modale en en modifiant les paramètres.

Cet objectif²² particulièrement difficile à mettre en œuvre en matière de chemin de fer (A) permet la distinction entre les activités de gestionnaire (B) et celle d’entreprise de transport (C). Toutefois les dispositions arrêtées par le Conseil se sont finalement révélées modestes puisque l’obligation de séparation ne relève que de la comptabilité. Cette séparation peut donc comporter des divisions organiques au sein d’une même entreprise ou bien une gestion assurée par une entité distincte.

A – Les difficultés liées à l’utilisation même de l’infrastructure :

Il convient avant toute chose de bien souligner la spécificité technique du chemin de fer en terme d’infrastructure. En effet, si on compare ce moyen de transport au secteur aérien ou maritime on constate tout de suite que dans ces deux dernières hypothèses l’utilisation de l’infrastructure n’est que d’ordre temporaire, cyclique, séquentiel. L’avion comme le bateau n’ont en effet aucun contact avec l’infrastructure au cours de leur déplacement. Ce n’est qu’au moment du départ ou de l’arrivée que le port ou l’aéroport est utilisé. De la même façon il existe une certaine dissociabilité entre la conduite du véhicule et la réalisation des opérations de sécurité nécessaires pour le mener à destination.

Tel n’est pas le cas en matière ferroviaire et plus largement en matière de transport guidé. Un juriste de la SNCF précise ainsi « qu’il n’existe ici qu’un seul degré de liberté puisqu’il existe en permanence une liaison très étroite entre la partie fixe et le mobile. Cette liaison voie – machine est encore accentuée de nos jours par les trains à grande vitesse où, en raison de la multiplicité des dispositifs techniques embarqués, le convoi et l’infrastructure sont totalement interdépendants ».

La directive a toutefois considéré que cette singularité technique du secteur ferroviaire n’empêchait en rien la distinction entre le gestionnaire de l’infrastructure et l’entreprise ferroviaire.

B – Le rôle du gestionnaire de l’infrastructure :

1- Les missions du gestionnaire autour de la notion d’infrastructure :

Le gestionnaire établit et entretient les infrastructures et gère parallèlement les dispositifs de sécurité. A la lecture du règlement 2598/70 auquel renvoie la directive et à celle du décret du 9 mai 1995, on peut définir les infrastructures comme les voies, voies principales et de services, les quais, les bâtiments affectés aux services des infrastructures dont les gares. Notons toutefois que les voies situées à l’intérieur des ateliers de réparation du matériel, des dépôts ou des garages d’engins de traction sont exclues du domaine de la directive. Même chose en matière d’embranchements particuliers. Pas de difficultés particulières donc pour définir le champ d’application si ce n’est toutefois comme le fait remarquer Alain Alexis²³ le problème des guichets. En effet, il ne fait pas de doute que les gares relèvent de la compétence

²² Notons que cet objectif se retrouve en matière de libéralisation des autres secteurs du transport mais sans doute de façon moins aiguë.

²³ Alain ALEXIS – Transports ferroviaires et concurrence, les principaux apports de la directive de 1991 - Droit européen du transport - 1993

du gestionnaire d'infrastructure au sens de l'article 3 de la directive. En revanche, il peut être considéré que les guichets relèvent quant à eux non pas de la gestion de l'infrastructure mais bien de l'activité de transports. Par principe le libre accès ne serait donc pas possible pour ces éléments de vente. Toutefois, il semble à la lecture de l'article 10 de la directive que le gestionnaire puisse accepter que des regroupements ferroviaires installent leurs propres guichets pour vendre leur prestation.

On peut ensuite relever deux principales missions pour le gestionnaire. Tout d'abord, il assure l'entretien technique des infrastructures utilisées. Pour ce faire il perçoit des redevances d'utilisation dont les modalités d'établissement et de perception sont détaillées par la « directive sœur » 95/19. L'Etat conservera ici un rôle important puisqu'il supervisera les modalités de fixation ce qui montre encore une fois le caractère modeste des dispositions de la directive de 1991. En second lieu, le gestionnaire a, à sa charge, « la gestion des systèmes de régulation et de sécurité ». Si le gestionnaire aura son mot à dire sur l'établissement de ces normes, il n'en reste pas moins que c'est encore une fois l'Etat qui réglera ce point. A côté de cela le gestionnaire est aussi chargé de la mise en place de nouvelles structures. L'article 7.1 de la directive 91/440 précise toutefois qu'il revient à l'Etat de prendre en charge le développement de l'infrastructure nationale mais celui-ci peut aussi déléguer cette tâche au gestionnaire. L'octroi d'aide dans le cadre communautaire est alors possible souligne la directive à l'article 7.3.

2 – La désignation du gestionnaire et la potentialité d'un conflit d'intérêts :

Cette question a soulevé beaucoup d'interrogations chez les différents commentateurs. Il faut d'ailleurs bien noter que la directive elle-même n'est pas particulièrement prolix sur un thème qui a sans doute fait naître de nombreuses discussions au sein des organes européens. On peut en effet très logiquement penser que dans la plupart des Etats ce sont les entreprises ferroviaires existantes qui seront désignées comme gestionnaire de l'infrastructure²⁴. D'ailleurs peut-on imaginer plusieurs gestionnaires au sein d'un même Etat ? Rien dans la directive ne semble s'y opposer, toutefois aucun Etat même le Royaume-Uni n'a à ce jour dérogé au principe du monopole et cela pour des raisons d'efficacité technique évidentes. Reste à s'interroger sur la forme juridique que devrait revêtir l'entreprise gestionnaire. Là encore c'est la plus grande discrétion et la plus grande liberté qui est de mise. L'article 3 vise en effet « toute entité publique ou entreprise » et l'article 7.2 précise bien que les entreprises ferroviaires peuvent se voir attribuer cette charge.

Il y a là un véritable problème de conflit d'intérêts. Alain Alexis note ainsi que dans l'hypothèse où l'entreprise ferroviaire est aussi gestionnaire, il en résultera un pouvoir très important pour cette dernière. De son point de vue, l'entreprise se verra en effet confier le pouvoir d'agréer le matériel utilisé sur les infrastructures, le pouvoir de décider ou de refuser l'entrée sur le marché de regroupement d'entreprises ou d'entreprises ferroviaires effectuant des transports combinés internationaux en concurrence avec ses propres services. La tentation d'écarter des concurrents pourrait alors être grande. L'auteur rapproche alors cette situation de la jurisprudence RTT du 13 décembre 1991 où la CJCE avait estimé dans un même contexte et concernant le secteur des télécommunications que cela était incompatible avec les articles 86 et 90 du Traité. Néanmoins, en conclure comme le fait Alain Alexis que l'Etat ne peut désigner une entreprise ferroviaire comme gestionnaire va sans doute trop loin et ce pour une raison simple : ce n'est pas l'entreprise qui définit les normes de sécurité mais la puissance publique. Le gestionnaire n'a donc pas le pouvoir d'agréer des produits concurrentiels et il nous semble que seule une application discriminatoire de ces principes pourrait entraîner une

²⁴ Cette supposition s'est aujourd'hui révélée exacte dans la plupart des Etats.

application de l'article 86 du Traité. Notons que plusieurs éléments confirment notre position. Tout d'abord refuser le cumul aurait été faire fi du compromis politique qui a mené à la directive. Ensuite, la directive dite « sillon » de 1995 permet à l'entreprise ferroviaire d'être l'organisme de répartition des voies et donc a fortiori le gestionnaire.

C – L'activité de transport : définition et obtention de la qualité d'entreprise ferroviaire:

La directive ne distinguant pas entre le transport de voyageurs et celui de marchandises, on en déduit qu'elle couvre ces deux domaines.

Les activités de transport visées sont celles effectuées par les entreprises ferroviaires qui sont établies ou s'établiront dans un Etat Membre. L'article 3 de la directive définit l'entreprise ferroviaire comme « toute entreprise à statut privé ou public dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemin de fer, la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise ». On le voit le caractère public ou privé de l'entreprise est sans incidence. Plus intéressant est la fourniture de la traction. En effet, Conseil et Commission ont, dans une déclaration conjointe sur l'article 3, précisé que la notion de traction n'impliquait pas la propriété du matériel²⁵ et permettait l'utilisation de son propre personnel de conduite si celui-ci se révélait qualifié. La volonté affirmée est claire : faire se créer et se développer de nouvelles entreprises ferroviaires.

Reste à savoir comment s'obtient la qualité d'entreprise ferroviaire. Comme le fait remarquer Laurence Idot²⁶ les Réseaux existants à la date d'entrée en vigueur de la directive ont d'ores et déjà cette qualité. Quant aux autres entreprises, la directive du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires n'offre pas vraiment de solutions. Il appartient en fait aux Etats de définir les conditions d'établissement des nouvelles entreprises ferroviaires ce qui a pu faire naître des interrogations. Les Etats ne vont-ils alors pas freiner l'arrivée de ces nouveaux entrants pour protéger leur entreprise nationale ?

Notons enfin qu'au stade des « directives mère et sœurs » de 1991 et 1995, deux lacunes pouvaient être relevées. Tout d'abord, aucune mesure plus favorable n'avait été proposée pour favoriser la mise en concurrence des entreprises communautaires. Or, il apparaissait pourtant normal que les avantages de la construction européenne soient avant tout réservés aux véritables entreprises communautaires. Ensuite, concernant les licences d'entreprises ferroviaires, il faut noter que la directive 95/18 ne concernait en réalité que la libre prestation de services et non pas la liberté d'établissement. Cette question qui aurait pourtant du être résolue en premier lieu ne l'a pas été et on a pu en déduire qu'il revenait aux Etats de définir les modalités d'obtention des licences.

III – L'accès des tiers au réseau :

Jusqu'au premier janvier 1993, chaque entreprise ferroviaire nationale disposait d'un monopole pour l'utilisation de l'infrastructure et était la seule à pouvoir se livrer à une activité de transport sur son territoire. En consacrant le libre accès, la directive 91/440 dans son article 10 a permis une modification profonde du rail en Europe.

Cette réforme n'était pourtant pas aisée compte tenu des difficultés techniques (A) mais surtout juridiques de l'opération (B).

²⁵ Cela rend possible la location ou le leasing, eux même très répandus en matière maritime ou aérienne.

²⁶ Laurence IDOT – L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence – Cahier de droit européen - 1995

A – Les problèmes techniques posés :

Parler de transports internationaux avant la directive de 1991 c'était se faire l'écho de l'addition de transports nationaux puisque tout changement de frontière rimait avec changement du personnel et du matériel de traction. Dès lors, ancrés dans une vision nationale de leur réseau, les Etats avaient multiplié les incompatibilités de système qu'il s'agisse des installations, des règles de sécurité ou bien encore des modes de travail. Il y avait donc une absence « d'interopérabilité » tout a fait préjudiciable. Ainsi, sous l'impulsion de la Commission une directive 96/48 prévoit que les nouveaux systèmes ferroviaires à grande vitesse seront construits selon des spécifications techniques unifiées. Pour ce qui est du réseau conventionnel, une harmonisation n'est pas aujourd'hui concevable sauf à engager des dépenses colossales. La Commission a toutefois proposé une approche raisonnable en 1999 afin d'harmoniser les règles opérationnelles notamment celles en lien avec la sécurité. Reste un domaine d'harmonisation où la France n'est pas en bonne posture compte tenu du statut social avancé de la branche ferroviaire : c'est le problème des conditions de travail du personnel. Il faudrait en effet éviter en cette matière tout dumping social.

B – Les problèmes juridiques posés :

Ces difficultés sont de deux ordres : tout d'abord elles résultent de la distinction faite entre le transport combiné de marchandises et le transport conventionnel (1), ensuite elles sont issues des « directives sœurs » de 1995 concernant les licences et l'utilisation des infrastructures (2).

1 – Une graduation des droits d'accès :

❶ *Une plénitude du droit d'accès pour le transport combiné :*

On parle de transport combiné en présence d'un transport de marchandises requérant l'utilisation de modes de transport successifs, mer/fer, rail/route et où le chargeur ne traite qu'avec un seul opérateur et cela dans un cadre international.²⁷

Au terme de l'article 10.2, « les entreprises ferroviaires relevant du champ d'application de l'article 2 se voient accorder un droit d'accès, à des conditions équitables, à l'infrastructure des autres Etats membres aux fins de l'exploitation de services de transports combinés internationaux de marchandises ». Ce droit d'accès est donc général et il ne s'agit pas d'un simple transit. Il permet à une entreprise ferroviaire rentrant dans le champ de l'article 10.2 de la directive de prendre en charge et/ou de décharger des marchandises sur le territoire des autres Etats.

Laurence Idot²⁸ donne à ce titre un très bon exemple des possibilités et des limites de ce droit. Supposons par exemple que la SNCF monte un train de conteneurs vers le Danemark au départ du Havre. Il est certain que la compagnie française a ici un droit d'accès aux infrastructures belge, néerlandaise et danoise et ce avec la possibilité de déposer et de reprendre de nouveaux conteneurs en cours de route. En revanche en 1991 il n'est pas encore possible pour la SNCF d'exploiter un train vers le Danemark au départ du port d'Anvers ou de Rotterdam car il s'agit de pays où la SNCF n'est pas établie. Même chose en matière de cabotage : la compagnie française ne peut par exemple monter un train Anvers – Liège car

²⁷ Cette définition est issue de la directive 92/106/CEE du 7 décembre 1992 sur le transport combiné entre les Etats membres.

²⁸ *Op cit.*

dans ce cas l'hypothèse n'est plus internationale et sort en conséquence du champ de la directive 91/440.

Malgré ces réserves, le pas franchi est, selon beaucoup de commentateurs, digne du Rubicon et il semble utile d'expliquer le choix d'une telle ouverture à ce secteur. Il apparaît en fait qu'il s'agit du marché le plus prometteur et au sein duquel la Commission peut légitimement espérer que de nouveaux concurrents vont se créer autour de la multimodalité et en particulier du ferroutage. Nous verrons par la suite que les espoirs de la Commission seront passablement déçus.

② Les limites imposées aux transports conventionnels :

L'article 10.1 de la directive dispose : « les regroupements internationaux se voient reconnaître des droits d'accès et de transit dans les Etats membres où sont établies les entreprises ferroviaires qui les constituent, ainsi que des droits de transit dans les autres Etats membres pour les prestations des services de transports internationaux entre les Etats membres où sont établies les entreprises constituant lesdits groupements ».

En matière de transport conventionnel international la directive se veut donc précise : les entreprises ferroviaires membres du regroupement international, ont un droit d'accès dans les Etats membres où elles sont établies et seulement un droit de transit dans les autres Etats membres. Qu'est-ce à dire pratiquement ?

Pour le comprendre, on pourrait par exemple envisager que les entreprises ferroviaires espagnoles et néerlandaises se regroupent pour un train de passagers Madrid – Amsterdam. Le regroupement aurait alors un droit d'accès aux infrastructures espagnoles et néerlandaises mais en revanche seulement un droit de transit en France et en Belgique. Cela signifie qu'il ne serait pas possible dans ces deux pays de prendre ou de décharger des voyageurs ou des marchandises. Il ne serait possible que d'y utiliser les infrastructures et faire passer les trains sur les rails français et belges. Pratiquement cela se conçoit difficilement : imagine t'on un train traversant la France et la Belgique sans s'arrêter pour déposer des voyageurs ou en prendre ? Un autre problème peut de plus se poser : ne serait-il pas possible au gestionnaire belge de refuser le droit de transit en raison du fait qu'un trajet par l'Allemagne est aussi possible ? Cela évidemment n'est pas souhaitable mais surtout nous semble impossible dans la mesure où c'est le regroupement qui choisit son itinéraire et que le gestionnaire doit faire bon usage des sillons dont il dispose. Dans le cas contraire les efforts de libéralisation entrepris par la Commission et le Conseil seraient rendus vains.

Mais au fait qu'est-ce que juridiquement un regroupement international ? La directive 91/440 dans un article 3 présente cette nouvelle entité comme « toute association d'au moins deux entreprises ferroviaires établies dans des Etats membres différents en vue de fournir des prestations de transports internationaux entre Etats membres ». Plusieurs conclusions peuvent alors être tirées. Tout d'abord, on a pu se demander si une fois le seuil des deux entreprises dépassé, une entreprise ne pouvant être qualifiée de ferroviaire au sens de la directive avait le droit d'intégrer ce regroupement. C'est sans doute possible pour la plupart des auteurs qui toutefois notent le peu d'intérêt d'une telle proposition puisque cette entreprise n'exerçant pas, par définition, une activité de transport n'aura pas besoin de cet accès. Ensuite, on a pu s'interroger sur la forme juridique du regroupement. La question d'un accord ne posant pas de difficultés on s'est tourné alors vers celles qui résulteraient de la constitution d'une nouvelle entité juridique comme par exemple une filiale. Sans trancher le problème on peut avancer deux éléments de réponse. D'un côté, une approche purement juridique peut faire obstacle à l'obtention des droits d'accès puisqu'on serait alors en présence d'une seule entreprise ferroviaire alors que l'article 10.1 en nécessite deux pour son application. D'un autre côté, si on s'en tient à une approche économique, il y a bien un regroupement international quelque

soit sa forme juridique. La question n'est pas résolue à ce jour, il n'en reste pas moins qu'il faut aussi s'intéresser à l'exercice des droits d'accès.

2– De l'utilisation du droit d'accès :

Les droits d'accès sont enserrés dans un certain nombre de règles visant à assurer une concurrence optimale (1). Toutefois quelques îlots d'irrégularités peuvent à notre sens être relevés (2).

❶ L'octroi de la licence d'entreprise ferroviaire et l'utilisation de l'infrastructure dans le cadre de l'ouverture à la concurrence :

La licence d'entreprise ferroviaire a pour but de permettre un accès aux infrastructures sur une base uniforme et non discriminatoire. Il s'agit d'une autorisation octroyée par l'Etat membre en direction d'une entreprise ferroviaire reconnue comme telle par le présent document. C'est à l'Etat membre qu'il revient de désigner l'organisme qui donne ce sésame. Les articles 5 à 9 de la directive 95/18/CE du 19 juin 1995 précisent les qualités nécessaires pour obtenir la licence. Il s'agit des exigences traditionnelles d'honorabilité, de capacité financière et professionnelle. La nécessité d'un haut degré de qualification du personnel est aussi affirmée. Cette licence ne confère aucun droit d'accès à des sillons spécifiques.

C'est pourquoi à côté de cela, la directive 95/19/CE dite « directive sillon » vient prendre parti sur la répartition de ceux-ci. Là encore est visé un objectif d'équité et de non discrimination. L'Etat vient ici désigner les autorités chargées en son nom de répartir les sillons. L'entreprise ferroviaire devra en principe faire la demande d'attribution à l'organisme de l'Etat sur le territoire duquel se situe le départ²⁹. Toutefois, il semble évident que d'autres organismes, dans d'autres Etats, seront eux aussi intéressés par le trajet. Une concertation entre eux a donc été rendue possible ainsi que des délais maxima d'examen de la demande. Tout refus doit être motivé et donner lieu à un nouvel examen. De plus l'entreprise demanderesse devra aussi produire un certificat de sécurité à l'organisme. Ce certificat est indépendant de la licence d'exploitation.

Enfin, le nouveau texte prévoit les grandes lignes directrices de la fixation des redevances d'utilisation de l'infrastructure et demande aux Etats d'en fixer les modalités de perception. Ces redevances devraient permettre d'atteindre l'objectif de l'assainissement financier des comptes du gestionnaire et ce d'autant plus qu'en dehors de ces redevances l'Etat peut verser des contributions au gestionnaire. Les redevances doivent être appliquées sans discrimination pour des services de nature équivalente à un même marché précise la directive en son article 7.1. La situation du marché est donc un élément objectif à prendre en compte et ce comme la nature du service ou sa période d'utilisation.

❷ L'attribution des droits d'accès freinés par quelques irrégularités structurelles :

Il ne s'agit pas réellement de zone de non droit mais plutôt de différentes mesures qui par leur caractère peuvent empêcher le jeu de la concurrence.

Ainsi, en France c'est la SNCF qui a été désignée comme autorité responsable de la répartition des capacités d'infrastructures (Décret du 9 mai 1995). C'est une situation dommageable et ce d'autant plus que les autorités européennes s'étaient au départ orientées vers une solution totalement inverse. Toutefois c'était sans compter sur un lobbying très actif des entreprises ferroviaires relayé bien souvent par les Etats eux-mêmes.

²⁹ Article 10.2 de la directive dite « Sillon ».

Même problème en matière de demande de sillon. On peut en effet imaginer que tout refus occasionnera un contentieux important. La directive prévoyait ainsi un recours devant une instance indépendante dont les décisions seront elles mêmes soumises à un contrôle juridictionnel. Or, en France, le décret de transposition désigne le Ministre des transports comme autorité indépendante. Si le Ministre a l'obligation de prendre auparavant avis auprès d'une commission, il faut aussi noter que les membres de cette assemblée sont tous nommés par le Ministre lui-même. Un recours devant la juridiction administrative est ensuite prévu.

Dernière limite, mais cette fois ci compréhensible, les demandes de sillon seront primées par trois types de considérations³⁰. Tout d'abord, seront privilégiés les services fournis dans l'intérêt du public au sens du règlement du 26 juin 1969 concernant les obligations inhérentes aux Etats en matière de service public dans le domaine des transports. Ensuite, priorité sera aussi donné aux services utilisant des infrastructures spécifiques comme les lignes grande vitesse. Enfin, des droits spéciaux peuvent être accordés si c'est dans l'intérêt du service public.

Le cap franchi par la directive 91/440 et ses suites a été salué par tous les opérateurs et cela même lorsque ceux-ci s'en étaient inquiétés. Il est vrai que les dispositions mises en œuvre, ne serait-ce qu'en matière de droit d'accès, sont tout à fait bouleversantes pour des systèmes qui comme celui du chemin de fer vivaient presque en autarcie vis-à-vis du processus concurrentiel. En résultent deux craintes, celles des responsables des entreprises ferroviaires face à l'arrivée d'une concurrence qui nierait toute coopération entre sociétés alors que celle-ci était la règle auparavant, celles ensuite des personnels qui voient dans cette directive le germe de la privatisation.

Toutefois, on peut se demander si ces inquiétudes sont légitimes au regard de la réalité du secteur. A en croire la Commission la réponse est négative et il convenait dès lors pour elle de lancer un nouveau train de réforme devant le relatif déraillement du premier.

³⁰ Articles 4 et 5 de la directive 95/19/CE.

SECTION 2 : **LES PAQUETS FERROVIAIRES EUROPEENS :** **EXPRESSION CONCRETE D'UNE LIBERALISATION EN** **SUSPENS DEPUIS 1991.**

Près de dix années après la première directive concernant l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire, les autorités communautaires ont voulu tirer les leçons de ce qu'elles ont elles-mêmes appelé, *mezzo voce*, un relatif échec. L'impulsion ayant été donnée, une nouvelle série de mesures visant à faciliter cette ouverture est entrée en vigueur le 15 mars 2001 après un accord historique entre le Parlement et le Conseil en novembre 2000. Il s'agit des directives 2001/12, 2001/13 et 2001/14 aussi appelées « premier paquet ferroviaire ».

Dans un rapport intitulé « la politique européenne à l'horizon 2010 : l'heure des choix » les services de la commission au premier rang desquels la DG TREN, dressent ainsi en 2001 le constat amer d'un constant repli du marché ferroviaire. Avec 241 milliards de tonnes/Km 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 significative. Autre reflet du déclin du rail, 600 Km de voies ferrées ont été fermées en moyenne chaque année en Europe au cours des trente dernières années alors que parallèlement, le réseau routier augmentait de 1200 Km. Mais tandis que le transport ferroviaire périclitait en Europe, il florissait aux Etats-Unis où justement des compagnies ferroviaires avaient su répondre grâce à la concurrence, toujours selon le rapport, aux attentes de l'industrie.

Jean Arnold Vinois, responsable du ferroviaire à la Direction générale transports et énergie précise par ailleurs dans le journal *Les Echos* daté du 5 mars 2003 que « le trafic international augmentait deux fois plus vite que le national, mais que le secteur n'avait pas su s'adapter à la dimension européenne ». Et de rappeler que l'interopérabilité était encore de l'ordre du slogan lorsque « en transport combiné c'est moins de 50% des trains qui arrivent à l'heure et 7% qui ont un retard supérieur à 24 heures ». L'objectif de Bruxelles est donc au pire d'enrayer le déclin en stabilisant les trafics, au mieux de maintenir la part modale du rail dans le fret d'ici à 2010 ce qui suppose d'accroître les volumes de 50%. Les deux géants européens que sont la *Deutsch Bahn* et la *SNCF* devront donc essayer d'en tirer le meilleur parti et se méfier de ce regain de concurrence car Bruxelles compte avant tout s'appuyer sur les nouveaux entrants.

Ce mouvement s'accompagne donc de deux types de changement : une pénétration plus grande de la concurrence dans le secteur des services de transport (I) et un renforcement des mécanismes de régulation (II). Toutefois, en cette matière les cartons de Bruxelles ne sont pas vides et de nouveaux horizons sont d'ores et déjà proposés autour des deuxième et troisième paquets ferroviaires (III).

I – L'affirmation d'une ouverture plus large du marché des services des transports :

Le nouveau pas franchi par l'adoption des trois nouvelles directives est le fruit d'un compromis entre les visées libérales du Parlement européen et les réflexes conservateurs du

Conseil. En contrepartie d'un statu quo concernant les voyageurs (A), on s'est orienté vers une plus large ouverture du transport ferroviaire de marchandises (B).

A – Un statu quo pour le trafic de voyageurs :

A l'origine, les députés européens, codécisionnaires pour ce type de législation, avaient souhaité que l'ensemble du secteur marchandises et voyageurs soit libéralisé à partir de 2005. La France parmi quelques autres Etats membres ont très largement contesté cet objectif mettant en avant les impératifs de service public propres au transport de voyageurs.

Le statu quo est donc de mise pour les voyageurs et on en reste donc aux anciennes dispositions à savoir que pour accéder au réseau d'un autre Etat membre afin d'exploiter un service de transport international de voyageurs, une entreprise ferroviaire communautaire sera toujours soumise à l'obligation de regroupement et ne bénéficiera que d'un droit de transit sur le réseau des Etats traversés et qui ne sont pas membres du regroupement.

Toutefois, la commissaire européen Loyola de Palacia en charge du dossier est consciente de l'impatience dérégulatrice qui règne au Parlement européen et devrait en conséquence présenter prochainement une proposition sur le trafic passager.³¹

B – Une « révolution » à venir pour le transport ferroviaire de marchandises :

Les droits d'accès et de transit qui existent depuis les années 1990 ne sont pas modifiés par la directive 2001/12/CE. En revanche, celle-ci introduit un nouveau facteur de concurrence et pas des moindre puisqu'elle prévoit qu'à partir du 15 mars 2003, les entreprises ferroviaires établies dans un Etat membre se voient accorder, pour la prestation de services de fret internationaux, l'accès à un « Réseau Transeuropéen de fret ferroviaire » baptisé RTEFF. Cela signifie comme le font remarquer Perrine Limousin et Bruno Cantier³² que cette date marque pour les convois de fret des entreprises ferroviaires et ce sur l'ensemble du réseau, la possibilité de circuler, de charger et décharger les marchandises en empruntant les différents réseaux nationaux sous réserve de payer les redevances au gestionnaires de ceux-ci. Comme pour le transport combiné il n'est pas nécessaire que ce réseau emprunte le réseau de l'Etat membre dans lequel cette entreprise ferroviaire est établie³³. Par exemple, la SNCF a, pour effectuer des transports internationaux de fret, des droits d'accès sur l'ensemble du RTEFF. Elle peut effectuer un transport de l'Espagne vers l'Allemagne, en passant par la Belgique. Sur ce trajet, il lui sera possible de laisser et prendre des wagons en cours de route, à condition que l'Etat d'origine de chaque wagon soit différent de son Etat de destination.

Ajoutons que la directive précise de façon détaillée l'étendue du réseau et les lignes y appartenant. Le RTEFF est ainsi constitué de près de 50 000 Km dans l'Union européenne couvrant la plus grande partie du volume du fret intracommunautaire (70 à 80%)³⁴. Le RTEFF inclut la desserte des points terminaux dans la limite de 20% du trajet effectué sur le réseau, avec un minimum de 50 Km. L'accès aux voies de ports importants est aussi compris dans l'ensemble du RTEFF. En France, on trouve ainsi près de 14 ports concernés dont ceux de Bordeaux, Calais, le Havre, Marseille et Nantes. Même chose concernant les gares de triage, de remisage, les terminaux de marchandises ou encore les centres d'entretien. Ainsi, le RTEFF permet de proposer des tracés attractifs aux chargeurs pour assurer la livraison de

³¹ LA CROIX – 19 novembre 2003. Il s'agit du troisième paquet ferroviaire.

³² Perrine LIMOUSIN et Bruno CANTIER – « Libéralisation du secteur ferroviaire : l'adoption de trois nouvelles directives renforce la concurrence » - LPA – 17 mai 2001.

³³ Précisions provenant du site Internet du Ministère des transports et de l'équipement.

³⁴ Martina MAIER – « Libéralisation du fret ferroviaire après le premier paquet ferroviaire européen » - Revue Europe – Juillet 2003

leurs produits. En proposant un accès aux ports et terminaux, c'est-à-dire en somme un accès au destinataire final (le client) les entreprises ferroviaires peuvent proposer un service « porte à porte »³⁵.

Surtout, le concept de RTEFF est provisoire et c'est sans doute en cela que l'on peut parler de petite « Révolution ». En effet, la directive prévoit qu'après le 15 mars 2008, c'est l'ensemble des réseaux nationaux et pas seulement le RTEFF qui seront ouverts totalement à la concurrence du fret ferroviaire³⁶. A cette date, la libéralisation des services de transport ferroviaire international de marchandises sera alors complète et nécessitera des outils de régulation opérationnels.

II – La nécessité de « muscler » les systèmes de régulation :

La directive 91/440 avait eu pour effet de mettre en place une nouvelle organisation du secteur afin que l'instauration de la concurrence se fasse de façon tout à fait transparente. Les nouvelles directives allant plus loin dans la libéralisation, cette nouvelle organisation se voit renforcée et affinée. En France, l'article 4 du décret du 7 mars 2003 transposant les dispositions européennes³⁷ résume le régime réglementaire détaillé mis en œuvre autour de trois impératifs : une séparation des activités plus claire (A), une organisation plus opérationnelle des droits d'accès (B) et une évaluation des redevances en lien avec la fourniture des capacités d'infrastructure (C).

A - Séparer plus clairement les activités pour mieux libéraliser :

La directive 91/440 avait imposé nous nous en souvenons, le principe traditionnel en matière de libéralisation, de la séparation entre les activités de transport et celles de gestion de l'infrastructure. Toutefois, dès cette date, on avait pu regretter que l'obligation ne soit que d'ordre comptable et nous avons déjà souligné au sein de ces développements le risque de voir une entreprise ferroviaire cumuler ces deux tâches puisque rien ne s'y opposait dans la législation communautaire.

La directive 2001/12/CE vient renforcer ces obligations. La Commission avait tout d'abord envisagé de rendre la séparation organique de ces deux activités obligatoire mais suite aux négociations avec le Conseil cette position n'a pas été définitivement adoptée et peut être peut-on le regretter. Notons toutefois que les Etats membres qui décideront de maintenir une entreprise intégrée seront soumis à des obligations supplémentaires. En revanche, la directive est venue définir de manière beaucoup plus précise les obligations de séparation comptable. Les contraintes sont désormais plus grandes pour les entreprises ferroviaires. Ainsi l'article 6 de la directive prévoit que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer la tenue et la publication de comptes de profits et pertes séparés et de bilans séparés, d'une part, pour les activités relatives à la fourniture de services de transports par des entreprises ferroviaires et, d'autre part pour celles relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire ».

En parallèle, une autre séparation comptable est imposée puisqu'au sein de l'activité d'exploitation, les comptabilités des services de transport de voyageurs et de fret devront être distinguées. Le but poursuivi est assez simple, promouvoir un développement harmonieux de ces deux secteurs dans la transparence et en dehors de toute compensation ou subvention croisée octroyée par L'Etat. Notons d'ailleurs qu'en Hollande ou en Italie, les activités fret

³⁵ Perrine LIMOUSIN et Bruno CANTIER – «Libéralisation du secteur ferroviaire : l'adoption de trois nouvelles directives renforce la concurrence » - *Op cit.*

³⁶ En réalité dans le cadre du second paquet, c'est la date de 2006 qui devrait être retenue.

³⁷ Il faut ici noter la particulière rapidité de la France dans la transposition des directives 2001/12/CE et suivantes. Une fois n'est pas coutume pourrait on ajouter.

sont d'ores et déjà filialisées alors qu'il semble qu'en France le débat soit plus complexe³⁸. De plus, il s'agit de pallier un décalage dans la mesure où l'activité de fret est presque intégralement ouverte à la concurrence quand le voile du monopole protège encore l'activité de transport des voyageurs.

B- Mieux organiser l'accès à l'infrastructure pour favoriser l'égalité des chances :

Il faut ici souligner les deux aspects essentiels de la question. Tout d'abord, il est nécessaire pour que la concurrence s'installe dans ce secteur que les entreprises ferroviaires qui font des demandes de sillons obtiennent des réponses qui correspondent à leur besoin que ce soit en terme d'itinéraire ou en terme d'horaire. Ensuite, il est aussi indispensable qu'une coordination entre les réseaux se mettent en place car il est impensable que des pertes de temps aient lieu à chaque changement de frontière sauf à retirer à la libéralisation tout intérêt commercial.

Ainsi, désormais ce sont des entreprises qui ne sont pas elles-mêmes fournisseurs de services de transport ferroviaire qui auront pour fonctions de garantir un accès équitable et non discriminatoire aux sillons. Des organismes indépendants devront donc prendre la place des entités intégrées si celles-ci subsistaient. En France, c'est RFF qui est chargé de ces fonctions définies dans la directive. Il s'agit de la préparation et de l'adoption des décisions concernant la délivrance des licences aux entreprises ferroviaires, l'adoption des décisions concernant la répartition des sillons (définition et évaluation de la disponibilité), adoption des décisions concernant la tarification de l'infrastructure. Toutes ces décisions devront bien sûr être marquées du sceau de la transparence. A cette fin un « Document de référence du réseau » concernant la répartition des capacités d'infrastructure sera établi par le gestionnaire du réseau³⁹.

Du côté des licences, la directive originale n'est pas fondamentalement bouleversée par les nouvelles dispositions. Notons toutefois que le principe de la validité de la licence sur l'ensemble du territoire de la Communauté est rappelé. A juste titre, Laurence Idot⁴⁰ fait un parallèle avec l'agrément unique pour les entreprises de services financiers dans le cadre du « passeport européen ». Relevons qu'à ce jour, seule une licence a été délivrée en France quand plus de 250 l'ont été en Allemagne. L'heureux élu est la SNCF⁴¹ et ce pour lui permettre de bénéficier des droits d'accès dans les autres Etats membres.

Enfin, du point de vue des normes de sécurité rien de très nouveau n'est ajouté si ce n'est la validité uniquement nationale des certificats de sécurité. Cela sera sans doute un élément de complication administrative pour les entreprises ferroviaires mais le domaine de la sécurité a été jugé suffisamment important pour que le principe de la confiance mutuelle entre Etat soit quelque peu écorné.

C – Orienter la mise en place des tarifs d'accès aux infrastructures :

Le paiement des redevances correspond à l'utilisation que fera l'entreprise ferroviaire des infrastructures nationales. C'est en quelque sorte un péage comme les automobilistes en payent sur le réseau autoroutier. Notons d'ailleurs que cette obligation contributive s'impose également à l'entreprise nationale qui exploite les transports ferroviaires sur son propre réseau. Ainsi la SNCF verse déjà des redevances à RFF pour l'ensemble des trains qui

³⁸ Le Rapport Haenel / Gerbaud « Fret ferroviaire : la nouvelle bataille du rail » du 8 mars 2004 a ouvert le débat de la filialisation.

³⁹ Cette question fera l'objet de plus amples développements dans le cadre de l'étude de RFF (Partie III).

⁴⁰ Laurence IDOT – Transports ferroviaires – Revue Europe – Mai 2001

⁴¹ Arrêté du 5 juillet 2001 – JORF n°160, 12 juillet 2001.

circulent en son nom sur le réseau français. La tarification est ici la même que s'il s'agissait d'une entreprise étrangère. Le problème de la tarification a fait l'objet le 17 juillet 1998 d'un Livre Blanc qui mettait en relief l'importance du choix de tarifs qui permettent notamment la concurrence avec la route.

Le problème des redevances peut s'expliquer autour d'une dialectique simple, soit le gestionnaire met en place des prix d'accès extrêmement attractifs et la concurrence se développe au détriment du statut financier et comptable du gestionnaire, soit les redevances sont prohibitives et les entreprises ferroviaires se voient freinées dans leur volonté concurrentielle. La question est d'autant plus cruciale que plusieurs approches sont possibles. En effet, doit-on concevoir les redevances comme correspondant aux seuls coûts d'entretien et de renouvellement des rails et autres infrastructures utilisées par le convoi en cause ou bien au contraire ces redevances doivent-elles être comprises comme une chance pour le gestionnaire, à savoir celle de couvrir à terme ses investissements ? La Commission dans une volonté de compromis a précisé que le principe serait celui de redevances égales au coût directement imputable à l'exploitation du service (ce qu'on appelle le coût marginal). Mais ces redevances pourront connaître des variations à la hausse par exemple pour tenir compte de la congestion, pour favoriser les investissements améliorant le rendement, pour intégrer les coûts environnementaux mais seulement quand il en sera de même pour les modes concurrents. De la même façon une baisse est envisageable pour développer de nouveaux services, pour l'usage de lignes sous-utilisées, pour tenir compte des économies réalisées par le gestionnaire d'infrastructure. Mais le résultat de cette législation sera aussi de diminuer les facultés d'investissement du gestionnaire dans de nouvelles infrastructures. Pour cette raison la Commission européenne a proposé en 2001 de faire échapper au contrôle des aides d'Etat les subventions accordées par les pays de l'Union pour le financement de nouvelles infrastructures lorsque les installations seront accessibles aux tiers.

Tous les outils de la concurrence dans le domaine du chemin de fer sont désormais mis en place. Toutefois bien des évolutions sont encore envisagées et envisageables.

III – Quelles perspectives d'avenir pour le rail européen ?

Près de trois ans après l'adoption des directives 2001/12, 2001/13 et 2001/14/CE, on peut d'ores et déjà tirer quelques enseignements du premier paquet ferroviaire (A). Il est aussi possible de se pencher sur les projets de Bruxelles puisque le second paquet ferroviaire est en cours d'adoption (B) et qu'une troisième étape visant à améliorer la qualité du chemin de fer européen a par ailleurs été proposé par la Commission le 4 mars 2004 (C).

A – Les enseignements du premier paquet ferroviaire :

La libéralisation prend toujours du temps et si les nouveaux venus ne peuvent au départ qu'espérer quelques miettes de trafic face aux géants historiques, force est toutefois de constater qu'une nouvelle mécanique est enclenchée. La libéralisation du fret ferroviaire international a ainsi de considérables répercussions touchant toute entreprise qui a des besoins de transports importants et qui veut se doter de moyens pour y parvenir. Déjà le 12 avril 2002, le journal *Transports actualités* se faisait l'écho du premier « train privé » sur le réseau ferroviaire belge. Il s'agissait de DL CARGO, entreprise belge en pleine croissance, qui avait obtenu de l'administration belge du transport terrestre une licence pour circuler sur le réseau national, ainsi que le prévoit la directive européenne 91/441 transposée par la Belgique en 1999.

Jean Faussurier, délégué aux affaires internationales de RFF estimait pourtant en 2003 que le métier « est tellement difficile que vous n’y allez que si vous êtes déjà sur le marché, ou si vous êtes un client captif »⁴². Même si ce n’est pas encore le cas en France, sans doute est-ce là un excès de prudence car on a déjà vu se lancer en Europe des opérateurs de transports combinés, des gros chargeurs (acier, automobile, chimie) ou des armateurs soucieux d’aspirer des trafics pour remplir leurs navires. En Allemagne, en Italie, en Belgique ou encore au Royaume-Uni la politique d’ouverture a sans conteste stimulé l’offre. Les alliances, les rachats, les partenariats se sont développés à vive allure dans ces Etats. Bruxelles recense plus de 400 entreprises ferroviaires licenciées : 267 en Allemagne, 29 en Italie, 30 aux Pays-Bas, 27 au Royaume-Uni etc. Parmi celles-ci ont trouvé de nombreux entrants, symbole d’une concurrence qui va à marche forcée. BASF, le géant de la chimie allemande est en passe de devenir le premier grand opérateur de transport de fret ferroviaire en dehors des compagnies traditionnelles au moyen du joint venture RAIL4CHEM que l’entreprise a mis en place avec quatre autres firmes. Le groupe suédois IKEA vient de créer une société spécifique pour gérer le transport de ses propres marchandises. En 2002, le rail représentait 18% du total de ses volumes transportés. Les dirigeants d’IKEA veulent faire passer ce total à 40% d’ici 2006 ce qui représentera environ 500 trains par semaine. Dans ce contexte IKEA pense lancer un appel d’offre aux compagnies ferroviaires pour effectuer au meilleur coût et avec les meilleures garanties les transports entre ses différentes filiales⁴³. Autre exemple, celui de la CONNEX, filiale transport de VIVENDI. Elle se présente en Allemagne et peut-être bientôt en France comme un ensemble cohérent capable d’intégrer progressivement des réseaux ferrés locaux et régionaux. CONNEX Allemagne affichait en 2001 un chiffre d’affaire fret de 29,4 millions d’Euros pour un trafic de 4 millions de tonnes réalisés à l’aide de 52 locomotives et plus d’un millier de wagons⁴⁴. Christian Kuhn, son directeur général affirmait ainsi dans un interview que « s’il s’agit seulement de tirer un train du point A au point B, le fret ferroviaire devenait une activité très simple » ajoutant que le privé « doit offrir une alternative dans l’exploitation de tous les systèmes ferroviaires complexes »⁴⁵.

B – Le deuxième paquet ferroviaire en cours d’adoption ⁴⁶:

De l’avis de tous quelques pas doivent encore être franchis si l’on veut revitaliser de façon pérenne le chemin de fer. Le projet de deuxième paquet ferroviaire proposé par la Commission le 23 janvier 2002 a donc été adopté par le comité de conciliation réunissant 15 représentants du Parlement européen et 15 représentants des ministres des transports le 17 mars 2004⁴⁷.

Le second paquet devrait s’attaquer à la fragmentation des systèmes techniques et de sécurité qui diffèrent d’un Etat à l’autre et qui nuit à la concurrence avec la route. Une proposition de directive sur la sécurité ferroviaire porte notamment sur la définition des éléments essentiels des systèmes de sécurité. Le principe de l’indépendance des enquêtes techniques en cas d’accidents sera aussi très fortement affirmé conformément à ce qui se passe dans les autres secteurs.

Un projet de règlement prévoit ensuite la création d’une Agence ferroviaire européenne et une plus forte harmonisation de l’interopérabilité, c’est-à-dire la capacité qu’ont les trains à rouler indistinctement sur n’importe quelle section du réseau. Cette Agence

⁴² *Les Echos* – le 5 mars 2003.

⁴³ Livre Blanc de la Commission – 2001 – *Op cit*

⁴⁴ *Transports actualités* – le 27 juin 2003

⁴⁵ *Les Echos* – *Op cit*

⁴⁶ *Rail et transports* – 14 janvier 2004

⁴⁷ Les textes devraient être adoptés en séance plénière en juin et publiés dans le même mois.

conçue comme un outil de pilotage de la politique ferroviaire européenne, pourra notamment agir comme une structure communautaire de sécurité ferroviaire et être la continuatrice du projet Safetrain qui a permis d'ores et déjà d'apporter l'expertise scientifique nécessaire aux spécifications techniques obligatoires des caractéristiques mécaniques du matériel roulant⁴⁸. L'interopérabilité est sans conteste le nouveau défi de l'Union et de ses membres. Ainsi en matière de fret, un convoi continuera à multiplier les ruptures de charges (changement de locomotives, de plate-forme, de conducteur etc.) faute d'une harmonisation des normes. Aujourd'hui, les trains de marchandises sont plus lents qu'il y a soixante ans désespère Loyola de Palacio, vice-présidente de la Commission européenne et membre de la commission chargée des relations avec le Parlement européen, des transports et de l'énergie⁴⁹. L'agence ferroviaire européenne devrait donc voir le jour début 2005 et sera installée à Lille et Valenciennes. Elle emploiera une centaine de personnes et sera chargée de proposer des mesures d'harmonisation progressive de sécurité et des spécifications techniques d'interopérabilité. Des experts de la SNCF prendront part aux groupes de travail. A terme l'agence ferroviaire européenne permettra de gérer le système d'établissement, d'enregistrement et de contrôle des spécifications techniques d'interopérabilité. Le second paquet franchi donc un cap important en terme de sécurité et d'interopérabilité. Il faut toutefois espérer que ces efforts ne seront pas entravés par l'arrivée des 10 nouveaux Etats de l'Est dans l'Union. En effet, on sait ces pays très en retard dans ces domaines et il serait fâcheux que faute de moyens ils ralentissent le train des réformes.

Mais surtout, et en dépit de l'opposition de la France, de la Belgique et du Luxembourg, le fret ferroviaire international devrait être totalement ouvert à la concurrence le 1^{er} janvier 2006 au lieu du 15 mars 2008. En revanche le fret ferroviaire sera lui entièrement libéralisé le 1^{er} janvier 2008. Cela signifie que même en l'absence de tout élément transfrontalier une entreprise d'un autre Etat membre pourra intervenir sur le réseau français⁵⁰.

Gilles de Robien a toutefois confirmé que les « Etats membres étaient unanimes dans leur volonté de ne pas traiter de l'ouverture aux voyageurs dans ce deuxième paquet » soulignant que « cette étape devait faire l'objet d'un troisième paquet ».

C – Le troisième paquet ferroviaire européen en cours de négociation :

La Commission n'en a pas terminé avec la libéralisation du rail européen et propose en conséquence l'ouverture à la concurrence des transports internationaux de passagers au sein de l'Union européenne. Ce troisième paquet a été conçu comme un outil pour parachever un processus long de plus de dix ans et qui selon les autorités de Bruxelles a permis de refaire du train un outil de transport indispensable. Les propositions de la Commission vont dans quatre directions : une prise en compte du métier de conducteur, la garantie des droits des passagers afin d'optimiser l'attractivité des chemins de fer, proposer de nouvelles perspectives pour le transport de passagers et favoriser une démarche de qualité dans le secteur du fret ferroviaire.

Pour expliquer cette rapidité normative Loyola de Palacio a déclaré que ces propositions s'inscrivaient dans la perspective de 2010 ce qui permet de donner aux opérateurs un horizon clair, réaliste et ambitieux. « En 2010, le réseau transeuropéen à grande vitesse sera connecté et de nouveaux services pourront se développer sur la base de la concurrence. La pression des compagnies aériennes à bas coûts est déjà une réalité pour les transports ferroviaires internationaux de passagers : ils devront évoluer vers de nouveaux

⁴⁸ Ce projet a notamment permis d'accroître sensiblement la résistance des compartiments passagers et de l'espace de survie du conducteur à l'avant des trains sans effet négatif sur le poids et la consommation d'énergie.

⁴⁹ Entretien de Loyola de Palacio dans les Petites affiches du 30 janvier 2003.

⁵⁰ Proposition de modification de la directive 91/440 – COM (2002)21 du 23 janvier 2002.

modèles et c'est sans nul doute le bon moment pour libérer les initiatives » a-t-elle ajouté lors de la présentation du projet. Examinons en conséquence les lignes directrices proposées.

❶ Favoriser une approche commune pour le métier de conducteur :

Il y a en Europe 200 000 conducteurs constituant l'outil essentiel de la mise en place d'un niveau élevé de sécurité. Dans son projet la Commission distingue leur connaissance générale de leur connaissance particulière. Les premières sont liées à leur métier et constitue en quelque sorte le « bagage » indispensable pour pouvoir exercer cette profession. Les secondes se rapportent en revanche à des connaissances plus spécifiques, celles qui concernent la ligne parcourue, le matériel utilisé ou encore les procédures opérationnelles de l'entreprise ferroviaire pour laquelle ils travaillent. Partant de ce constat le « troisième paquet » prévoit une certification des connaissances générales, certification qui serait reconnue sur tout le territoire de la Communauté au travers d'une licence attribuée à titre personnel. Par ailleurs, pour ce qui est des connaissances spécifiques, les textes prescrivent la possession d'un certificat ou d'une licence par le conducteur en fonction de l'entreprise ferroviaire qui l'emploie, de la ligne qu'il emprunte et du matériel qu'il utilise. Ces mesures visent à accroître le niveau de sécurité et améliorer considérablement les performances du transport ferroviaire en évitant les arrêts artificiels à la frontière.

❷ Garantir les droits des passagers pour renforcer l'attractivité des chemins de fer :

Il s'agit ici de tout mettre en œuvre pour que les voyageurs soient attirés par le chemin de fer. L'idée est donc de garantir leur droit en matière de retards, de remboursements et de vols afin qu'ils aient vraiment le sentiment d'obtenir des droits en contrepartie de l'achat de leur billet. Il n'est par exemple pas satisfaisant qu'en matière de trajet international les compagnies se renvoient la responsabilité en cas de problème. Une meilleure connaissance des droits et des voies de recours doit en conséquence être encouragée. La Commission dans tous ces domaines a décidé de soumettre les compagnies à un minimum d'obligations. Ainsi, est prévu un principe de compensation et de fixation de seuils en fonction du type de trajet. Les besoins des handicapés doivent aussi être assurés au mieux selon les autorités communautaires.

❸ Permettre de nouvelles initiatives pour les services de transport de passagers :

Les services de la Commission distinguent ici entre deux modes de concurrence régulée. Le premier, vise à attribuer par procédure concurrentielle un contrat de service public, assorti si nécessaire de droits exclusifs pour une certaine période et le cas échéant de compensations de services publics. Du point de vue de la DG TREN, ce mode est parfaitement adapté aux transports périurbains et régionaux. Il inspire d'ailleurs la proposition de la commission relative à la modernisation du règlement n°1191/69 sur les obligations de service public⁵¹. Le second modèle consiste, pour le fret ferroviaire, à ouvrir l'accès à l'infrastructure aux opérateurs souhaitant effectuer des services. Ce mode est plus adapté à des services à longue distance ou à des services spécifiques où une innovation commerciale est susceptible d'attirer une clientèle nouvelle. Partant de ce constat, la proposition « vise à prendre en compte la diversité des segments de marché en prévoyant une articulation claire et simple entre

⁵¹ Cette proposition sera plus largement étudiée dans une troisième partie, section III, II.

le domaine couvert par un contrat de service public et le domaine ouvert à de nouvelles initiatives»⁵². Il est en conséquence prévu que tous les services internationaux seront ouverts à la concurrence au 1^{er} janvier 2010 à l'exception des services qui, entre deux localités précises, font l'objet d'un contrat de service public. Une articulation appropriée devra donc être mise en place pour protéger l'équilibre économique des contrats de service public qui pourraient en être affectés, sans pour autant restreindre de façon exagérée les conditions d'opération pour les nouveaux opérateurs internationaux. Toutefois, il faut bien comprendre l'enjeu de cette réforme, il est en effet proposé qu'à partir du 1^{er} janvier 2010, les entreprises ferroviaires disposant d'une licence et des certificats de sécurité nécessaires puissent assurer des services internationaux au sein de la Communauté. Par exemple, les services actuels comme Thalys et Eurostar pourraient voir arriver des concurrents. Cette étape supplémentaire pour la constitution du marché intérieur des services ferroviaires intervient notamment parce que les services ferroviaires internationaux classiques connaissent une pression grandissante des transporteurs aériens à bas coûts. Permettre des initiatives commerciales nouvelles devrait redonner un souffle nouveau à ce secteur selon la Commission.

④ *Favoriser une démarche de qualité dans le fret ferroviaire :*

La Commission déplore le niveau de satisfaction des clients du fret ferroviaire et constate à cet égard que le niveau de qualité est trop inégal entre les entreprises. Le « troisième paquet » contient dès lors des clauses minimales obligatoires dans les contrats de transports, sous peine de nullité de ceux-ci. Par exemple, un système de compensation obligatoire en cas de retard ou de dommages des marchandises transportés devra être mis en place. Le projet de directive prescrit ainsi un niveau minimal de compensation de 5% du prix du transport.

Que penser de cette dernière proposition ? Il nous semble que la Commission se mêle ici de ce qui ne la regarde pas, à savoir la liberté contractuelle. Si elle croit tant dans les vertus de la concurrence et bien qu'elle laisse celle-ci opérer car de notre point de vue cette démarche n'a pas à être imposée, elle se mettra en effet d'elle-même en place par le jeu de l'offre et de la demande. Répondre aux attentes de ses clients c'est gagner des parts de marché ; Imposer des réponses aux opérateurs c'est faire de l'interventionnisme contractuel là où, nous semble-t-il, il n'en est nul besoin. Nous sommes donc réservés sur cette dernière démarche.

Conclusion de la Première partie :

Que de chemin parcouru depuis la fin de la décennie 1980 ! Alors que l'on pensait que le marché ferroviaire serait le plus résistant au mouvement de libéralisation, on est arrivé aujourd'hui, au seuil du troisième paquet ferroviaire, à une ouverture de la concurrence tout à fait édifiante. Toutefois, il faut aussi relever des différences de comportement d'un Etat à un autre. Ainsi, il apparaît au regard du paysage européen que c'est la France⁵³ qui est la plus méfiante vis-à-vis de ce processus. Les grèves à répétition organisées au sein de la SNCF par la majorité des syndicats du personnel pour manifester leur désaccord avec les options libérales de la Commission en sont sans doute le meilleur exemple. A l'inverse, le Royaume-

⁵² COM(2004)140final.

⁵³ Accompagnée en cela bien souvent par la Belgique et le Luxembourg.

Uni mais surtout l'Allemagne ont dans ce domaine fait preuve de beaucoup de dynamisme allant souvent plus loin que les directives elles-mêmes.

En fait, la directive 91/440, même si elle a été critiquée, avait dès le départ su imposer les indispensables mesures de la libéralisation de sorte que le premier paquet ferroviaire n'a fait que les affermir ou les clarifier dix ans plus tard. On peut ici encore une fois les rappeler : liberté de gestion des entreprises ferroviaires, assainissement financier, séparation entre gestion de l'infrastructure et gestion des services de transport et accès des tiers au réseau.

Le premier paquet ferroviaire a permis de promouvoir une concurrence sur des bases équitables et non discriminatoires et d'ouvrir presque totalement le marché du fret. Il s'agit donc maintenant pour tous les opérateurs historiques de relever le challenge et ce essentiellement dans le secteur du fret dont on sait qu'il affiche bien souvent des résultats déficitaires. Là encore, la France devra rompre avec ses vieilles habitudes monopolistiques et la transformation de la branche fret de la SNCF pourrait dès lors être bien douloureuse si les corporatismes s'exacerbent. Ce défi est d'autant plus grand que « le troisième paquet » propose aux opérateurs de nouveaux horizons concurrentiels et qu'il est indispensable que la SNCF se réforme si elle veut, elle aussi, tirer son épingle du jeu. Enfin, il est rassurant de voir que la Commission a fait de la sécurité autour du deuxième paquet ferroviaire l'outil indispensable de la libéralisation de ce secteur. Sécurité et interopérabilité sont en effet tout à fait cruciales pour permettre l'efficacité d'une telle réforme.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue qu'un tel processus ne peut pas uniquement se baser sur une action a priori, basée sur la régulation. Un contrôle a posteriori des pratiques anticoncurrentielles se révèle tout aussi nécessaire compte tenu des enjeux du processus de libéralisation.

PARTIE II :

L'IMPACT DE LA
LIBERALISATION SUR LE
FONCTIONNEMENT
CONCURRENTIEL DU
MARCHE FERROVIAIRE

Introduction :

Le processus de libéralisation entamé dans les différentes entreprises de réseau de la Communauté a amené à l'effritement progressif des monopoles et à leur disparition de façon plus ou moins rapide selon les secteurs.

Comme nous l'avons vu l'ouverture à la concurrence ne s'est pas bornée à une abolition pure et simple des droits spéciaux dont bénéficiaient les opérateurs historiques. Bien au contraire c'est tout un processus réglementaire très détaillé qui a été mis en œuvre. Dans le cadre du droit de la concurrence, ces mécanismes sont à destination de deux publics bien particuliers : les entreprises tout d'abord qui doivent être assurées de trouver sur le marché où elles souhaitent intervenir en tant que nouvel opérateur une concurrence effective et non entravée. Le public ensuite qui doit être protégé contre toutes les conséquences qu'une dérégulation non maîtrisée peut provoquer. Cette question est d'autant plus vraie en matière de chemin de fer que l'on connaît l'attachement des usagers au bon fonctionnement de ce service public de proximité. Ainsi, comme le souligne très justement le Professeur Gérardin⁵⁴ il apparaît juste de dire que l'on est passé d'un processus de régulation du monopole (contrôle des tarifs et des investissements publics) à un système de régulation du marché. Cette nouvelle approche est sans conteste plus diversifiée et plus complexe que la première d'un point de vue juridique car elle oblige à répondre aux questions issues de la naissance et du développement de nouveaux marchés.

Nous reviendrons en conséquence sur les enjeux de la libéralisation au sein du secteur ferroviaire. Il s'agira non pas de répéter ce qui a pu être déjà dit concernant les mesures de libéralisation mais plutôt de les expliquer et donc de mieux les comprendre dans le cadre si particulier de la fin d'un monopole. Nous proposons en quelque sorte une vision plus générale des problèmes, propre à éclairer les difficultés techniques qui ont pu être exposées dans une première partie.

Puis nous nous interrogerons sur la soumission des entreprises ferroviaires aux règles de concurrence communautaires. En effet, les directives de libéralisation ont mis fin définitivement à une idée reçue, celle selon laquelle les entreprises publiques dotées de droits exclusifs à l'origine de leur situation monopolistique, ne pouvaient se faire concurrence et étaient en conséquence vouées inéluctablement à la coopération et aux ententes. Nous verrons donc ce qu'il en est aujourd'hui de l'application des articles du Traité relatifs aux ententes et aux monopoles.

Ces différentes interrogations, nous amènerons en conséquences à analyser en premier lieu les enjeux de la libéralisation (Section 1) puis à nous intéresser aux contraintes concurrentielles (Section2).

⁵⁴ Damien GERADIN – L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Cahier de droit européen – N° 1 1999.

SECTION I : LES ENJEUX DE LA LIBERALISATION :

La fin d'un monopole constitue pour un Etat et les entreprises un bouleversement structurel tout à fait exceptionnel dont les conséquences ne peuvent être appréhendées et maîtrisées que par une approche concurrentielle réfléchie. Dans ce cadre les autorités bruxelloises ont donc du répondre à trois questions : Jusqu'où ouvrir le marché ? (I) Comment permettre une concurrence effective pour tous ? (II) Comment concilier cette ouverture avec les missions de services publics ? (III)

I – Le degré d'ouverture du marché :

Cette question ouvre généralement les négociations et les événements de ce fait assez rapidement. En effet, les approches sont souvent très différentes d'un Etat à un autre. Il est par exemple parfaitement compréhensible que le Royaume-Uni, habitué aux politiques libérales notamment avec la « Thatcherisation des esprits » s'oppose sur ce point avec la France, pays d'une vieille tradition de services publics. Dans le premier cas, l'Etat membre souhaitera une ouverture à la concurrence rapide et complète, dans le second cas, l'Etat membre préférera une libéralisation très progressive. Cette question est vraie pour toutes les entreprises de réseau mais tout particulièrement en matière de chemin de fer où les Etats comme les usagers sont très attachés au fonctionnement du monopole.

La Commission se doit donc d'être consensuelle et on peut par exemple se rappeler que le secteur de la télécommunication ne s'est vu complètement libéralisé qu'à la suite de l'entrée en vigueur des dispositions principales de la directive « pleine concurrence » en 1998. Cette même approche graduelle peut être constatée dans les chemins de fer puisque 10 ans après la première directive 91/440, on adopte en ce moment un deuxième paquet ferroviaire et on en négocie un troisième.

Dès lors, la Communauté se doit d'adopter des critères permettant de distinguer les segments de marché ouverts à la concurrence de ceux pouvant être maintenus provisoirement dans le cadre du monopole. Ainsi, le degré d'ouverture a dépendu en premier lieu pour le marché ferroviaire de deux facteurs. Le premier est la nature du service proposé : l'accès est en effet garanti aux entreprises de transports combiné pour leurs activités à l'intérieure de l'Union. Le second est l'identité du prestataire et la localisation du service proposé : l'accès est dans ce cas garanti aux regroupements internationaux pour les services offerts dans les Etats membres où les entreprises parties au regroupement sont établies. Evidemment, ces facteurs vont évoluer au fur et à mesure des textes et l'on sait qu'en 2008, la libéralisation du fret sera totale. Notons toutefois que contrairement aux autres entreprises de réseau où beaucoup d'auteurs ont pu regretter que le degré d'ouverture dépende plus d'une volonté de compromis que d'une véritable approche économique, il nous semble que tel ne fut pas le cas pour le rail. Bien au contraire, de notre point de vue l'approche trouvée par la Commission a permis d'ouvrir en priorité les secteurs les plus prometteurs, jouant en quelque sorte sur un effet d'entraînement pour les autres segments du marché. Ce faisant on a assisté à une rationalisation de l'activité au sein des entreprises ferroviaires historiques qui étaient contraintes de faire face à la concurrence.

Une fois le marché ou une partie de ses composantes ouvert il est ensuite indispensable d'y instaurer une concurrence pérenne.

II – Permettre l'accès à une concurrence effective :

La concurrence peut se définir comme la rivalité entre les vendeurs ou entre les acheteurs d'un même produit⁵⁵. Or, il en va de l'économie comme d'une compétition sportive, chaque participant ne devant pas être dans une situation plus privilégiée que son adversaire pour l'emporter. On distingue ainsi la concurrence pure et parfaite caractérisée par l'atomicité, l'homogénéité et la libre entrée, de la concurrence imparfaite où des situations de monopole existent. Pour atteindre l'objectif de la « perfection », deux critères sont nécessaires : le libre accès (A) et la régulation par des autorités indépendantes (B). En somme tout le monde doit pouvoir accéder au terrain de jeu, un terrain sur lequel l'arbitre veille au respect des règles fondamentales.

A – Le libre accès comme préalable à la concurrence :

L'idée est assez simple : aucune barrière qu'elle soit juridique ou institutionnelle ne doit pouvoir s'opposer à l'entrée ou à la sortie de nouveaux concurrents. La mise en œuvre se révèle être en pratique plus délicate.

En effet, la fin des droits exclusifs et spéciaux ne conditionne pas obligatoirement la mise en place d'une structure totalement concurrentielle. La raison en est presque inéluctable tant il est impossible d'effacer des décennies de monopole d'un seul trait de plume. Les opérateurs historiques restent donc généralement dominants sur les segments libéralisés durant les premières années car ils sont à la fois à la tête de très larges parts de marchés ainsi que d'infrastructures essentielles. De plus les Etats comme les opérateurs peuvent être tentés de mettre en place des pratiques restrictives et protectionnistes. L'accès au réseau est donc fondamental. Or, sa duplication est bien souvent impensable. Pour le rail, comment imaginer reconstruire une trame ferroviaire de plus d'un siècle ? Dans un tout autre domaine, Dominique Berlin⁵⁶ a pu rappeler que l'installation d'un réseau comparable à celui de France Télécom coûterait plus de 23 milliards d'Euros. A partir de ce constat, il est bien évident que les nouveaux entrants doivent pouvoir avoir accès au réseau déjà existant.

A cet égard, on sait que la Commission a pu développer une doctrine, celle des « installations essentielles » et ce notamment dans une décision *Sea Containers/ Stena Sealink* du 16 février 1994. Issu de la pratique américaine (*essential facilities*), l'esprit de cette théorie est qu'« une entreprise qui possède ou gère elle-même une installation essentielle, c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir des services à leurs clients, et qui leur refuse l'accès à l'installation, abuse de sa position dominante »⁵⁷. La pertinence de cette doctrine n'est pas à remettre en cause dans le cadre du chemin de fer. Comment un nouvel opérateur pourrait-il se passer de gare de triage, des voies correspondant à des tracés performants ou encore d'échangeurs ? Toutefois, il peut apparaître surprenant de parler d'une telle doctrine alors que nous avons détaillé très largement les dispositions législatives qui définissaient les infrastructures rentrant dans le champ du libre accès. La théorie des « infrastructures essentielles » n'est-elle pas dès lors inutile dans ce cadre ? En réalité, il nous semble qu'elle ne l'est pas et que tout au contraire elle démontre la volonté de la Commission d'assurer en tout état de cause l'accès aux infrastructures. Il s'agit pour nous de rappeler l'existence d'un « garde fou jurisprudentiel » indispensable même s'il faut toujours préférer une action législative coordonnée à des interventions prétoriennes au coup par coup.

⁵⁵ C. D. ECHAUDEMAISON, Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Nathan.

⁵⁶ Dominique BERLIN, « L'accès au marché français », AJDA, 1997.

⁵⁷ Décision de la Commission 94/119 du 21 décembre 1993, *Port de Rodby*, JOCE N°55 1994.

Ajoutons enfin que les autorités communautaires au moment d'ouvrir un monopole doivent aussi avoir en tête le prix d'accès au réseau. Des charges inadéquates peuvent en effet être source de distorsions de concurrence. Dans ce schéma les opérateurs historiques sont alors avantagés et donc confortés. Mais dans un sens inverse, des contributions fixées à un niveau trop bas ne permettraient que l'entrée de concurrents inefficaces. La volonté de revitaliser le rail étant l'objectif de la Commission, on conçoit que le problème des redevances puisse se résumer à la quadrature du cercle. Rappelons toutefois que la directive 2001/14/CE a clarifié ce problème en mettant précisément en place des critères de calcul.

Une fois la concurrence mise en place, encore faut-il qu'elle soit confortée, régulée et protégée.

B – Les autorités réglementaires nationales comme arbitres du jeu concurrentiel :

Une politique de libéralisation ne peut s'extraire de l'institution d'autorités réglementaires et cela à quelque phase du processus que l'on se trouve. Ces autorités ont pour but de faire respecter le cadre réglementaire généralement rigoureux qui a été adopté dans l'optique de la libéralisation. Les directives « électricité » et « gaz naturel » prévoyaient ainsi que les « Etats membres créent des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs et de tout comportement prédateur ». Ces autorités ont en effet pour rôle de réguler l'accès au marché, de contrôler le comportement des opérateurs sur le marché et de veiller au respect des principes fixés par les directives. Enfin, elles peuvent dans certains cas arbitrer des litiges et s'approcher en conséquence de fonctions quasi-juridictionnelles. Nous verrons lors de la troisième partie consacrée au mode de transposition français que tout cela est assez complexe pour le rail.

Emettons malgré tout un bémol à l'institution de ces autorités de régulation. En effet, dans une volonté décentralisatrice et afin de faire jouer le principe de subsidiarité, la Commission a laissé aux Etats membres en matière ferroviaire une grande liberté quant aux modalités de mise en place et de fonctionnement de ces institutions. Or, était-ce réellement la meilleure solution quand on connaît la diversité des attitudes étatiques face au processus de libéralisation ? La France, pour ne parler que d'elle, sera-t-elle vraiment encline à faire jouer au mieux le principe de l'impartialité et de l'équité dans le choix de fonctionnement de ces entités ? En matière ferroviaire nous avons déjà souligné les difficultés que pouvaient soulever une présence par trop importante de la SNCF dans les mécanismes de régulation⁵⁸. S'il est encore trop tôt pour tirer ici un bilan, il nous semble que dans tous les cas il est impossible d'être à la fois juge et partie. Enfin, le Professeur Gérardin note aussi que les « différences dans l'étendue des compétences et des pouvoirs des ARN⁵⁹, ainsi que des politiques réglementaires mises en œuvre par celles-ci, sont susceptibles de produire des distorsions de concurrence ». Il s'agit là d'un nouveau chantier possible en terme d'harmonisation.

Demeure encore un enjeu considérable à ce processus de libéralisation, celui des services publics.

III – Démantèlement des monopoles et maintien des services publics :

« Rentabilité et service public » voilà une équation qui semble bien difficile à résoudre pour l'ensemble des Etats membres et pour la Commission. Pourtant cette dernière continue à

⁵⁸ Voir les pages 17 et 18 de ce mémoire.

⁵⁹ Autorité de Régulation Nationale.

affirmer que l'un n'est pas exclusif de l'autre. Interrogée à ce sujet Loyola de Palacio, vice-présidente de la Commission européenne et membre de la commission chargée des relations avec le Parlement européen, des transports et de l'énergie, répondait ainsi aux inquiétudes : « La concurrence n'est pas incompatible avec le service public. Dans les secteurs maritime, routier ou aérien, je n'hésite pas à autoriser des aides d'Etat pour maintenir des liaisons de service public. Simplement il ne doit pas être réservé à une entreprise donnée. Trop souvent la notion de service public, que je suis la première à défendre, cache des pratiques moins avouables, en l'absence totale de transparence et de responsabilité. La concurrence n'élimine pas le service public, mais elle exclue qu'il y ait un fournisseur naturel. C'est pourquoi je recommande que ce service ne soit pas acquis ad vitam aeternam, mais qu'il soit remis en question au bout de périodes de concession, car les autorités publiques doivent toujours pouvoir garder le contrôle et simultanément chercher le meilleur service au meilleur prix »⁶⁰.

Une concurrence entre les concessionnaires pour assurer au mieux le service public des transports, telle serait donc la réponse de la Commission aux angoisses qui se sont exprimées. En effet, le processus d'ouverture à la concurrence a souvent été présenté comme une vraie menace à l'encontre des services publics (A). La Commission a essayé d'y répondre par la notion de service universel (B) et a en contrepartie demandé aux Etats de répondre à des exigences de transparence quant aux relations financières entretenues entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques (C).

A – La Libéralisation : processus anti-social ?

En échange de leur statut de monopole de droit, les entreprises de réseau avaient reçu la lourde tâche d'assurer le service public. Dès lors pour beaucoup d'Etats attachés à cette tradition historique, la concurrence remettait en cause purement et simplement cette mission. La France avait ainsi pu utiliser cet argument pour justifier le monopole d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz naturel octroyé à EDF – GDF.⁶¹ Plus récemment les Ministres des transports belges, luxembourgeois et français se sont opposés à l'ouverture du marché des passagers en matière ferroviaire au nom de l'impératif de service public, en vain...

Cette opposition peut économiquement s'expliquer. Le fait de fournir des services sur l'ensemble d'un territoire permet à l'entreprise de réseau d'offrir des prestations qui globalement se situent à un niveau raisonnable grâce au jeu des subventions croisées et grâce à un tracé très performant qui peut venir compenser les difficultés d'une ligne peu utilisée. Face à des concurrents ce système ne peut que s'effriter, les nouveaux entrants se mobilisant en priorité sur les secteurs les plus rentables en cassant les prix. Pour y faire face, l'opérateur devra ajuster ses coûts et d'un autre côté abandonner des lignes peu rentables où y diminuer la qualité des services proposés. En ce qui concerne le train il a bien souvent été avancé par les opposants à la libéralisation que disparaîtront peu à peu les petites lignes départementales isolant ainsi plusieurs ensembles de localités au nom de la performance économique. Si le trait est un peu forcé, les inquiétudes nous semblent toutefois légitimes. La Commission se devait de réagir.

B - La notion de « service universel » comme palliatif au démantèlement des services publics :

Devant les nombreuses réactions suscitées par la libéralisation, les autorités communautaires ont tout d'abord voulu rappeler que le modèle d'ouverture à la concurrence

⁶⁰ Entretien avec les Petites Affiches – 30 Janvier 2003 – Page 8.

⁶¹ Commission contre France – Arrêt du 23 octobre 1997.

choisi par elles ne saurait remettre en cause l'accomplissement des services d'intérêt économique général dans la Communauté. Par un compromis tout politique, les chefs d'Etat et de gouvernement lors de la conférence intergouvernementale de Nice s'étaient mis d'accord sur l'insertion d'un nouvel article 16 disposant : « sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans les conditions qui leur permettent d'accomplir ces missions ».

Evidemment, ces circonvolutions n'étaient pas de nature à rassurer les thuriféraires du service public. La Commission a alors fait apparaître et se développer un concept nouveau, celui de « service universel », sorte de noyau incompressible au sein de la notion de SIEG. Présente pour la première fois dans une communication de la Commission en date du 28 avril 1993 concernant le secteur des télécommunications, cette notion est réapparue à de nombreuses reprises dans des résolutions du Parlement européen et du Conseil. Cette pratique récente oblige dès lors à dissocier à l'intérieur de l'organisme chargé d'un service d'intérêt économique général entre ses activités ordinaires et celles qui relèvent de sa mission fondamentale de fournir des prestations élémentaires aux usagers, à savoir le service universel. La communication de la Commission du 20 septembre 2000⁶² sur les services d'intérêt général en Europe fait la synthèse de cette évolution et discerne quatre éléments dans le service universel. En premier lieu, il s'agit d'une prestation minimum de base à laquelle ont droit tous les usagers du service considéré (par exemple un nombre minimum obligatoire de trains sur une ligne). Ensuite, le service universel est toujours constitué d'un facteur territorial : il est assuré sur l'ensemble du territoire des Etats membres, y compris dans les régions les plus défavorisées (lignes régionales ferroviaires). Dans un troisième temps, le service doit être assuré dans des conditions financières abordables pour l'ensemble des usagers. Enfin et en dernier lieu, le service universel est mâtiné d'une couleur culturelle et historique dans la mesure où ce service s'insère dans les traditions politiques et sociales voire dans les mémoires collectives de nombreux pays⁶³. Ce dernier point est tout à fait intéressant dans le cas des chemins de fer. Le caractère public du service rendu est tellement ancré dans l'opinion publique que la qualité de service universel ne saurait ici être déniée. Ce qui est notable c'est que la notion de « service universel » recouvre des valeurs que l'on retrouve généralement sous le vocable de « service public » (universalité/continuité/égalité) sans toutefois que les deux notions soient assimilables totalement. Cela s'explique notamment en France par le fait que le concept de service public a fait l'objet d'une construction juridique très élaborée. Mais la grande innovation de ce concept est qu'il est presque totalement lié au processus de libéralisation de sorte que des termes qui au départ pouvaient sembler antinomiques sont devenus complémentaires dans le cadre du schéma réglementaire de la Communauté. De plus, la notion de service universel n'est pas stagnante et est donc appelée à évoluer au cours des réformes successives. On pourrait ainsi imaginer que la notion se renforce dans le domaine ferroviaire si l'ouverture à la concurrence du « trafic passagers » venait à avoir des conséquences dommageables pour les usagers.

Demeure une question souvent soulevée, celle du financement du service universel. Comme le fait remarquer le Professeur Gérardin⁶⁴, trois systèmes sont généralement proposés : Un subventionnement interne à travers des subventions croisées/ Un subventionnement externe par des instruments financiers, tels qu'un fonds de compensation ou de péréquation financière alimenté par des contributions spécifiques/ Un

⁶² COM (2000) 580 final.

⁶³ Claude Blummann – Droit matériel de l'Union européenne – Montchrestien – 2002.

⁶⁴ *Op cit* - Damien GERADIN – L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Cahier de droit européen – N° 1 1999.

subventionnement externe entretenu par des droits d'accès que les fournisseurs n'ayant pas d'obligations de service universel doivent payer au gestionnaire du réseau, en plus des droits d'accès à son infrastructure. Cette question devrait être résolue par le projet de règlement communautaire sur les obligations de service public dans le secteur des transports. Toutefois nous tenons à signaler que ce projet qui a été initialement déposé par la Commission le 26 juillet 2000, a fait l'objet d'une nouvelle mouture et est encore en discussion. Nous ne savons en conséquence s'il sera définitivement adopté. Ce texte est pourtant tout à fait novateur puisqu'il vient en remplacement du règlement de 1969⁶⁵ devenu aujourd'hui en grande partie obsolète compte tenu d'un champ d'application assez réduit et de réponses insuffisantes aux questions qui se posaient. Le texte proposé vise lui à préciser le cadre communautaire actuel des aides publiques « qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » et fixe les formes d'indemnisation compatible avec le Traité en incitant à la conclusion de contrat de service public. L'apport majeur de ce projet est ainsi de poser le principe du recours à l'appel d'offres pour l'attribution des contrats de service public qui comportent le versement d'une compensation financière pour obligation de service public et/ou l'octroi d'un droit exclusif. Le problème du financement du service universel se verrait ainsi résolu en matière de chemin de fer pour peu que cela suffise. Notons toutefois qu'en matière de relation financière les Etats ont d'ores et déjà l'obligation de respecter des exigences de transparence.

C – La nécessité de transparence dans les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques :

Le secteur ferroviaire, comme bien d'autres secteurs en Europe, est en passe d'être totalement ouvert à la concurrence après avoir été exploité dans le passé en régime de monopole national. Cette nouvelle situation impose une très grande vigilance en matière de concurrence afin de garantir l'absence d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité ainsi que l'absence d'aides d'Etat au sens de l'article 87 du Traité à moins qu'elles ne soient compatibles avec le marché commun, sans préjudice de l'application possible de l'article 86§2. Or, dans ces secteurs des droits exclusifs⁶⁶ et spéciaux⁶⁷ ou bien encore des compensations sont souvent accordées à des entreprises qui exercent des missions de service public et qui sont aussi en concurrence avec d'autres sociétés. Face à cela la Commission a pu rappeler aux Etats l'obligation de n'édicter, ni de maintenir aucune mesure contraire aux règles du Traité. Mais l'application de ces règles n'est pas toujours facile à déterminer face aux degrés variables de libéralisation des marchés, face à l'éventail des activités susceptibles d'être exercées par une même entreprise. La Commission a donc décidé de demander à ces entreprises, le plus souvent publiques et qui entretiennent des relations financières avec les Etats, de lui fournir des données détaillées sur leur structure financière et organisationnelle interne. Devront donc être mis place des comptes séparés et fiables. Pour ce faire, la Commission a utilisé pour la première fois les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 86§3 du Traité et édicté la directive « Transparence » en 1980. Celle-ci a été modifiée le 26 juillet

⁶⁵ Perrine LIMOUSIN et Ludovic BABIN – Projet de règlement communautaire sur les obligations de service public dans le secteur des transports : perspectives d'adoption et effets potentiels. LPA – 25 février 2003.

⁶⁶ Selon la directive sont des « **droits exclusifs** » des droits accordés par un Etat membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou exercer une activité sur un territoire donné.

⁶⁷ Selon la directive sont des « **droits spéciaux** » des droits accordés par un Etat membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif sur un territoire donné.

2000⁶⁸ (directive 2000/52) et pourrait l'être à nouveau pour tenir compte des modifications des marchés.

L'obligation de tenir des comptes séparés incombe à toute entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs accordés par un Etat membre au sens de l'article 86§1 TCE ou qui est chargée de la gestion d'un SIEG au sens de l'article 86§2 et reçoit une aide d'Etat sous quelque forme que ce soit en relation avec ce service et qui exerce d'autres activités (Article 2 de la directive). La directive « Transparence » impose en outre de faire apparaître dans les écritures des entreprises visées la distinction entre les différentes activités, les produits et les charges associés à chacune d'elles, les méthodes d'imputation ou de répartition des produits et des charges. L'obligation de tenir des comptes séparés ne doit pas s'appliquer aux entreprises dont les activités se limitent à la prestation de services d'intérêt économique général et qui n'exercent pas d'activité ne relevant pas de ces services. Les entreprises publiques dans le champ d'application de la directive devront par exemple faire ressortir dans leur compte les mises à disposition de ressources publiques effectuées directement par les pouvoirs publics, faire ressortir les mises à disposition de ressources publiques effectuées par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'institutions financières et enfin l'utilisation effective de ces ressources publiques. Les Etats membres devront dans ce cadre normatif s'assurer que ces entreprises imputent correctement dans leur écriture les produits et les charges sur la base des principes issus de la comptabilité analytique appliqués de manière cohérente et objectivement justifiable. Tout cela doit permettre de réduire voire annihiler tout risque de conflits d'intérêts entre un Etat investisseur et un Etat autorité publique. Notons toutefois que ces mesures n'affranchissent pas les Etats de leur obligation d'informer les autorités communautaires de toute création ou modification d'aides en faveur des entreprises publiques.

Tels sont donc les différents enjeux du processus de libéralisation : le degré d'ouverture à la concurrence, l'effectivité de la concurrence, le maintien des services publics et leur financement. Toutefois demeure un problème récurrent : les contraintes concurrentielles imposées par le traité.

SECTION 2 : LES CONTRAINTES CONCURRENTIELLES :

Si les règles de la concurrence issues du Traité de Rome sont indispensables pour ériger un marché unique, elles auraient toutefois pu être appliquées avec parcimonie par les services de la DG TREN lorsque ceux-ci ont eu à s'interroger sur le fonctionnement du marché ferroviaire. Après tout, le rail constitue un secteur assez spécifique pour faire preuve de souplesse et ce d'autant plus que le processus de libéralisation a pu suscité des cris d'orfraie dans certains milieux. Il n'en fut rien puisque dès 1991 il a été rappelé que l'identification des pratiques anticoncurrentielles dans ce secteur ne souffrirait d'aucune exception. Les dispositions des différentes directives (91/440 « mère et sœurs » et 2001/12/CE et suites) ont donc modifiés sensiblement les conditions de fonctionnement du marché. Rappelons aussi dans le cadre de cette introduction que depuis l'adoption du règlement 1017/68 du 19 juillet 1968 portant application des règles de concurrence aux

⁶⁸ Notamment compte tenu du succès relatif de la directive (page 57 de la Revue du marché unique européen de 1999 – « Les entreprises publiques et les aides d'Etat » par Jan WOUTERS)

secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, la soumission des entreprises ferroviaires aux règles de la concurrence communautaire ne fait aucun doute. L'apport essentiel de ce texte est de prévoir des exceptions à l'interdiction des ententes qui n'existent pas en droit commun ainsi que de rendre inutile la notification préalable de l'accord en cas d'exemption individuelle. Toutefois, cette approche est un peu surannée tout d'abord parce que le règlement a toujours fait l'objet d'une interprétation restrictive quant à son champ d'application et ensuite parce que le processus de notification des exemptions est aujourd'hui en voie de disparition avec les nouvelles normes communautaires.

Nous verrons donc que dans un secteur particulier et complexe (I), les contraintes concurrentielles sont venues transformer les rapports et les habitudes des gestionnaires d'infrastructure (II) et des entreprises de transport ferroviaire (III). Après avoir analysé comment les règles du droit de la concurrence enserrant l'action de ces deux acteurs du marché nous envisagerons la problématique des aides d'Etat (IV).

I – L'application des règles de la concurrence malgré les spécificités du secteur :

Ces spécificités sont de deux ordres : tout d'abord compte tenu du fonctionnement du marché (A) et ensuite compte tenu de sa difficile délimitation (B).

A – Le transport ferroviaire en Europe : un marché sans singularité pour la Commission :

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, il était tout à fait concevable que la Commission dans ses analyses tiennent compte des spécificités du secteur ferroviaire et en déduisent des dérogations aux règles traditionnelles de la concurrence. On sait en effet que les transports européens tels qu'ils se présentaient avant la directive 91/440 revêtaient deux caractéristiques : tout d'abord une forte imprégnation du statut d'entreprise publique au sein des réseaux et ensuite la jouissance de droits exclusifs. De ces deux singularités la Commission n'a que peu tenu compte.

Tout d'abord la Commission a refusé de prendre en considération le caractère public de l'entreprise jugeant que cet élément ne pouvait soustraire les entreprises en cause à toute concurrence. La solution était prévisible et semble même tout droit tirée des dispositions des Traités. Reste que la forte tradition de service public qui a toujours irrigué le chemin de fer en Europe constitue, elle, une vraie singularité. Si l'argument ne tient pas dans le cadre du transport de marchandise où le caractère de service d'intérêt économique général est assez peu envisageable, la question n'est pas dénuée d'intérêt dans le cadre des transports de voyageurs et se pose même avec une certaine acuité quand on sait que l'Etat impose souvent dans ce cas le maintien de lignes peu rentables au nom du service public. La nécessité de parvenir à un équilibre financier pourrait ainsi être avancée comme dérogation à l'application stricte de l'article 86 du Traité. Il s'agirait à notre sens d'une juste utilisation des critères retenus dans les jurisprudences Corbeau du 19 mai 1993 et Commune d'Almelo du 27 avril 1994.

Quant aux entreprises de réseau, elles ont aussi pu avancer que compte tenu de leur statut de monopole légal il n'y avait pas de concurrence et qu'il ne pouvait dès lors y avoir restriction de concurrence. L'argument un peu creux tombe de fait avec la directive 91/440, l'exercice de droits d'accès permettant une concurrence entre les entreprises.

Dans l'ensemble, la Commission ne considère donc pas que le secteur ferroviaire doive faire l'objet d'une analyse particulière. Un raisonnement plus souple est toutefois nécessaire en matière de transport de voyageurs pour tenir compte des exigences que les Etats font peser sur les entreprises au nom des missions de service public.

Mais toute analyse en droit de la concurrence dépend surtout et avant tout d'une délimitation du marché.

B – Les difficultés pour délimiter les marchés :

Il ne s'agit pas ici de décrire l'ensemble des marchés et des sous-marchés du secteur ferroviaire, ni même d'envisager la caractérisation des marchés amont et aval. Ces deux exercices pourraient en effet constituer à eux seuls l'objet d'une étude. Non, il s'agit plutôt pour nous de rappeler par un exemple bref issu de l'excellent exposé de Madame Laurence Idot⁶⁹ la difficulté que peut constituer la délimitation d'un marché. A cet égard il nous semble justifier de parler de contrainte concurrentielle non pas c'est vrai dans le fonctionnement du marché mais dans son analyse. Toute analyse devant passer par cette contrainte.

Ainsi, une bonne part du contentieux a porté sur le transport ferroviaire de marchandises et plus particulièrement sur le transport combiné. Première étape du raisonnement : faut-il s'interroger sur le marché global du transport de marchandises ou sur le marché spécifique du transport combiné ? La réponse est d'importance dans la mesure où le transport combiné ne représente qu'environ 4% du transport global de marchandises en Europe. Une décision MCN de la Commission (Distribution des billets de transport ferroviaire – 25 novembre 1992) précise que compte tenu, selon elle, de la spécificité et des avantages du transport combiné, il faut distinguer le transport en vrac du transport des conteneurs. Mais, seconde étape du raisonnement, même si l'on raisonne sur le marché du transport des marchandises « conteneurisées » encore faut-il savoir que ces conteneurs peuvent être transportés tant par le fer que par la route voire par la voie fluviale sur certains axes, et qu'il y a différents types de conteneurs, les conteneurs maritimes, les caisses mobiles... Faut-il admettre qu'il y a un marché global du transport du conteneur, ou distinguer des sous-marchés, en prenant en compte soit un critère fondé sur la nature du transport, soit un critère fondé sur la nature du conteneur, soit cumuler les deux ? Ces questions sont difficiles à résoudre et il semble que la Commission choisisse dans toutes ces affaires une approche très casuistique, « comme cela l'arrange, au fur et à mesure des affaires dont elle est saisie »⁷⁰.

Cet exemple nous semble tout à fait significatif de la contrainte de la délimitation du marché. Dans une approche qui touche plus aux exigences concurrentielle auxquelles doivent faire face les entreprises, analysons maintenant les rapports entre les gestionnaires des infrastructures.

II – Les contraintes concurrentielles et la gestion de l'infrastructure :

Deux problèmes doivent être posés : celui des pratiques anticoncurrentielles, telles que les ententes et les abus de position dominante (A) et celui des subventions croisées (B).

A – Les infractions qui peuvent être commises par les gestionnaires d'infrastructure :

Les gestionnaires constituent des entreprises au sens du Traité puisqu'ils se livrent à une activité commerciale à savoir l'entretien, la construction de l'infrastructure dans certains cas et sa mise à disposition contre paiement de redevances. La première situation de

⁶⁹ Laurence IDOT – L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence – Cahier de droit européen – 1995. On peut retrouver dans cette étude une analyse plus poussée des enjeux en matière de marché amont et marché aval.

⁷⁰ Laurence Idot – *Op cit.*

concurrence concerne les réseaux car tant sur les axes Nord-sud qu'Est-ouest, plusieurs itinéraires sont possibles. Les gestionnaires tentés en conséquence de mettre en place des accords pour éviter ou limiter toute concurrence sont susceptibles d'être critiqués au regard de l'article 81 du traité. D'autre part, on pourrait aussi imaginer que des abus existent en matière de droits d'accès ou au niveau de leur fixation. Ainsi, il est sûr qu'un gestionnaire qui ne ferait pas payer de redevances à sa filiale chargée du transport ferroviaire contreviendrait aux règles de la concurrence communautaire compte tenu du caractère discriminatoire de cette pratique. Mais d'ailleurs, les gestionnaires pourraient-ils être attaqués pour abus dans la fixation des droits d'accès alors que les directives demandent expressément aux Etats membres de mettre en place des procédures de fixation ? C'est là un problème d'imputabilité dans lequel il nous semble que l'Etat pourrait être mis directement en cause.

Autre situation à examiner, celle du comportement autonome du gestionnaire d'infrastructure qui se trouve en position dominante. En effet, dans tous les Etats un seul gestionnaire a été désigné. Dès lors, il pourrait éventuellement lui être reproché, s'il s'agit en plus d'une entreprise de transport, d'utiliser sa position dominante sur le marché des infrastructures ferroviaires pour obtenir des avantages concurrentiels en matière de transports ferroviaires. Ces comportements seraient tout à fait répréhensibles au sens de l'article 82 du Traité. Le même raisonnement doit s'appliquer s'il s'avère que le gestionnaire intervient également sur le marché voisin du transport où il se trouve en concurrence avec d'autres opérateurs. Mais de là à envisager comme l'ont fait certains auteurs au moment de la directive 91/440 que l'Etat ne pourrait en conséquence nommer un gestionnaire qui est aussi une entreprise de transports est une erreur que l'esprit même des directives et ensuite la pratique doivent nous empêcher de commettre. Toutefois, il reste évident que dans ces situations la vigilance doit être de mise et ce tout comme dans le domaine des subventions croisées.

B – La problématique des subventions croisées :

La Commission a pu définir dans une communication concernant les règles de concurrence dans le secteur postal les subventions croisées comme « la technique par laquelle une entreprise fait supporter ou impute tout ou partie des coûts de son activité sur un marché géographique ou sur un marché de produits donné à son activité, sur un autre marché géographique ou marché de produits ». Dans un régime monopolistique de droit, ces pratiques ne posent que peu de problème et avaient d'ailleurs été très largement utilisées en matière de rail. En revanche dans un cadre concurrentiel classique, ces subventions peuvent être source de transferts litigieux entre activités réservées et activités concurrentielles. C'est pour cette raison que ces pratiques, en cas d'abus, sont interdites. Lorsque ces transferts ont lieu entre des activités réservées il n'y a pas d'objection à émettre. Au contraire cela peut sembler tout à fait normal lorsqu'il est nécessaire de financer le service universel. En revanche, que le gestionnaire ne participe pas au jeu de la concurrence par les mérites, qu'il subventionne des activités concurrentielles par l'imputation de leurs coûts à des activités sous monopole est susceptible de fausser la concurrence. Comment accepter qu'une entreprise de transport sous prétexte qu'elle est aussi gestionnaire de l'infrastructure l'emporte sur des concurrents par des offres rendues possibles par sa seule situation ? La même question existe d'ailleurs pour les entreprises de transport. La SNCF qui bénéficie encore d'un monopole pour le trafic voyageur ne doit pas utiliser les ressources accumulées par l'exercice de cette activité pour combattre l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché du fret international. Cela constituerait un comportement infractionnel dans le cadre de l'analyse de l'article 82 du Traité, quatrième question.

Les entreprises de transport ne sont pas non plus à l'abri des contraintes de la concurrence.

III – Les contraintes concurrentielles et les entreprises de transport ferroviaires :

Il n'y a pas ici de particularités nous nous contenterons donc de commenter la situation des nouveaux entrants (A) puis les contraintes traditionnelles que doivent respecter les entreprises ferroviaires (B).

A – La situation des nouveaux entrants :

Le Conseil en définissant des critères relativement souples pour consacrer la notion d'entreprise ferroviaire a voulu encourager la création de nouvelles entreprises propres à revitaliser le secteur. Ces critères nous les connaissons et nous pouvons les rappeler une fois encore ici : l'établissement dans un Etat membre / la fourniture de la traction et l'utilisation de son propre personnel n'étant pas obligatoire.

Une réserve doit toutefois être exprimée. En effet, le Conseil et la Commission dans une déclaration conjointe de 1992 ont précisé qu' « ils se réservaient la possibilité d'examiner des éventuelles mesures à prendre pour qu'il ne soit pas possible à des entreprises ferroviaires constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale, ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté, de bénéficier des dispositions de l'article 10 de la directive 91/440⁷¹ lorsque les ressortissants de pays tiers y détiennent une participation majoritaire ou les contrôlent ». Il ne nous semble pas étonnant que le Conseil et la Commission aient voulu prendre une telle disposition, elle participe de la volonté de faire bénéficier les véritables entreprises communautaires des dispositions de la directive afin que la croissance générée soit avant tout celle des entreprises de l'Union. Pourtant aujourd'hui force est de constater que cette déclaration n'a pas été suivie d'effet sans doute d'ailleurs parce que dans la pratique la question ne s'est pas posée

Notons aussi que c'est l'Etat qui octroie la qualité d'entreprise ferroviaire au détour de la licence octroyée par ces services. Dès lors, le fait pour un Etat de refuser sans justification valable, à une entreprise de s'établir comme entreprise ferroviaire aura pour effet sinon pour objet de renforcer la position dominante de l'opérateur historique. L'Etat pourrait alors s'exposer à un recours en manquement par une lecture combinée des articles 3.F et 5.2 du traité. Cette question n'a là encore donné lieu à aucune suite compte tenu de l'obligation faite aux Etats d'instaurer des procédures de recours contre les décisions de refus. Même chose si l'Etat imposait des conditions de nature à décourager toute entreprise ferroviaire à se placer dans une situation concurrentielle vis-à-vis le plus souvent de l'opérateur historique. Là encore des recours contre le comportement de l'Etat membre seraient envisageables.

B – Les contraintes concurrentielles classiques s'imposant aux entreprises de transport :

Tout d'abord, la problématique de la position dominante reste d'actualité car si les entreprises ferroviaires ne disposent plus d'un monopole, elles peuvent en raison de l'absence de nouveaux entrants rester dans une situation de dominance sur un marché. Ce risque est renforcé par la possibilité que se donne la Commission de recourir à la notion de position

⁷¹ Dispositions relatives aux droits d'accès et de transit.

dominante collective. Ainsi dans la décision Port de Rodby du 21 décembre 1993⁷², la Commission a estimé que l'entreprise ferroviaire allemande, la DB, détenait une position dominante collective avec l'entreprise danoise sur la liaison Rodby-Puttgarden.

De la même façon, tous les accords de coopération, en dehors de ceux qui peuvent être autorisés par la Commission dans le cadre d'exemption, sont à proscrire entre les entreprises ferroviaires, qu'ils aient un objet ou un effet anticoncurrentiel.

Ajoutons deux remarques. Tout d'abord il ne faut pas oublier que le paragraphe 2 de l'article 5 de la directive 91/440 qui reste inchangé depuis 1991 prévoit « que les entreprises ferroviaires doivent être gérées selon les principes qui s'appliquent aux sociétés commerciales, y compris en ce qui concerne les obligations de service public imposées par l'Etat à l'entreprise et les contrats de service public conclus par l'entreprise avec les autorités compétentes de l'Etat membre ». Cela signifie que ces entreprises peuvent réclamer des Etats la prise en charge des pertes occasionnées par l'exploitation des lignes non rentables mais qui s'inscrivent tout de même dans la logique d'un réseau de service public. Ce transfert de charge semble tout à fait nécessaire pour pouvoir affronter la concurrence intramodale et intermodale. Notons ensuite que dans le cadre du règlement actuellement en discussion sur les obligations de service public dans le cadre des transports, l'article 9 de ce projet indique que les autorités compétentes peuvent valablement, dans le cadre d'une procédure d'attribution concurrentielle, refuser d'octroyer le contrat à un opérateur si celui-ci détient, ou viendrait à détenir du fait de cette attribution, plus d'un quart du marché considéré. C'est donc un mécanisme supplémentaire en plus des règles relatives aux ententes et aux abus de position dominante qui est prévu pour lutter contre le cloisonnement des marchés. Toutefois, la question de la détermination du marché pertinent, ainsi que l'appréciation de la position dominante sur ce marché semblent difficilement compatibles avec de telles dispositions, le tout ne se résumant pas à un simple calcul de pourcentage. On peut donc être quelque peu perplexe quant à l'approche choisie par le projet de règlement.

Pour illustrer l'ensemble de notre propos sur les contraintes concurrentielles pesant sur les entreprises ferroviaires, nous nous proposons d'étudier une jurisprudence fort intéressante concernant l'application de l'article 81§3. Il s'agit de l'affaire T79/95, SNCF et BR contre Commission⁷³. En l'espèce, par contrat du 29 juillet 1987, Eurotunnel avait conclu avec la SNCF et BR une convention relative à l'utilisation du tunnel, par laquelle chacune des deux entreprises ferroviaires requérantes avaient droit à tout moment à 50% de la capacité du lien fixe, pour chaque heure et dans chaque sens, afin d'assurer le transport international de voyageurs et de marchandises, sachant qu'elles pouvaient renoncer à une partie de leur droit. La capacité restante du tunnel restait à la disposition d'Eurotunnel qui pouvait ainsi exploiter le trafic des navettes transportant les véhicules automobiles. Cet accord notifié avait été exempté d'interdiction pour trois ans. En 1989, Eurotunnel a sollicité une nouvelle exemption. La SNCF a de son côté fait savoir que ses prévisions à 12 ans l'amenaient à penser qu'elle utiliserait environ 75% de la capacité qui lui était assignée, avec des variations selon les périodes et les moments de la journée. Dans la communication qui a suivi, la Commission relève que les conditions de fonctionnement du secteur des transports ferroviaires ont été transformées par la directive 91/440 qui vise à effectuer la séparation comptable entre l'exploitation des services (elle même pour partie ouverte à la concurrence) et la gestion de l'infrastructure, qui fait l'objet d'un droit d'accès sous certaines conditions. Elle fait aussi mention de la directive 95/19 concernant la répartition des capacités d'infrastructure

⁷² Décision 94/119/CE de la Commission du 21 décembre 1993 relative au refus d'accès aux installations du Port de Rodby qui bien que ne concernant pas directement les transports ferroviaires n'en mettait pas moins en cause le réseau allemand de la Deutsch Bahn.

⁷³ Le lecteur voudra bien excuser un rappel des faits un peu fastidieux mais nécessaire à la compréhension de l'affaire

ferroviaire. En conséquence, la Commission informe la SNCF et BR qu'elle s'apprêtait à réduire de 25% les capacités qui leur avaient été attribuées, pour les affecter aux entreprises ferroviaires concurrentes à la suite de remarques qu'elle avait reçues de tiers intéressés. C'est à cette condition qu'elle estimait pouvoir rendre une décision d'exemption imposant donc un nouveau mode de partage des 50% réservés au transport international de voyageurs. Ces faits éclairent parfaitement la problématique de l'application de l'article 81§3 dans le secteur ferroviaire. La Commission déduisait en effet de la situation qui lui était rapportée que la SNCF et BR disposaient de 100% des services internationaux de voyageurs et de marchandises (le marché était réparti entre les 50% d'Eurotunnel et les 50% de la SNCF et BR). La Commission en concluait que toute concurrence sur ce marché était dès lors empêchée. Saisi, le Tribunal de première instance des Communautés européennes réfutera cette analyse sans toutefois revenir sur la délimitation des différents marchés dont on a vu par ailleurs qu'elle était extrêmement complexe. Le TPICE constate simplement qu'aucune disposition de la convention ne réserve la moitié de la capacité du tunnel aux navettes et l'autre aux trains internationaux. En fait, les 50% d'Eurotunnel peuvent être partagés entre les navettes, et la vente de sillons aux entreprises ferroviaires tierces et ce d'autant plus que le nombre de navette d'Eurotunnel ne requiert pas l'usage de l'intégralité de la part qui lui est attribuée. Voici donc une décision qui a le mérite de démontrer l'application tout à fait particulière qui peut être fait des règles de la concurrence en matière de transports ferroviaire.

IV - Aides d'Etat et financement des missions de service public :

Le modèle européen s'est construit autour d'une problématique, celle de la construction d'un marché unique qui ne remettrait pas en cause les traditions nationales de service public. La libéralisation laisse donc bien souvent une place particulière à ces services qui constituent l'une des originalités de l'héritage commun issu de l'Union. Cependant, très vite s'est posée la question de leur financement et la jurisprudence a mis du temps à répondre intelligiblement à cette interrogation (A), le secteur du transport ferroviaire illustre à cet égard parfaitement la complexité des enjeux (B).

A – Une question qui a donné lieu à une jurisprudence imprécise :

Toutes les règles de concurrence communautaires sont depuis le Traité de Rome opposables aux entreprises auxquelles les Etats membres ont confié la gestion d'un service d'intérêt économique général. Toutefois pour ne pas entraver le bon fonctionnement de ces SIEG, les rédacteurs du Traité ont prévu que ces règles ne soient applicables que dans la mesure où « elles ne font pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Mais la libéralisation de la quasi-totalité des secteurs économiques dont certains, comme celui des transports, sont des lieux d'élection des SIEG, a milité pour une application de moins en moins circonstanciée des règles de la concurrence. Le transport ferroviaire en matière d'aides d'Etat n'a pas échappé à ce mouvement.

Le concept général des aides d'Etat est connu et nous ne reviendrons pas ici sur ces principales caractéristiques. Nous essaierons au contraire d'expliquer pourquoi, pendant longtemps, on fut face à une jurisprudence non aboutie en la matière.

La difficulté provient du fait que le problème du financement des missions de service public peut être perçu de deux façons. Une première approche consiste à dire que le financement de l'Etat pour accomplir les missions de service public ne fait que compenser les coûts de celui-ci. En l'absence d'avantages il n'y a donc pas d'aides d'Etat. Une seconde approche met au contraire l'accent sur le fait que ce financement est une aide d'Etat, une subvention qui relève de l'article 86§2 c'est-à-dire qu'elle peut être possiblement justifiée par

les contraintes particulières qui pèsent sur les missions de service public. Jusqu'en 2003, on trouvait ainsi tantôt l'approche compensatoire, tantôt l'approche aide d'Etat⁷⁴. La Commission ayant elle-même suivie ce balancement, les divergences empêchaient les Etats membres de savoir s'ils devaient notifier ou pas face à un nombre croissant de revirements jurisprudentiels en la matière⁷⁵. Aux termes de la jurisprudence Ferring du 21 novembre 2001, ne constituait pas pour la CJCE une aide d'Etat, l'allocation qui ne représente que la stricte contrepartie des obligations de service public imposées. Cette interprétation a bien des égards logique a été remodelée par la Cour de Justice des Communautés européennes au travers de l'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2004 qui semble signer le dernier état de la jurisprudence.

B – Une question qui semble être aujourd'hui définitivement tranchée autour de la notion de « compensation d'obligations de service public » :

La Cour a été amenée à se prononcer sur la qualification d'aide à propos des subventions visant à compenser le déficit d'un service public de transports. En l'espèce, des licences exclusives de transport ainsi que des subventions compensatrices avaient été octroyées par un Lander allemand à l'entreprise Altmark. Un concurrent qui n'avait pu obtenir des licences a contesté cet octroi au motif que l'entreprise n'était pas saine dès lors qu'elle avait besoin de subventions. Finalement, le litige qui a donné lieu à un recours préjudiciel a porté sur la validité de ces subventions.

La CJCE a jugé que cette allocation ne constituait pas une aide d'Etat mais une compensation d'obligation de service public partant de la prémisse que « dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter les obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier ; que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92§1 du traité ». Pour que la qualification de compensation de service public soit retenue la Cour pose cependant quatre conditions qui ne sont pas dénuées d'intérêt. Tout d'abord, l'entreprise bénéficiaire doit être effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Cela n'appelle pas de commentaires particuliers. En second lieu, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire. Ces affirmations ne sont pas sans rappeler le projet de règlement relatif aux obligations de service public dans le domaine des transports. Ensuite, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Enfin, lorsque le choix de l'entreprise n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encouru pour exécuter ces

⁷⁴ Voir respectivement les décisions FFSA contre Commission, TPICE du 27 février 1997 et l'arrêt Ferring, CJCE, 21 nov. 2001.

⁷⁵ M. KARPENSCHIF dans son étude « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? » (LPA, 30 mars 2004) dénombre pas moins de 4 revirements jurisprudentiels.

obligations en tenant compte des recettes et du bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

En posant ces conditions, la Cour clarifie enfin un problème très important en matière de transport ferroviaire et oblige par la même occasion les Etats à repenser leurs interventions. Notons d'ailleurs comme le fait remarquer Michaël Karpenschif⁷⁶ que l'on trouve aujourd'hui dans le droit dérivé des principes identiques à ceux proposés par l'arrêt *Altmark Trans*. Ainsi, la directive 2000/52 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques exonère les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG de se doter d'une comptabilité analytique (pour faire apparaître les sommes allouées par la puissance publique auxdites entreprises) lorsque « (...) les aides d'Etat qu'elles reçoivent, sous quelque forme que ce soit, ont été fixées, pour une période appropriée, à la suite d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire »⁷⁷. C'est donc ici la clarté du lien entre le financement étatique accordé et les contraintes des SIEG qui transforment l'aide d'Etat en une compensation d'obligation de service public.

Enfin et nous en terminerons par là, la question résolue dans l'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2004 est d'autant plus intéressante qu'existe en matière de transport une réglementation spéciale encadrant la prise en charge par la puissance publique des coûts engendrés par les obligations de service public. Il s'agit du règlement 1191/69. La CJCE était donc en réalité face à deux possibilités : soit elle examinait l'affaire à l'aune de ce texte, soit elle faisait échapper l'allocation versée à la qualification d'aide d'Etat au travers de l'article 77 TCE qui dispose que sont compatibles avec le présent traité « les aides qui répondent aux besoins de coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ». La Cour en réalité affirme que « l'article 77 ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement 1191/69 ». A l'inverse dans les cas où ce texte n'a pas vocation à s'appliquer, et on sait en l'espèce que l'Allemagne avait choisi d'en exclure l'application pour les transports urbains, suburbains et régionaux, alors les subventions qui visent à compenser financièrement les prestations de transports effectuées pour le compte d'un service public peuvent échapper à la qualification d'aide d'Etat si les conditions consacrées par la CJCE sont remplies.

Voilà donc un ensemble d'enseignements qui ne manquera pas d'intéresser les Etats et de guider la Commission dans les perspectives qu'elle trace pour l'avenir des services publics de transport ferroviaire.

Conclusion de la deuxième partie :

L'édiction des directives ouvrant le marché ferroviaire à la concurrence a produit, comme un battement d'aile de papillon, des bouleversements successifs. Plus que rompre avec les anciennes habitudes, celles liées à la position monopolistique que les opérateurs historiques occupaient, il s'agissait d'appliquer rigoureusement les contraintes concurrentielles issues du Traité.

La tâche était loin d'être aisée, tout d'abord compte tenu des enjeux de la libéralisation. Délimiter les marchés, déterminer le degré d'ouverture, rappeler avec force aux acteurs du marché, gestionnaires d'infrastructures et entreprise de transport en tête, les règles

⁷⁶ M. KARPENSCHIF dans son étude « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? » (LPA, 30 mars 2004)

⁷⁷ La directive 2000/52 a déjà fait l'objet d'un développement aux pages 36 et 37.

qu'on attendait qu'ils respectent. Mais plus encore, il nous semble que le véritable enjeu fut et est toujours celui du service public. La question est en effet en toile de fond de tous nos développements que ce soit au niveau des enjeux comme au niveau de l'application de l'article 86§2 du Traité. Le service public d'ailleurs n'apparaît pas comme le dernier rempart d'un monopole que la lame de fond de la libéralisation peinerait à détruire. Bien au contraire, le service public est l'une des exigences liée au bon déroulement du processus. Que le problème soit sous-estimé ou résolu dans la hâte et c'est toute la dérégulation qui s'effondre car quoi qu'on en dise le projet communautaire est libéral mais aussi humaniste.

Cette problématique est d'autant plus intéressante qu'elle ne revêt pas la même intensité dans tous les Etats membres. La France est dans cette optique au premier plan, elle qui consacre depuis plus d'un siècle et demi la notion de service public. Pour elle aussi, cette libéralisation était un défi, un pari sur l'avenir.

PARTIE III :

L'OUVERTURE A LA
CONCURRENCE DU
MARCHE FERROVIAIRE
FRANÇAIS,
LA DIFFICILE RUPTURE :

Introduction :

Hasard du calendrier, paradoxe ou volonté politique, c'est sous la présidence française de l'Union européenne qu'ont été adoptées les mesures du premier paquet ferroviaire. Pourtant, s'il est une idée très répandue c'est bien celle selon laquelle la France serait assez réticente à inoculer le « sérum concurrence » au sein de ses entreprises publiques et plus encore au sein du marché ferroviaire, frappé selon certains du syndrome de l'immobilisme et du corporatisme.

Dès lors, si pour la plupart des Etats membres, le bouleversement de la libéralisation du fret le 15 mars 2003 n'en n'était pas réellement un, pour la France, Louis Gallois⁷⁸ parlait lui d'un « tremblement de terre ». Il faut dire que les autres Etats de l'Union avaient depuis bien longtemps écorné le monopole ; l'Allemagne, l'Italie ou le Royaume-Uni avaient en effet déjà ouvert leur frontière aux opérateurs étrangers. Toutefois, le Président Gallois assure que la SNCF jouera loyalement le jeu de la concurrence et même que la société saura tirer son épingle du jeu. Contrainte et forcée aurions nous toutefois envie de rajouter...

La libéralisation est donc lancée et signe qui ne trompe pas, le 14 mars 2003, veille de l'ouverture à la concurrence du fret international, Loyola de Palacio, la Commissaire européenne aux transports et à l'énergie, se rendait à bord du train d'un opérateur privé de fret de Rosendael, aux Pays-Bas, à Anvers, en Belgique.

Néanmoins, la France n'a pas non plus traîné les pieds pour édicter les décrets d'application des directives européennes de 2001 concernant l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire. D'ailleurs dès 1997, l'Hexagone se dotait d'un gestionnaire d'infrastructures, RFF, organiquement séparé de la SNCF et qui aujourd'hui voit ses attributions élargies dans le cadre du second étage du processus de dérégulation. Tout est donc prêt aujourd'hui pour accueillir de nouveaux concurrents et permettre à la SNCF de conquérir de nouveaux marchés. Les modalités d'obtention des licences ferroviaires et des certificats de sécurité sont définies, des voies de recours sont prévues et le document de référence de RFF est à la disposition des opérateurs étrangers qui désireraient réserver des sillons. De plus ces textes d'application sont assez clairs et n'ont pas eu pour conséquence de « tuer la directive » en embarquant les nouveaux entrants dans un labyrinthe administratif kafkaïen. Toutefois, peut on vraiment se satisfaire de la situation de RFF ? En effet, comme nous le verrons, la SNCF reste encore très impliquée dans les processus décisionnels de sorte qu'il est parfois difficile de dire qui fait quoi.

Mais à l'arrivée tout semble cependant à peu près en règle à bord du train normatif français. Reste des grands défis à relever. Le fret en premier lieu est aujourd'hui l'objet de toutes les attentions. Il faut dire qu'après l'Allemagne, l'Hexagone avec 55 milliards de tonnes-kilomètres, représente le deuxième gisement de fret ferroviaire de l'Europe des 15 et même des 25 depuis le 1^{er} mai 2004⁷⁹. De plus, la moitié du trafic français est généré par l'international. Les enjeux sont donc énormes, sans doute autant d'ailleurs que le déficit qu'enregistre la filière fret de la SNCF. C'est là l'autre enjeu du défi français, réussir à faire sortir l'entreprise publique d'une crise financière majeure. Cette situation est elle-même dégradée par le climat social qui règne dans l'entreprise puisque les syndicats sont très fermement opposés à l'ouverture à la concurrence et au plan de redressement du fret français qui a été proposé par Louis Gallois. Mais fort heureusement le temps joue en faveur des Français car tous les observateurs s'accordent pour dire qu'il faudra attendre encore au moins un an pour voir des trains étrangers rouler en France. Mais est-ce suffisant pour relever ces challenges ?

⁷⁸ Président de la SNCF – Rail et transport du 12 mars 2003.

⁷⁹ Rail et transport, le 29 janvier 2003.

En effet, un autre problème se pose celui du service public. La France arrivera-t-elle à concilier les exigences qui sont les siennes en ce domaine et les obligations liées à la concurrence ? Déjà en 1999, un rapport de l'Assemblée nationale fustigeait l'orientation trop libérale de la Commission et les obligations qu'elle faisait peser sur les pays attachés au service public. Les gouvernements successifs ont eux aussi pu être accusés de brader la SNCF et l'ensemble du réseau français.

La rupture est donc difficile car toutes sortes d'intérêts se mêlent. Nous tenterons néanmoins de clarifier la situation en présentant tout d'abord RFF, pivot du système de transposition français (Section 1). Nous verrons ensuite comment on accède en 2004 au réseau ferroviaire français lorsque l'on est un opérateur étranger (Section 2). Enfin, nous dresserons la liste des défis à relever pour préparer l'avenir du secteur ferroviaire français (Section 3).

SECTION 1 : RESEAU FERRE DE FRANCE : **CLEF DE VOUTE DU SYSTEME DE** **TRANSPPOSITION FRANÇAIS :**

Introduction : Genèse d'une réforme

La loi du 13 février 1997 portant création de Réseau ferré de France (RFF) constitue l'un des plus grands changements, si ce n'est le plus grand, au sein du paysage ferroviaire français depuis 1937. Il s'agit là en effet d'une rupture avec l'approche traditionnelle que consacrait la France depuis pratiquement l'origine du chemin de fer et qui donnait le pleine maîtrise des infrastructures à l'opérateur ferroviaire. Le Parlement brise ainsi le système instauré par la grande loi du 11 juin 1842 régissant les compagnies concessionnaires, auxquelles la SNCF succéda sans heurt en 1937.

Cette réforme sans précédent est issue de deux facteurs. Le premier a trait au caractère déficitaire des finances de l'opérateur historique. Ce problème est ancien puisque déjà en 1937, la Société Nationale des Chemins de Fer avait été créée par la fusion de plusieurs compagnies concessionnaires lourdement déficitaires. Le second facteur est lui communautaire, la directive 91/440 imposant une séparation comptable entre l'activité de transporteur et celle de l'infrastructure. A partir de ce moment ces deux facteurs ont convergé vers une analyse des comptes séparés de l'infrastructure permettant de saisir la gravité de la situation dans laquelle se trouvait la SNCF. Avec plus de 40 milliards de pertes cumulées en 5 ans, le compte infrastructure était en 1997 le principal foyer de pertes de l'entreprise⁸⁰. La SNCF ne pouvait donc plus longtemps faire face à la couverture des charges courantes du réseau et au lancement en parallèle de très ambitieux programmes de lignes nouvelles.

Dès lors, l'approche communautaire d'ouverture à la concurrence a permis de réformer un système gangrené. Dans un premier temps, le décret du 9 mai 1995 portant transposition de la directive a institué un système de séparation comptable⁸¹. Puis les pouvoirs

⁸⁰ Yannick MOREAU – La réforme des chemins de fer français – CJEG – Décembre 1997.

⁸¹ Décret non entré en vigueur.

publics ont décidé d'aller plus loin. Car après tout, puisque le réseau devait être ouvert aux tiers, puisque l'Etat était reconnu comme responsable de la gestion des infrastructures et puisque des concours publics pouvaient assurer l'équilibre du compte infrastructure, plus rien ne s'opposait à rompre avec la tradition française. Il convenait d'admettre que la SNCF ne pouvait être considérée comme seule responsable du financement du réseau d'infrastructures. La loi du 13 février 1997 a donc permis l'institution d'un réseau à gestion partagée selon l'expression de J.C Loupien, juriste à la SNCF. Cette loi considère que RFF, gestionnaire en titre de l'infrastructure ferroviaire, puisqu'il perçoit les redevances correspondant à son utilisation, doit nécessairement recourir à la SNCF, qui assure pour son compte cette gestion moyennant rémunération.

Mais on le voit dans ce bref exposé des fonctions de RFF, la SNCF est encore bien présente dans le fonctionnement du système français. Après avoir dépeint les missions de RFF (I), nous analyserons donc les ambiguïtés du choix de transposition français (II).

I – Création et mission de RFF : une clarification des responsabilités dans la gestion des infrastructures :

Si RFF a permis avant toute chose le désendettement de la SNCF (A), les avancées communautaires en matière de libéralisation lui ont aussi attribué des fonctions importantes (B) qui nécessitent un large transfert de propriété à son profit (C).

A – Un rôle de désendettement de la SNCF :

Evidemment cette tâche de désendettement ne peut être consacrée comme la plus importante de celles que RFF a à gérer. Toutefois en pratique ce fut bien l'une des conséquences concrètes de sa création.

En 1997, le déficit de la SNCF s'élevait à 31,7 milliards d'Euros, soit le quadruple de son chiffre d'affaires⁸². Au cours des années l'Etat remettait ainsi beaucoup d'argent dans l'entreprise jusqu'à ce que le Traité de Maastricht ne le lui permette plus compte tenu des critères d'endettement qu'il imposait pour l'accès à la monnaie unique. Toutefois, le Traité n'intégrait pas les dettes des entreprises que sont les établissements publics industriels et commerciaux. RFF étant un EPIC en vertu de la loi qui l'instaura, il a vu s'inscrire à son passif une dette de 20,5 milliards d'Euros. L'Etat a borné son apport en capital à 1,21 milliards d'Euros et participera chaque année aux charges d'infrastructures, eu égard à la contribution de celles-ci au droit au transport, au développement économique et social, à la sécurité et aux économies d'énergie. Faute de pouvoir aider l'exploitant des trains, l'Etat participe donc au financement de l'infrastructure aux côtés de son gestionnaire.

Mais aujourd'hui, comment se porte RFF ? Son endettement s'élève à 26,5 milliards d'euros de dette financière nette à comparer avec les 20,5 milliards hérités de la SNCF⁸³. Face à cette situation, RFF souhaite que les dotations de l'Etat permettent de payer les charges d'intérêt que la dette génère (1,3 milliards d'euros). De plus la cession d'un certain nombre de terrains vise à réduire cet endettement, ces cessions ont déjà représentées 400 millions d'euros depuis 1997. En réalité, cette situation n'est pas due à une mauvaise gestion mais au fait qu'il manque 3 milliards d'euros de dotation en capital à l'EPIC. Contraintes budgétaires obligent, les retards de versement par l'Etat à l'entreprise s'accumulent. D'autre part, l'augmentation des péages est aussi un facteur d'équilibre pour RFF. Pour remédier à ces situations, l'Etat a

⁸² Denis BROUSSOLLE – La création de Réseau ferré de France – AJDA – 20 mai 1997.

⁸³ Interview de Jean-Pierre DUPORT, Président de RFF – *La Tribune*, le 27 janvier 2004.

retenue au travers de la loi de finance 2004, une distinction entre la dette héritée de la SNCF et la dette nouvelle liée à l'investissement dans les infrastructures. Deux séries de subventions seront alors décidées à l'avenir ; une inscrite au budget de l'Etat pour financer les intérêts de la dette, et une autre dédiée à l'investissement en infrastructures et à la régénération du réseau. Pour RFF et la SNCF, en quelque sorte une dette en chasse une autre...

Mais RFF a aussi reçu des missions bien plus essentielles pour la libéralisation que celle « d'éponger » le déficit de la SNCF.

B – Les missions de RFF : gérer, construire, développer et financer les infrastructures :

Réseau ferré de France, le gestionnaire de l'infrastructure, est un établissement public industriel et commercial qui a pour objet « l'aménagement, le développement, la cohérence et la mise en valeur du réseau ferré » selon l'article 1^{er} de la loi du 13 février 1997. Ces missions incombaient autrefois explicitement (dans la LOTI) ou implicitement à la SNCF. Il est intéressant de noter qu'eu égard à ses compétences de surveillance et donc de police du réseau au travers d'agents assermentés on peut aussi voir dans RFF un établissement à caractère administratif⁸⁴. Pour ce qui est de l'organisation, son Conseil d'administration a une composition tripartite conformément à la loi du 26 juillet 1983, on trouve en conséquence en son sein des représentants de l'Etat, des personnalités qualifiées et des représentants des salariés dans une proportion d'ailleurs très supérieure à ce qu'exigeait la loi de démocratisation du secteur public. Il est soumis à la tutelle étatique des entreprises publiques. Il tient une comptabilité commerciale, a la faculté de créer des filiales et de transiger.

En qualité de gestionnaire du réseau, RFF prend en charge son entretien et son exploitation. Toutefois et nous y reviendrons dans un second temps, cette mission peut être déléguée à la SNCF compte tenu des impératifs de sécurité publique et de continuité du service public des transports (article 1^{er} alinéa 3). En principe, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du réseau reviennent à RFF. Autre fonction importante, depuis mars 2003, Réseau ferré de France a un pouvoir de répartition des capacités via les demandes d'attribution des sillons qui lui sont faites⁸⁵.

RFF peut aussi construire. Dans ce cas il dirige ou délègue la maîtrise d'ouvrage. Dans cette dernière hypothèse, c'est une fois de plus la SNCF qui sera le délégataire mais RFF a ici l'obligation d'assurer une action de contrôle. Cette fonction de construction est essentielle puisqu'elle vise la mise en place de nouvelles lignes à grande vitesse, le développement ou la modernisation du réseau français. Le Comité interministériel du 18 décembre 2003 a ainsi dernièrement retenu huit nouveaux projets ferroviaires prioritaires. Chaque année c'est RFF qui soumet aux ministres des transports, de l'économie et du budget le programme annuel d'investissement et son financement.

Enfin RFF doit aussi financer. Il le fait par la réception des redevances qui lui sont dues pour l'utilisation du réseau mais aussi par la désaffectation de terrains qui lui appartiennent afin de les céder. Sur son site Internet, l'établissement estime ainsi de 45 à 75 millions d'euros le produit des cessions qu'il effectue tous les ans, même chose en matière de location et d'occupation, quant aux charges immobilières elles représenteraient environ 90 millions d'euros par an. Notons aussi que son statut lui permet de développer des activités compatibles avec la gestion des infrastructures, comme par exemple l'installation d'activités liées aux télécommunications. Il a ainsi établi un barème pour définir les conditions financières de telles implantations et conclu des accords-cadres avec les principaux opérateurs.

⁸⁴ Cf. C. BOITEAU, Aperçu rapide, JCP ed. G, 12 mars 1997.

⁸⁵ Voir pour plus de détails la Section 2 de la présente partie.

A l'issue de cette réforme, la tutelle du secteur ferroviaire est toujours exercée par l'Etat autour de deux établissements publics : RFF et la SNCF. De plus, la loi reconnaît explicitement désormais la responsabilité de l'Etat « sur la consistance et les caractéristiques principales du réseau ».

L'Etat est donc partout présent. A cet égard il a aussi transféré une partie de son patrimoine vers RFF pour assurer la pérennité de la réforme.

C – La scission du patrimoine public : une large dévolution en pleine propriété au profit de Réseau ferré de France :

Le nouvel établissement public a reçu en pleine propriété des biens appartenant à l'Etat et qui sont pour l'essentiel constitutifs de l'infrastructure ferroviaire ainsi que des immeubles non affectés à l'exploitation des services de transport. Ce transfert en pleine propriété est assez original dans la mesure où pour la SNCF la LOTI, en son temps, ne prévoyait qu'une remise en dotation. En réalité, il semble que le transfert évite les interrogations sur la compétence, qui de RFF, qui de la SNCF pour ce qui est de la gestion patrimoniale ou des travaux sur les immeubles.

La loi en son article 5 transfère donc en pleine propriété à RFF « les biens constitutifs de l'infrastructure », notamment les voies avec leurs terrains, et leurs ouvrages d'art, les quais, et les autres installations liées aux infrastructures (signalisation, sécurité, production et alimentation électrique, télécommunication) avec leurs bâtiments. La SNCF conserve les actifs « liés aux services de transports », notamment tous les matériels de transports et leurs installation d'entretien, auxquels sont restés joints les gares et les entrepôts, les ateliers de fabrication et de maintenance des équipements liés à l'infrastructure (ce qui semble étrange), avec les immeubles administratifs et logements de personnel. Pour ce qui est des gares rappelons que la directive 91/440 prévoyait dans son article 3 que seuls « les bâtiments affectés au service des infrastructures » relèvent de l'infrastructure, ce qui exclut à contrario les gares qui de ce fait relèvent bien du domaine des transporteurs. Comme le fait remarquer le Professeur Lavalie⁸⁶, le décret 97.445 a opportunément prévu la création d'une commission nationale de répartition des actifs entre RFF et la SNCF pour résoudre les éventuelles difficultés d'attribution. Cette Commission de répartition des actifs a été créée par arrêté du 20 octobre 1998 et il lui revient de tracer les règles d'attribution d'un patrimoine immobilier considérable avec 55 000 bâtiments et près de 100 000 lots fonciers.

Ajoutons que L'Etat ayant reçu la charge de fixer « la consistance et les caractéristiques principales » du réseau ferré national, RFF ne peut seul décider du déclassement des tronçons de voies affectant la consistance du réseau. Si la proposition peut émaner de Réseau ferré de France, c'est l'Etat qui en dernier lieu prendra la décision de désaffecter après avoir sollicité l'avis de la région concernée. L'Etat ne gère donc plus directement mais conserve un pouvoir de contrôle important.

Aujourd'hui, selon le site Internet de RFF, son patrimoine est composé de terrains bâtis et de terrains nus sur le territoire de plus de 11 000 communes. Il couvre une superficie de terrain de 108.000 hectares, comprend 50.000 kilomètres de voies ferrées sur 97.000 hectares et est fortement imbriqué avec celui de la SNCF.

Mais si RFF a reçu des missions et des moyens pour y parvenir, il n'en reste pas moins que le modèle de transposition français peut être critiqué compte tenu de l'omniprésence de l'opérateur historique, la SNCF.

⁸⁶ Christian LAVIALLE, La loi du 13 février 1997 créant « RFF » et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires – RFDA – Juillet 1997.

II – Création et missions de RFF : une séparation en trompe l’œil d’avec la SNCF :

Dans le cadre de la libéralisation, le schéma communautaire impose de nouvelles formes de fonctionnement qui passent par la dissociation des missions, tout d’abord en ce qui concerne les fonctions de régulation et d’exploitation (A), ensuite en ce qui concerne la séparation des activités de gestion de l’infrastructure et les activités d’exploitation (B). Dans ces deux domaines, il semble que le schéma français de transposition ne soit pas satisfaisant.

A – La dissociation des fonctions de régulation et d’exploitation :

Cette dissociation entre, d’une part, les fonctions de régulation ou d’autorité, relevant de L’Etat, et, d’autre part, les fonctions de gestion des activités économiques, relevant des opérateurs exploitants, a été posée afin de garantir l’égalité des chances entre les différents opérateurs économiques. Faute de dissociation seraient créés les risques d’un abus de position dominante (CJCE, 13 décembre 1991, Aff. 18/88, RTT). Ainsi, la loi n°97-135 a prévu pour le secteur des chemins de fer, un nouvel organe, RFF⁸⁷, doté de compétences de surveillance et de police de réseau. Mais on peut estimer que la loi entretient la confusion dans la mesure où la SNCF détermine les conditions d’accès au réseau par des études techniques qui conditionnent elles-mêmes l’attribution des sillons ouverts aux opérateurs ferroviaires, c’est-à-dire aux concurrents de l’opérateur historique. La SNCF se voit ainsi confier en 1997 l’instruction des demandes présentées pour le passage des trains de combinés ou de regroupement ferroviaire. Si c’est formellement le Ministre des transports qui décide de délivrer l’agrément technique indispensable, il le fait sur proposition de la SNCF ce qui ne lui laisse qu’une faible liberté. De plus, l’entreprise nationale décide elle-même des extensions d’accès et est autorisée à retirer les autorisations quand les règles de sécurité ne sont pas assurées. Ces attributions ne sont pas contraires stricto sensu à la directive 95/19⁸⁸ mais peuvent apparaître en irrégularité par rapport au Traité : la France avantage ainsi une entreprise publique et la place dans une situation potentielle d’abus de position dominante. Dès 1997, nombre de commentateurs attendaient donc une sanction de la part de la CJCE sur le modèle de sa jurisprudence RTT⁸⁹.

Intervient alors la directive 2001/14/CE qui exige que pour la répartition des capacités le gestionnaire de l’infrastructure soit indépendant des entreprises ferroviaires, tant au niveau juridique qu’au niveau organisationnel et décisionnel. Or, le décret français de transposition du 7 mars 2003 qui est relatif à l’utilisation du réseau ferré national, n’offre à ce sujet aucune garantie d’indépendance fonctionnelle du service instructeur au sein de la SNCF. Il est donc capital, comme le souligne fort justement Laure Gauthier⁹⁰, que les « horairistes » de RFF aient la capacité et la volonté d’apprécier les propositions de leurs anciens collègues et assument le pouvoir décisionnel en toute impartialité. Or, il n’est pas inutile de rappeler que sur moins de 200 personnes travaillant pour RFF, la majorité sont des agents détachés de la SNCF ou des anciens membres de son personnel. Jean-Charles Loupien, juriste à la SNCF réfute toutefois ces attaques soulignant que RFF ne pouvait trouver des techniciens expérimentés et spécialisés ailleurs.

⁸⁷ Réseau ferré de France.

⁸⁸ Si la directive proscrit l’intervention des opérateurs dans l’adoption des décisions individuelles d’attribution des sillons, elle n’interdit pas expressément leur participation à la préparation des décisions.

⁸⁹ Cf. Denis BROUSSOLLE, *op cit*, page 459.

⁹⁰ Laure GAUTHIER, L’accès des tiers au réseau ferroviaire français, AJDA, 25 août 2003.

Il y a donc à notre sens dans cette première dissociation des fonctions de régulation et d'exploitation, un hiatus issu d'une transposition insuffisante des directives. Toutefois, ce décalage entre la volonté de Bruxelles et la réalité française n'est pas le seul.

B – La séparation des activités de gestion de l'infrastructure des activités d'exploitation :

Cette distinction prônée par le droit communautaire vise à écarter le risque que l'opérateur détenteur du monopole de la gestion de l'infrastructure abuse de sa position dominante s'il assure également la fourniture de biens ou de services à partir des réseaux. Ainsi, en France, la gestion de l'infrastructure du réseau ferré national a été confiée à RFF et la gestion de l'activité de transport est développée sur le réseau par la SNCF. Mais là encore cette dernière semble bénéficier d'une transposition des règles communautaires qui l'avantage en étendant assez largement son pré-carré.

Ainsi, la loi maintient la SNCF dans ses fonctions de gestion du trafic, de sécurisation du réseau et d'entretien de l'infrastructure. Mais en réalité, ces missions auraient du être totalement affectées à RFF qui ne peut en l'état actuel pleinement jouir de ses prérogatives. Le gestionnaire de l'infrastructure se voit en effet imposer les services de la SNCF. Certes, la gestion est exercée « pour le compte et selon les objectifs et principes définis par Réseau ferré de France ». Certes, on a avancé les principes de continuité et de sécurité des circulations pour justifier cette situation. Mais convenons tout de même que cette transposition complique inutilement l'architecture de l'organisation du rail français en créant une situation juridique originale où un établissement public est le délégataire obligatoire d'un autre établissement public. Deux solutions auraient été possibles. Soit un désengagement progressif de la SNCF de ces fonctions afin de laisser le temps à RFF de s'organiser, soit un transfert complet de la conception et de la gestion de la régulation mais, en tout état de cause, pas un système en demi-teinte qui semble fortement subordonné au monopole de la SNCF quant à l'exploitation. De nouveaux développements sont donc possibles en la matière.

D'ailleurs ce système pourrait se retourner contre la SNCF elle-même. Eu égard à la question de la gestion matérielle des infrastructures ferroviaires la situation de la SNCF n'est pas si confortable que cela. Si RFF peut mandater l'entreprise nationale « pour des ensembles d'opérations », si l'article 1 lui conserve le monopole des travaux d'entretien des installations techniques et de sécurité du réseau pour lesquels elle conserve la maîtrise d'ouvrage, comment toutefois ne pas s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions avec un droit européen des marchés publics qui évolue très vite. De la même façon pour la maîtrise d'ouvrage des opérations d'investissement, RFF n'est en rien obligé de déléguer et s'il le fait, sans doute sa responsabilité le conduira à contrôler les prestations de la SNCF et en particulier leur coût compte tenu du déficit de RFF. La SNCF doit donc prendre garde à des prérogatives qui pourraient s'avérer en définitive moins confortables qu'il n'y paraît. Jean-Charles Loupien, juriste à la SNCF, souligne ainsi que RFF a d'ores et déjà montré qu'il était capable de s'opposer à la SNCF en bataillant avec elle sur des questions de tarification et d'investissement.

Conclusion : que faut-il penser de RFF ?

Il paraît normal d'ériger une critique contre le système français de transposition qui n'a pas respecté jusqu'au bout l'esprit des Traités et des directives. Toutefois ne sous-estimons pas non plus le rôle de RFF. Il est aujourd'hui un acteur influent et doté de vrais pouvoirs pour décider de l'évolution du réseau et de ses modes de gestion. En quelque sorte il

va passer petit à petit d'une structure de « *defeasance* » qu'il n'est plus à une fonction de véritable gestionnaire régulateur qu'il n'est pas encore.

D'ailleurs il a un rôle essentiel dans l'accès des tiers au réseau français, mais là encore la SNCF est présente.

Section 2 : Principes et procédures pour l'accès à l'infrastructure ferroviaire française

DB Cargo, Rail4CHEM et quelques autres opérateurs auraient selon RFF frappés à la porte du gestionnaire de réseau pour obtenir une clef d'accès aux rails français. Ces demandes sont analysées par certains comme le signe d'un regain de la compétitivité des opérateurs du secteur ferroviaire. Ce regain la Commission l'avait espéré en proposant le premier paquet ferroviaire composé des trois directives 2001/12, 13, 14/CE.

Les services visés par ces directives sont exclusivement internationaux et concernent principalement le transport de marchandises. A contrario les activités nationales de transport ferroviaire telle que celles assurées en France par les trains express régionaux sont exclues. Ces dispositions ont été transposées en France par le décret du 7 mars 2003 qui ouvre ainsi à toute entreprise ferroviaire de l'Union européenne le droit d'exploiter des services internationaux de marchandises en empruntant les lignes françaises qui se trouvent dans le RTEFF.

Dès lors, il est possible d'établir les procédures que les opérateurs étrangers devront emprunter pour avoir accès au réseau français. Notons d'ailleurs que cet accès ne se limite pas à la seule faculté d'emprunter des sillons de circulation mais qu'il est aussi composé de l'accès à l'ensemble des infrastructures et services essentiels pour exercer l'activité de transport ferroviaire.

On peut distinguer deux étapes dans ce processus administratif : les formalités préalables que sont la licence d'entreprise ferroviaire et le certificat de sécurité (I), puis l'attribution des sillons et les procédures possibles en cas de refus (II).

I – Les conditions d'accès au réseau ferroviaire français : les « sésames » préalables :

Il faut d'ores et déjà souligner que la France n'a pas choisi d'opter pour l'option que proposait la directive 2001/14/CE concernant les bénéficiaires du droit d'accès. En effet, la directive prévoyait que des candidats ayant pour des raisons commerciales ou de service public besoin d'acquérir des sillons pourraient en faire la demande comme par exemple des autorités publiques, des chargeurs ou des transitaires. La France l'a refusé s'en tenant à une vision très encadrée des candidats autorisés : il ne peut s'agir que d'entreprises ferroviaires ou de regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires établies dans un Etat membre de l'Union.

Pour avoir accès au réseau français deux sésames sont indispensables : il s'agit de la licence d'entreprise ferroviaire (A) et du certificat de sécurité (B).

A - L'obtention de la licence d'entreprise ferroviaire :

La licence vise à protéger les clients et les tiers. Se faisant elle répond à la nécessité de réunir des conditions classiques qui sont celles de capacités professionnelles, financière et d'honorabilité et de couverture des risques.

En vertu du principe de reconnaissance mutuelle, une licence accordée en France sera valable sur l'ensemble du territoire de l'Union tant que son titulaire continuera à en satisfaire les conditions. On retrouve là le principe de confiance intracommunautaire. C'est le Ministre des Transports qui en France est responsable de la délivrance des licences (Article 10 du décret). Le ministre procède à leur examen tous les quatre ans et peut en cas de manquement grave ou répété aux exigences requises lors de leur obtention, les retirer (Article 12 du décret). Un arrêté du 6 mai 2003 est venu préciser les modalités pratiques de délivrance, retrait ou suspension. Un autre arrêté du 20 mai 2003 a lui fixé les seuils en matière financière. Ainsi l'entreprise doit avoir un capital social au moins égal à 1,5 millions d'euros. De nombreux documents doivent aussi être fournis : comptes et bilans annuels, informations détaillées sur les ressources financière disponibles, fonds et éléments d'actif immobilisables à titre de garantie, capital d'exploitation et charges pesant sur le patrimoine de l'entreprise. Un rapport provenant d'une banque, d'un commissaire aux comptes ou d'un expert comptable assermentés peut être requis. Enfin, la régularité de l'entreprise sur le plan fiscal est aussi un élément de détermination.

L'article 3 de la directive 95/18/CE modifié impose que l'organisme responsable des licences soit indépendant des entreprises qui assurent des prestations de services de transport ferroviaire. On peut se demander à l'instar de Laure Gauthier⁹¹, si le ministre de tutelle de l'établissement public SNCF remplit bien cette condition.

B – L'obtention du certificat de sécurité :

C'est là un point très important car on sait que la sécurité en matière de transport sera l'un des enjeux considérables du processus de libéralisation dans les prochaines années à côté de l'interopérabilité.

Le certificat de sécurité doit être obtenu dans le pays d'exercice de l'activité, il n'y a pas comme pour la licence d'entreprise ferroviaire de reconnaissance mutuelle. C'est là encore le Ministre des Transports qui procède à cette délivrance après avis de RFF qui lui-même se prononce au vu d'un rapport technique émis par la SNCF. La compagnie veille aussi, en raison des pouvoirs que le décret 2000-286 lui a conféré en matière de sécurité du réseau, que le titulaire honore bien ses obligations. Ce certificat est valable 5 ans. Un arrêté du 4 août 2003 prévoit notamment qu'en vue de l'instruction de cette demande, l'entreprise ferroviaire produise, en trois exemplaires, un dossier technique, rédigé en langue française, démontrant sa capacité à respecter en permanence, pendant toute la durée de validité du certificat de sécurité, pour les services de transport prévus et sur les lignes devant être empruntées, les conditions d'utilisation du Réseau ferré national arrêtées par le ministre chargé des transports. Les conditions mentionnées concernent l'aptitude physique et professionnelle et la formation du personnel affecté à des fonctions de sécurité, la réglementation de sécurité du Réseau ferré national, l'exploitation du Réseau ferré national, les règles techniques et de maintenance applicables aux matériels utilisant le Réseau. Pour obtenir le renouvellement du certificat de sécurité, l'entreprise ferroviaire titulaire doit, six mois avant l'expiration de sa période de validité, adresser une nouvelle demande au Ministre chargé des Transports. En tant que de besoin, cette nouvelle demande sera accompagnée d'une

⁹¹ Laure GAUTHIER, L'accès des tiers au réseau ferroviaire français, AJDA, 25 août 2003.

actualisation du dossier technique. Lorsque le Ministre chargé des Transports décide d'engager une procédure de retrait du certificat de sécurité dans les cas prévus à l'article 16, deuxième alinéa, du décret du 7 mars 2003, il en informe l'entreprise ferroviaire concernée et lui transmet un rapport faisant état des manquements qui lui sont reprochés. L'entreprise ferroviaire concernée dispose d'un délai de deux mois, à compter de la date de réception de ce rapport, pour présenter ses observations et proposer les mesures nécessaires pour remédier aux manquements signalés. A défaut de réponse dans ce délai, ou si les mesures proposées n'apparaissent pas de nature à remédier aux manquements signalés, le Ministre chargé des transports prononce le retrait partiel ou total du certificat de sécurité.

Des interrogations peuvent dès lors naître sur la place de la SNCF dans la mesure où aucun organisme ne contrôle son action. D'ailleurs ces missions n'ont été confiées à l'opérateur historique que parce que la France a choisi d'opter pour l'exception qu'introduisait la directive 91/440/CE en la matière. Dès lors, pour rassurer ses partenaires et les observateurs, les autorités hexagonales ont demandé à RFF de veiller à l'indépendance fonctionnelle du service qui réalise les rapports techniques en vue de prévenir toute discrimination. De plus, ce service devra respecter la confidentialité des informations à caractère commercial que lui communiqueront les nouveaux entrants. Difficile de dire aujourd'hui si l'on peut croire ou non en l'efficacité d'un tel système qui pour l'instant n'a pas eu à fonctionner. Ce serait faire un procès d'intention que de nier toute impartialité au service technique de la SNCF. En revanche, il apparaît normal de s'émouvoir encore une fois d'une transposition française a minima, compliquant plus la situation qu'elle ne résolve de problèmes.

Le procédé d'attribution des sillons est à cet égard tout aussi exemplaire...

II – Les conditions d'accès au réseau ferroviaire français : les modalités d'attribution des sillons :

Les candidats qui ont obtenu une licence d'entreprise ferroviaire et un certificat de sécurité, doivent en outre formuler des demandes de sillons auprès du gestionnaire RFF. Cet établissement est, nous le savons, chargé d'attribuer l'ensemble des créneaux ferroviaires sur la partie nationale du réseau de fret et il arrêtera les horaires annuels de service dont disposeront les opérateurs sélectionnés. Le décret du 7 mars 2003 règle la procédure suivant laquelle sont instruites les demandes de sillons (A) et prévoit aussi la mise en place de recours en cas de refus (B).

A – La répartition des sillons par Réseau ferré de France :

RFF doit partager les sillons de façon équitable et non discriminatoire entre les opérateurs qui en font la demande. Toutefois les articles 22 et 26 du décret rappellent que certaines règles de priorité doivent être respectées en cas de saturation de l'infrastructure. Dans cette hypothèse trois services de transports se voient accorder une priorité : en premier lieu les prestations réalisées sur des lignes du réseau construites spécialement à leur effet comme le TGV. En second lieu, les services de transport internationaux de marchandises sur le RTEFF auront priorité, suivis enfin de ceux accomplis dans le cadre d'un contrat de service public à savoir les TER. Ce traitement opéré, RFF peut alors établir et publier un horaire de service et conclure avec chaque détenteur un contrat aux fins de récapituler les conditions administratives, techniques et financières de l'utilisation du réseau. Notons que le décret en son article 20 prévoit une solution intéressante puisque RFF peut également passer un accord-cadre avec tout demandeur de sillon. Cet accord aura une durée de 5 ans et engagera RFF à

fournir pour la durée de l'horaire de service les caractéristiques et les capacités de l'infrastructure qui correspondent aux besoins de l'opérateur. L'accord-cadre ne définit pas le sillon de façon détaillée mais est établi de manière à répondre aux besoins commerciaux légitimes de l'entreprise ferroviaire. Si RFF ne respecte pas ses engagements une indemnisation pourra être versée. Notons que cet accord peut prévoir des conditions particulières de renouvellement de la demande et de reconduction de l'attribution des sillons. Tout en respectant la confidentialité sous l'angle commercial, les dispositions générales de chaque accord-cadre sont communiquées à toute partie intéressée.

Pour répondre aux interrogations des opérateurs, RFF publie « un Document de référence » sorte de mode d'emploi du réseau ferré national. Ce Document est prévu par la directive 2001/14/CE et le décret du 7 mars 2003. Le document de référence précise notamment que RFF assure aux entreprises ferroviaires le traitement des demandes de capacités d'infrastructure, le droit d'utiliser les capacités accordées, l'utilisation des branchements et aiguilles du réseau, les services nécessaires pour la circulation des trains comme la communication et la fourniture d'informations concernant la circulation des trains.

Evidemment tous ces services ne sont pas fournis gratuitement aux opérateurs et RFF perçoit donc en contrepartie des redevances d'accès à l'infrastructure. Sans rentrer trop dans les détails car ce domaine est éminemment complexe, on peut noter que le décret 2003-194 complète les dispositions du décret 97-446 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national. Désormais, le calcul de ces péages se basera « non plus seulement sur le coût de l'infrastructure, la situation du marché des transports, les impératifs d'utilisation optimale de l'offre et de l'harmonisation des conditions de la concurrence intermodale mais aussi sur le coût des effets de l'environnement de l'exploitation des trains » (article 30-I). Le montant pourra donc varier sous réserve de toute discrimination. En revanche pour ce qui est de l'accès aux équipements de service, les opérateurs ferroviaires verseront ici distinctement un prix qui est défini comme le coût de l'exploitation du service. Ce coût, lui, n'est pas modulable.

B - Les procédures de recours :

Ces procédures existent aussi bien pour l'entreprise ferroviaire mécontente que pour RFF.

Pour ce qui est du demandeur de capacités d'infrastructure, si celui-ci s'estime lésé, une procédure de réclamation devant le Ministre des Transports est possible. Ce dernier dispose d'un délai de deux mois pour trancher. Sa décision peut alors faire l'objet d'un recours devant les Sages du Palais Royal pour excès de pouvoir. Le ministre revêt donc ici l'habit d'organisme de contrôle. Pour ce faire, il peut compter sur une mission de contrôle qui lui est directement rattachée et qui est composée de trois membres issus du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes et du Conseil général des ponts et chaussées. Cette mission instruira les réclamations, observera les conditions d'accès au réseau et rédigera chaque année un rapport rendu public concernant ces deux fonctions. Cette mission n'en reste pas moins dépourvue de véritables pouvoirs juridiques face à une SNCF qui elle bénéficie en tout lieux d'un fort pouvoir d'influence et de lobbying. Faisons toutefois confiance à la force de caractère des membres de la mission pour que celle-ci soit véritablement « le régulateur du régulateur »⁹².

RFF peut aussi prendre des mesures si l'utilisation faite par l'entreprise ferroviaire du réseau national est insatisfaisante. Ainsi la non-utilisation d'un sillon commandé étant dommageable pour RFF et pour les autres entreprises, Réseau ferré de France peut imposer la renonciation à l'ensemble du sillon pour la période qui reste à couvrir et ce jusqu'à la fin de

⁹² Ghislain BOURLON, L'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire en Europe - www.cdmtdroit.u-3mrs.fr.

l'horaire de service. La décision, avec un préavis d'un mois et après examen de la sous-utilisation des sillons, est envoyée à l'entreprise ferroviaire déficiente.

Notons enfin qu'à titre préventif et à l'invitation de RFF, une conférence consultative annuelle se réunit autour des services du Ministre chargés des Transports, des entreprises ferroviaires et de l'Association des utilisateurs de transport de fret pour émettre un avis sur la répartition des capacités.

Conclusion :

Une fois de plus l'organisation française ne peut être qualifiée de satisfaisante compte tenu des doutes qu'elle laisse planer sur l'impartialité et l'indépendance du processus d'accès à l'infrastructure ferroviaire française.

Le deuxième paquet ferroviaire devrait contribuer à éclaircir les situations que nous venons de présenter et qui ont pu sembler peu satisfaisantes au regard du droit de la concurrence. Ainsi, une autorité de sécurité nationale devrait être créée pour assurer la sécurité des chemins de fer communautaires. Cette autorité serait surtout indépendante des entreprises ferroviaires, des gestionnaires d'infrastructures et des demandeurs de certificat de sécurité dans son fonctionnement et dans la prise de décision. De profondes modifications devraient donc avoir lieu en France face à un système actuel qui ne pouvait perdurer plus longtemps.

En quelque sorte le modèle actuel n'est pas un standard mais une simple organisation de transition et ce au moment même où les demandes affluent sur les bureaux du ministère des Transports. Ses services ont ainsi annoncé qu'ils avaient délivré le 13 février 2004, une licence d'opérateur ferroviaire à Europorte 2, une filiale du groupe franco-britannique Eurotunnel, spécialement créée pour développer cette activité⁹³. Il lui faut encore obtenir un certificat de sécurité pour chaque itinéraire emprunté et de la part de RFF des sillons. Europorte 2 devrait dès 2005 et 5 fois par semaine faire une liaison Bâle/Grande-Bretagne en passant par le corridor fret Milan-Bâle-Metz-Dourges.

Cela nous amène naturellement à nous intéresser au fret, seul véritable secteur à connaître pour l'instant une véritable ouverture à la concurrence. La situation de la France est encore une fois à cet égard tout à fait singulière puisque la filiale fret de la SNCF a pris beaucoup de retard dans ce domaine et continue à présenter des comptes déficitaires. Il est donc important pour l'entreprise de se réformer pour que la libéralisation ne mette pas fin à toute possibilité de redressement. C'est là un des défis que le rail hexagonal aura à relever.

SECTIONS 3 : LES NOUVEAUX DEFIS DU RAIL FRANÇAIS :

Comme nous l'avons vu au cours de nos développements l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire a créé de nombreux bouleversements au sein des Etats de l'Union. Certains comme l'Allemagne et la Royaume-Uni ont suivi de très près ce mouvement, d'autres parmi lesquels la France ont quelque peu traîné les pieds tant il était difficile de modifier les structures en place.

⁹³ *Officiel du transport* – 15 février 2004.

Aujourd'hui une bonne part du chemin a été accomplie mais il reste encore pour les pouvoirs publics français et pour la SNCF à faire face à des réformes indispensables pour assurer la survie du secteur ferroviaire marchand et permettre l'instauration de la concurrence à tous les niveaux (international, national, local). Il faut dire que le secteur du fret en France se porte très mal et ce depuis déjà plusieurs années.

Dans ce contexte, la Commission a aussi toujours refusé d'opposer services publics et libéralisation, prônant même une cohabitation de l'un et de l'autre autour de la notion de service universel. La France a de son côté et depuis 1982 instauré en matière de transport ferroviaire une politique de décentralisation qui est aujourd'hui arrivée à terme. Cette régionalisation qui a pour but de faciliter la mise en place de contrat de service public pourrait dans le futur servir les intérêts de la concurrence, chose que les pouvoirs publics français n'avaient sans doute pas imaginé et qui constituera dans l'avenir un nouveau défi. Cela met d'ailleurs en lumière un fait tout à fait significatif à savoir que même les secteurs autrefois voués aux services publics vont rentrer dans le champs de la concurrence. Une réflexion à ce stade sur les services publics semble donc nécessaire.

C'est pourquoi nous nous interrogerons dans un premier temps sur le devenir du fret ferroviaire français (I), puis nous analyserons les dispositions nouvelles concernant la régionalisation des transports (II) pour brièvement nous questionner sur l'avenir des services publics à la française (III).

I – Sauver le fret hexagonal : « la nouvelle bataille du rail »⁹⁴.

S'il faut sauver le « soldat SNCF » c'est parce que sa situation financière et commerciale va de Charybde en Scylla (A). Face à un tel constat il est donc urgent de proposer des solutions (B).

A – Le constat d'une faillite :

Face à la volonté du Parlement européen de libérer totalement le rail, le gouvernement Raffarin s'est dit prêt à anticiper sa réflexion sur la réforme de la SNCF⁹⁵. L'entreprise publique se montre en effet incapable d'assurer la rentabilité de son activité fret, qui représente 20% du transport global de marchandises en France et dont la moitié provient de l'international. Paralysé par les syndicats, le président Louis Gallois est contraint de réclamer une hausse des prix aux clients qui se retournent dès lors vers la route. La direction de l'entreprise publique a fait état pour 2003 d'une perte courante de 204 millions d'euros alors que les dernières prévisions du mois de septembre tablaient sur une perte de 300 millions d'euros intégrant quelque 250 millions d'euros de surcoût liés aux grèves⁹⁶. La SNCF a donc réussi à contenir ses pertes courantes l'an dernier mais le principal foyer de perte reste toujours l'activité fret avec 451 millions de pertes.

Face à cette situation, qui d'années en années se creusent, le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin a confié aux sénateurs Haenel et Gerbaud une mission d'information qui a rendu son rapport le 11 mars 2003. Il s'agissait pour eux d'évaluer la situation actuelle et d'analyser les stratégies de développement. A ce titre, le rapport décrit le fret ferroviaire comme un mode délaissé et donc en déclin. En France, les parts de marché du fer, en volume de marchandises transportées, ont chuté de 46% en 1974 à 20% en 2002 (respectivement 29%

⁹⁴ Nous remercions les Sénateurs Haenel et Gerbaud qui le 11 mars 2003 ont présenté au Premier Ministre leur rapport « Fret ferroviaire français : la nouvelle bataille du rail ». Qu'ils nous permettent d'emprunter le titre de leurs travaux.

⁹⁵ *La Croix* – 19 novembre 2003.

⁹⁶ *Le Figaro Economie*, 17 mars 2004.

et 14% en Europe). Les causes avancées sont nombreuses et relèvent pour la plupart d'évolutions économiques et d'un secteur qui n'a pas su s'adapter à temps. Le déclin de l'industrie lourde, l'intensification de la production en flux tendu autour de la règle du juste-à-temps font partie des éléments d'explication. Face à cela le rail a pêché par un manque de rapidité : 18km/h de moyenne pour un convoi transeuropéen, une irrégularité chronique et des coûts prohibitifs. Ce constat est d'ailleurs partagé des deux côtés : les opérateurs comme Connex, déplorent une qualité de service de la SNCF qui est loin de leurs attentes⁹⁷, le président Louis Gallois pointe lui du doigt une insuffisance dans la réponse qu'apporte Fret-SNCF aux demandes de ses clients⁹⁸. Toutefois, l'entreprise publique n'est pas la seule en cause. Le Rapport Haenel-Gourbaud met aussi en avant les « déclarations souvent incantatoires » des pouvoirs publics français et la pensée de la Commission qui « mise sur la seule libéralisation du secteur pour parvenir à le redynamiser ». La SNCF doit donc se réformer et le gouvernement doit l'y aider sinon elle risque à plus ou moins long terme d'être exclue des grands flux de transit internationaux.

Faut-il pour autant envisager le diagnostic vital pour le fret SNCF ? Nous ne le pensons pas et ce en raison des atouts du fret ferroviaire. En effet, les routes sont totalement engorgées par le trafic poids lourd, les vallées alpines ont besoin d'un rééquilibrage entre le rail et la route et le chemin de fer est enfin un moyen de transport sûr et peu polluant. Tout converge donc pour permettre à ce secteur de sortir de sa léthargie et de profiter des opportunités qui lui sont offertes. Pour cela des solutions sont avancées, reste que seul le courage des dirigeants et des gouvernants permettra de les faire prospérer.

B – L'ébauche de solutions pour sauver un secteur qui n'est pas condamné :

De l'autre côté du Rhin, la Deutsch Bahn a déjà pris une longueur d'avance depuis l'ouverture de 1994. Amélioration de la productivité, renforcement de la présence internationale et déploiement d'une offre logistique complète sont les axes stratégiques suivis pas la société allemande. Pour cela, elle n'a pas hésité à arrêter des activités de bout de lignes et à réduire les effectifs. Elle a par ailleurs mené des acquisitions coûteuses tant à l'étranger (rachat du fret des chemins de fer néerlandais et danois sous le nom « Raillion ») que sur son sol, avec le rachat de petites structures légères, d'opérateurs portuaires et surtout de son ancienne filiale, le logisticien Schenker. Tout cela s'achèvera par l'ouverture du capital de l'entreprise.

Faut-il suivre les mêmes solutions en France ? Même si les pouvoirs publics le décidaient le coup serait trop rude pour que l'entreprise s'en relève, la Deutsch Bahn a en effet commencé sa mue depuis bien plus longtemps que la SNCF. Le rapport Haenel-Gourbaud propose toutefois une mesure qui fait déjà grincer des dents et qui pourtant apparaît de bon sens à savoir la filialisation de l'activité fret afin d'assurer sa fiabilité et sa rentabilité. L'activité fret se doit en effet d'être reconsidérée et placée à égalité avec celle du transport de voyageurs jugée souvent plus noble. On évoque aussi une possible sous-traitance des trafics les moins rentables à l'échelle locale comme les bois ou les granulats dont la SNCF ne peut soutenir les coûts. Cette idée rejoint sur ce point le contexte de la libéralisation en supposant que les nouveaux entrants se positionneront comme ce fut le cas en Allemagne sur les dessertes secondaires ou terminales en complément de trafics. Enfin, une politique commune de grands travaux au niveau européen est nécessaire afin de favoriser l'émergence rapide du ferroutage et d'« autoroutes ferroviaires » tels que l'axe Lyon-Turin. Ce dernier projet a d'ailleurs été signé par Messieurs Raffarin et Berlusconi le 4 mai 2004 avec l'accord de la Commission et ce pour un programme d'investissements de plus de 8 millions.

⁹⁷ *La Lettre du transport et de la logistique*, 27 novembre 2002.

⁹⁸ *Le Monde*, 18 septembre 2003.

De son côté, la SNCF s'est donné 3 ans pour reconstruire des bases solides pour la croissance de Fret SNCF en France et en Europe. Le 19 novembre 2003 la SNCF a présenté à son Conseil d'administration le plan Fret 2006 qui vise à reconstruire une croissance saine. Il s'agit en fait d'une modernisation globale de l'activité fret de la SNCF. L'idée est de mettre en place une organisation solide de la production dont Fret SNCF puisse garantir la qualité à ses clients, il s'agit aussi de faire les indispensables gains de productivité dans lesquels sont eux-mêmes engagés ses concurrents européens, ainsi qu'utiliser les capacités prioritairement pour les trafics qui dégagent une marge raisonnable. La volonté d'une expansion est donc affirmée reste à savoir si elle sera suivie d'effets. Pour ce faire une politique de réduction des coûts sera indispensable. Elle devrait s'appuyer selon le plan Fret 2006 sur une amélioration de la productivité du parc « matériels » et leur meilleure utilisation, sur une organisation plus efficace du travail avec une réduction des effectifs à hauteur de 2500 agents⁹⁹ et sur une réduction des frais généraux supportés par le Fret SNCF de 13% à 9% du chiffre d'affaires pour se situer dans la norme de la profession en Europe. Mais surtout il faudra organiser pour les industriels européens une qualité de service de bout en bout qui soit vraiment concurrentielle. Devrait voir ainsi le jour un système de réservation avec un seul contact client, un seul centre de décision et un seul plan de transport pour tout le parcours quel que soit le nombre de pays concernés.

En somme, les dirigeants de la SNCF comprennent que l'activité fret doit être gérée comme s'il s'agissait de l'activité commerciale d'une entreprise privée à l'exception notable du versement par l'Etat d'une contribution de 800 millions d'euros en trois ans à la société. Mais ces efforts ne font pas l'unanimité et les syndicats ont ainsi appelés le 9 avril dernier à faire grève pour dénoncer cette libéralisation qui met selon eux en péril le secteur public des transports en prônant une stratégie de repli. Le ministre des Transports Gilles de Robien a regretté cette opposition face à un plan qu'il juge comme étant celui de la dernière chance¹⁰⁰. Concilier ces intérêts apparemment divergents c'est là encore un défi pour le pays.

II – Réussir la régionalisation ferroviaire pour permettre la concurrence sur les lignes locales :

Il s'agit ici de faire en quelque sorte un rapport d'étape de la régionalisation ferroviaire, symbole d'une décentralisation commencée en 1982. En effet avec le décret 2001-1116 du 27 novembre 2001, un cycle s'achève en permettant aux élus des régions d'organiser totalement les dessertes ferroviaires locales de la SNCF. C'est l'occasion de faire le rappel d'une réforme lente (A) mais aujourd'hui arrivée à son terme (B) et qui pourrait permettre de faciliter la mise en place des nouveaux objectifs de Bruxelles en terme de concurrence des lignes locales (C).

A – De 1982 à 2001 : histoire de la régionalisation ferroviaire :

Le décret du 27 novembre 2001 consacre la contractualisation de l'organisation des dessertes ferroviaires. Toutefois le décret ne fait qu'achever un mouvement entamé par les lois de décentralisation de 1982. En effet, conformément à la LOTI et au décret du 16 août

⁹⁹ *La Tribune*, 5 avril 2004.

¹⁰⁰ Propos tenus dans *le Figaro* lors de la grève nationale du 13 mai 2004.

1985, L'Etat avait abandonné aux départements et aux régions l'organisation de leurs services de transports en commun sur leur territoire. Sur cette base, les régions reçurent compétence pour négocier avec la SNCF l'aménagement des lignes locales de voyageurs. Cela n'était pas rien car concrètement les régions purent ainsi établir leur plan de transport et négocier les dessertes désirées. Par exemple, la tarification uniforme au kilomètre fut bien souvent remise en cause afin d'obtenir la gratuité pour les scolaires.

En 1995, la régionalisation fit de nouveau un bond au travers de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire¹⁰¹. Six régions se sont vues confier, à titre expérimental dit-on à l'époque, la maîtrise du financement des services ferroviaires locaux de voyageurs. C'est véritablement cette loi qui relance la régionalisation et non pas comme on l'écrit souvent la loi du 13 février 1997. Celle-ci met certes fin à des ambiguïtés mais ne fait aussi que reprendre un cadre tracé par le législateur en 1995. Les paradoxes à résoudre étaient au nombre de deux en 1997. En premier lieu, le conventionnement des TER par les Régions était bancal¹⁰² parce que et la SNCF et les Régions exerçaient conjointement l'organisation et la responsabilité de services publics. En 1997, les régions pionnières deviennent donc des autorités régulatrices ce qui oblige parallèlement la SNCF à revêtir le statut d'entreprise exécutante des dessertes choisies ce qui pour elle est une nouveauté. Ensuite, en 1985 et 1995 l'aspect financier n'avait pas été suffisamment pris en compte. Le législateur en 1997 décide donc de confier directement aux six régions¹⁰³ une dotation étatique en leur laissant la possibilité de l'affecter à des transports autre que ferroviaire. La SNCF se voit ainsi directement concurrencée par le transport routier.

Cette réforme souffrait encore d'imperfection et suscitait des interrogations : quelles sont les attributions réelles des régions et de quelle teneur sont leur rapport avec la SNCF ? Les dotations étatiques sont-elles suffisantes ? Le législateur en 2001 a apporté des réponses à chacune de ces interrogations.

B – 2001 : le transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt général :

Ce transfert total résulte de la loi SRU du 13 décembre 2000 et plus exactement du décret du 27 novembre 2001 venu préciser les modalités de cette réforme. Denis Broussolle¹⁰⁴ résume cette avancée d'une formule qui caractérise bien les nouveaux rapports Région/SNCF : « les élus des régions décident de leurs services publics de chemin de fer et les cheminots n'ont plus qu'à exécuter » faisant s'effondrer « le modèle du grand établissement public national intégré et centralisé, concevant, planifiant, finançant et fournissant ».

Il faut en effet rappeler que la LOTI ne permettait pas de parler de délégation de service public lorsque les régions conventionnaient les lignes ferroviaires régionales. C'est chose faite car le nouvel article 21-1 de la LOTI prescrit que « la région en tant qu'autorité organisatrice décide sur l'ensemble de son ressort territorial du contenu de service public de transport et notamment des dessertes, de la tarification ». Le décret du 27 novembre 2001, précise dès lors que la convention d'exploitation doit définir non seulement la nature des services et les conditions techniques et commerciales de son exécution comme par le passé, mais aussi la consistance du matériel roulant qui y est affecté. La région peut ainsi prévoir un contrôle des missions confiées ainsi que des pénalités en cas de défaut d'exécution.

¹⁰¹ Loi du 4 février 1995.

¹⁰² Denis BROUSSOLLE, La création de Réseau ferré de France, AJDA, 20 mai 1997.

¹⁰³ Auparavant l'Etat virait directement à la SNCF les compensations des charges de service public des TER pour le compte des Régions qui ne payaient qu'au-delà de cette enveloppe.

¹⁰⁴ Denis BROUSSOLE, La régionalisation ferroviaire, AJDA, Mai 2002.

Les élus locaux ont reçu avec cette loi des pouvoirs très importants. Ils pourront en effet mettre en place des dispositions tarifaires particulières afin qu'un même et unique billet permette aux usagers d'obtenir un titre de transport multimodal valable pour les trains et les autobus. Se faisant les régions obtiennent de véritables moyens pour façonner le paysage de leur territoire. Pensons par exemple à l'engorgement des routes et à la prolifération des voitures qui pourra être combattue par la réduction du prix de certaines lignes ou de certains trains et tout cela dans un contexte de promotion des transports collectifs. Mais cela va aussi créer des disparités territoriales car les prix risquent de varier non seulement d'une région à une autre mais aussi dans un même train régional selon que le passager sera un usager local ou un client national, en début ou en fin de parcours. Certains font cependant valoir que de telles différences existent déjà entre les villes par exemple en matière de prix de l'eau. Ils ajoutent que cette gestion locale est ensuite acceptée ou refusée par les électeurs au moment du renouvellement des élus locaux et donc que les usagers sont en définitive les seuls juges de la qualité du service.

Mais nous attirerons l'attention du lecteur sur un point très particulier et que nous avons rencontré de façon récurrente tout au long de cette étude puisqu'il s'agit du rôle de la SNCF dans ce système. En effet, l'autorité de la région sur la SNCF prestataire de transports sera contredite par sa dépendance à l'égard de la même SNCF gestionnaire d'infrastructure. Comment en effet organiser librement les trains sans être assuré des plages d'accès au réseau nécessaire à leur circulation, les fameux sillons promus par le droit européen ? Cette question a été résolue par la directive 2001/14/CE qui interdit à un transporteur gestionnaire d'infrastructure d'attribuer lui-même les sillons. Seulement nous avons vu que le législateur français avait transposé *a minima* cette interdiction de sorte que le problème d'indépendance de la SNCF s'il est officiellement résolu ne l'est pas officieusement. Dans ce contexte tout refus devra donc être très motivé et ce afin de s'assurer que l'on a pas voulu privilégier des clients plus vitaux ou plus lucratifs que le transport régional et cela dans une situation de croissance du trafic national et international.

Pour assurer ces tâches d'autorités régulatrices, les régions disposent enfin de contributions financières étatiques. L'Etat abandonne en effet à l'assemblée régionale la contribution étatique qu'il affectait autrefois à l'entreprise nationale. S'y ajoute une dotation pour le renouvellement des locomotives et des voitures affectées aux services sur la base de prix fixés à l'avance et d'amortissements programmés. Les régions auront leurs machines distinctes en propre. Ajoutons qu'une dotation sera aussi versée pour compenser les réductions tarifaires sociales (invalidités, familles nombreuses, abonnement pour scolaire et étudiant).

C – La régionalisation comme porte ouverte à la concurrence ferroviaire locale voulue par Bruxelles ?

Comme nous l'avons dit, la réforme de 2001 met fin à un cycle, le cycle français de la décentralisation en matière ferroviaire. En revanche, il en ouvre un autre de façon insidieuse et en tous les cas très certainement de façon involontaire, celui de la concurrence ferroviaire locale prônée par Bruxelles. Les autorités communautaires préparent en effet un règlement relatif aux transports terrestres de voyageurs dont l'idée phare est la « concurrence régulée ». Sous cette expression on retrouve la volonté de la Commission de généraliser la délégation de service public¹⁰⁵. La SNCF se retrouvera alors en concurrence avec d'autres opérateurs sur les

¹⁰⁵ Proposition modifiée de règlement relatif à l'action des Etats membres en matière d'exigence de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable. COM (2004)107 final.

lignes locales ce qui constituerait une petite révolution mais le secteur du rail n'en a-t-il pas déjà connu tellement ?

La France s'est fermement opposée à cette réforme. Toutefois, en mettant en place la régionalisation elle a aussi donné aux Assemblées locales un pouvoir dont elles seraient bien inspirées de jouir à l'heure de la libéralisation locale. D'ailleurs, les élus locaux, au nom de la meilleure gestion possible des deniers publics pourront toujours avancer que le concurrence fait économiser de l'argent au contribuable sans le léser du côté des services publics.

La Commission a toutefois proposé des exceptions. L'attribution des contrats dont la valeur annuelle est inférieure à un montant de 1 million d'euros ou de 3 millions pour les contrats regroupant l'ensemble des exigences de service public de l'autorité compétente sera exonérée de mise en concurrence. Reste à savoir à qui cela profitera ? A la SNCF qui par le lobbying et sa qualité d'opérateur historique récupéra naturellement ces contrats ou aux nouveaux entrants dans l'hypothèse où ils sont vraiment plus compétitifs en terme de qualité et de rapidité. Par ailleurs le problème de l'indemnité dans le cas d'un contrat sans appel d'offre devra être résolu par le règlement. Il ne devrait pas se poser en cas d'appel d'offre, le processus de compétition permettant par lui-même de fixer un prix.

Des obligations dans ce cadre seront imposées aux opérateurs qui exploitent des services inclus dans un contrat de service public. Des obligations comptables très rigoureuses sont ainsi proposées et ce, que le contrat ait été attribué directement ou avec un appel à la concurrence. Le règlement énumère par exemple de façon précise les conditions auxquelles doivent satisfaire ces présentations comptables (comptes d'exploitation séparés, pourcentage de frais généraux imputés à l'activité visée etc.). Ces obligations sont jugées comme « fortes » par les experts du secteur qui estiment que l'on évitera ainsi tout détournement anticoncurrentiel des contributions versées dans le cadre des services publics. Notons que si la mise en concurrence au niveau local des entreprises ferroviaires constituera une nouveauté, en revanche d'un point de vue juridique le droit français n'en sera pas fondamentalement changé car les dispositions du Code des marchés publics aboutissent déjà à proposer les instruments d'une concurrence régulée.

La SNCF devra donc affronter la concurrence partout et dans tous les secteurs... comme une entreprise privée ; mais qu'advient-il alors du service public ?

III – Pérenniser le service public du transport :

Il ne s'agira pas dans le cadre de ce bref développement de revenir sur la notion de service public et les contraintes qu'elle impose en terme de concurrence, nous en avons déjà parlé et nous proposons plutôt ici d'analyser la situation de ces services dans les prochaines années. L'exemple du rail est à cet égard tout à fait édifiant car il semble difficile de concevoir que ce moyen ne sera pas toujours, dans le futur, un support du service public et en même temps on conçoit bien que le modèle français ne peut se perpétuer sans être modifié.

Tout d'abord, il faut d'ores et déjà évacué la question du devenir des services publics « à la française ». Il nous semble en effet qu'en matière de transport ferroviaire ce concept ne peut plus être utilisé comme un modèle. Tout d'abord parce que la notion de service public n'a pas en droit français la même intensité, composition et finalité qu'en droit communautaire où on se réfugie plus volontiers derrière les termes de SIEG ou de service universel. Or, le processus de libéralisation voulu par Bruxelles démontre bien qu'à côté de l'ouverture à la concurrence les Etats ont voulu aussi assurer le service universel. Cela signifie donc qu'à terme il faudra tirer un trait sur la notion de service public « à la française » pour préférer la version communautaire de service universel. Cela ne veut d'ailleurs pas dire que la théorie française du service public va disparaître. Elle va au contraire se greffer sur celle de service

universel en y ajoutant ses atouts, on pense à la qualité de la desserte des services, et en se dépouillant de ses défauts, on pense ici au déficit abyssal de la SNCF.

Faut-il pour autant se réjouir de la disparition de ce concept traditionnel et national ? Après tout n'avait-il pas fait la preuve de son efficacité en terme de qualité, ne répondait-il pas dans l'ensemble aux besoins des usagers ? En réalité il n'y a ni lieu de s'en réjouir, ni lieu de s'en offusquer, il faut l'accepter. Loyola de Palacio en charge de ces dossiers au niveau communautaire a pu ainsi rappeler que la concurrence n'exclut pas le service public et « qu'elle n'hésitait pas à autoriser des aides d'Etat pour maintenir des liaisons de service public ». C'est en fait notre schéma traditionnel de service public qui va être remplacé par un autre. Fini le temps où un fournisseur naturel se voyait charger du poids immense du service public des transports ferroviaires. Désormais les autorités nationales devront faire jouer la concurrence et octroyer des concessions à partir de procédures équitables et non discriminatoires et ce comme c'est déjà le cas dans bien d'autres secteurs.

Se faisant nous verrons peut être apparaître un Etat et des collectivités locales plus efficaces. On peut en effet imaginer qu'ils seront d'autant plus attentifs au respect des missions de service public en terme de qualité et de sécurité qu'ils ne se perdront plus dans une multitude d'activités ou au contraire dans un abandon de leur prérogative. En somme, pour ne plus être abandonné le rail devait être libéralisé et parce qu'il est libéralisé les services publics doivent encore mieux être assurés. Ajoutons que dans le cadre régional ces missions sont le plus souvent parfaitement respectées grâce à une écoute de la population et à une combinaison entre les transports ferroviaires (TER, train de banlieue et tramway) et les transports routiers (cars). Rappelons d'ailleurs pour illustrer le propos que le Cour de justice des Communautés européennes veille aussi au respect de ces exigences. Ainsi dans le cadre du règlement 1191/69 relatif à l'action des Etats 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, la CJCE a eu l'occasion d'affirmer que les entreprises de transport n'avaient aucun droit à demander la suppression, totale ou partielle, d'une obligation de service public dès lors que les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer si la « garantie de fourniture de transports suffisants » exige ou non le maintien d'une telle obligation de service public¹⁰⁶.

Le service public des transports n'est donc pas à notre sens menacé par la libéralisation, bien au contraire il est protégé par la volonté de Bruxelles d'accompagner l'ouverture à la concurrence d'une affirmation claire de la place fondamentale de ces services dans l'Union. En France, en revanche, il faut s'attendre à terme à un bouleversement de l'organisation des services publics du transport tels que nous les connaissons aujourd'hui. Cette organisation ne pouvait perdurer et il faut donc espérer que la France saura conserver ses atouts et corriger ses faiblesses.

¹⁰⁶ CJCE, 17 septembre 1998, Affaire Kainuun Likkenne OY.

CONCLUSION :

A l'inverse des trains de fret, la libéralisation du secteur ferroviaire a connu assez peu de retards et il n'apparaît pas interdit de qualifier cette réforme de véritable succès. Certes, beaucoup reste à faire et l'agrandissement de l'Union autour de dix nouveaux entrants apporte son lot de défis que ce soit en matière de sécurité ou d'interopérabilité. Mais tout de même depuis la première directive 91/440 beaucoup de chemin a été parcouru.

Le pari était pourtant loin d'être gagné d'avance. La politique des transports représentait en effet pour nombre d'Etats un pré-carré à partir duquel ils pouvaient modeler leur territoire à leur gré et favoriser l'enrichissement de leur économie en reliant entre eux les hommes et les industries. Toutefois l'Europe s'était aussi construite dans le même temps sur un projet de croissance commune favorisée par l'émergence d'un marché intérieur harmonisé. Difficile dès lors pour les Etats de nier qu'une politique commune en matière de transport et particulièrement en matière de rail était justifiée pour permettre l'expansion des échanges intracommunautaires. En somme, le transport s'est révélé incontournable pour tisser et renforcer des liens solides entre les économies des différents Etats membres. Et puis l'Europe s'est aussi voulue sociale. Le Vieux continent ne pouvait alors plus longtemps fermer les yeux sur la situation de déclin du secteur ferroviaire européen. Pour pérenniser les emplois il fallait donc redynamiser ce marché qui, face à l'engorgement des routes, constitue toujours une alternative de choix pour les échanges. Enfin, il s'agissait aussi de rapprocher les européens entre eux et donc de favoriser le regain du trafic passager et pourquoi pas construire un réseau européen du service public ferroviaire.

Face à ces différents constats et projets, la Commission a décidé dès 1991 de donner une impulsion nouvelle au transport ferroviaire européen qui vivait depuis trop longtemps sur le même modèle. Les autorités communautaires ont donc lancé l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire pensant que c'était là le seul moyen de sauver cette industrie en déclin. La directive « mère » de 1991 a dans un premier temps graver dans le marbre quatre principes fondamentaux et indispensables à toute ouverture : la liberté de gestion des entreprises ferroviaires, la mise en place de mécanisme adéquats pour réduire l'endettements de ces entreprises, la séparation de la gestion de l'infrastructure de la gestion des services de transport et enfin l'organisation de l'accès des tiers au réseau. Œuvre de compromis le texte 91/440 a souvent été jugé trop timoré, bien sûr il ne résolvait pas tous les problèmes mais il a tout de même donné un signe très fort de changement. Des « directives sœurs » ont ensuite été adoptées en 1995 pour permettre à ce premier pas d'être pleinement franchi. Elles concernaient deux aspects tout à fait cruciaux à savoir l'attribution des licences d'entreprises ferroviaires et la répartition des capacités d'infrastructure. Ce sont elles qui ont permis notamment en Allemagne et en Belgique une ouverture maîtrisée et régulée de la concurrence. Toutefois, trop d'imperfections transparaissent encore de ces textes notamment à cause d'une transposition parfois timide de certains Etats. Ainsi, l'autorité chargée d'attribuer les fameux sillons pouvait aussi être une entreprise ferroviaire ce qui créait de facto un conflit d'intérêt latent. Face à cette situation, les services de la Commission ont décidé de reprendre en main la libéralisation du secteur ferroviaire et ce d'autant plus que le regain espéré en terme de vitalité n'avait pas été constaté.

Près de 10 ans après la directive 91/440, l'Union européenne s'est donc dotée d'un premier paquet européen visant à résoudre les difficultés du passé et permettre de relever les défis de l'avenir. Tout d'abord, une ouverture plus large des marchés a été décidée autour de deux dates : le 15 mars 2003 pour le fret international et le 1^{er} janvier 2006 pour l'ensemble du fret en Europe. Ensuite, les systèmes de régulation ont été clarifiés et affermis au moyen d'une séparation comptable plus nette des activités au sein des entreprises ferroviaires.

L'accès à l'infrastructure a aussi été rendu plus transparent puisque ce sont des entreprises qui ne sont pas elles-mêmes fournisseurs de transports ferroviaires qui ont pour fonction de garantir l'accès. Enfin, une tarification de l'accès aux infrastructures a été adoptée. Mais la Commission ne s'est pas arrêtée en si bon chemin et dans une sorte de frénésie normative a proposé deux nouveaux paquets dont le deuxième est d'ores et déjà adopté et dont le troisième est en cours de négociation. Le deuxième paquet constitue à notre sens un ensemble de textes de transition s'attachant non plus à l'organisation stricto sensu de la concurrence mais plutôt à son bon fonctionnement. Un élan très net est donné en matière de sécurité et d'interopérabilité des trains en Europe. Cet aspect vise à diminuer les temps de parcours des trains de fret et de passagers et favoriser la sécurité des marchandises et des personnes transportées. Avec la création de l'Agence ferroviaire européenne c'est aussi l'harmonisation des normes techniques qui est recherchée. Cela est tout à fait fondamental dans le cadre de l'ouverture à l'Est de l'Union car on sait que c'est là un des talons d'Achille de ces nouveaux entrants. Quant au troisième paquet en discussion, il innove surtout en matière de concurrence en proposant l'ouverture du trafic passager à l'horizon 2010 alors que la question avait été bien souvent repoussée aux calendes grecques par les Etats au premier rang desquels la France. Le nouveau paquet tend aussi à développer la logique de qualité dans le domaine du transport de marchandises et de voyageurs.

Mais cette ouverture, presque à marche forcée pour ce qui est des deux derniers paquets, ne pouvait se soustraire aux contraintes de la concurrence. Le bouleversement occasionné par le passage d'une situation de monopole à une situation de compétition a en conséquence aussi modifié l'application du droit de la concurrence dans le secteur ferroviaire. Il a fallu tout d'abord changer les critères d'analyse et prendre en considération de nouvelles délimitations de marché. Ensuite et surtout il fut nécessaire de concilier contrainte de la concurrence et contrainte de service public. Ce fut nécessaire au niveau organisationnel pour s'assurer que la libéralisation n'entravait pas le service public et le minimum garanti, ce le fut aussi en terme financier puisqu'il fallait s'assurer que les anciens opérateurs historiques jouent le jeu de la concurrence en dehors de toutes subventions croisées, aides d'Etat prohibées, ententes ou abus de position dominante. La commission a donc veillé à ce que les exigences du traité soient toujours respectées par les gestionnaires d'infrastructure comme par les entreprises ferroviaires. Cela a pu être notamment fait au travers d'une directive transparence adoptée en 1980, modifiée en 2000 et à nouveau réactualisée en 2004.

Mais ce processus communautaire de réforme fut-il bien accueilli par les pays membres ? Pour répondre à cette interrogation on peut analyser la situation française, l'hexagone ayant une longue tradition de service public en matière de transport ferroviaire. Or, force est de constater que la rupture fut en France difficile. En premier lieu, le Parlement a toujours transposé les textes européens à minima, n'allant jamais plus loin que le strict nécessaire et rendant presque inefficace la structure originale qu'il avait lui-même créée pour gérer le Réseau en 1997 à savoir RFF. Le poids trop grand de la SNCF dans les procédures d'accès et d'attribution du réseau ferré national a en effet jeté le trouble sur le schéma d'organisation français. Les directives communautaires si elles ont aidé à l'éclaircissement en la matière n'ont toutefois pu empêcher la France de confier à la SNCF un rôle qui reste encore trop important et qui ne permet pas de façon satisfaisante de dissocier les fonctions de régulation de celles d'exploitation.

Aujourd'hui, la France se doit de relever trois défis. Sauver en premier lieu le fret SNCF de la faillite dans un contexte européen d'ouverture à la concurrence. Louis Gallois a ainsi proposé un plan Fret 2006 qui est pour beaucoup celui de la dernière chance. D'autre part, si la France a mis en place un système pertinent de régionalisation au niveau des transports ferroviaires, saura-t-elle relever le défi de la concurrence locale qui est dans les cartons de Bruxelles autour du projet de réforme du règlement de 1969 sur les obligations de

service public en matière de transport ? Enfin, c'est plus largement la question de l'avenir du service public « à la française » qu'il faut poser. Il nous semble en effet qu'en matière de transport ferroviaire une lente et inéluctable révolution est ici en œuvre.

En somme, l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire nous invite à un nouveau mode de raisonnement, à une nouvelle logique. Il faut désormais que les Français fassent bien la distinction entre la mission de service public et l'entreprise publique elle-même. L'un n'est plus synonyme de l'autre mais l'un n'est pas non plus exclusif de l'autre si l'entreprise publique sait être concurrentielle. Dans l'optique de la régionalisation et de l'ouverture locale de la concurrence, la SNCF devra par exemple se battre à armes égales avec d'autres entreprises ferroviaires pour convaincre les assemblées régionales de son savoir faire et de sa qualité de service. Nous devons aussi apprendre à distinguer trois facettes de l'Etat : l'Etat actionnaire, l'Etat régulateur du marché et l'Etat fournisseur de service public. Dans ses trois fonctions, les autorités publiques ne poursuivent pas les mêmes finalités puisqu'il s'agit soit de gérer une entreprise publique, soit de favoriser la transparence et l'efficacité du marché, soit d'offrir au public le meilleur service possible. L'Etat régulateur ne doit ainsi pas avantager l'Etat actionnaire comme il ne doit pas non plus entraver l'action de l'Etat fournisseur de service public. Il en va de la bonne marché de la concurrence, des échanges et donc de la croissance économique. Enfin, il nous semble que va de plus en plus se développer une culture de la transparence au sein des comptes de l'entreprise publique. Avec l'arrivée de la concurrence les contribuables vont en effet pouvoir réclamer aux autorités publiques des explications sur la gestion des services publics et leur coût.

Toutefois, ne nous leurrions pas, pour l'instant l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire est pour une très large majorité de Français un mystère. Lors de la dernière grève nationale des cheminots contre le plan fret 2006 en mai 2004, les médias ont pu souligner que pour la plupart des passagers la notion de fret leur était totalement étrangère. Le véritable changement est donc à venir, lorsque les usagers eux-mêmes goûteront à la concurrence. La Commission prévoit cela pour l'horizon 2010. Nul ne peut pour l'instant prédire s'il s'agira alors d'un ciel d'azur ou d'un ciel d'orage.

BIBLIOGRAPHIE

Articles de doctrine :

Alain ALEXIS, Transports ferroviaire et concurrence : les principaux apports de la Directive 91/440, Droit européen des transports, N°4 de 1993.

Laurence IDOT, L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence, Cahier de droit européen, N° 3 et 4 de 1995.

Denis BROUSSOLLE, La création de Réseau ferré de France, AJDA du 20 mai 1997, Page 456.

Christian LAVIALLE, La loi du 13 février 1997 créant « Réseau ferré de France » et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires, RFDA, Juillet-Août 1997, Page 768.

Yannick MOREAU – Jean-Michel GLACHANT, Ladislav PARME, La réforme des chemins de fer français, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, Décembre 1997, N°538.

Damien GERADIN, L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau : analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation, Cahier de droit européen, N°1 de 1999.

Jan WOUTERS, Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat, Revue du marché unique européen, N°2 1999.

Jean-Charles LOUPIEN, Le système ferroviaire français face au droit communautaire, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, Mai 2000.

Pierre BEGAULT, Domaine public, le cas de Réseau ferré de France, La semaine juridique du 4 mai 2001, Page 816.

Perrine LIMOUSIN et Bruno CANTIER, Libéralisation du secteur ferroviaire : l'adoption de trois nouvelles directives renforce la concurrence, Les petites affiches du 17 mai 2001, N°98, Page 15.

Laurence IDOT, Transports ferroviaires, Revue Europe, Mai 2001, N°5, Page 28.

Denis BOUSSOLE, La régionalisation ferroviaire, AJDA Mai 2002, Page 435.

Alain SAUVANT, « Ouverture du fret ferroviaire à la concurrence : quelles conséquences potentielles ? », Note de synthèse du SES, Janvier-Février 2003.

Entretien avec Loyola de Palacio, Transports : l'Europe face à ses choix, Les petites affiches du 30 janvier 2003, N°22, Page 5.

Perrine LIMOUSIN et Ludovic BABIN, Projet de règlement communautaire sur les obligations de service public dans le secteur des transports, Les petites affiches du 25 février 2003, N°40, Page 7.

Laure GAUTHIER, L'accès des tiers au réseau ferroviaire français, AJDA du 25 août 2003, Page 1441.

A propos de l'arrêt de la CJCE Altmark Trans du 24 juillet 2003, Contrat, Concurrence, Consommation, Décembre 2003, Page 30.

Martina MAIER, Libéralisation du fret ferroviaire après le premier paquet ferroviaire européen, Revue Europe, N°7 de 2003, Page 4.

Ghislain BOURLON, L'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire en Europe, CDMT, 28 janvier 2004.

Michaël KARPENSCHIF, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? », Les petites affiches du 30 mars 2004, N°64, page 4.

Documents institutionnels :

« Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires ». Livre blanc issu des travaux de la Commission européenne – 30 juillet 1996.

« Les services d'intérêt économique général en Europe ». Communication de la Commission, JO C 281 du 26 septembre 1996.

« 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 transports dans l'Union européenne ». Livre blanc issu des travaux des services de la Commission européenne – 1998.

« La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix ». Livre blanc issu des services de la Commission européenne – 2001.

« Les services d'intérêt général en Europe ». Seconde communication de la Commission européenne. COM (2000).

« Poursuivre l'intégration du système ferroviaire européen : le troisième paquet ferroviaire ». Communication de la Commission. 3 mars 2004.

« Fret ferroviaire français : la nouvelle bataille du rail ». Rapport des Sénateurs François GERBAUD et Hubert HAENEL – 11 mars 2004.

« Le document de référence » de Réseau ferré de France.

Textes normatifs communautaires et français :

Directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaires, modifiée par la directive 2001/12/CE du 26 février 2001.

Directive 95/18/CE du Conseil en date du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires, modifiée par la directive 2001/13/CE du 26 février 2001.

Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructures ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

Directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, modifiée par la directive 2000/52/CE.

Règlement CEE n°1191/69 du 26 juin 1969 relatif à l'action des Etats 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.

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, modifiée par la loi n°2002-276 du 27 février 2002.

Décret N°83-816 du 13 septembre relatif au domaine confié à la SNCF, modifié par les décrets 88-199 du 29 février 1988, 88-563 du 5 mai 1988 et 96-1058 du 2 décembre 1996.

Décret N°83-817 portant approbation du cahier des charges de la SNCF, modifié par les décrets 94-606 du 19 juillet 1994 et 99-11 du 7 janvier 1999.

Décret N°97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de RFF, modifié par le décret 99-11 du 7 janvier 1999.

Décret N°97-445 portant constitution du patrimoine initial de l'établissement public RFF.

Décret N° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national.

Décret N°2000-286 du 30 mars 2000 relatif à la sécurité du réseau ferré de national.

Décret N°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional.

Décret 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national.

REVUE DE PRESSE :

Transports actualités, « Premier train privé sur le réseau ferroviaire belge », le 12 avril 2002.

La lettre du transport et de la logistique, « Fret ferroviaire : la concurrence ouvrira sur le vide », le 27 novembre 2002.

Transports actualité, « Comment le fret ferroviaire européen peut éviter la France », le 7 janvier 2003.

Rail et transport, « Interopérabilité et sécurité, indispensables à l'ouverture de la concurrence », le 8 janvier 2003.

Rail et transport, « Rail : ce qui va changer sur le marché du fret », le 29 janvier 2003.

Les Echos, Dossier Transports, « Le fret s'ouvre à la concurrence », le 5 mars 2003.

Rail et transport, « Libéralisation du fret : c'est parti ! » le 12 mars 2003.

La lettre du transport et de la logistique, « Ferroviaire : coup de projecteur sur quelques grands dossiers de RFF », le 15 mars 2003.

Rail et transport, « Les opérateurs européens en ordre de bataille, la SNCF reste à l'écart », le 27 août 2003.

Le Monde, « L'ambition européenne de la SNCF », le 18 septembre 2003.

Les Echos, « RFF défend la hausse des péages d'infrastructures face à la SNCF », le 2 octobre 2003.

La Croix, « Le Parlement européen veut la libéralisation totale du rail », le 19 novembre 2003.

Rail et transport, « Ferroviaire : le fret joue sa dernière carte », le 7 janvier 2004.

Rail et transport, « Le second paquet ferroviaire en conciliation », le 1^{er} janvier 2004.

La Tribune, « La mutation de la SNCF se fait dans la douleur », le 21 janvier 2004.

Le Figaro, « La grève exacerbe les handicaps de la SNCF », le 21 janvier 2004.

La Tribune, « Interview de Jean-Pierre Duport - Président de RFF », le 27 janvier 2004.

Le Figaro, « La SNCF a contenu ses pertes courantes l'an dernier », le 17 mars 2004.

La tribune, « Les syndicats unis contre le plan fret », le 1^{er} avril 2004.

Les Echos, « Premier coup de semonce contre le plan de redressement de l'activité fret », le 13 mai 2004.

Sites Internet :

www.fret.sncf.com.fr / www.transports.equipement.gouv.fr / www.europa.eu.

