

CHAPITRE 5

Aspects juridiques

Ce chapitre traité par CLC Juridique et Fiscal a fait l'objet d'un tome séparé mais les principales conclusions ont été reprises dans la conclusion de ce présent rapport.

Sommaire

Introduction

I. Présentation du projet

II. Les questions juridiques posées par le projet

III. Analyse juridique

A. Les contraintes liées au cadre législatif du transport ferroviaire

1. Les arguments non retenus

- 1.1. Les textes nouveaux qui ont réformé le secteur ferroviaire français.
 - a. La régionalisation
 - b. La création de RFF
- 1.2. Les dispositions communautaires

2. Les arguments retenus

- 2.1. L'absence de disposition législative explicite
- 2.2. L'avis rendu par le Conseil d'Etat à propos du GIP Transalpes
- 2.3. L'avis rendu par le Conseil d'Etat à propos du financement de la construction du "TGV Sud-Est"
- 2.4. L'article 17 de la loi du 4 février 1995
- 2.5. L'interprétation en fonction de l'effet utile des textes

3. Conclusion

B. Les règles de publicité et de mise en concurrence

1. Octroi de la concession

- 1.1. L'octroi initial de la concession
 - 1.1.1. Les contraintes légales
 - a. Le Code des marchés publics
 - b. La "loi MOP"
 - c. La "loi Sapin"
 - i) *Champ d'application*
 - ii) *La procédure applicable*
 - d. Les directives "marchés publics"
 - i) *Les textes applicables*
 - ii) *La procédure applicable*
 - e. L'absence d'influence de la composition du capital du concessionnaire sur les procédures de mise en concurrence
 - f. Des contraintes supra-légales
 - 1.1.2. La procédure envisageable
- 1.2. Le renouvellement de la concession
 - 1.2.1. Loi Sapin
 - 1.2.2. Directives européennes

2. Choix des contractants du concessionnaire

Introduction

► Présentation de l'étude

Ce rapport consacré aux aspects juridiques de l'étude sur l'organisation de la partie française du projet de liaison ferroviaire transalpine Lyon-Turin fait suite au rapport présenté par Coopers & Lybrand Consultants en janvier 1997 dont une brève synthèse des conclusions est rappelée au § I ci-dessous.

Compte tenu de la complexité et de la nouveauté des questions posées et des limites de temps prévues par le budget de l'étude, seules certaines questions ont été analysées. Toutefois, les autres questions restent posées et mériteraient d'être traitées rapidement dans la mesure où il n'est pas exclu qu'elles soient déterminantes pour conclure à la faisabilité du projet (§ II).

Nous avons donc retenu d'étudier les questions réglementaires liées au monopole confié par le législateur français à l'établissement public Réseau ferré de France ainsi que les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables lors de la mise en oeuvre du projet (§ III).

► Méthode de travail

Nos réflexions ont été menées dans la perspective des textes communautaires. En effet, les textes sont déterminants pour l'évolution des règles de concurrence ainsi que pour l'avenir de la réglementation relative au transport ferroviaire. A ce double titre, il était donc nécessaire de travailler dans cette perspective.

Par ailleurs, certains de nos points de vues ont été confrontés aux juristes de la SNCF que nous avons rencontré à cet effet.

Nous aurions souhaité mener un entretien avec des membres de la Commission européenne afin d'approfondir certains sujets. Il serait, en effet, utile de confronter et enrichir ces conclusions avec un responsable des marchés publics et un responsable des questions ferroviaires au sein de la Commission européenne.

Nous nous sommes contenté, à ce stade, de quelques entretiens téléphoniques sans références au projet. Pour mener ces entretiens, un prolongement de l'étude serait nécessaire.

Notre rapport constitue un argumentaire dont les conclusions devront être confrontées avec les divers intervenants du secteur.

I Présentation du projet

Le rapport de Coopers & Lybrand Consultants cité en introduction concluait notamment.

Il faudrait créer une société concessionnaire, qui par une procédure de sélection recevra une concession pour la construction, le financement et l'exploitation de l'infrastructure à réaliser sur le scénario choisi et qui aura vocation à étendre éventuellement cette concession sur la partie française de Lyon-Turin ultérieurement.

Cette société concessionnaire conclura des contrats de réservation de sillons avec la SNCF, les FS et éventuellement d'autres opérateurs ferroviaires pour l'exploitation technique et commerciale avec leur matériel roulant de TGV, trains de fret, TERGV. En contrepartie, ces opérateurs ferroviaires s'engageront à payer un péage comportant une partie fixe indexée sur le coût des travaux et une partie variable fonction du trafic et des revenus.

Cette société concessionnaire recevrait, dans le respect du droit de la concurrence, une concession exclusive de la part de l'Etat pour une durée de trente ans en plus de la période de construction, la concession étant prolongée chaque fois que des travaux pour des tronçons supplémentaires seraient réalisés.

Pour la réalisation des travaux, la meilleure solution paraît consister à créer un project management indépendant au sein de la société concessionnaire constituée avec l'aide d'un cabinet d'ingénierie ou d'une entreprise (qui ne participerait pas aux travaux) pour le génie civil et la supervision de l'ensemble et avec Systra pour les équipements ferroviaires.

Les contrats de travaux seraient passés (dans le respect des règles de concurrence) directement par la société concessionnaire, et ils seraient autant que possible forfaitaires, en reportant une partie des risques sur les constructeurs, en responsabilisant les project managers par une rémunération fortement incitative, et en reportant sur les pouvoirs publics une partie des risques de force majeure.

Dans tous les cas, la SNCF devrait être impliquée au moins dans des fonctions de co-project manager et de contrôle de la réalisation des travaux conformément au cahier des charges tenant compte des contraintes de l'exploitation qu'elle aura contribué à rédiger.

Le société concessionnaire aurait intérêt à avoir une certaine indépendance dans la définition de sa politique de gestion de l'infrastructure par rapport aux opérateurs ferroviaires, notamment :

- ◆ *en matière de gestion de trafic et d'attribution des sillons,*
- ◆ *en matière de maintenance, pour les travaux continus.*

Elle aurait intérêt cependant à déléguer à la SNCF certains travaux discontinus pour lesquels celle-ci bénéficie d'économies d'échelles et est susceptible de facturer seulement un coût marginal, augmenté d'une marge.

La meilleure option pour l'exploitation commerciale consisterait probablement à louer aux opérateurs ferroviaires des sillons qu'ils réserveraient contre paiement d'un péage.

La société concessionnaire pourrait être soit à majorité publique, soit à majorité privée avec dans tous les cas un actionariat mixte dont l'équilibre devrait être bien dosé.

(...)

En ce qui concerne le mode d'exploitation technique de l'infrastructure, il est apparu que la solution la plus adéquate consiste en ce que la société concessionnaire délègue certaines fonctions et en conserve d'autres.

Il est nécessaire, pour l'exploitation commerciale, que les opérateurs ferroviaires réservant des sillons garantissent un engagement d'utilisation minimum. Dans le cas où un opérateur ferroviaire tiers n'aurait pas pris d'engagements similaires à ceux demandés aux opérateurs réguliers, alors nous avons envisagé de lui réclamer un péage plus élevé.

En ce qui concerne l'engagement des pouvoirs publics, il est souhaitable d'obtenir de l'Etat la garantie d'un crédit stand by pour couvrir des dépassements de coûts et de délais dus à des cas de force majeure. Ce faisant, l'Etat prendrait donc certains engagements nouveaux, mais ne ferait en fait que contractualiser une obligation qu'il pourrait être conduit à assumer¹.

Un des engagements des actionnaires est de participer à un prêt subordonné dans la même proportion que leur participation au capital. Ce prêt subordonné est plus sécurisé que le capital mais sa rentabilité serait moindre.

(...).

¹ En se référant par exemple aux théories de l'imprévision ou de la force majeure, plus généralement au respect de "l'équation financière du contrat".

II. Les questions juridiques posées par le projet

Les questions juridiques posées par le projet sont notamment les suivantes.

1. En premier lieu, il convient de signaler que l'octroi d'une concession pour la construction et l'exploitation d'une ligne nouvelle soulève des questions par rapport au cadre législatif français du transport ferroviaire, en particulier, par rapport aux fonctions attribuées à l'établissement public industriel et commercial Réseau ferré de France (RFF).
2. Viennent ensuite les interrogations sur les procédures de publicité et de mise en concurrence qui ne manqueraient pas d'être posées dès lors qu'une personne publique octroie une concession. Ces procédures sont de nature à remettre en cause des schémas financiers conçus sans prise en compte de ces contraintes.
3. La répartition des fonctions entre le concessionnaire, la SNCF et RFF, mériterait également une analyse détaillée prenant en compte aussi bien les nouvelles répartitions des compétences de la loi créant RFF que les éventuelles faiblesses de cette loi au regard notamment de la réglementation européenne.
4. Par ailleurs, les questions liées à l'attribution des sillons et au calcul des péages doivent être analysées au regard des directives communautaires (en particulier, celle relative à l'attribution des sillons) mais également par rapport au droit de la concurrence (et notamment par rapport à l'affaire "*Eurotunnel*" dont ont été saisies les instances communautaires en charge de la concurrence).
5. D'autres aspects liés à la réglementation européenne mériteraient également une étude comme les questions de concurrence notamment celles liées aux aides publiques. En effet, il convient de souligner que la directive 91/440 *relative aux chemins de fer communautaires* prévoit de manière explicite, dans son article 7 §3 que les financements accordés par un Etat au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doivent être réalisés dans le respect notamment des articles 92 et 93 du Traité de Rome (articles relatifs à l'encadrement des aides publiques).
6. Les aspects relatifs à différentes réglementations françaises soulèvent également des questions. Ainsi, le régime juridique des sociétés d'économie mixte, de l'arbitrage, des conditions auxquelles certaines garanties peuvent être octroyées devraient notamment être analysés.
7. Enfin, l'ensemble des aspects contractuels peut soulever d'importantes questions intrinsèquement liées aux aspects financiers du projet. Les différents contrats, leur régime et leur économie globale devront être approfondis.

III. Analyse juridique

Compte tenu des contraintes indiquées en introduction, n'ont été retenues que les deux premières séries de question.

Nous analyserons donc, d'une part, les contraintes liées au cadre législatif du transport ferroviaire, en particulier, au regard de l'éventuel monopole confié par l'Etat à RFF (A), et d'autre part, les règles de publicité et de mise en concurrence (B).

A. Les contraintes liées au cadre législatif du transport ferroviaire

Il s'agit de savoir si le cadre législatif du transport ferroviaire français permet d'octroyer une concession pour la construction et l'exploitation d'une ligne nouvelle à une société privée (société à capitaux purement privés ou à capitaux mixtes publics-privés).

La question est en fait de savoir si le législateur français a octroyé un monopole à l'établissement public Réseau ferré de France (RFF) par la nouvelle loi N° 97-135 du 13 février 1997.

Cette loi devrait être complétée par trois décrets : l'un relatif au patrimoine, le deuxième relatif aux missions et le troisième relatif aux redevances.

De nombreux arguments peuvent être avancés tant pour soutenir que le monopole légal existe que pour démontrer l'inverse. Certains doivent être évoqués mais ne seront pas retenus (1.). D'autres nous paraissent mériter plus d'attention (2.). L'analyse de ces arguments nous permettra de conclure (3.).

1. Les arguments non retenus

Les nouveaux textes qui ont réformé le secteur ferroviaire français (1.1.) et les textes communautaires relatives à la concurrence (1.2.) ne paraissent pas déterminants pour trancher cette question de l'existence ou non d'un monopole légal en faveur du RFF.

1.1 Les textes nouveaux qui ont réformé le secteur ferroviaire français

Ainsi que l'ont annoncé les déclarations du Premier Ministre, de M. Pons, Ministre des Transports et Madame Idrac², la réforme de la SNCF s'est orientée, du point de vue législatif :

- d'une part, vers la régionalisation des services ferroviaires de voyageurs (a.),
- d'autre part, vers la séparation de l'infrastructure et de l'exploitation avec la création d'un nouvel établissement public industriel et commercial Réseau Ferré de France (b.).

a. La régionalisation

La régionalisation dont le contenu avait été annoncé par le rapport du Sénateur Haenel³ a fait l'objet de l'article 67 de la loi n°95-115 du 4 février 1995 complété par l'article 15 de la loi n°97-135 du 13 février 1997 qui précise que les régions concernées par l'expérimentation sont autorités organisatrices des services régionaux de voyageurs de la SNCF.

La régionalisation a donc été conçue comme ne concernant que l'exploitation du service ferroviaire de voyageurs et non les infrastructures. En outre, elle ne concerne que le service régional et non les grandes lignes ni le service international.

Cette réforme est donc sans influence juridique directe sur l'éventuel monopole de RFF sur l'infrastructure ferroviaire.

Il reste néanmoins que la régionalisation a consacré l'existence d'un nouvel intervenant dans le domaine ferroviaire d'autant que la Région Rhône-Alpes a été la première région engagée dans ce processus.

b. La création de RFF

La création de Réseau ferré de France (RFF) par la loi n° 97-135 du 13 février 1997 n'a pas modifié fondamentalement les données du problème.

En effet, cette loi abroge une disposition de l'article 18 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (dite LOTI) au terme de laquelle la SNCF "*a pour objet d'exploiter, d'aménager et de développer, selon les principes de service public, le réseau ferré national*".

² Voir Déclaration du Gouvernement sur la SNCF, doc AN N° 2875 du 12 juin 1996 et doc Sénat N°465 du 25 juin 1996.

³ Région, SNCF : vers un renouveau du service public, propositions du Sénateur Hubert Haenel, 31 mars 1994.

Cet alinéa est remplacé par de nouvelles dispositions.

D'une part, une disposition de l'article 1er de la loi n°97-135 prévoit désormais que RFF *"a pour objet, conformément aux principes du service public et dans le but de promouvoir le transport ferroviaire en France dans une logique de développement durable, l'aménagement, le développement, la cohérence et la mise en valeur de l'infrastructure du réseau ferré national"*. D'autre part, l'article 18 de la LOTI prévoit désormais que la SNCF *"a pour objet d'exploiter, selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire sur le réseau ferré national"*.

Les missions attribuées en 1982 à la SNCF sont donc à présent réparties entre la SNCF et RFF.

La question du monopole légal sur la gestion de l'infrastructure reste donc posée quasiment dans les mêmes termes mais à propos du nouvel établissement public RFF.

L'analyse des trois projets des décrets que nous avons menée confirme cette analyse.

1.2. Les dispositions communautaires

Le rapport *mission TGV Lyon-Turin* présenté par un groupe de banques en novembre 1992 (voir infra § 2.1.) retient que *"l'octroi des droits exclusifs aurait pour effet de rendre la loi de 1982 non conforme à la réglementation communautaire et notamment aux articles 37 et 90 du Traité constituant la Communauté économique européenne"*.

Selon cette argumentation, la loi n° 97-135 du 13 février 1997 serait donc non conforme au droit communautaire dès lors qu'elle octroierait des droits exclusifs à RFF. Il faudrait alors en conclure que la LOTI ne conférerait aucune exclusivité à la SNCF et que la loi n° 97-135 n'octroie pas de droits exclusifs à RFF.

Cet argument fondé sur les articles 37 et 90 du Traité de Rome nous paraît toutefois critiquable.

Il est vrai toute l'évolution du droit communautaire démontre que le monopole n'est pas toujours indispensable pour assurer le maintien du service public. En outre la Commission européenne mène une lutte contre les monopoles légaux dans le secteur purement commercial, dans la mesure où ils sont incompatibles avec le concept de marché unique.

Toutefois, l'affirmation doit être tempérée en ce qui concerne les monopoles concernant des services publics (bien que cette notion soit appréciée de façon plus restrictive en droit communautaire qu'en droit français).

Plus précisément, l'article 37 n'interdit pas les monopoles commerciaux en tant que

tels, mais il interdit les discriminations fondées sur la nationalité pour les conditions d'approvisionnement et de débouchés⁴.

En ce qui concerne l'article 90, celui-ci interdit en effet aux Etats membres d'édicter ou de maintenir, à propos des entreprises publiques ou des entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, des mesures contraires aux articles 85 (ententes) et 86 (abus de position dominante) du Traité de Rome.

Toutefois, le §2 de l'article 90 prévoit une exception pour les entreprises en charge de *services économiques d'intérêt général* afin d'éviter que l'application des règles relatives à la concurrence ne fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie.

Les affaires Corbeau⁵ et Commune d'Almelo⁶ jugées par la Cour de justice des Communautés européennes ont montré que les restrictions à la concurrence pouvaient être admises dès lors que lesdites restrictions sont nécessaires pour permettre à l'entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général.

Il convient également de mentionner en ce sens que la directive n°91/440 *relative au développement des chemins de fer communautaires* reconnaît explicitement que "*les Etats membres gardent la responsabilité générale de développement d'une infrastructure appropriée*".

Il nous paraît donc difficile (ou pour le moins discutable) de contester le bien-fondé d'un éventuel monopole au profit de RFF en se fondant sur les dispositions communautaires.

⁴ Lamy Droit Public des Affaires, § 490.

⁵ CJCE, 19 mai 1993, Aff. C. 320/91, Corbeau, Rec. CJCE, p.2533.

⁶ CJCE, 27 avril 1994, Aff. C. 393/92, Commune d'Almelo, Rec. CJCE, p.1508.

2. Les arguments retenus

Trois séries d'arguments retiennent notre attention. Les premiers sont relatifs à l'absence de disposition législative explicite et ils amèneraient à conclure que la législation n'a pas consacré de monopole (2.1.). Plusieurs arguments peuvent être tirés des avis du Conseil d'Etat du 10 janvier 1995 et du 30 mars 1989 et de l'article 17 de la loi du 4 février 1995 ; selon nous, il est difficile de tirer des conclusions de ces avis et de cette disposition législative (2.2., 2.3., 2.4.). Enfin, une interprétation de la loi en fonction de l'effet utile des textes pourrait permettre de conclure à l'existence d'un monopole de droit (2.5.).

2.1. L'absence de disposition législative explicite

En principe, le législateur dispose d'une compétence exclusive pour instituer un régime de monopole du droit au profit d'une entreprise⁷. L'absence de reconnaissance explicite d'un monopole par la loi permettrait donc de penser que RFF ne dispose que d'un monopole de fait.

D'un point de vue historique, la création de la SNCF était une nationalisation qui a donné lieu à un monopole de fait sans qu'il soit besoin de consacrer un monopole de droit.

L'adoption en 1982 de la LOTI n'a pas non plus consacré le monopole de droit.

De même, en 1997 le législateur a créé RFF sans lui reconnaître expressément un monopole de droit.

La loi n°97.135 dispose que RFF a pour objet "*l'aménagement, le développement, la cohérence et la mise en valeur de l'infrastructure du réseau ferré national*".

La loi ne précise donc pas si RFF est le seul à pouvoir exercer ces fonctions sur le réseau ferré national.

En outre, la réglementation ne donne pas de définition du "réseau ferré national".

Il serait donc possible de soutenir, d'une part, que rien n'interdit à d'autres entreprises d'exploiter le réseau ferré national, et d'autre part, de façon subsidiaire, que les voies nouvelles ne sont pas automatiquement incorporées au réseau ferré national.

⁷

Lamy Droit Public des Affaires, § 486.

Dans cet esprit, le rapport *mission TGV Lyon-Turin* présenté par un groupe de banques en novembre 1992 concluait que :

"L'article 18 de la LOTI (loi n° 82.1153 d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982) définit simplement, en vertu du principe de spécialité des établissements publics, l'objet de l'établissement public à caractère industriel et commercial qu'est devenue la SNCF. Cet objet consiste à "exploiter, aménager et développer, selon les principes du service public, le réseau ferré national".

Aucune disposition ne précise que cet EPIC dispose de droits exclusifs en la matière et le sort des extensions futures du réseau national n'est d'ailleurs pas davantage précisé (Il convient de rappeler à cet égard, que sous l'empire du régime juridique antérieur, la SNCF ne disposait d'aucun droit de préférence en ce qui concerne les lignes nouvelles qui n'étaient pas couvertes par la concession que lui avait consentie l'Etat, auquel il appartenait de définir comme il l'entendait tant le mode d'exploitation que le mode de financement des lignes nouvelles ; ainsi en a-t-il été pour la ligne nouvelle de chemin de fer à grande vitesse entre Paris et Lyon qui a fait l'objet d'une concession spécifique approuvée par décret en Conseil d'Etat).

En outre, l'octroi de droits exclusifs aurait pour effet de rendre la loi de 1982 non conforme à la réglementation communautaire et notamment aux articles 37 et 90 du Traité instituant la Communauté économique européenne.

Par conséquent, il n'y a en France aucune opposition de principe à ce que soit confiée à une entité juridique distincte de la SNCF la réalisation d'une ligne ou d'un tronçon de ligne ferroviaire nouvelle".

2.2. L'avis rendu par le Conseil d'Etat à propos du GIP Transalpes

Dans son avis n° 356.848 de la section des travaux publics en date du 10 janvier 1995, le Conseil d'Etat avait considéré que *"la SNCF ne pourrait constituer un GIP chargé des études de la ligne en question que si elle conserve en toutes circonstances la majorité des pouvoirs tant à l'assemblée générale qu'au conseil d'administration du GIP, ou si celui-ci est chargé, non de la conduite et de la responsabilité des études qui continueraient à relever exclusivement de la SNCF, mais seulement de la réalisation des études, ou enfin, si une modification de la LOTI autorisait expressément la SNCF à déléguer sa mission de conduite et de responsabilité des études d'une ligne du réseau ferré national à une telle structure dans laquelle elle n'aurait pas nécessairement la majorité".*

Cet avis peut donner lieu à des interprétations divergentes.

Pour certains, le Conseil d'Etat reconnaît là le monopole de la SNCF sur les infrastructures ferroviaires puisqu'il admet la délégation à un GIP des études qu'à des conditions très précises. On pourrait dès lors en conclure *a fortiori* que la construction et l'exploitation de la voie nouvelle ne pourrait être réalisée que par la SNCF ou par un tiers mais dans des conditions au moins aussi restrictives.

En sens contraire, on peut soutenir que le Conseil d'Etat limite la portée de son avis au "réseau ferré national", ce qui *a contrario* exclurait les voies nouvelles qui ne composent pas le réseau ferré national.

Enfin, on peut également retenir que le Conseil d'Etat dans cet avis ne fait qu'explicitement une mission que la loi attribue à la SNCF et il précise les conditions dans lesquelles cette mission doit être exercée. Toutefois, la Haute Juridiction ne prévoit pas le cas où une autre entreprise souhaiterait exercer une activité qui concurrencerait la SNCF.

Par ailleurs, cet avis pourrait ouvrir la voie à la constitution d'une SEM contrôlée par RFF qui serait bénéficiaire de la concession. Comme le Conseil d'Etat admet que la SNCF délègue certaines de ses fonctions à un GIP qu'elle contrôle, on pourrait imaginer qu'il accepte une délégation par RFF de ses fonctions, dans certaines conditions, à une filiale.

Une telle interprétation nous paraît toutefois très aléatoire et nécessiterait que le Conseil d'Etat se prononce à nouveau.

2.3. L'avis rendu par le Conseil d'Etat à propos du financement de la construction du "TGV Sud-Est"

Dans son avis n°345.332 de la section des travaux publics en date du 30 mars 1989, le Conseil d'Etat avait considéré que le financement du "TGV Sud-Est" par la technique du crédit-bail devrait être autorisé par l'intervention d'une disposition législative spécifique, "*par dérogation aux principes régissant le réseau ferré national*".

On pourrait soutenir que le Conseil d'Etat reconnaisse là le monopole de la SNCF sur les infrastructures ferroviaires puisque toute voie ferrée nouvelle est soumise aux principes régissant le réseau ferré national.

Ainsi, toute voie nouvelle appartiendrait au réseau ferré national. Toutefois, cet avis ne permet pas de conclure au monopole de RFF sur ce réseau.

2.4. L'article 17 de la loi du 4 février 1995.

Selon l'article 1er de la loi du 13 février 1997, RFF met en oeuvre le schéma ferroviaire prévu à l'article 17.II de la loi du 4 février 1995.

Si les voies nouvelles entrent dans le schéma ferroviaire, on pourrait en déduire qu'elles appartiennent donc au réseau ferré national. Mais, là encore, cet argument ne permet pas de conclure au monopole de RFF sur ce réseau.

2.5. L'interprétation en fonction de l'effet utile des textes

Il pourrait être soutenu que la législation a implicitement consacré le monopole de RFF sur le développement et l'exploitation du réseau ferré national.

La recherche de l'effet utile des textes permettrait de soutenir, d'une part, que seul RFF est en charge de la construction et de l'exploitation du réseau ferré national et, d'autre part, que les voies nouvelles qui ne sont pas affectées à une utilisation spécifique (comme des bretelles de raccordement) s'agrègent au réseau ferré national.

La notion de "réseau ferré national" devrait ainsi intégrer par principe toutes les voies nouvelles, il s'agirait d'une catégorie juridique résiduelle, c'est à dire à laquelle il convient de se référer sauf disposition expressément contraire.

En ce sens le dernier alinéa de l'article 18 de la LOTI prévoit que *"les modalités de gestion des autres réseaux ferroviaires ouverts au public sont fixées par des textes particuliers"*.

De la même façon, le décret n°95.666 du 9 mai 1995 portant transposition de la directive n°91.440 dispose dans son article 1er que *"l'infrastructure ferroviaire nationale comprend, d'une part, le réseau ferré national confié à la Société nationale des chemins de fer français et régi par le présent décret, d'autre part, les voies ferrées gérées ou concédées par une autre personne publique, notamment les voies ferrées des quais des ports maritimes ou de navigation intérieure. Les modalités de gestion et d'accès à ces voies ferrées sont fixées par des règlements particuliers"*.

En outre, le fait que la concession soit octroyée par l'Etat pourrait conduire à penser que la voie nouvelle se situe bien dans le réseau ferré national.

Il existerait donc une contradiction entre le désir de voir impliquer l'Etat directement dans le projet dans l'octroi de la concession et la négation du caractère national de la voie nouvelle.

3. Conclusion

L'existence d'un monopole légal au profit de RFF est donc discutable.

Tout se passe comme si le législateur n'avait pas jugé utile de préciser expressément ce monopole de droit en se contentant de constater un monopole de fait (bien qu'il existe quelques exceptions à ce monopole de fait).

Trois solutions semblent se dégager.

Premièrement, on pourrait retenir que le monopole légal existe et qu'une loi est nécessaire pour y déroger.

Deuxièmement, on pourrait considérer que la loi ne consacre expressément aucun monopole au profit de RFF.

Troisièmement, on pourrait soutenir qu'un décret peut suffire pour déroger à un éventuel monopole légal.

En effet, le monopole légal sur l'exploitation ferroviaire de la SNCF qui découlerait de la LOTI a été aménagé par le décret n°95.666 du 9 mai 1995 portant transposition de la directive n°91.440. Ce décret permet à d'autres utilisateurs que la SNCF d'utiliser le réseau ferré national.

Par ailleurs, il faut également rappeler qu'une dérogation en faveur d'une filiale de RFF serait peut-être de nature à faciliter le montage du point de vue légal.

La solution de la modification législative serait certes la plus confortable. Toutefois, il paraît qu'à défaut la simple adoption d'un décret serait envisageable.

Afin d'éviter toutes incertitudes juridiques qui pourraient être source de contentieux, il serait concevable de consulter le Conseil d'Etat avant d'adopter cette seconde solution.