



HAL
open science

Gestion des gares ferroviaires et droit de la concurrence

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Gestion des gares ferroviaires et droit de la concurrence. Droit administratif, 2016.
hal-01673421

HAL Id: hal-01673421

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01673421v1>

Submitted on 11 Jul 2023

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

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

Gestion des gares ferroviaires de voyageurs et droit de la concurrence

Droit Administratif n° 10, Octobre 2016, alerte 110

ARAFER, Étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France, juill. 2016.

Pour tous ceux qui auraient éventuellement raté le train des problématiques concurrentielles relatives aux gares ferroviaires de voyageurs, la récente étude de l'ARAFER (Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières) portant sur leur gestion constitue un excellent moyen de rattraper le (bon) wagon. Dévoilée en juillet 2016, elle œuvre en effet avec exhaustivité, pédagogie et prospective à cerner l'ensemble des enjeux affectant ces infrastructures, dans un contexte normatif marqué par l'ouverture pleine et entière de la concurrence au transport de voyageurs à l'horizon 2020 (V. « Quatrième paquet ferroviaire » en cours d'adoption), et la refonte concomitante de l'organisation institutionnelle interne du secteur ferroviaire (*L. n° 2014-872, 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : JO 5 août 2014, p. 12930*).

Point de départ de l'étude, on se permettra, dans son sillon, de rappeler l'état de la situation. La directive (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, 21 nov. 2012, art. 13 : JOUE n° L 343, 14 déc. 2012, p. 32*) impose aujourd'hui que l'autorité en charge de la gestion des gares dispose d'une indépendance organisationnelle et décisionnelle vis-à-vis de tout opérateur de transport ferroviaire. Rien de franchement nouveau : ici comme ailleurs (dans le secteur énergétique notamment...), il ne s'agit que d'une manifestation du principe communautaire de séparation fonctionnelle des activités, imposant, outre celle entre opérateurs et régulateurs, une séparation entre opérateurs et gestionnaires de réseaux. On peut en expliquer les raisons simplement : si l'opérateur historique conservait la gestion des infrastructures, un conflit d'intérêts naîtrait. Il pourrait tenter d'en réserver l'usage à ses propres services et, en sens inverse, d'en limiter celui de ses concurrents par des tarifs discriminatoires, des refus injustifiés ou des pratiques dilatoires. S'agissant des gares, l'exigence de séparation paraît renforcée, que l'on songe à la nécessité, pour chaque opérateur, de vendre en leur sein des prestations intégrées (billets) et complémentaires (salles d'attente, locaux...) ou, encore, au caractère crucial de l'information dispensée aux voyageurs. Autant de potentialités qui, en l'espace de quelques années, n'ont cessé de se réaliser en France, attirant l'ire – dramatiquement constante – de l'Autorité de la concurrence ou de l'ARAFER (V. par ex. *Aut. conc., avis n° 13-A-14, 4 oct. 2013, . – Aut. conc., déc. n° 12-D-25, 18 déc. 2012, . – ARAF, délib. n° 2012-017, 18 juill. 2012. – ARAF, avis n° 2011-014, 15 juin 2011*). Pourquoi donc ? En restant dans la métonymie ferroviaire et par courtoisie, parce que le droit français a globalement multiplié, au fil du temps, les erreurs d'aiguillage, témoignant, en creux, du souci assez peu manifeste de mise en adéquation avec les exigences concurrentielles issues du droit de l'Union européenne (V. déjà en ce sens, *A. Antoine, La France et la concurrence : AJDA 2014, p. 1409*).

Tout avait pourtant, sur le papier, bien commencé : anticipant, semble-t-il, les exigences communautaires, la France avait procédé en 1997 à une séparation patrimoniale et fonctionnelle, en confiant à RFF à la fois la propriété des infrastructures ferroviaires et leur gestion. La théorie des apparences y aurait peut-être trouvé son compte ; le droit de la concurrence un peu moins. Outre qu'il s'agissait, par ce biais, d'apurer (transférer ?) la dette abyssale de la SNCF, la cession

patrimoniale n'en était pas moins amputée d'un élément déterminant, les gares, dont la propriété était conservée par la SNCF, RFF se voyant seulement attribuer celle des quais, marquises et passages menant aux quais. Vingt ans plus tard, si l'on veut bien omettre quelques évolutions un brin cosmétique, rien n'a véritablement changé. La loi du 4 août 2014 a certes procédé à la création d'un pôle public ferroviaire unique (EPIC « de tête » – SNCF) réunissant deux autres EPIC : d'une part *SNCF-Mobilités*, en charge de l'activité opérationnelle de transports ; d'autre part, un gestionnaire d'infrastructure unifié, *SNCF-Réseau*. Mais quant aux gares, elles demeurent dans le giron de l'opérateur de transports *SNCF-Mobilités*, la SNCF ayant néanmoins consenti à créer un simili d'indépendance, en confiant leur gestion à une direction autonome, *Gares & Connexions...* Autonomie que l'ARAFER s'est, depuis lors, chargée de vertement remettre en cause, en relevant sa dépendance budgétaire, décisionnelle et humaine vis-à-vis de *SNCF-Mobilités* (ARAFER, 18 juin 2016, avis n° 2016-094). C'est dans ce contexte, à peine cicatrisé, que le présent rapport s'inscrit et prend tout son intérêt.

Son premier mérite consiste d'abord à rappeler quelques évidences (en sont-elles ?) sur les caractéristiques et la nature juridique des gares de voyageurs : une gare constitue tout à la fois une « infrastructure essentielle » (p. 7), un « centre intermodal de transport de voyageurs » (p. 8) et « un marché biface » (p. 9). Nul étonnement quant au premier constat : on sait depuis longtemps que les gares en réunissent les critères (l'infrastructure doit être détenue ou gérée par une entreprise en situation de position dominante ; l'accès à l'infrastructure est indispensable à l'exercice d'une activité concurrente sur le marché aval, amont ou complémentaire ; la reproduction de l'infrastructure n'est pas raisonnablement envisageable et il n'existe aucun substitut réel (V. *Cons. conc.*, avis n° 02-A-08, 22 mai 2002). Cela va toujours mieux en le disant, lorsque l'on voit – à regret – le juge administratif rejeter cette qualification pour des infrastructures semblables (les stations de métro), que les gares ferroviaires accueillent d'ailleurs parfois en leur sein (CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP : *JurisData* n° 2012-010865). S'agissant du caractère intermodal des gares, la SNCF s'est déjà fait rappeler à l'ordre (V. *Aut. conc.*, avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009. – *Aut. conc.*, déc. n° 10-DCC-02, 12 janv. 2010, . – *Aut. conc.*, déc. n° 13-D-16, 27 juin 2013) sur les risques d'abus de position dominante en faveur de ses filiales gestionnaires de parking (*Effia*), ou « routières » (*Keolis*) ; dans le contexte d'ouverture à la concurrence du secteur des autocars, la mise en garde n'en possède que plus de valeur. Enfin, à l'ère de « l'exploitation du domaine public », d'aucuns ignorent que les gares constituent des dépendances convoitées par les opérateurs économiques, le risque d'abus de la part du gestionnaire vis-à-vis des occupants n'étant pas hypothétique. Une récente décision va en ce sens (*Aut. conc.*, déc., n° 15-D-15, 18 nov. 2015) ; son intérêt est d'autant plus manifeste que l'Autorité de la concurrence parvient d'une part à retenir sa compétence en se fondant sur la nature privée du contrat de sous-occupation domaniale et, d'autre part, à sanctionner l'abus de position dominante du gestionnaire. Double conclusion à saluer, bien que, en contrepoint, elle mette en perspective à la fois les défauts liés à la « répartition concurrentielle » du contentieux et la rareté de l'assimilation entre gestion domaniale et activité économique. L'intérêt de l'étude de l'ARAFER serait néanmoins relatif si elle s'en tenait à ces quelques constats. Fort heureusement, elle ne s'en contente pas, en se prononçant sur les évolutions à mettre en œuvre.

En premier lieu, quant à la répartition de la propriété des gares. Si comparaison n'est pas raison, l'étude met en relief le caractère isolé de la « solution » française. Seule la France et, dans une moindre mesure, la Suède et la Finlande, connaissent la division patrimoniale byzantine entre les gares et le reste du réseau ferroviaire (y compris les quais). Outre la cohérence économique pour le moins discutable de cette répartition (l'étude de pointer les contraintes générées en terme d'investissement, de chaîne décisionnelle...), celle-ci œuvre à contre-courant de l'unité patrimoniale. On se souvient que c'est pourtant à propos des gares qu'était née la théorie de la domanialité publique globale, laquelle, par essence, marquait le caractère indissociable de ces infrastructures, de leur protection et de leur gestion (CE sect., 5 févr. 1965, n° 57781, *Sté lyonnaise des transports* : RD publ.

1965, p. 493, concl. Y. Galmot ; GDDAB, Dalloz, 2e éd., n° 36, p. 353, note C. Chamard-Heim). Au-delà, l'étude met en lumière combien cette division de la fonction patrimoniale se double d'un phénomène de dispersion de la fonction gestionnaire, *Gares & Connexions* externalisant en partie son activité. L'étude ne condamne pas, en tant que tel, le phénomène ; on pourra peut-être regretter (mais il n'appartient sans doute pas à l'ARAFER de se prononcer sur ce point) le défaut de réflexions quant à ce choix : à l'heure où l'on présente la fonction patrimoniale comme hautement frugifère, on peut en effet s'interroger sur l'œuvre potentielle de « privatisation des profits » (et son vase communicant, « la socialisation des pertes »), révélatrice, en tout cas, d'une certaine schizophrénie patrimoniale. Si l'étude, donc, ne condamne pas cet état de fait, elle en tire les conséquences. D'une part, faute d'identification claire des gestionnaires, l'information est peu lisible ; d'autre part, et surtout, le modèle tarifaire pratiqué est excessivement complexe et inefficace, les opérateurs devant – entre autres complications – à la fois acquitter une redevance pour l'accès aux voies (à SNCF-Réseau), mais aussi pour l'accès aux gares et aux prestations offertes par le gestionnaire (à *Gares & Connexions*). L'ensemble des problèmes rencontrés amène dès lors à une conclusion que, las peut-être, dresse l'ARAFER : le patrimoine en gare doit être affecté à une même entité (p. 17). Restait à déterminer à laquelle et si, le cas échéant, celle-ci doit devenir également gestionnaire du réseau.

Sur ce second point, l'étude marque d'abord une certaine réserve, puisque c'est seulement par la négative qu'elle se prononce, en excluant l'attribution (encore actuelle, rappelons-le) de la propriété des gares à l'opérateur de transport. Il faut admettre que, à ce stade, le droit de l'Union européenne n'impose aucunement une dévolution des biens à tel ou tel opérateur, public ou privé. La Commission n'a toutefois jamais caché, dans d'autres domaines (V. par ex. *PE et Cons. UE, dir. n° 2009/72/CE, 13 juill. 2009, § 11 des motifs : JOUE n° L 211, 14 août 2009, p. 55*), sa préférence pour les systèmes de séparation dits ISO (*Independent System Operator*), où l'infrastructure est confiée à un opérateur qui n'est ni gestionnaire de réseau, ni un groupe opérant sur le marché du transport, et IISO (*Independent Transmission System Operator*) où tant la propriété que la gestion de l'infrastructure sont confiées à un même opérateur. La question de l'appropriation éludée, c'est davantage sur la dévolution de la fonction gestionnaire que se concentre le rapport.

Dénuée de dogmatisme, l'originalité de la première proposition réside dans la distinction quant au sort respectif des gares mono et multi-transporteurs. Dans la première hypothèse (p. 23), l'étude préconise ainsi une solution audacieuse : confier leur gestion (voire la propriété) à l'autorité organisatrice locale du transport, laquelle déléguerait ensuite aux opérateurs de transport leur exploitation effective. Quoique l'on puisse s'interroger sur la portée de la solution (étant donné le nombre de gares concernées) et la réunion de toutes les garanties concurrentielles, la solution aurait le mérite de faire émerger un « donneur d'ordre unique », ces gares, « attachées au service public local » comme l'expose l'étude, étant quasi-exclusivement utilisées par des services conventionnés. Certains railleront peut-être la renaissance d'un Phénix, le « service public à la française », modèle de gestion intégrée du service public... à ceci près – la différence est de taille – que, bien entendu, les opérateurs de transports / gestionnaires opérationnels de gares n'auraient pas forcément un caractère public et seraient préalablement sélectionnés dans des conditions concurrentielles transparentes et non-discriminatoires. Quoi qu'on en pense, on appréciera la finesse d'analyse, démontrant qu'il est probablement moins fécond de combattre frontalement le droit européen de la concurrence que de se glisser dans les interstices qu'il veut bien laisser. Dans l'hypothèse des gares multi-transporteurs, forcément plus emblématique, l'étude se livre à l'analyse des différents scénarii possibles. On se contentera d'en livrer les conclusions brutes. Pour les raisons évoquées précédemment, l'idée même du statu quo est d'abord écartée (p. 26) ; pour des raisons assez semblables de conflits d'intérêts, le rattachement de la gestion des gares à l'EPIC « de tête » l'est tout autant (p. 25). La solution consistant à confier la gestion des gares à une « véritable » filiale de SNCF-Mobilités n'emporte pas davantage l'adhésion tant il faudrait, pour satisfaire aux exigences

d'indépendance, dresser des « murailles de Chine » (p. 25) entre la filiale et sa maison-mère. Comme l'on devait s'y attendre, l'ARAFER accorde logiquement ses faveurs à deux hypothèses. En premier lieu, la dévolution de la gestion des gares au profit de SNCF-Réseau, soit directement (mais sous réserve, de clarifier le transfert de personnel de SNCF-Mobilités à son profit et sa trajectoire financière, dans un contexte de renouvellement du réseau) soit par la création d'une filiale qui en dépendrait. En second lieu, l'étude ouvre la porte en faveur de la privatisation, en validant l'hypothèse conduisant à créer une société anonyme à capitaux publics détenue par l'État.

Avec un peu de mauvais esprit, ces propos finaux pourront être perçus en filigrane comme la manifestation d'un doute plus global quant au choix, entériné par le législateur en 2014, de faire appel à la forme d'EPIC pour la gestion du secteur ferroviaire. Un signe peut être de cet « entrain mesuré » : après avoir émis – et globalement validé – l'hypothèse de créer, à côté de SNCF-Réseau et SNCF-Mobilités, un troisième EPIC pour la gestion des gares (p. 26-27), l'étude ne la retient pas au stade des préconisations conclusives. Si cette défiance existe vraiment, on aurait du mal à en blâmer l'ARAFER, tant le choix de recourir à la forme d'EPIC interpelle au regard des risques d'aides d'État (via l'existence d'une « garantie illimitée ») inhérents à ce statut (V. notamment *CJUE*, 3 avr. 2014, *aff. C-559/12 P, République française c/ Commission* : *JCP A* 2014, 2160, *étude G. Eckert* ; *Dr. adm.* 2014, *comm.* 25, *note M. Bazex*). La jurisprudence communautaire n'est certes pas avare de contradictions et de détours juridiques : elle ne suscite pas, loin s'en faut, l'adhésion. Certains thuriféraires de l'EPIC pourraient d'ailleurs prendre appui sur la récente décision du Tribunal de l'Union censurant l'existence d'une garantie illimitée au profit de l'Institut français du pétrole (*Trib. UE*, 26 mai 2016, *aff. T-479/11 et aff. T-157/12, France et IFP Énergies Nouvelles* : *Europe* 2016, *comm.* 245, *note L. Idot*). Ce serait cependant aller vite en besogne, tant cette décision doit être lue avec prudence, la censure étant davantage fondée sur les insuffisances probatoires de la Commission que sur une quelconque remise en cause du raisonnement décelant l'existence d'une aide dans ce statut. D'autres pourront légitimement réhabiliter, dans certains contextes, les mérites d'une telle forme statutaire (*N. Gabayet, L'établissement public, un procédé à reconsidérer ?* : *JCP A* 2016, 2099 et 2104). Mais, s'agissant du secteur ferroviaire, on se permettra d'être plus circonspect au regard de l'indépendance minimaliste que garantit cette option. Un premier pas pour la renforcer consisterait, en tout état de cause, à se saisir à très grande vitesse des conclusions portées par la présente étude au sujet des gares ...