

**LE DOMAINE FERROVIAIRE :
ÉTUDE DES MUTATIONS INDUITES PAR
LA LOI DU 27 JUIN 2018**

Amélie GAUDEL

Mémoire
Master II Droit public fondamental

*Sous la direction de Hervé DE GAUDEMAR
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 31



Master II – Droit public fondamental, sous la direction de Madame la Professeure Caroline
CHAMARD-HEIM

**LE DOMAINE FERROVIAIRE : ÉTUDE DES MUTATIONS INDUITES PAR LA LOI
DU 27 JUIN 2018.**

Mémoire de recherche rédigé par

Amélie GAUDEL

Sous la direction du Professeur

Hervé DE GAUDEMAR

Année 2021-2022

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent mémoire. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Hervé de Gaudemar pour avoir accepté de prendre la direction de ce mémoire, pour m'avoir accordé sa confiance et son temps et pour m'avoir accompagnée durant la rédaction de ce mémoire.

Qu'il me soit également permis de remercier Madame la Professeur Caroline Chamard-Heim de me faire l'honneur de juger ce travail, mais également pour ses précieux conseils tout au long de l'année. Sa disponibilité ainsi que son soutien au cours de cette année de Master II m'ont été essentiels.

Mes remerciements s'adressent également à l'équipe pédagogique du Master II « Droit public fondamental » dont les enseignements ont été particulièrement intéressants et primordiaux.

Je souhaite adresser des remerciements particuliers à Sacha B. ainsi qu'à Charlotte B. et Léa M., pour leur amitié et leur soutien tout au long de cette année.

Mes pensées vont également à mes chers camarades de Master, Arthur L., Charlotte A., Joanna et Juliette, dont la joie de vivre et l'amitié m'ont été indispensables.

Enfin, rien de tout cela n'aurait été possible sans le soutien inconditionnel de mes parents et mes frères, pour lesquels j'ai une pensée particulière.

**LE DOMAINE FERROVIAIRE : ÉTUDE DES MUTATIONS
INDUITES PAR LA LOI DU 27 JUIN 2018.**

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

**PARTIE I – AUX ORIGINES DES MUTATIONS DU DOMAINE
FERROVIAIRE**

CHAPITRE I – Une protection impliquée par le droit français

CHAPITRE II – Une protection réfutée par le droit européen

**PARTIE II – CLASSIFICATION ET RÉGIME DES BIENS DU DOMAINE
FERROVIAIRE**

CHAPITRE I – Une classification complexe justifiée

CHAPITRE II – Un régime applicable finalisé ?

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'Etat</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
Aff.	Affaire
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CC	Conseil constitutionnel
Ed.	Édition
EP	Établissement public
EPA	Établissement public administratif
EPIC	Établissement public industriel et commercial
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
N°	Numéro
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	Page
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
t.	Tome
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

« L'ordre administratif, tel qu'il était construit et soutenu par les discours de la dérogation et de l'exorbitance réfléchit un passé dévalorisé par référence à la modernité ».

J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 204

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Encore une réforme de la SNCF !* »¹ indiquait Pierre Levallois en octobre 2019 à la suite de l'adoption de la loi du 27 juin 2018² pour un nouveau pacte ferroviaire et de l'ordonnance du 3 juin 2019³. La multitude de réformes ferroviaires qui se sont succédé depuis la fin des années 1990 pourrait rendre cette dernière anecdotique, comme s'inscrivant dans la continuité d'une « *modernisation à petits pas* »⁴ du secteur ferroviaire. Pourtant, à la simple lecture de l'article 1^{er} de la loi précitée, l'on comprend que cette réforme n'est en nul point semblable aux autres, puisqu'il est fait mention d'une « *société nationale à capitaux publics* », d'un « *groupe public unifié* », d'un « *capital intégralement détenu par l'Etat* ». Un tel vocabulaire appelle de nombreuses interrogations : pourquoi faire mention de la notion de « capital » ? Des années durant, la société nationale des chemins de fer français (ci-après SNCF) a pris la forme d'un établissement public industriel et commercial, établissement qui n'est, par nature, pas doté d'un capital. Et pourtant, en 2018, une simple signature présidentielle marque la fin de l'âge d'or des établissements publics industriels et commerciaux ferroviaires : leur statut juridique est privatisé et commence l'éloge funèbre de ce mode de gestion du service public ferroviaire. « *Le Roi est mort. Vive le Roi !* » Par ses 36 articles, la loi du 27 juin 2018 signe à la fois l'acte de décès des EPIC ferroviaires et la renaissance du mode de gestion qui a été privilégié pendant des décennies : la gestion du réseau ferroviaire par des sociétés anonymes. Indéniablement, cette privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires a eu des conséquences, tant sur le plan patrimonial qu'extrapatrimonial. Déjà, nous nous permettons d'exclure toutes considérations relatives au personnel des entreprises ferroviaires : le présent mémoire a vocation à s'intéresser avant tout aux conséquences de la loi du 27 juin 2018 sur le domaine ferroviaire, ainsi qu'aux raisons qui ont motivé son adoption.

Un bref retour sur l'histoire de la SNCF et du service public des chemins de fer semble essentiel avant toute entreprise de définition et d'analyse (I). La loi du 27 juin 2018, en ce qu'elle procède à la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires laisse la porte ouverte à de nombreuses réflexions sur les processus de privatisation (II). Enfin, le présent mémoire a pour

¹ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié » *Droit administratif*, LexisNexis, 2019, n°10, art.12, p.1.

² Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

³ Ordonnance n°2019-552 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.

⁴ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p.1.

objectif d'étudier les conséquences de la loi du 27 juin 2018 sur le patrimoine ferroviaire, et plus particulièrement sur le domaine ferroviaire. Pour y parvenir une certaine méthodologie a été adoptée : il conviendra d'énoncer l'approche retenue (III).

I – Approche historique

Quelle entreprise que de se lancer dans un récit de l'histoire de la SNCF tant celle-ci est tumultueuse !

C'est une convention entre l'Etat et les différentes compagnies privées de transport ferroviaire⁵ qui a donné naissance, le 31 août 1937, à la Société nationale des chemins de fer français. Sa validation concomitante par un décret-loi fait de la SNCF la gestionnaire d'un réseau ferré déjà composé d'environ 42 000 kilomètres de voies. C'est donc une société anonyme d'économie mixte qui a été créée pour gérer le réseau ferré français, le tout pour une durée de quarante-cinq ans. Pourtant, déjà il y a près de quatre-vingt-dix ans, l'Etat occupait une place de choix : celle d'actionnaire majoritaire, détenant à ce titre 51% du capital de cette société anonyme d'économie mixte. Quelques années plus tard, ce sont les sombres heures de la guerre qui ont succédé aux grands projets ferroviaires : l'article 13 de la Convention d'armistice franco-allemande signée à Rethondes le 22 juin 1940 prévoyait que « *le gouvernement veillera à ce que, sur le territoire occupé, soient disponibles le personnel spécialisé nécessaire et la quantité de matériel roulant de chemin de fer et autres moyens de communications correspondant aux conditions normales du temps de paix* ». A quels sombres desseins les chemins de fer français allaient-ils être associés ? Assurément lors de la signature de « *cet armistice déshonorant* »⁶, les dirigeants français n'en avaient aucune idée. Pourtant, à la suite de la rafle du Vel d'Hiv les 16 et 17 juillet 1942, ce sont bien les trains de la SNCF qui ont conduit les juifs arrêtés par les autorités françaises dans les camps d'internement tristement célèbres de Beaune La Rolande, Drancy et Pithiviers. A la fin de la Seconde guerre mondiale, c'est un réseau ferré fortement endommagé que la France récupère : ce sont des années de reconstruction qui seront nécessaires.

⁵ L'on peut à cet égard citer pour exemple les chemins de fer d'Alsace et de Lorraine ou encore la compagnie des chemins de fer du Nord.

⁶ Mots employés par le Général de Gaulle lors de son message à la BBC le 26 juin 1940.

La convention du 27 janvier 1971 est fondamentale : c'est une autonomie de gestion qui est accordée à la SNCF, qui « *devient officiellement une entreprise autonome gérée en fonction des seuls intérêts commerciaux* »⁷. Le spectre de l'Etat était-il alors trop présent et était-il un frein au développement du ferroviaire ? C'est également à cette époque que le « quasi-monopole » du transport ferroviaire en matière de transports en avait pris un coup : le développement exponentiel du transport routier, l'avènement du transport aérien avaient grandement ébranlé le transport ferroviaire. La tutelle de l'Etat sur l'entreprise ferroviaire SNCF n'arrangeait donc en rien cette problématique. Ainsi, c'est dans le sens de l'autonomie que le ministre des Transports de l'époque, Jean Chamant, a tranché : il fallait laisser la SNCF voler de ses propres ailes⁸. Cette convention avait deux objectifs prioritaires : d'une part donner une autonomie de gestion à la SNCF pour qu'elle puisse être assimilée à une entreprise commerciale et d'autre part « *la débarrasser d'un certain nombre de charges indues afin qu'elle puisse affronter "à armes égales" les autres modes de transport* »⁹.

En 1983 pourtant, au terme des quarante-cinq ans prévus par la convention initiale de 1937, l'ensemble des actifs qui constituaient la société anonyme d'économie mixte de la SNCF reviennent à l'Etat. Ce dernier va alors décider de constituer un établissement public industriel et commercial, aux moyens de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982¹⁰. Aussi rapidement qu'il avait déserté le secteur ferroviaire, l'Etat faisait son grand retour. Si ce retour a pu être salvateur, c'est toutefois sans compter sur le spectre communautaire, qui se faisait de plus en plus présent. La création de l'établissement public Réseau Ferré de France (ci-après RFF) en 1997 en témoigne particulièrement : la séparation entre le gestionnaire du service et le gestionnaire d'infrastructure commandée par le droit communautaire a conduit à la scission de l'EPIC en deux pour une gestion plus transparente du service : d'une part l'EPIC RFF, propriétaire et gestionnaire de l'infrastructure¹¹, d'autre part l'EPIC SNCF, gestionnaire du service.

Pour ajouter à la complexité de l'organisation ferroviaire, une énième réforme a eu lieu quinze ans plus tard, dans l'optique de réunifier la SNCF et RFF. La loi du 4 août 2014 portant

⁷ J-M. DUPONT, « La SNCF devient officiellement une entreprise autonome gérée en fonction des seuls intérêts commerciaux », *Le Monde*, 28 janvier 1971.

⁸ C'est une remarque qui, en tout état de cause, aurait été plus adaptée à une étude sur le domaine aéroportuaire.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Loi n°82-1153 d'orientation des transports intérieurs.

¹¹ La loi 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France a en effet opéré le transfert de la propriété de l'infrastructure à l'établissement public Réseau ferré de France.

réforme ferroviaire¹² a mis en place une nouvelle organisation. Ce sont trois EPIC qui ont été mis en place : l'EPIC SNCF – l'établissement public de tête –, l'EPIC SNCF Réseau – en charge de la gestion de l'infrastructure – et l'EPIC SNCF Mobilités – en charge de l'exploitation des trains.

Enfin, c'est la loi du 27 juin 2018, qui fonde le présent mémoire, qui constitue la dernière réforme en date de la SNCF. La présente loi a procédé à la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaire, tout en maintenant l'Etat comme actionnaire totalitaire de ces sociétés. Dans un souci de simplification, nous n'entrerons pas dans les complexités des transferts entre les entreprises – nous nous permettons encore une fois de renvoyer le lecteur aux documents en annexe, dont l'un s'efforce d'être plus précis sur les opérations qui ont été effectuées par la loi du 27 juin 2018 et l'ordonnance du 3 juin 2019 – et nous nous en tiendrons simplement à l'énonciation de la structure actuelle du groupe public unifié. La société anonyme SNCF constitue la société mère et est chargée « *d'animer et de piloter le groupe public unifié qu'elle contrôle et notamment d'en assurer le pilotage stratégique et financier et d'en définir l'organisation* »¹³. Elle dispose de cinq filiales qui sont les sociétés SNCF Voyageurs, SNCF Réseau, Fret SNCF, Keolis et Geolis, dont nous excluons les trois dernières de notre étude. L'article L.2111-9 du Code des transports énonce les missions de la société SNCF Réseau, qui doit assurer « *de façon transparente et non discriminatoire (...) conformément aux principes du service public* » plusieurs missions telles que « *1° L'accès à l'infrastructure ferroviaire du réseau ferré national comprenant la répartition des capacités et la tarification de cette infrastructure ; 2° La gestion opérationnelle des circulations sur le réseau ferré national ; 3° La maintenance, comprenant l'entretien et le renouvellement de l'infrastructure du réseau ferré national (...)* 5° *La gestion unifiée des gares de voyageurs à travers une filiale dotée d'une autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière (...)* ». L'article L2141-1 du Code des transports énonce quant à lui les missions de la société SNCF Voyageurs qui « *exploite, directement ou à travers ses filiales, des services de transport ferroviaire et exerce d'autres activités prévues par ses statuts* ». Elle est, à ce titre, attributaire d'un contrat de service public, ce qui ressort nettement des dispositions de la loi du 27 juin 2018, et notamment de ses articles 18 et 21 : l'usage des termes « *conventions conclues entre l'Etat et SNCF Voyageurs* », « *contrat de service public attribué en application de l'article L.2141-1 du Code des transports* »,

¹² Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹³ Article L.2102-1 du Code des transports.

ainsi que l'article L2141-3 du Code des transports¹⁴, ne laissent aucun doute sur la nature de la convention qui lie l'Etat et la société SNCF Voyageurs. Ainsi, l'organisation peut se résumer de la sorte : la société anonyme mère SNCF est chargée de chapeauter l'ensemble du groupe, et d'en coordonner l'action ; la société anonyme SNCF Réseau est gestionnaire de l'infrastructure et est également chargée de l'exploitation des gares de voyageurs¹⁵ via sa filiale « Gares & Connexions » et la société SNCF Voyageurs est chargée d'exploiter le service public ferroviaire. La séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation du service requise par le droit communautaire est alors pleinement respectée.

C'est une organisation relativement complexe qui a été retenue par le législateur en ce qu'il s'agit du groupe public unifié et des entreprises ferroviaires. Toutefois, il semblerait que le procédé juridique auquel il a dû avoir recours, en l'occurrence la privatisation juridique du statut, soit en partie responsable de cette complexité, et qu'il doive faire l'objet d'une étude spécifique, au même titre que les liens qu'il entretient avec la propriété publique et le domaine public, cœur du présent mémoire.

II – Approche sémantique

La privatisation s'entend comme « *le transfert d'entreprise du secteur public au secteur privé, c'est-à-dire une opération qui a pour effet de transférer au secteur privé plus de 50% du capital de l'entreprise* »¹⁶. Une remarque s'impose d'emblée : les entreprises ferroviaires n'ont pas été privatisées. En effet, bien que les EPIC soient devenus des sociétés anonymes, c'est toujours l'Etat qui détient l'intégralité des capitaux des entreprises concernées. Comment alors qualifier le

¹⁴ L'article L.2141-3 du Code des transports dispose que « *SNCF Voyageurs conclut avec l'Etat un contrat d'une durée de dix ans, actualisé tous les trois ans, pour une durée de dix ans. Ce contrat détermine notamment les objectifs assignés à l'entreprise en matière de qualité de service, de trajectoire financière, de développement du service public ferroviaire (...)* ».

¹⁵ Le commentaire sous l'article L.2141-1 du Code des transports est à cet égard particulièrement éclairant et explicite : « *La loi du 4 août 2014 n'était pas allée jusqu'au bout du principe de séparation du gestionnaire d'infrastructure et de l'exploitant ferroviaire affirmé par le droit européen. La loi de 2014 avait seulement institué, au sein de SNCF Mobilités, une direction spécifique dont l'autonomie était assurée par une procédure particulière de nomination de son directeur, un aménagement du principe hiérarchie (...) et l'existence d'un code de déontologie propre à cette direction. C'est logiquement que le nouveau pacte ferroviaire de 2018 a mis fin au principe de la gestion des gares de voyageurs par SNCF Mobilités pour la transférer à SNCF Réseau* ».

¹⁶ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 8^e éd., 2021, p. 382.

procédé utilisé pour la transformation des entreprises ferroviaires en sociétés anonymes ? Comme l'indique le Professeur Pierre Delvolvé, le terme « privatisation » comporte « *une ambiguïté qui doit être levée pour déterminer exactement ce que l'on veut dire et éviter les confusions* »¹⁷. En effet, selon cet auteur, il existe plusieurs acceptions du terme privatisation, dont la plupart n'en sont pas réellement¹⁸. L'on retrouve alors comme cas de figures : 1°) le passage d'un régime de droit public à un régime de droit privé – dans l'hypothèse de la transformation d'un service public administratif en service public industriel et commercial par exemple¹⁹ –, 2°) la « *concession à des entreprises privées de services publics jusqu'alors exploités soit en régie directe soit par un établissement public* »²⁰, 3°) le passage du statut d'établissement public au statut de société, tout en gardant une part du capital majoritairement publique²¹. C'est précisément ce cas de figure qui concerne les entreprises ferroviaires : seul leur statut juridique a été privatisé, et non leur capital, ce qui les maintient dans le secteur public. Or, pour Pierre Delvolvé, « *la privatisation d'une entreprise publique ne se réalise que lorsqu'elle est transférée du secteur public au secteur privé* »²², et cette entreprise publique n'est transférée au secteur privé que dans l'hypothèse où les personnes publiques « *ne détiennent plus, ensembles ou séparément la majorité du capital social de l'entreprise en cause* »²³. En tout état de cause, ce n'est pas une privatisation qui a été réalisée sur les entreprises ferroviaires, mais une simple privatisation juridique du statut, qui est également appelée « sociétisation ». Nous préférons toutefois l'expression « privatisation juridique du statut », le terme « sociétisation » étant issu d'un néologisme peu élégant.

Les premières privatisations ont eu lieu à la fin des années 1980, plus particulièrement en 1986, ce qui a, semble-t-il, marqué le retour de la droite au pouvoir²⁴. Les premières entreprises privatisées ont été par exemple la Compagnie Saint Gobain, Paribas, la Société générale ou encore la Compagnie générale de constructions téléphoniques. À l'occasion des premières lois de privatisation, le Conseil constitutionnel a été saisi par l'opposition. De la décision des 25 et 26 juin

¹⁷ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2021, p. 624.

¹⁸ Sur ce point, la doctrine n'est pas en consensus. En effet, pour S. NICKINSKI, le terme « privatisation » peut être utilisé pour toutes les acceptions, alors que pour P. DELVOLVÉ, seul le transfert du secteur public au secteur privé et une personne publique actionnaire minoritaire constitue une privatisation.

¹⁹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie, op. cit.*, p. 624.

²⁰ *Id.*, p. 625.

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, p. 626.

²³ *Ibid.*

²⁴ Les élections législatives de 1986 ont été remportées par la droite. La première cohabitation a eu lieu entre François Mitterrand et Jacques Chirac.

1986²⁵ sont ressorties des considérations particulières pour la propriété publique, laquelle a bénéficié d'une extension du droit de propriété en sa faveur. Partant, c'est ce lien particulier réalisé par le Conseil constitutionnel, entre privatisation et propriété publique qui fonde cette étude. En effet, la privatisation juridique du statut implique nécessairement des modifications domaniales profondes, qu'il conviendra d'étudier. Toutefois, à ce stade introductif, il conviendra d'en effleurer simplement les problématiques, les justifications à apporter demeurant le cœur du présent mémoire.

Comme l'indique l'article L.2111-15 du Code général de la propriété des personnes publiques, le domaine public ferroviaire se compose « *des biens immobiliers appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L.1, non compris dans l'emprise des biens mentionnés à l'article L.2111-14 et affectés exclusivement aux services de transports publics guidés le long de leurs parcours en site propre* ». Avant toute chose, précisons que par l'expression « biens ferroviaires », ou encore « biens des entreprises ferroviaires » nous entendrons les biens affectés au service public ferroviaire, c'est-à-dire principalement ceux appartenant ou étant attribués aux sociétés SNCF, SNCF Réseau, et SNCF Voyageurs. Il ne sera donc pas question dans le présent mémoire de nous intéresser à tout ce qui relève du fret, c'est-à-dire du transport de marchandises, et partant, des biens qui appartiennent ou sont attribués aux filiales SNCF Fret ou encore Geodis.

S'il convient de ne pas apporter dès à présent trop de détails sur le domaine public ferroviaire, une remarque s'impose d'emblée : la privatisation juridique du statut d'un établissement public suppose le passage d'une personne publique (l'ancien établissement public) à une personne privée (la société commerciale nouvellement créée). Il y a donc une disparition de la personnalité publique, Or, celle-ci est nécessaire pour que le domaine public ferroviaire soit constitué. Par ailleurs, c'est une remarque qu'il est possible d'étendre au-delà du simple champ du domaine public ferroviaire législatif, dans la mesure où le domaine public administratif, c'est-à-dire celui qui résulte de l'application des critères prévus par l'article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, prévoit lui aussi la propriété publique comme condition *sine qua non* de l'appartenance d'un bien au domaine public : « *le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ». D'emblée l'on

²⁵ CC, 25 et 26 juin 1986, décision n°86-207 DC, *Privatisations*.

comprend bien la problématique qui ressort de ces opérations de privatisation : lorsque les entreprises appartenaient encore au secteur public, leurs biens étaient protégés par le statut protecteur de la propriété publique, voire de la domanialité publique. Or, en procédant à une privatisation – qu’elle concerne le statut ou le capital – c’est la personnalité publique qui disparaît, *a fortiori* la propriété publique. Les biens qui disposaient dès lors d’une protection particulière de leur affectation risquent donc, dans le cadre des opérations de privatisation, de perdre le bénéfice de cette protection. A ce sujet, Pierre Levallois indique que la privatisation juridique du statut d’un établissement public conduit à une « *altération du droit des biens au service de leur affectation* »²⁶. Comment alors concilier privatisation du statut juridique et protection des biens affectés au service public ? Comment concilier disparition de la personnalité publique et protection des biens affectés au service ?

C’est le propre de la domanialité publique, et dans une moindre mesure, de la propriété publique de constituer des régimes dits « protecteurs ». La distinction entre les biens publics et les biens privés²⁷ implique nécessairement que des valeurs incompatibles les opposent : d’une part l’intérêt général, d’autre part les intérêts particuliers²⁸. Comme l’indique la Professeure Caroline Chamard-Heim, « *du côté de l’intérêt général on a tendance à ranger les buts sociaux les plus nobles, la fonction de désintéressement, tandis que les rapports sociaux les moins purs sont censés caractériser les intérêts particuliers* »²⁹ : les biens publics, particulièrement ceux qui sont affectés à un service public, sont donc supposés, en ce qu’ils incarnent l’intérêt général, bénéficier d’un régime particulier. Or, dans la mesure où la privatisation porte atteinte à la propriété publique, et donc à ce régime particulier, le régime domanial s’en trouve profondément affecté.

Enfin, à notre sens, la loi du 27 juin 2018 et les textes qui ont suivi sont la conséquence de plusieurs facteurs. Le terme mutation, du latin *mutare* (changer) renvoie au « *changement radical* », à la « *conversion* » ou encore à « *l’évolution profonde* » d’une chose³⁰. Or, toute

²⁶ P. LEVALLOIS, *L’établissement public marchand*, Dalloz, NBT, Vol. 208, 2021, p. 413.

²⁷ Pour plus de détails à ce sujet, v. C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, NBT, t.33, 2004, 764 p.

²⁸ Cela transparait à travers le choix des mots également : l’intérêt général constitue une entité à part, qui transcende les intérêts particuliers, qui sont nombreux et variés.

²⁹ J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé : sens et portée d’un partage académique », *AJDA*, 1996, p.958, in C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 3

³⁰ Définition donnée par le Larousse.

évolution tire nécessairement son origine d'une situation, d'un fait ou encore d'un contexte. Partant, étudier les mutations d'une chose suppose nécessairement d'étudier les causes, l'origine de ces mutations. Limiter l'étude d'une mutation au simple changement qu'elle induit serait bien trop réducteur : c'est pourquoi l'approche méthodologique que nous avons retenue dans le cadre du présent mémoire est particulière.

III – Approche méthodologique

S'en tenir à décrire la loi du 27 juin 2018 et son ordonnance du 3 juin 2019 ne nous semble pas revêtir un intérêt scientifique particulier : c'est précisément ce que le présent mémoire a eu le souci d'éviter. L'étude des simples dispositions d'une loi n'avait, à notre sens, pas d'autre intérêt qu'une simplification des nombreuses dispositions complexes aujourd'hui contenues dans le Code des transports. Que l'on ne s'y méprenne pas, l'étude ne pourra faire l'économie de quelques paragraphes purement descriptifs en amont de toute réflexion. Cette volonté de s'éloigner d'une étude purement descriptive a eu pour conséquence le nécessaire intérêt pour d'une part ce qui a motivé l'adoption et les changements adoptés par la loi du 27 juin 2018 et son ordonnance du 3 juin 2019, et d'autre part les conséquences de cette loi.

Par ailleurs, au sein même de la réflexion, une démarche particulière a été retenue, se fondant essentiellement sur les bases du droit administratif : les finalités de l'action administrative et les moyens de l'action administrative³¹. Classiquement, l'on retient deux finalités de l'action administrative : la police administrative, que l'on exclut d'ores et déjà de notre étude, et le service public. Pour parvenir à ces finalités, l'administration dispose de moyens que sont principalement les actes administratifs, les contrats administratifs, la fonction publique et les biens publics. Pareillement, nous excluons les actes et les contrats administratifs ainsi que la fonction publique de notre étude, pour nous concentrer principalement sur les biens. La conclusion à laquelle nous sommes parvenus lors de nos recherches est la suivante : puisque les biens sont les moyens du service public³², il convient nécessairement d'inclure dans notre étude des considérations relatives au service public, plus précisément au service public ferroviaire. La « *pierre angulaire du droit*

³¹ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, t.2, 2011, p. XII.

³² V. à ce sujet, C. CHAMARD-HEIM, *Les biens du service public*, *loc. cit.*, p.202

administratif»³³ qu'est le service public ne pouvait raisonnablement pas être exclu de nos réflexions et du présent mémoire. Partant, nous considérons que les mutations qui touchent le service public ont nécessairement des répercussions sur les biens du service. Or, puisque ce sont précisément les répercussions sur les biens du service qui constituent une partie de notre étude, il serait, à notre sens, une erreur d'exclure l'analyse des mutations qui touchent le service public. D'autant plus que le spectre communautaire qui a infiltré notre droit depuis maintenant des décennies semble avoir sa propre vision du service public, en certains points bien différente de la vision française. C'est ce même spectre communautaire qui semble avoir largement motivé la loi du 27 juin 2018 qui sert de prétexte à notre étude : son idéologie particulièrement libérale est en nette contradiction avec les valeurs prônées par le droit administratif tel qu'il est aujourd'hui conçu : le droit administratif est un « *droit de prérogatives* »³⁴, qui implique notamment une « *protection des biens affectés à la mission de service public* »³⁵. Pourtant, la logique conquérante du droit communautaire rend difficile la stricte tenue à une conception purement française du droit administratif : la conciliation entre libéralisation et protection est nécessaire. Or, il ne fait nul doute, et c'est pour cette raison que nous l'affirmons d'ores et déjà dans nos propos introductifs, que la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires répond à des considérations libérales : elle s'inscrit d'ailleurs dans ce que l'Union européenne qualifie de « *libéralisation du transport ferroviaire* ». Une incompatibilité manifeste s'érige alors tel un obstacle infranchissable.

Partant, la problématique qui s'impose d'emblée est la suivante : dans quelle mesure la privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires, largement motivée par des considérations libérales, affecte-t-elle la protection des biens affectés au service public ferroviaire ?

Les biens affectés au service public ferroviaire constituent un enjeu de taille. Il en va de même pour le régime qui leur est applicable. Pourtant, ce régime semble dépendre de deux conceptions parfaitement antinomiques dont l'une prône la protection des biens affectés au service, quand l'autre semble indifférente au régime de propriété, et partant, n'implique aucune protection particulière (PREMIÈRE PARTIE).

³³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public*, Dalloz, tome 2, 3^e éd., 2003, p. 1.

³⁴ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 14^e éd., 2021, p.43

³⁵ *Ibid.*

Le régime retenu par la loi du 27 juin 2018 et l'ordonnance du 3 juin 2019 est particulièrement complexe. A ce titre, il convient d'établir une classification des différents régimes de propriété et de s'intéresser au régime applicable aux biens affectés au service public ferroviaire (SECONDE PARTIE).

PARTIE I – AUX ORIGINES DES MUTATIONS DOMANIALES FERROVIAIRES

Aujourd’hui, les biens du service public ferroviaire sont un enjeu de taille. Toutefois, le régime auquel ils sont soumis est particulier car il découle à la fois de préoccupations internes, et de préoccupations européennes. En effet, le droit administratif interne et le droit de l’Union européenne diffèrent tous les deux en ce que le droit administratif est un droit de prérogatives, de protection, et de sujétions³⁶, alors que le droit de l’Union européenne est essentiellement libéral et concurrentiel. Les valeurs portées par chacun des droits sont antinomiques, voire incompatibles, et pourtant la coexistence du droit administratif et du droit de l’Union européenne en la matière est inévitable : si le droit administratif confère aux biens du service public ferroviaire son régime propre, le droit de l’Union européenne exerce sur ce régime une influence particulière.

Ainsi, si le droit administratif français, par sa particularité et son essence tirée de l’intérêt général et de l’universalité, tend à protéger les biens du service public ferroviaire (Chapitre 1^{er}), le droit européen adopte une vision contraire, et semble se désintéresser de la notion de propriété, en n’impliquant qu’une protection minimale, voire absente des biens (Chapitre 2).

CHAPITRE I – UNE PROTECTION DES BIENS IMPLIQUÉE PAR LE DROIT FRANÇAIS

La protection des biens du service public ferroviaire par le droit français trouve son origine à la fois dans le service public en lui-même, et se matérialise également par l’existence d’un monopole dans le domaine. Ainsi, dans la mesure où le service public constitue une des finalités de l’action administrative, et où les biens en constituent un des moyens, le service public ferroviaire constitue une étape fondamentale dans l’étude des biens et du domaine ferroviaire, car c’est parce que le service public est une notion cardinale en droit administratif français que les biens qui en sont le support doivent nécessairement bénéficier d’une protection suffisante (Section 1). Toutefois, le monopole dont est doté le service public ferroviaire pour mener à bien ses missions tend à être remis en cause (Section 2).

³⁶ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 14^e éd., 2021, p.43.

Section I – Les biens du service public ferroviaire

Les entreprises ferroviaires, parmi lesquelles la SNCF, exercent des missions de service public, dans le cadre du service public ferroviaire (I). Comme tout service public, le service public ferroviaire dispose de moyens patrimoniaux pour mener à bien sa mission : ces biens affectés au service public ferroviaire sont soumis à un régime juridique particulier duquel la particularité du droit administratif ressort clairement : les principes du service public qui leur sont applicables le sont à la fois dans une optique de sujétion, mais aussi de protection (II).

I – Le service public ferroviaire

Le groupe public unifié de la SNCF exerce des missions de service public (A). Le changement de forme de la SNCF, d'un établissement public industriel et commercial à une société anonyme n'a toutefois pas empêché la SNCF de demeurer une entreprise publique (B).

A – La qualification du service public ferroviaire

1. Propos introductifs sur le service public. Pour Jacques Petit, « *le service public est un pavillon qui recouvre de multiples marchandises* »³⁷. Définir le service public peut apparaître comme une tâche périlleuse au regard des nombreuses acceptions dont la notion est revêtue. Pour autant, il convient tout d'abord de retenir une définition générale – voire générique – afin d'en cerner au mieux les contours. Ainsi, le service public serait-il « *l'activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'Administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle* »³⁸. De cette définition ressort tout d'abord la nécessité qu'une personne publique soit présente, soit directement, soit indirectement, c'est-à-dire que l'activité en question puisse être organiquement rattachée à une personne publique, que cela intervienne de manière directe ou indirecte³⁹. De cette définition, ressort également une des bases fondamentales du service public : l'intérêt général. En effet, il semble qu'il ne puisse y avoir service public sans intérêt général, et

³⁷ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 13^e éd., 2020, p. 241.

³⁸ T. DEBARD, S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2021-2022, p. 978.

³⁹ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 248.

qu'a contrario, « il ne puisse y avoir service public que s'il y a intérêt général »⁴⁰. Pour autant, l'intérêt général souffre d'une absence de consensus à propos de sa définition précise, et qu'il serait même « impossible à définir »⁴¹. Deux visions de l'intérêt général s'opposeraient alors : dans la première vision, la vision dite *utilitariste*, l'intérêt général ne serait qu'une « somme algébrique des intérêts individuels »⁴², quand dans la seconde vision, dite *volontariste*, l'intérêt général transcenderait la somme des intérêts individuels. Pour autant, ces éléments de théorisation ne paraissent pas suffisants pour apporter une définition complète et universelle de l'intérêt général. Mais, il reste toutefois possible de dresser une liste des activités considérées⁴³ comme étant des activités d'intérêt général. Ainsi Gaston Jèze parlait-il de la défense nationale, de la police, ou encore de la justice, – activités aujourd'hui considérées comme régaliennes –, comme des activités d'intérêt général incombant à l'Etat⁴⁴. De fait, l'intérêt général serait avant tout le résultat de choix politiques : serait d'intérêt général ce que le pouvoir politique a décidé comme étant d'intérêt général. Pour nuancer quelque peu cette vision volontariste de l'intérêt général, il conviendrait toutefois de préciser, à l'instar de Gaston Jèze, que certaines activités sont considérées comme étant des « activités naturelles de l'administration publique »⁴⁵, notamment les activités de souveraineté, mais aussi certaines interventions dans le domaine social et éducatif, ou encore en matière de construction d'équipements publics⁴⁶. Ces activités ont toujours été considérées par la puissance publique comme relevant exclusivement de sa compétence, mais l'avènement de l'Etat providence, par opposition à l'Etat gendarme, a permis l'élargissement des activités considérées par l'Etat comme devant être assumées par lui.

Pour autant, l'absence de définition universelle de l'intérêt général, dont les contours sont toutefois bien dessinés, n'a pas empêché la notion de service public de connaître son apogée dans les années 1960, et de devenir un élément fondamental de définition de nombreux éléments du droit

⁴⁰ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif, op. cit.*, p. 245.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² « L'intérêt général », Rapport du Conseil d'Etat, *EDCE*, 1998.253.

⁴³ C'est nous qui soulignons.

⁴⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public*, Dalloz, Paris, tome 2, 3^e éd., 2003, p. 1.

⁴⁵ J. PETIT, P-L. FRIER, *Droit administratif, op. cit.*, p. 245.

⁴⁶ *Ibid.*

administratif, tels que le domaine public⁴⁷, ou encore le contrat administratif⁴⁸ ou les travaux publics⁴⁹. Ainsi, le service public, dont nous retiendrons la définition suivante, « *l'activité d'intérêt général assumée par la puissance publique* »⁵⁰, est une notion qui, notamment par ses composantes, revêt une acception particulièrement large, et dont la qualification appelle de nombreuses conséquences, notamment sur le régime des activités qui constituent ce service public.

2. Qualification législative du service public et éléments généraux de qualification du service public ferroviaire. Le service public peut être qualifié de deux manières : soit une activité reçoit la qualification de service public par la loi, comme c'est le cas notamment pour le service public de l'enseignement qualifié comme tel par le Code de l'éducation, soit il est fait application des critères jurisprudentiels tels qu'ils ressortent de la jurisprudence du Conseil d'Etat, précédemment citée, du 28 juin 1963, *Narcy*, à savoir l'activité d'intérêt général, et la présence d'une personne publique, que ce soit directement ou indirectement⁵¹.

Concernant les activités de la SNCF, celles-ci sont directement qualifiées de missions de service public par l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 2018⁵², transposé à l'article L.2101-1 du Code des transports, lequel dispose que « *la société nationale à capitaux publics SNCF et ses filiales constituent un groupe public unifié qui remplit des missions de service public dans le domaine du transport ferroviaire et de la mobilité* ». Les activités exercées par la SNCF sont donc des missions de service public, ce qui permet par analogie, de considérer que l'article 1^{er} de la loi précitée rappelle l'existence d'un service public ferroviaire, dont l'existence ne faisait pourtant aucun doute. Dès le début du XXe siècle, plusieurs auteurs considéraient déjà le transport par chemins de fer comme une mission de service public : ainsi Clément Colson considérait-il le transport par chemins de fer comme étant un service public⁵³. Cela a également été confirmé lors de la grève des chemins

⁴⁷ V. CE, 19 octobre 1956, *Sté Le Béton*, n°20180, Publié au recueil. L'affectation d'un bien à un service public et la présence d'un aménagement spécial – aujourd'hui indispensable – est un des critères de définition du domaine public.

⁴⁸ V. CE, 20 avril 1956, *Époux Bertin*, n°33961, Publié au recueil Lebon. Le service public constitue l'un des critères jurisprudentiels de qualification d'un contrat administratif.

⁴⁹ V. TC, 28 mars 1955, *Effimief*, n°01525, publié au recueil. Sont des travaux publics les travaux réalisés dans le cadre d'une mission de service public.

⁵⁰ Définition qui ressort de l'arrêt CE, 28 juin 1963, *Narcy*, publié au recueil, mais qui a également été formulée par le Professeur René Chapus, v. R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 239 : « Le service public est l'activité assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public ».

⁵¹ Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 mai 1938, *Caisse primaire aide et protection*, n°57302, Publié au recueil, une personne privée peut être investie par une personne publique, d'une mission de service public.

⁵² Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

⁵³ C. COLSON, *Traité d'économie politique*, Tome II, p. 385.

de fer en 1910, à l'occasion de laquelle le Gouvernement a dû déterminer si l'exploitation des lignes de chemin de fer constituait une mission de service public⁵⁴ : il avait bien été confirmé que le transport par chemins de fer constituait une mission de service public par l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 juillet 1913⁵⁵.

Ainsi, les missions exercées par la SNCF constituent-elles des missions de service public, ce qui permet d'affirmer l'existence d'un service public ferroviaire, non seulement par la qualification législative qui lui est attachée mais aussi par l'adéquation de ces missions avec la définition du service public précédemment donnée. En effet, non seulement les activités exercées par la SNCF, notamment celles de transport de voyageurs, constituent-elle des activités d'intérêt général en ce qu'elles permettent de répondre efficacement à un besoin de mobilité de la population, mais la personne publique, en l'occurrence l'Etat, est également présente, à travers notamment la détention du capital de ces sociétés ferroviaires prévue par l'article 1^{er} de la loi précitée.

3. Service public administratif ou service public industriel et commercial ?. Il convient également de déterminer la nature précise du service public ferroviaire. En effet, s'il est une première étape de qualifier l'activité en question d'activité de service public, il en est une seconde de déterminer s'il s'agit d'un service public administratif ou un service public industriel et commercial.

La distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial est tirée de l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921⁵⁶. C'est une distinction qui, si elle n'a pas nécessairement d'intérêt pour la définition du service public, est centrale en ce qu'il s'agit du régime applicable par la suite. Ainsi, un service public administratif sera régi en grande majorité par le droit public, quand dans l'hypothèse d'un service public industriel et commercial, c'est le droit privé qui sera majoritaire.

Comme dans l'hypothèse plus générale de la qualification du service public, il existe également, en matière de services publics administratifs et services publics industriels et

⁵⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public*, op. cit., p. 10.

⁵⁵ CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Publié au recueil.

⁵⁶ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706, Publié au Recueil.

commerciaux, une qualification qui peut être textuelle⁵⁷, et en l'absence de celle-ci, jurisprudentielle. Il semble qu'il n'y ait pas de qualification textuelle de service public administratif ou service public industriel et commercial à propos du service public ferroviaire⁵⁸, si bien qu'il faille alors recourir à la qualification jurisprudentielle du service en question. C'est par l'arrêt *USIA* du 16 novembre 1956⁵⁹ qu'a été systématisée la méthode de distinction entre les deux types de service public, bien que comme l'indique René Chapus, la distinction ait été largement antérieure à cette méthode⁶⁰. Ainsi, la distinction entre un service public administratif et un service public industriel et commercial s'opère principalement au regard de l'objet du service – si le service effectue des opérations commerciales telles l'achat, la vente ou la production qui peuvent être assimilées à des opérations réalisées par des entreprises privées –, du mode de financement du service – si le service fonctionne grâce aux redevances perçues sur les usagers ou grâce à des subventions –, et enfin des modalités de fonctionnement et de contrôle – notamment la présence directe de la personne publique ou les modalités comptables et financières –⁶¹. Plus généralement, le service public serait industriel et commercial si son mode de gestion et de fonctionnement s'apparente à celui d'une entreprise privée. Dans le cas du service public ferroviaire et de la SNCF, il semble que la qualification de service public industriel et commercial ne fasse aucun doute : en effet, le service public ferroviaire effectue des opérations commerciales, fonctionne grâce aux redevances perçues sur les usagers du service, et dispose de modalités comptables et financières qui s'organisent en majorité autour d'un chiffre d'affaires.

Ainsi, les missions de service public réalisées par la SNCF et ses filiales sont assurément les missions d'un service public industriel et commercial ce qui permet de retenir cette qualification pour le service public ferroviaire.

⁵⁷ V. par exemple les dispositions de la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, qui qualifie les établissements d'enseignement technique créés par les chambres de commerce et d'industrie d'établissements publics administratifs, ce qui constitue par analogie, un service public administratif.

⁵⁸ Jusqu'en 2020, la SNCF pouvait la qualification de service public industriel et commercial par son statut d'établissement commercial et industriel. Toutefois, le passage à un statut de société anonyme semble rendre nécessaire le recours aux critères jurisprudentiels pour parvenir à la qualification de service public industriel.

⁵⁹ CE, 16 novembre 1956, *USIA*, Publié au recueil.

⁶⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t.1, 2001, p. 592.

⁶¹ G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 4^e éd., 2016, p.124.

Le groupe public unifié de la SNCF exerce des missions de service public. Toutefois, il convient de déterminer si les entreprises qui constituent ce groupe public unifié ont la qualité d'entreprises publiques.

B – Le statut d'entreprise publique

4. Généralités sur les établissements publics. Maurice Hauriou parlait de l'établissement public comme d'un « *service public spécial personnifié* »⁶². De cette métaphore, une définition plus générale de l'établissement public peut être établie. Ainsi, Dominique Maillard définit-il l'établissement public comme « *la personne morale de droit public à compétence spéciale, créée pour accomplir une ou plusieurs missions de service public* »⁶³. Aujourd'hui, l'établissement public est un mode de gestion, parmi d'autres, d'un service public, et c'est à ce titre qu'il avait été retenu comme mode de gestion du service public ferroviaire jusqu'en 2020. De fait, l'intérêt de l'établissement public réside dans la possibilité de permettre à la personne publique qui est responsable du service, de déléguer sa gestion à une autre personne publique, tout en se réservant le droit de déterminer le cadre de la gestion, ainsi que les modalités particulières de l'activité en question⁶⁴.

5. Interdépendance entre la notion d'établissement public et la notion de service public. Il semblerait qu'à l'instar du service public, il faille distinguer entre les établissements publics administratifs, et les établissements publics industriels et commerciaux. Dans la mesure où l'établissement public a nécessairement pour objet l'accomplissement de missions de service public – en témoigne le rapport public du Conseil d'Etat de 2008 qui mentionne la nécessité de « *confier l'exercice d'une mission de service public à un établissement public* »⁶⁵ –, les missions de service public qui lui sont confiées revêtent soit un caractère administratif, soit un caractère industriel et commercial. Partant, la distinction entre l'établissement public administratif et l'établissement public industriel et commercial semble nécessairement liée à la nature du service public confié aux établissements publics, ce qui emporte alors nécessairement des conséquences

⁶² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 12^e éd., 2002, p. 236.

⁶³ D. MAILLARD, *Institutions administratives*, PUF, 2^e éd., 2015, n°115, p. 143.

⁶⁴ G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public, op. cit.*, p. 740.

⁶⁵ CE, rapport public 2008, *EDCE*, n°59, p. 104, évoquant l'avis de la section des finances du 10 avril 2007, n°308156.

sur le régime juridique applicable à ces établissements publics : un établissement public administratif – donc en charge d’un service public administratif – sera logiquement soumis à des règles majoritairement de droit public, quand un établissement public industriel et commercial – en charge d’un service public industriel et commercial – se verra majoritairement soumis à un régime de droit privé. Pour autant, et la comparaison avec le régime du service public n’en est que similaire, il semble qu’il demeure un « *tronc commun de règles* »⁶⁶ notamment relatives aux modalités de création et de disparition des établissements publics, ainsi qu’aux actes réglementaires relatifs à l’organisation et au fonctionnement du service, qui, en dépit de la qualification de l’établissement public d’administratif ou d’industriel et commercial, soient applicables – appliquées – en toute hypothèse.

Jusqu’au 1^{er} janvier 2020, le service public ferroviaire, un service public industriel et commercial, était géré par les trois établissements publics industriels et commerciaux qu’étaient l’établissement public SNCF⁶⁷, et les établissements publics SNCF Réseau et SNCF Mobilités. Ainsi, la qualification par la loi de l’établissement public en charge du service public ferroviaire comme étant industriel et commercial suit en toute logique la nature industrielle et commerciale du service public ferroviaire. Pour autant, la loi du 27 juin 2018⁶⁸ a opéré le changement de statut de ces établissements publics en les transformant en sociétés anonymes, ce qui amène nécessairement à ne plus considérer la SNCF comme un établissement public, mais plutôt comme une entreprise publique.

6. Et l’entreprise publique ? L’entreprise publique est une notion dont la définition varie sensiblement entre le droit interne et le droit européen. Ainsi, en droit interne, l’entreprise publique serait-elle « *l’organisme industriel et commercial doté de la personnalité juridique et appartenant au secteur public* »⁶⁹. Cette définition de l’entreprise publique semble relativement étroite dans la mesure où se dégagent plusieurs critères : l’organisme industriel et commercial, la personnalité juridique, et l’appartenance au secteur public. La personnalité juridique semble ne pas être un

⁶⁶ D. MAILLARD, *Institutions administratives*, op. cit., n° 130, p. 157.

⁶⁷ C’est de cette manière que la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d’orientation des transports intérieurs qualifie les établissements publics en charge du service public ferroviaire dans son article 18 : « *Il est créé, à compter du 1^{er} janvier 1983, un établissement public industriel et commercial qui prend le nom de “Société nationale des chemins de fer français”* ».

⁶⁸ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

⁶⁹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l’économie*, Dalloz, Précis, Paris, 1998, n°641, p. 645.

critère particulièrement restrictif dans la mesure où les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées, disposent pour l'écrasante majorité d'entre elles, de la personnalité juridique. En revanche, concernant l'organisme industriel et commercial, la définition retenue de l'entreprise publique se limiterait donc aux seuls établissements recevant la qualification d'industriel et commercial, excluant par principe les organismes administratifs, alors même que ceux-ci peuvent exercer des activités industrielles et commerciales, bien que minoritaires, ce que Pierre Delvolvé souligne : il s'agirait de dissocier, au sein même de l'entreprise, la partie qui effectue des activités industrielles et commerciales de la partie qui effectue des activités administratives pour que seule la première puisse bénéficier du régime applicable aux entreprises publiques, ce qui, en tout état de cause, est difficilement faisable. Il en va de même pour la notion d'appartenance au secteur public : comment déterminer dans quelle mesure l'appartenance au secteur public peut être caractérisée ? Il semblerait que l'essentiel soit que l'entreprise soit « *liée à une ou plusieurs personnes publiques* »⁷⁰. En l'espèce concernant la SNCF, et les autres sociétés anonymes lui étant rattachées, celle-ci semble être une entreprise publique, dans la mesure où elle dispose de la personnalité juridique, elle opère des opérations industrielles et commerciales – de là est principalement tiré le caractère d'industriel et commercial des missions de service public dont elle est chargée – et elle appartient au service public, notamment car, en témoigne l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 2018⁷¹, son capital est entièrement détenu par l'Etat, ce qui justifie alors très largement son lien à une personne publique⁷². Notons qu'en droit de l'Union européenne, la notion d'entreprise publique revêt une acception bien plus large car elle se définit comme « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »⁷³. La SNCF ainsi que les sociétés qui lui sont rattachées peuvent dès lors également être considérées comme des entreprises publiques au sens du droit de l'Union européenne, car n'est requis que le critère de l'entreprise, et de l'influence des pouvoirs publics sur celle-ci. Là encore, le simple fait que l'Etat soit détenteur de la totalité du capital de la société anonyme SNCF et des sociétés anonymes qui

⁷⁰ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Précis, Paris, 2^e éd., 2021, n°354, p. 552. V. aussi, C. BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p.57.

⁷¹ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

⁷² L'article L.2100-3 du Code des Transports en témoigne également : « *L'Etat veille à la cohérence et au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national.* »

⁷³ Article 2 de la directive de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence financière entre l'Etat et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, n°2006/111/CE.

lui sont rattachées permet de remplir le critère de l'influence des pouvoirs publics, et à ce titre, de considérer la SNCF et les sociétés qui lui sont rattachées comme des entreprises publiques au sens du droit de l'Union européenne.

Ainsi, la SNCF et les sociétés qui lui sont rattachées demeurent des entreprises publiques, à la fois au sens du droit interne et au sens du droit de l'union européenne, quand bien même elles ne sont plus des établissements publics industriels et commerciaux. Le lien avec le secteur public semble s'être quelque peu distendu, dans la mesure où le propre de l'établissement public, quel qu'il soit, est d'être sous la tutelle d'une collectivité publique, mais l'appartenance au secteur public des sociétés ferroviaires est sans nul doute conservée.

Les missions de service public sont exercées par les entreprises publiques qui constituent le groupe public unifié de la SNCF. Pour que ces missions soient exercées correctement, elles nécessitent des biens, lesquels sont affectés au service public et sont soumis aux principes du service public.

II – Les biens du service public ferroviaire : traduction patrimoniale des principes du service public

Les biens du service public ferroviaire sont affectés à ce service et en constituent les moyens. Les principes qui leur sont applicables constituent à la fois la traduction de la dimension contrainte, mais aussi protectrice du droit administratif. A ce titre, ils sont soumis aux principes d'égalité et de mutabilité du service public (A). Par ailleurs, le principe de continuité du service public trouve une traduction patrimoniale en ce qu'il s'agit des biens indispensables au service (B).

A – Les biens du service et les principes d'égalité et de mutabilité

7. Rappel des principes applicables aux services publics et les lois de Rolland. La qualification de service public ferroviaire implique que soit accordée une certaine importance aux biens du service public, ainsi qu'aux principes qui leur sont applicables. En tout état de cause, les principes du service public sont applicables aux biens du service public, qui jouissent d'un régime applicable particulier. Dans le présent paragraphe, il ne s'agira pas encore de s'intéresser au régime des biens du service public au sens de la domanialité publique ou de la domanialité privée, mais

plutôt de s'intéresser aux règles qui « *transcendent les régimes juridiques et qui s'appliquent à tous les biens du service public* »⁷⁴ et parmi lesquelles se trouvent les lois du service public, dans leur traduction patrimoniale. Les lois du service public correspondent à des grands principes généraux, qui ont été formalisées par Louis Rolland et qui regroupent le principe d'égalité, le principe de mutabilité – aussi appelé principe d'adaptabilité – et le principe de continuité. Si la Constitution ne les mentionne pas expressément, il semblerait toutefois que le Conseil constitutionnel ne les ignore pas, allant jusqu'à mentionner les « *exigences du service public* ». Toutefois, il convient de préciser que le principe de continuité du service public connaît une assise particulière, étant donné son origine, le principe de continuité de l'Etat qui découle de l'article 5 de la Constitution⁷⁵, ce qui en fait un principe particulier, notamment en ce qu'il s'agit des biens du service public.

8. Coup d'œil sur les principes d'égalité et de mutabilité du service public. Les principes d'égalité et de mutabilité du service public sont des principes qui peuvent trouver à s'appliquer en matière de biens du service public.

En ce qui concerne le principe de mutabilité du service public, il suppose que le service public puisse s'adapter – voire s'adapte – aux « *modifications juridiques, sociales, techniques, scientifiques qui affectent sa marche, qui touchent à son mode de fonctionnement, ce qui suppose sa capacité à absorber les changements intervenant dans son environnement médiat et immédiat* »⁷⁶. En matière de biens, le principe de mutabilité suppose que les biens du service public soient adaptés au fonctionnement normal du service public, ce qui en toute hypothèse, oblige à un fonctionnement qualitatif du service public, ce qui suppose également des biens qui répondent aux besoins des usagers, et qui s'adaptent à ces besoins⁷⁷. Concernant le service public ferroviaire, auquel les principes du service publics s'appliquent bien évidemment, le principe de mutabilité du service public supposerait alors que les biens, parmi lesquels le matériel roulant mais aussi les infrastructures ferroviaires telles que les quais, ou encore les gares, puissent s'adapter. Il est dès lors possible de prendre pour exemple les matériels roulants, qui doivent être en mesure d'être adaptés aux nouvelles technologies, ou encore les rails, qui doivent être en mesure de pouvoir être

⁷⁴ C. CHAMARD-HEIM, « Les biens du service public », in *Le service public*, Dalloz, AFDA, Paris, 2014, p. 202.

⁷⁵ L'article 5 de la Constitution dispose que « *le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.* ».

⁷⁶ G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, op. cit., p. 323.

⁷⁷ C. CHAMARD-HEIM, « Les biens du service public », op. cit., p. 206.

adaptés aux nouveaux trains, et qui doivent pouvoir en supporter les nouveaux matériels roulants, particulièrement les trains à grande vitesse. En tout état de cause, il semble que le groupe SNCF mette un point d'honneur à essayer de respecter ce principe, ce qui se retrouve par exemple dans l'amélioration de certaines liaisons ferroviaires ce qui aurait pour effet d'augmenter la vitesse sur certains tronçons (sur les axes Rennes – Brest et Rennes – Quimper par exemple⁷⁸).

En ce qui concerne le principe d'égalité⁷⁹, celui-ci découle en partie de l'abondante jurisprudence du Conseil d'Etat⁸⁰ et du Conseil constitutionnel⁸¹ à ce sujet, et commande que deux individus dans la même situation doivent être traités de la même manière, et que des différences de situations peuvent justifier des différences de traitement dès lors qu'un rapport pertinent peut être établi entre la différence de traitement et la différence de situation. En matière de biens, elle suppose l'égalité dans l'accès physique aux biens, et suppose que les biens du service public adoptent une configuration leur permettant d'être accessible par tous⁸². C'est notamment au regard du principe d'égalité devant le service public que la théorie des infrastructures essentielles, dont il sera fait plus ample détail dans le second chapitre, permet d'interdire aux gestionnaires d'un réseau non duplicable – en l'occurrence le réseau de chemin de fer – de refuser l'accès à ses infrastructures, et implique même d'offrir aux usagers – n'importe quel usager – un accès à ce réseau dans des conditions équitables et non discriminatoires. C'est en ce sens que le Conseil de la concurrence s'est prononcé dans sa décision du 15 décembre 1998 relative aux Aéroports de Paris⁸³, en indiquant que les propriétaires de biens affectés au service public étaient contraints d'en admettre l'usage non seulement par les usagers, mais également par les tiers, parmi lesquels les concurrents. En ce qu'il s'agit du service public ferroviaire, le principe d'égalité trouve à s'appliquer notamment en matière d'accessibilité physique, mais plus globalement en matière d'accès des usagers et des tiers au réseau ferroviaire. Concernant l'accessibilité physique aux biens du service public ferroviaire, notamment en ce qui concerne les personnes à mobilité réduite, la

⁷⁸ <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/projets/booster-le-tgv-en-bretagne>

⁷⁹ Nous ne traiterons ici que du principe d'égalité devant le service public, et non du principe d'égalité dans son acception la plus large.

⁸⁰ V. CE, ass., 1^{er} avril 1938, *L'alcool dénaturé de Coubert*, n°123316, Publié au recueil. V. aussi, CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n°92004, publié au recueil. V. aussi, CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 88148, publié au recueil. V. aussi CE, ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049 179050, publié au Recueil.

⁸¹ V. CC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n°84-141 DC, Publié au Recueil.

⁸² C. CHAMARD-HEIM, « Les biens du service public », *op. cit.*, p. 206.

⁸³ Cons. conc., 15 décembre 1998, n°98-D-77, *Décision relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle*.

SNCF a développé un service nommé « Accès Plus » qui permet aux personnes en situation de handicap de bénéficier d'un service « *d'aide pour monter et descendre du train* »⁸⁴, et permettre de ce fait à ces personnes de pouvoir bénéficier du service public ferroviaire au même titre que les autres usagers. Plus globalement, l'accès égalitaire des usagers ainsi que des tiers au réseau ferroviaire suppose que tous les usagers disposent d'un droit d'accès au service public, et donc à ses biens. Cet accès égalitaire semble être garanti dans la mesure où chaque individu souhaitant utiliser le réseau ferroviaire dispose de la possibilité de réserver des billets de train, que ce soit en gare ou en ligne, sans qu'aucune discrimination ne soit faite lors de ces réservations⁸⁵. Ainsi, par ces réservations, les usagers, voire les tiers auront donc accès aux biens du service public ferroviaire – en l'occurrence principalement le matériel roulant, les quais et les gares de voyageurs – dans des conditions respectant le principe d'égalité du service public.

Si les principes d'égalité et de mutabilité du service public sont en tout état de cause applicables aux biens du service public ferroviaire, il semble que le principe de continuité du service public constitue une des applications privilégiées des principes du service public aux biens affectés à celui-ci. L'application des principes du service public aux biens de celui-ci constitue une des protections privilégiées de ces biens dans la mesure où elle est le pendant de la sujétion. Le droit administratif des biens étant par essence protecteur et contraignant, la contrainte implique nécessairement la protection, et la protection implique nécessairement la contrainte.

B – Les biens indispensables au service public et le principe de continuité du service

9. Le principe de continuité du service public et les biens du service. Le principe de continuité du service public tel qu'il est conçu⁸⁶ suppose le fonctionnement normal et régulier du service public. Partant, le principe de continuité du service public a des conséquences sur le service public ferroviaire, et sur ses biens. Sur le service public ferroviaire dans sa globalité, il est acté

⁸⁴ <https://www.accessibilite.sncf.com/informations-et-services/nos-services-pour-l-autonomie-des-voyageurs/nos-services-d-assistance-https-www-accessibilite-sncf-com-informations-et/acces-plus>

⁸⁵ Cette affirmation a été vérifiée notamment en utilisant l'application « SNCF connect » qui permet de réserver des billets de train en ligne.

⁸⁶ V. CE, 7 août 1909, *Winkell*, n°37317.

depuis désormais plus d'un siècle que la continuité du service est indispensable⁸⁷, en témoigne l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 juillet 1912⁸⁸ : « *le fonctionnement régulier et ininterrompu (du service des chemins de fer) est, à toute époque, indispensable à la sécurité du territoire et à la défense nationale* »⁸⁹.

Concernant les biens du service public, ceux-ci font partie des moyens du service public. Or, pour que le principe de continuité du service public soit respecté, il faut que le service public puisse fonctionner, et ce sont ses biens qui le lui permettent. Ce principe de continuité du service public implique donc que les biens qui permettent l'exécution du service lui soient affectés – au sens large – et que cette affectation soit préservée et continuée⁹⁰. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises qu'il « *incombait au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté* »⁹¹. Il faut dès lors comprendre que bien que le Conseil constitutionnel mentionne ici le domaine public, c'est à tous les biens affectés au service public qu'il convient d'accorder une protection suffisante. De plus, un constat s'impose avec la force de l'évidence : la continuité du service public ferroviaire dépend très largement de ses biens. Il semble que peu de services publics puissent fonctionner sans leurs biens, mais il semble également que le service public ferroviaire constitue l'un des services publics pour lequel il ne peut y avoir continuité sans ses biens : en effet, comment assurer la continuité du service public ferroviaire sans matériel roulant, sans infrastructures ferroviaires ? Ainsi, si les moyens patrimoniaux ne sont pas nécessaires avec la même intensité pour tous les services publics, il semble que le service public ferroviaire constitue l'un des services dont les moyens patrimoniaux représentent l'essentiel des moyens du service.

10. Les biens indispensables. La traduction patrimoniale la plus adéquate du principe de continuité du service public se trouve dans la distinction entre les biens indispensables au service,

⁸⁷ Que ce truisme nous soit pardonné : le principe de continuité du service public s'applique à tous les services publics. Toutefois, il nous a semblé important de le rappeler dans la mesure où la Haute juridiction s'est attachée à en rappeler l'exigence particulière dans le cadre du service public ferroviaire.

⁸⁸ CE, 18 juillet 1912, Publié au Recueil.

⁸⁹ *Ibid.* V. aussi RDP, 1913, p. 506, note, 1.

⁹⁰ C. CHAMARD-HEIM, « Les biens du service public », *op. cit.*, p. 202.

⁹¹ CC, 21 juillet 1994, décision^o94-346 DC.

et les biens qui lui sont simplement utiles⁹². Par biens indispensables sont entendus les biens dont le service ne peut pas se passer. Toutefois, la distinction entre les biens indispensables au service et les biens simplement utiles au service appelle à une autre distinction – principalement utilisée en matière de concessions de service public, mais qui peut être facilement transposée à la situation du service public ferroviaire – qu’est celle entre les biens dits de retour, les biens de reprise et les biens propres. Ainsi, les biens de retour sont-ils les biens nécessaires ou indispensables au service, comme l’a indiqué très tôt le Conseil d’Etat dans son arrêt de 1898, *Compagnie de Gaz Castelsarrazin*⁹³, ce qu’il a fréquemment rappelé⁹⁴. Ils sont qualifiés comme tels car ils sont considérés comme des propriétés publiques depuis l’origine, et ne cessent jamais de l’être⁹⁵. Les biens de reprise quant à eux, constituent les biens qui sont utiles au service public, mais qui ne sont pas indispensables à sa continuité, et les biens propres constituent ceux qui ne sont ni des biens de reprise, ni des biens de retour⁹⁶. Ainsi, ce sont principalement les biens de retour, les biens indispensables, qui sont nécessaires à la continuité du service public : en effet, porter atteinte à un bien seulement utile au service ne semble pas affecter la continuité du service car par définition, sont indispensables les biens sans lesquels le service ne peut pas fonctionner, et donc les biens sans lesquels la continuité du service ne peut être assurée. Or, si l’on adopte une démarche de définition par la négative, pour qu’un bien soit utile au service, il faut qu’il ne soit pas indispensable à celui-ci, sinon il aurait reçu la qualification de bien indispensable. Partant, les biens de retour sont nécessairement soumis à un régime spécial qui comporte des règles destinées à préserver la continuité du service. Toutefois, une remarque s’impose : ce ne sont pas les biens indispensables au service qui sont protégés par un régime spécial – qui peut être le régime de la domanialité publique comme un autre régime particulier⁹⁷ – mais l’affectation de ces biens. En effet, le droit des biens publics, et particulièrement les régimes protecteurs qui sont attachés à ces biens, a vocation à protéger l’affectation des biens – dans l’hypothèse où ils sont affectés à un service public – car c’est cette affectation qui justifie le régime particulier qui s’applique aux biens.

⁹² C. CHAMARD-HEIM, « Les biens du service public », *op. cit.*, p. 204.

⁹³ CE, 9 décembre 1898, *Cie Gaz de Castelsarrazin*, n°342788, Publié au Recueil.

⁹⁴ CE, 28 novembre 1984, *Ministre du Budget c/ Sté Autoroutes du Sud de la France*, n°37869, Publié au Recueil.

⁹⁵ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2022, p. 365.

⁹⁶ *Ibid.* p. 366.

⁹⁷ La loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports confère aux biens d’Aéroports de Paris un régime spécial notamment basé sur l’insaisissabilité de ces biens, alors même que ce régime n’est pas un régime de domanialité publique.

Le régime des biens indispensables au service s'organise notamment autour de règles relatives aux cessions. Ainsi, les biens indispensables bénéficient-ils d'une « surprotection », notamment dans la mesure où les procédures civiles d'exécution sont totalement proscrites à leur égard, en vertu notamment du principe d'insaisissabilité des biens publics⁹⁸ – ici encore, ce n'est pas le régime domanial qui importe, mais la seule propriété publique – et dans la mesure où seules les voies d'exécution administratives sont possibles, notamment en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat de 2005, *Société fermière de Campoloro*⁹⁹. Plus encore, en matière contractuelle, il est possible pour la personne publique de prévoir certaines clauses qui auraient pour objet de préserver l'existence et la continuité du service public. La protection attachée à l'affectation de ces biens semble commander qu'il ne leur soit pas porté atteinte dans la mesure où ceux-ci remplissent une mission fondamentale : les règles juridiques qui leur sont applicables ont donc vocation à les maintenir dans un ou plusieurs régimes particuliers, dans le but que ce(s) régime(s) particulier(s) préserve(nt) leur affectation.

En ce qui concerne le service public ferroviaire plus particulièrement, les biens indispensables au service semblent être extrêmement majoritaires, dans la mesure où les rails, les quais, les gares et les matériels roulants sont l'essence même du service public ferroviaire car ils en constituent le moyen principal, en témoigne l'appellation « *service public des chemins de fer* » qui traduit – particulièrement pour les rails mais pas uniquement – l'indispensabilité d'une partie de ses biens. Ce sont donc ces biens indispensables qui permettent d'assurer le principe de continuité du service public, et qui en deviennent par voie de conséquence, des critères préalables au fonctionnement du service : pas de biens, pas de service public ferroviaire. Ainsi, le régime qu'il convient de leur appliquer doit nécessairement avoir pour vocation de préserver leur affectation, et partant, de les faire échapper aux contraintes qui peuvent peser sur les biens dits « communs », c'est-à-dire ceux qui ne sont ni affectés au service public, ni propriété publique.

Ainsi, les biens du service public ferroviaire bénéficient-ils d'une protection particulière dans la mesure où ils sont affectés au service public ferroviaire, et dans la mesure où le régime auquel ils sont soumis est particulier. Il semble toutefois que la protection des biens ait également

⁹⁸ L'article L2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables* ».

⁹⁹ CE, sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, n°271898, publié au Recueil.

pour origine le monopole dont dispose le service public ferroviaire dans son fonctionnement et son exploitation.

Section II – Le monopole du service public ferroviaire : vers une remise en cause ?

Le service public ferroviaire a longtemps et incontestablement bénéficié d'un monopole d'exploitation, notamment au niveau de la gestion de l'infrastructure. Si ce monopole est justifié à la fois par la qualité de service public national, et de réseau d'utilité publique (I), il semble que l'on se dirige aujourd'hui vers une remise en cause de ce monopole (II).

I – Le monopole du service public ferroviaire : entre service public national et réseau d'utilité publique

Le monopole s'explique par la qualité de service public national dont bénéficie le service public ferroviaire (A), et est justifié par la qualité de réseau d'utilité publique accordée au réseau ferroviaire (B).

A – Un monopole expliqué par le service public national

11. Définition du monopole de droit et de fait et application aux entreprises ferroviaires. Pour Gaston Jèze, « *il est des besoins d'intérêt général auxquels l'administration est seule chargée de satisfaire, à l'exclusion des particuliers (...) il y a monopole* »¹⁰⁰. Avant de débiter un travail de définition du monopole, il convient de distinguer le monopole de droit du monopole de fait. Ainsi, si le monopole de droit se définit comme « *l'attribution d'une activité à titre exclusif à une entreprise par une norme juridique* »¹⁰¹, il semble que la définition du monopole de fait ne soit pas si aisée. Pour Pierre Delvolvé, le monopole de fait « *ne peut s'apprécier que par une comparaison révélant l'exclusivité d'une entreprise dans un domaine d'activité et l'absence de substitution de l'activité qu'elle exerce par une autre* »¹⁰². L'alinéa 9 du Préambule de 1946 mentionnant la notion de monopole de fait, le Conseil constitutionnel s'est donc attaché à essayer

¹⁰⁰ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public*, op. cit., p. 1.

¹⁰¹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, op. cit., p. 630.

¹⁰² *Ibid.*

de parvenir à une définition du monopole de fait à l'occasion de sa décision du 26 juin 1986, *Privatisations*¹⁰³. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il indiqué que la notion de monopole de fait doit s'entendre « *compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités* ». La définition du Conseil constitutionnel doit s'analyser comme une définition *in concreto* : le monopole de fait ne serait caractérisé qu'au regard du marché dans lequel l'entreprise en question exerce, sans que le Conseil n'en apporte une définition précise. Partant, de cette définition il semble qu'il puisse en être retenu que le monopole de fait est une notion qui s'apprécie *in concreto*, là où le monopole de droit, qui résulte d'une norme juridique, s'apprécie nécessairement *in abstracto*, et simplement au regard de la norme dont résulte le monopole.

Le service public ferroviaire a toujours été considéré comme étant en situation de monopole, en témoignent les propos de Colson, « *c'est uniquement parce que ces services (police, poste, transport par chemin de fer ou alimentation en eau des villes) ne peuvent être assurés par l'initiative privée (...) que l'Etat ou les communes s'en réservent le monopole* »¹⁰⁴. Le secteur ferroviaire a durant des décennies fait l'objet d'un double monopole. Tout d'abord un monopole légal – qui aujourd'hui tend à être très largement remis en cause, notamment par la loi du 27 juin 2018¹⁰⁵, ce que nous étudierons dans un chapitre suivant – qui réside dans le fait que la SNCF a très longtemps été la seule entreprise – le seul établissement – ayant le droit de fournir des services de transport intérieur de voyageurs¹⁰⁶, mais également un monopole de fait, ou encore « *monopole naturel* »¹⁰⁷, lequel réside principalement dans la gestion de l'infrastructure. En effet, il existe de nombreux obstacles au développement d'une concurrence dans le milieu ferroviaire, notamment en ce qu'il s'agit des infrastructures, et donc des biens du service. Dans la mesure où l'écartement

¹⁰³ CC, 26 juin 1986, *Privatisations*, n°86-207 DC.

¹⁰⁴ C. COLSON, *Traité d'économie politique, op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁵ V. supra.

¹⁰⁶ L'article 18 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 prévoyait en effet que l'EPIC SNCF avait pour objet « *d'exploiter les services de transport ferroviaire de voyageurs sur le réseau ferré national* ». La loi du 27 juin 2018 a très largement atténué – voire supprimé – ce monopole : aujourd'hui, d'autres entreprises de transport ferroviaire sont autorisées à effectuer des activités de transport de voyageurs, notamment Trenitalia.

¹⁰⁷ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 2018, p.508.

des voies, le gabarit des lignes ont été établis au regard des besoins et nécessités propres au service public ferroviaire français, il apparaît délicat pour une autre société – qu'elle soit française ou étrangère au demeurant – de prendre part à ce marché si elle ne dispose pas des exacts matériels fonctionnant sur les lignes ferroviaires. Par ailleurs, l'exploitation de ces lignes par une seule et même société apparaît d'autant plus efficace que l'exploitation par plusieurs sociétés, remarque qui a été formulée par Pierre Le Masne : « *il est logique de privilégier la production par une entreprise unique plutôt que de vouloir éclater la production en plusieurs entreprises dont le coût moyen serait plus élevé* »¹⁰⁸. Dans le même sens, il a été remarqué que quand « *la demande peut être servie de façon efficiente par un offreur unique, nous sommes dans une situation de monopole naturel* »¹⁰⁹. Dans l'hypothèse du service public ferroviaire, il semble qu'en tout état de cause le monopole naturel soit caractérisé dans la mesure où la demande en matière ferroviaire a toujours pu être servie par la SNCF et ses filiales, en témoignent les décennies précédentes. Une remarque mérite cependant d'être effectuée : la SNCF dispose (disposait ?) effectivement d'un monopole, mais ce monopole concerne uniquement le transport ferroviaire de voyageurs, et non le transport dans sa globalité, comme l'a fait remarquer Rémy Prud'homme « *La SNCF a le monopole du transport ferroviaire, mais le transport ferroviaire est concurrencé par le transport routier, qui l'a très largement remplacé* »¹¹⁰. Par ailleurs, il semble qu'il y ait une tendance à ce que « *le monopole naturel ne concerne que certaines parties du réseau technique, essentiellement les infrastructures* »¹¹¹, ce qui peut aisément se vérifier concernant le service public ferroviaire, pour qui l'ensemble des biens (particulièrement les rails, les quais ainsi que le matériel roulant) implique un monopole : les tiers et les concurrents ne peuvent que très difficilement disposer des matériels spéciaux qui fonctionneraient avec ce type d'infrastructures, là où la SNCF en dispose.

12. Le service public ferroviaire en tant que service public national. La notion de service public national est très fortement liée à la notion de monopole. C'est une notion qu'il convient d'articuler avec celle de service public constitutionnel. En effet, pour identifier un service public national, il convient de distinguer entre le service dont l'existence répond à une exigence

¹⁰⁸ P. LE MASNE, *Les services publics. Approches économiques et enjeux sociaux*, PUF, 2007, p. 45. V. aussi P. LEVALLOIS, *L'établissement public marchand*, Dalloz, NBT, Vol. 208, p. 10.

¹⁰⁹ R. LANNEAU, « Monopoles (approche économique) », in M. BAZEX (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016, fiche n°43, p.409.

¹¹⁰ R. PRUD'HOMME, « Le danger du monopole : le cas de la SNCF », *Commentaire SA*, 2004, n°105, p. 235.

¹¹¹ P. LE MASNE, *Les services publics, approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 57.

constitutionnelle, et celui dont l'existence n'en relève pas¹¹². Comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision des 25 et 26 juin 1986¹¹³, « *la nécessité de certains services publics nationaux découle de principe ou de règles de valeur constitutionnelle* ». Il semble que cette nécessité porte sur les services régaliens, la défense, la police, la justice et les impôts. Bien qu'une liste exhaustive desdits services publics constitutionnels ne semble pas avoir été établie, il semble en revanche que celle-ci ne comprenne que des services publics à caractère administratif dans la mesure où aucune jurisprudence n'a, à l'heure actuelle, reconnu le caractère de service public constitutionnel à une activité industrielle et commerciale. Pour autant, si un service public constitutionnel semble toujours être un service public national¹¹⁴, il existe des services publics nationaux dont l'existence ne résulte pas d'une exigence constitutionnelle, en témoigne la décision précitée du Conseil constitutionnel : « *la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas* ». Toutefois, à l'instar de la notion de monopole de fait, il semble que le Conseil constitutionnel n'apporte pas de réelle définition du service public national, et qu'il faille dès lors se contenter d'une liste des activités érigées comme telles. Il est néanmoins possible d'essayer d'en apporter une définition qui ne soit pas institutionnelle, dans la mesure où l'existence de la notion de service public national implique l'existence de la notion de service public local. Partant, serait un service public local celui qui n'a vocation à intervenir à l'échelon local ou territorial, et *a contrario*, serait un service public national celui qui a vocation à intervenir sur l'ensemble du territoire, et c'est d'ailleurs en ce sens que va la définition apportée par Clémence Lapuelle, qui indique que « *les services publics nationaux ont pour objet de répondre à un besoin national et donc aux besoins essentiels de toute la population*¹¹⁵. *Le service public national se distingue des autres services publics par le fait qu'il est exercé à un échelon national* »¹¹⁶.

Il convient de déterminer si le service public ferroviaire peut recevoir la qualification de service public national – il est d'ores et déjà exclu qu'il puisse recevoir la qualification de service public constitutionnel dans la mesure où aucune disposition de la Constitution ne le prévoit, et dans la mesure où le service public ferroviaire est un service public industriel et commercial, catégorie

¹¹² R. DE BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, 2006, p. 1163.

¹¹³ CC, 25 et 26 juin 1986, Privatisations, n° 86-207 DC.

¹¹⁴ C'est toutefois une affirmation sur laquelle la doctrine semble ne pas avoir trouvé d'approche consensuelle.

¹¹⁵ C. LAPUELLE, « Services publics nationaux » in *Répertoire de service public*, Dalloz, n°14.

¹¹⁶ *Id.*, n°15.

dont on sait qu'elle n'a jamais reçu, par la jurisprudence constitutionnelle, la qualité de service public constitutionnel –. Au regard de la définition formulée par Clémence Lapuelle, et de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 2018¹¹⁷, il semble que le service public ferroviaire en constitue un dans la mesure où la SNCF est un groupe public unifié qui exerce ses compétences et ses missions sur l'ensemble du territoire français – en témoigne le rayonnement de la SNCF sur le territoire¹¹⁸ – et dans la mesure où il semble que le transport par chemin de fer réponde à un besoin essentiel de la population, notamment en matière de liberté d'aller et venir. Partant, le service public ferroviaire semble être nécessairement un service public national, ce qui est d'ailleurs confirmé en doctrine : « *la mission de service décrite [la mission de service public ferroviaire] est à priori de dimension nationale, caractéristique qui s'impose à toutes les composantes du groupe* »¹¹⁹.

13. L'interdépendance entre la notion de service public national et la notion de monopole. Une interdépendance entre la notion de service public national et la notion de monopole paraît. Pour Maurice Hauriou, l'existence d'un monopole d'exploitation est un signe très précieux de l'existence d'un service public, comme a-t-il indiqué « *en général, un service public constitue un monopole* »¹²⁰. Il demeure, dans la doctrine principalement, l'idée selon laquelle les services publics nationaux sont gérés par des organismes de droit public, et dans le cadre de monopoles verticalement intégrés¹²¹, ce qui a pu, « *dans l'imaginaire collectif* »¹²², conditionner l'existence du service public à la présence d'un monopole¹²³. Toutefois, si cet imaginaire collectif peut sembler bien manichéen, dans la mesure où service public impliquerait nécessairement monopole¹²⁴, et monopole impliquerait nécessairement service public, il semblerait que l'on puisse effectivement définir le monopole en se servant de la notion de service public national, et que l'on puisse définir le service public national en se servant de la notion de monopole tant ces deux notions sont liées et interdépendantes. En effet, à partir du moment où le service public national s'exerce à l'échelle

¹¹⁷ V. supra.

¹¹⁸ Voir document en annexe sur lequel il apparaît que le réseau ferré de France, sur lequel la SNCF exerce ses missions, est déployé sur l'ensemble du territoire.

¹¹⁹ A. ANTOINE, M. LAHOUI, « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? », *AJDA*, 2018, p. 1760.

¹²⁰ M. HAURIOU, *Droit administratif*, 9^e éd., p. 44.

¹²¹ R. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le service public*, La documentation française, 1996, p.27.

¹²² Expression utilisée par P. LEVALLOIS dans P. LEVALLOIS, *L'établissement public marchand*, *op. cit.*, p.10.

¹²³ J. CHEVALLIER, « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, n°HS, p.8.

¹²⁴ P. BAUBY soulignait en effet que « *la notion de service public apparaît en général indissociable de celles de propriété publique et de monopole* ». V. E. BRILLET, « Le service public à la française : un mythe national au prisme de l'Europe », *Alternatives économiques*, 2004, n°24, p. 25.

nationale, le monopole en la matière semble assez évident : qui imaginerait plusieurs services de l'impôt ou plusieurs sécurités sociales distinctes ? Il semble qu'il en aille de même pour le service public ferroviaire : qui imaginerait – à tout le moins imaginait – plusieurs services publics ferroviaires nationaux ? Si au niveau local cela ne semble pas inimaginable, il n'en va pas de même pour l'échelon national, pour lequel le service public ferroviaire a toujours été unique, et de fait, en situation de monopole.

En conclusion, le service public ferroviaire, principalement les activités de transport de voyageurs est – était – en situation monopolistique, ce qui peut être expliqué par son caractère de service public national.

B – Un monopole justifié par l'activité de transport en réseau

14. Les activités de réseau et le monopole. Le plus généralement, les activités de service public en réseau sont bénéficiaires d'un monopole. Les activités de service public en réseau sont d'ailleurs qualifiées de réseaux d'utilité publique. Il convient de distinguer les opérateurs de réseau du réseau d'utilité publique, notions qui restent complémentaires. La directive de l'Union européenne du 26 février 2014¹²⁵ définit les activités d'opérateur de réseaux comme « *la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service public* »¹²⁶. Quant au réseau d'utilité publique, il semble être composé à la fois de la notion d'utilité publique, et de la notion de réseau¹²⁷. Ainsi la notion d'utilité publique renvoie-t-elle à la notion d'activité de service public à laquelle l'activité de réseau satisfait, quand la notion de réseau désigne « *la réunion d'ouvrages et de services qui constituent des points de passage qu'empruntent les entreprises offrant des services de transports ferroviaires, de fourniture d'électricité ou de gaz* »¹²⁸. Partant l'expression « réseaux d'utilité publique » renvoie aux « *activités économiques supposant un réseau de transport* »¹²⁹. En France, nombre des réseaux d'utilité publique ont longtemps été en situation monopolistique : ce sont les grands monopoles publics issus de la Libération, qui sont issus de la vague de nationalisations qui a eu lieu à la fin de la Seconde guerre mondiale. En effet,

¹²⁵ Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p. 437.

¹²⁸ *Id.* p. 438.

¹²⁹ *Ibid.*

en France, au sortir de la Seconde guerre mondiale, la référence, en matière de services publics industriels et commerciaux, était « *l'intervention publique, qui plus est sous forme monopolistique* »¹³⁰. Les grands réseaux d'utilité publique ont subi des nationalisations au sortir de la Seconde guerre mondiale, sous forme de vagues. Ainsi ont donc été nationalisées les entreprises d'électricité et de gaz par la loi du 8 avril 1946¹³¹, réseaux majeurs d'utilité publique, au même titre que, dans le domaine des transports, les sociétés Air Bleu et Air France transatlantique, par l'ordonnance du 26 juin 1945¹³². C'est pour cette raison que pendant des décennies, le réseau d'électricité, de gaz, ainsi que le transport par chemin de fer ont fonctionné de façon monopolistique, avec une très forte intervention publique.

15. Le service public ferroviaire et les activités de réseau d'utilité publique. Il semble qu'en raison de la particularité du service public ferroviaire et des biens qui lui sont affectés, le monopole soit – ait été – justifié. En effet, comme nous l'avons démontré, le service public ferroviaire est en situation de monopole, et c'est sa qualité de réseau d'utilité publique qui a très longtemps justifié ce monopole. Par ailleurs, les biens du service public ferroviaire constituent des « *infrastructures essentielles* »¹³³. Les infrastructures essentielles, aussi appelées « facilités » ou « structures » essentielles, sont définies comme les « *infrastructures, biens ou services détenus par une entreprise en position dominante, qui ne sont pas aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné* »¹³⁴. Deux critères peuvent être dégagés concernant les infrastructures essentielles : tout d'abord le caractère indispensable à l'exercice de l'activité économique, c'est-à-dire celle « *dont l'utilisation est indispensable pour exercer l'activité économique* », ou comme l'a indiqué la Commission européenne dans sa décision du 11 juin 1992, « *l'infrastructure sans laquelle des concurrents ne peuvent pas fournir de service à leurs clients* »¹³⁵. Ensuite, le critère relatif à l'absence de substitut à l'infrastructure, c'est-à-dire l'absence d'interchangeabilité des biens des réseaux d'utilité

¹³⁰ E. BRILLET, « Le service public à la française : un mythe national au prisme de l'Europe », *op. cit.*, p. 25.

¹³¹ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

¹³² Ordonnance n°45-1403 du 26 juin 1945 portant nationalisation des transports aériens.

¹³³ La notion de « facilités essentielles », plus particulièrement la « théorie des facilités essentielles » sera étudiée plus longuement dans le prochain chapitre, notamment dans le cadre de l'étude de l'ouverture à la concurrence. Néanmoins, elle est ici essentielle pour comprendre dans quelle mesure les biens du service public ferroviaire participe grandement à son monopole, et qu'ils doivent à ce titre bénéficier d'une protection particulière.

¹³⁴ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 451.

¹³⁵ Commission européenne, décision du 11 juin 1992, *Sealink c/ BII*.

publique. A ce sujet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a indiqué qu'il ne devait pas exister de « *solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses* »¹³⁶. Ainsi, l'infrastructure essentielle doit-elle être indispensable au service, et ne doit pas pouvoir être substituée par une autre infrastructure. Partant de cette notion d'infrastructures essentielles, il semble que ce sont les biens des réseaux d'utilité publique qui conditionnent largement le monopole dans la mesure où ils constituent – pour ces réseaux d'utilité publique – les infrastructures essentielles au fonctionnement du service, que les concurrents ne peuvent pas se procurer, ou auxquels ils ne peuvent – ne pouvaient – pas avoir accès. Les entreprises publiques qui détiennent ces biens sont donc dans une situation de monopole naturel du simple fait de cette possession, dans la mesure où tant qu'elles en disposeront, et que leurs concurrents n'en disposeront pas, ou ne disposeront pas d'un accès à celles-ci, elles seront en mesure d'exploiter et de faire fonctionner le service sans concurrence.

Plus précisément concernant le service public ferroviaire, ses biens peuvent être, dans leur globalité, considérés comme des infrastructures essentielles, dans la mesure où les rails, les quais, ainsi que les gares sont difficilement reproductibles par un concurrent, notamment au regard des coûts que cela engendrerait, mais également dans la mesure où leur accès est indispensable au fonctionnement du service : comment faire fonctionner le service public ferroviaire sans accès aux rails, aux quais, ainsi qu'aux gares ? Ce sont alors ces biens, infrastructures essentielles à l'exploitation et au fonctionnement du service qui ont pour conséquence le monopole du service public ferroviaire en la matière : il apparaîtrait périlleux pour un concurrent qui souhaiterait s'implanter dans le secteur ferroviaire, d'investir dans un réseau ferroviaire dans sa globalité, c'est-à-dire comprenant non seulement le matériel roulant, mais également les infrastructures ferroviaires que représentent les gares, les rails, mais aussi les quais. De fait, le coût pour les potentiels concurrents, pour pouvoir s'implanter dans le secteur sans avoir accès aux infrastructures, serait exponentiel : bâtir un réseau ferré, c'est-à-dire en implantant ses propres rails, en construisant ses propres gares et ses propres quais serait quasiment impossible, à moins de bénéficier de subventions et de facilités publiques comme les entreprises du service public ferroviaire en ont bénéficié pendant des décennies. Par ailleurs, comme la Cour de cassation l'a indiqué, sont des infrastructures essentielles les infrastructures qui ne peuvent être remplacées par

¹³⁶ Cass. Com., 12 juillet 2005, *Société NMPP*, Bull. civ., 2005, n°163.

des solutions économiques raisonnables : l'on comprend bien ici que les solutions économiques de remplacement des infrastructures déjà existantes sont loin d'être raisonnables, et ce n'est pas là une situation simplement moins avantageuse. En effet, comment comparer le coût d'un accès aux infrastructures au coût de la reconstruction totale d'infrastructures équivalentes ? L'un reste raisonnable, quand l'autre atteint des proportions qui semblent impossibles à mettre en œuvre par un concurrent, sans compter tout le volet relatif à la mise en place des nouvelles infrastructures. Il suffit de regarder aujourd'hui les délais de construction, ou simplement de rénovation, des infrastructures ferroviaires pour comprendre que sans un accès aux infrastructures essentielles déjà existantes, et par analogie sans ces infrastructures essentielles existantes, aucun concurrent ne peut raisonnablement espérer exploiter le réseau ferroviaire.

Ainsi, le service public ferroviaire a très largement bénéficié de son statut de réseau d'utilité publique et de ses infrastructures essentielles : le monopole naturel qui est encore aujourd'hui présent par la simple présence de ces infrastructures permet au service public ferroviaire de jouir d'une position monopolistique, qui si elle n'est plus de droit depuis la loi du 27 juin 2018, reste encore prégnante et naturelle.

Incontestablement, le service public ferroviaire dispose d'un monopole de droit et de fait. Ce sont ces deux monopoles qui constituent une protection particulière pour les biens du service public ferroviaire. En effet, tant qu'il y a monopole, les biens des entreprises ferroviaires ne sont utilisés que par elles, et disposent alors de toute la protection que le droit administratif des biens peut leur offrir. Pourtant, la loi du 27 juin 2018 tend à discuter ce monopole, alors même que les textes constitutionnels semblent être un obstacle à cette remise en cause.

II – Le remise en cause monopole du service public ferroviaire : entre théorie et pratique

En apparence, le texte constitutionnel semble rendre impossible la remise en question du monopole, et partant, le changement de statut juridique des entreprises publiques ferroviaires (A). Pour autant, cela n'a pas empêché la jurisprudence constitutionnelle de très largement limiter les effets du Préambule de la Constitution de 1946 (B).

A – L'apparence d'une impossible remise en cause du texte constitutionnel

16. Origine et rappel sur l'alinéa 9. Le préambule de la Constitution de 1946 a pour objectif principal de proclamer des droits de nature économique et sociale, notamment par le biais des principes considérés comme « *particulièrement nécessaires à notre temps* ». Parmi ces principes énoncés, se trouve la nécessaire nationalisation des services publics nationaux et des monopoles de fait en l'alinéa 9, lequel dispose que : « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de l'Etat* ». Cette formulation semble refléter une conception « *duguiste* » du service public¹³⁷, ce qui a conduit Georges Vedel et Jean Rivero à considérer à ce sujet que « *le législateur ne peut laisser subsister des services publics nationaux ou des monopoles de fait sous la forme d'entreprises privées* »¹³⁸, et c'est d'ailleurs cet alinéa qui semble avoir justifié, *a posteriori*, les grandes nationalisations qui ont suivi la Libération. Ainsi, l'alinéa 9 du Préambule de 1946 s'érige-t-il comme un obstacle à toute opération de privatisation qui concernerait des entreprises publiques en charge d'un service public national. Pour autant, cet obstacle aux opérations de privatisation des entreprises publiques en charge d'un service public national n'est pas l'unique conséquence de cette disposition constitutionnelle : en effet, elle permet de légitimer la dérégulation du secteur public, ainsi que les positions monopolistiques de certaines entreprises publiques.

Il semblerait que l'alinéa 9 du Préambule de 1946 tire ses justifications idéologiques dans la théorie de l'Etat interventionniste qui s'appuie sur le keynésianisme, selon laquelle « *la main visible de l'Etat remplace la main invisible du marché* »¹³⁹. L'économie devient alors un bien collectif, que les gouvernants ont pour objectif de gérer, phénomène que Pierre Rosanvallon a très justement décrit : « *l'économie cesse d'être considérée comme un donné, pour être appréhendé comme un construit (...), la redéfinition de l'économie amène l'Etat à s'adapter. La notion fondamentale de politique économique (...) traduit le projet d'un rapport volontariste et articulé à la conjoncture* »¹⁴⁰. Partant, en 1946, c'est ce courant d'interventionnisme économique qui prime, et qui justifie l'apparition de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution : en effet, comment apporter

¹³⁷ G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 », *AJDA*, 2007, p.192.

¹³⁸ G. VEDEL, J. RIVERO, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », in *Collection Droit social*, 1947, Vol. 21, p. 20.

¹³⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 36.

¹⁴⁰ P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, 1990, p.236.

une autre analyse de cette disposition constitutionnelle que celle d'une volonté de l'Etat de contrôler son économie, et dont l'intervention est d'ailleurs présentée comme une nécessité ? Dans ce contexte, l'Etat met donc un point d'honneur à « *encadrer le marché, l'orienter, le diriger, voire le réglementer et le contraindre* »¹⁴¹, et c'est pour cette raison que l'alinéa 9 du Préambule de 1946 entend s'inscrire dans cette démarche : il faut nécessairement que les entreprises publiques soient propriété de l'Etat pour que le secteur public soit le plus vaste possible. Ainsi, les entreprises publiques en charge d'un service public national constituent-elles des opérateurs publics par le biais desquels l'Etat participe très largement à l'économie, et s'érige comme étant le seul à pouvoir satisfaire les besoins essentiels de la population¹⁴² : ce ne sont pas seulement les services publics régaliens, mais désormais les grands services publics industriels et commerciaux, principalement le chemin de fer et les réseaux d'électricité et de gaz, qui permettent de subvenir à l'entièreté des besoins de la population.

17. La justification du monopole et de la propriété publique par l'alinéa 9. Le monopole du service public ferroviaire en la matière a donc longtemps été justifié par les considérations économiques qui irriguent très largement l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Non seulement le caractère de missions de service public national, mais aussi les positions monopolistiques occupées par les entreprises publiques en charge du service public ferroviaire, justifient la propriété publique de l'entreprise, mais également des biens de celle-ci, mais ce sont aussi précisément ces caractères de service public national et de monopole de fait qui justifient que ne puissent être remises en cause ces positions monopolistiques. Toutefois, le passage d'un Etat interventionniste à un Etat dit « régulateur » à la fin de la période des Trente Glorieuses, amène à relativiser les théories d'inspiration keynésienne, pour mettre en avant les théories de Hayek, selon lesquelles l'intervention de l'Etat, à défaut d'être vecteur de croissance, aurait pour conséquence principale la perturbation des opérateurs économiques et l'aggravation des effets des crises¹⁴³. Partant, l'intervention de l'Etat dans le secteur public ne semble aussi justifiée qu'elle ne l'était, et le retour de la droite au pouvoir, au moment de la cohabitation de 1986 marque le début des privatisations d'entreprises publiques. Or, l'alinéa 9, auparavant légitimateur de l'intervention publique, s'érige

¹⁴¹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 38.

¹⁴² *Id.*, p. 39.

¹⁴³ *Id.*, p. 42.

dès lors comme un obstacle à ces opérations de privatisation, et donc à la position d'Etat régulateur : le service public ferroviaire est un service public national, et l'entreprise publique qui est chargée d'exploiter et de faire fonctionner ce service bénéficie d'un monopole de fait : elle échappe à toute possibilité de privatisation. C'est cette impossibilité pour cette entreprise publique d'être concernée par les opérations de privatisation qui légitime alors la conservation de son monopole. Dans la mesure où ne sont transférables au secteur privé que les entreprises qui ne constituent ni un service public national, ni un monopole de fait¹⁴⁴, par une lecture *a contrario* de la disposition constitutionnelle¹⁴⁵, l'entreprise publique en charge du service public ferroviaire ne peut pas être privatisée : son monopole peut et doit donc être conservé.

18. Les conséquences sur les biens. La protection accordée par l'alinéa 9 du Préambule de la constitution concerne le service public dans son ensemble, et bien évidemment ces biens. Les biens qui sont affectés au service public bénéficient dès lors de la protection de leur affectation, notamment grâce au principe de continuité du service public. Dès lors, l'impossibilité résultant de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 de procéder à des opérations de privatisations permet une protection des biens affectés au service public dans la mesure où la seule propriété publique des biens en question, indépendamment de leur régime de domanialité publique ou de domanialité privée, ouvre la porte à un régime protecteur des biens, notamment via les principes d'insaisissabilité¹⁴⁶ et d'incessibilité à vil prix, qui sont applicables à tous les biens publics, et non aux seuls biens du domaine public. Ainsi, la protection constitutionnelle touche-t-elle le service public dans son ensemble, et particulièrement ses moyens patrimoniaux.

Ainsi, semble-t-il, l'alinéa 9 du Préambule de 1946 s'érige en protecteur du secteur public et des entreprises publiques qui le composent. Pour autant, c'était sans compter sur l'intervention de la jurisprudence constitutionnelle en la matière, qui semble avoir très largement remis en cause la suprématie de l'alinéa 9 du préambule de 1946, à tout le moins dans ses effets. Ainsi donc, l'affirmation de Victor Hugo selon laquelle « *l'art du juge est de menuiser le code en jurisprudence* » semble-t-elle se vérifier.

¹⁴⁴ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVIA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2018, p. 278.

¹⁴⁵ C'est la lecture qui ressort de la décision des 25 et 26 juin 1986 du Conseil constitutionnel citée supra.

¹⁴⁶ Article L.2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

B – L'atténuation jurisprudentielle des effets du Préambule

19. Les motifs possibles de remise en cause de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946. Il semble que la remise en cause des effets de l'alinéa 9 du préambule de 1946 puissent s'expliquer notamment par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a eu tendance à en neutraliser les effets pour certaines entreprises publiques, mais également par l'introduction du droit de l'Union européenne dans notre ordre juridique, qui a profondément modifié le régime juridique des entreprises publiques, et partant, de leurs biens.

20. La neutralisation des effets de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Jusqu'à présent, et en dépit des vagues de privatisation qui ont eu lieu, aucune entreprise dont le législateur n'avait prévu la privatisation n'est tombée sous le coup de l'interdiction constitutionnelle de transférer au secteur privé une entreprise de service public national ou disposant d'un monopole de fait. Dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 précitée, le Conseil constitutionnel a à se prononcer pour la première fois sur la constitutionnalité des privatisations décidées par le Gouvernement Chirac, et à cette occasion, il distingue le service public constitutionnel du service public national. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, « *si la nécessité de certains publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé* »¹⁴⁷. Déjà à l'époque des lois de nationalisations, dont la base juridique réside également en l'alinéa 9 du Préambule de 1946, Louis Favoreu considérait-il que le Conseil Constitutionnel reconnaissait « *implicitement que l'alinéa 9 ne comporte ni une obligation ni une limite pour le législateur. En somme, ce texte n'a aucun effet juridique* »¹⁴⁸. Ainsi, déjà en 1982, l'absence d'effets juridiques de cet alinéa était pointée du doigt par la doctrine, bien que ces effets juridiques n'aient concerné que l'opération inverse de la privatisation, à savoir la nationalisation. Ce que le Conseil constitutionnel apporte dans sa décision de 1986 précitée, c'est donc cette distinction entre le service public constitutionnel

¹⁴⁷ CC, 25-26 juin 1986, n°86-207 DC.

¹⁴⁸ L. FAVOREU, « Une grande décision », in *Nationalisations et constitution*, Economica, 1982, p.52. Voir aussi M. CARPENTIER, « Aéroports de Paris : l'illusoire invocation du service public national », *AJDA*, 2019, p. 1561.

qui, en tout état de cause, ne peut jamais être privatisé¹⁴⁹, et le service public national par qualification de la loi, dont la protection par la Constitution demeure paradoxale. En effet, la qualification de service public national par la loi a pour effet certain d'accorder au service public en question la protection constitutionnelle de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Pour autant, « *ce que le législateur peut faire, il peut le défaire* », et c'est précisément là que le bât blesse : « *il n'y a pas "d'effet cliquet" de l'attribution par la loi à une activité des caractères du service public national* »¹⁵⁰, c'est-à-dire que l'activité que le législateur a choisi d'ériger en service public national peut perdre cette qualité par la main du même législateur. Dans cette hypothèse, il n'existe alors plus de service public national par qualification de la loi dont l'existence serait perpétuelle, et il n'existerait alors plus d'obstacle juridique effectif à la privatisation de ces services. Ainsi, bien logiquement, « *si l'attribution de ces caractères justifie que l'entreprise qui exploite l'activité en question appartienne à la collectivité, le législateur ne saurait la privatiser sans lui ôter au préalable ces caractères* »¹⁵¹. C'est d'ailleurs ce que le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*¹⁵², dans laquelle il a affirmé que le transfert de ces entreprises au secteur privé supposait « *que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* ». Par ailleurs, c'est le chemin qui a été emprunté à la fois par le législateur et le Conseil constitutionnel en ce qui concerne les privatisations des entreprises du secteur de l'énergie, particulièrement l'électricité et le gaz, mais également La Poste. Concernant les entreprises EDF et GDF, la loi du 9 août 2004¹⁵³ prévoyait tout d'abord une simple transformation des établissements publics en sociétés anonymes, tout en garantissant la participation majoritaire de l'Etat dans leurs capitaux ainsi que les activités de service public, et c'est en conséquence de la loi du 7 décembre 2006¹⁵⁴ que le caractère de service public national a été abandonné par le législateur, notamment car les obligations de service public ne s'imposaient pas à la seule entreprise GDF mais également aux entreprises concurrentes, mais également dans la mesure où il a été considéré que l'activité de distribution du gaz ne constituait pas une activité nationale de service public, mais une activité locale. Concernant La

¹⁴⁹ M. CARPENTIER, « Aéroports de Paris : l'illusoire invocation du service public national », *op. cit.*, p. 1562.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ M. CARPENTIER, « Aéroports de Paris : l'illusoire invocation du service public national », *op. cit.*, p. 1563.

¹⁵² Cons. const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543 DC.

¹⁵³ Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

¹⁵⁴ Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

Poste, le processus n'est pas (encore) arrivé à son terme dans la mesure où seule la transformation en société anonyme a eu lieu, et où le caractère de service public national n'a pas été remis en cause. Pour que cela puisse arriver, et que la société puisse être totalement privatisée, il faudrait, conformément à la jurisprudence constitutionnelle, qu'une nouvelle loi intervienne pour retirer à La Poste son caractère de service public national.

Concernant le service public ferroviaire, le raisonnement à suivre est similaire : le groupe public unifié constitué des entreprises publiques en charge de la gestion et de l'exploitation du service public ferroviaire est encore sous le coup de la limite formulée par l'alinéa 9 du Préambule de 1946 dans la mesure où existent encore les caractères de service public national et de monopole de fait, en dépit de la loi du 27 juin 2018 qui a procédé à la transformation du groupe SNCF composé de plusieurs établissements publics industriels et commerciaux en un groupe public unifié composé de sociétés anonymes. Si l'ouverture à la concurrence requise par le droit de l'Union semble être préparée, le maintien du caractère de service public national et de monopole de fait (le monopole de droit a lui été supprimé par la loi précitée) permet à l'alinéa 9 de continuer à déployer ses effets. Toutefois, la remarque qui avait été jadis formulée pour les entreprises électriques et gazières peut, en tout état de cause, être transposée au service public ferroviaire : le caractère de service public national ne tient qu'au législateur, qui dispose d'une plénitude de compétence pour en décider autrement.

21. L'introduction du DUE dans notre ordre juridique. Il convient dans la présente sous partie d'être assez bref sur l'introduction du droit communautaire dans notre ordre juridique comme étant à l'origine de la remise en cause des positions monopolistiques dans la mesure où il en sera fait plus ample développement dans le chapitre qui suit. Toutefois, il semble qu'affirmer que la conception radicalement différente que fait l'Union européenne du service public et, par analogie, des biens de celui-ci, constitue une possible explication aux tentatives de la justice constitutionnelle de limiter les effets de la disposition constitutionnelle dont il a été question dans le présent paragraphe. Le droit de l'Union européenne semble imprégné d'une logique conquérante, en témoigne les principes d'applicabilité directe¹⁵⁵, et de primauté¹⁵⁶. L'Union européenne ayant eu une vocation avant tout économique, et par analogie ayant vocation à intervenir dans le domaine

¹⁵⁵ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62.

¹⁵⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/Enel*, aff. 6/64.

de la concurrence, il semblait inévitable qu'elle s'attaque un jour aux grands services publics et aux grandes entreprises publiques¹⁵⁷ : les positions monopolistiques tenues prennent le contrepied des vocations de l'Union européenne et des valeurs qu'elle fait sienne.

22. Les conséquences sur les biens. Par analogie, il semble que de ces valeurs et idéologies différentes, la protection du service public ferroviaire et de ses biens soit affectée. En effet, comme nous le verrons dans le prochain chapitre, le droit de l'Union européenne s'est longtemps désintéressé de la propriété publique, et n'a à ce titre, jamais imposé une protection des biens du service public, et a même pu considérer certains principes protecteurs des biens publics comme des aides ou avantages directement venus de l'Etat. Ainsi, si la protection des biens du service public semble, en France, découler directement des principes applicables à celui-ci, et du régime du service public dans sa plus large acception, l'Union européenne semble avoir une vision différente des choses.

¹⁵⁷ C'est d'ailleurs en majeure partie pour cette raison que les entreprises précitées (EDF ; GDF et La Poste) se sont attiré les foudres de la Commission Européenne, et qu'il a fallu procéder au changement de leur statut.

Conclusion du chapitre 1^{er}

Le droit administratif français, droit de protection et de sujétions, tend à accorder une protection importante aux biens du service public, et particulièrement aux biens du service public ferroviaire. Cette protection se matérialise notamment par l'affectation des biens au service public, ce qui leur permet de bénéficier d'un régime particulier, mais aussi par la position monopolistique dont est doté le service public ferroviaire. En toute hypothèse, de nombreux mécanismes du droit administratif, et même du droit constitutionnel, permettent d'accorder à ces biens une protection suffisante.

La vision française de l'intérêt général et du service public influe nécessairement sur les biens de celui-ci dans la mesure où les biens constituent les moyens du service, et que le service constitue une des finalités de l'action administrative. Dans cette hypothèse, l'importance accordée au service public est par analogie accordée aux biens qui en sont le support, et c'est ce qui justifie qu'une protection particulière leur soit accordée.

Toutefois, la vision européenne du service public et des biens qui en sont le support semble mener vers une acception différente, voire antinomique, de la protection des biens du service.

CHAPITRE II – UNE PROTECTION DES BIENS RÉFUTÉE PAR LE DROIT EUROPÉEN

Le droit de l'Union européenne dispose d'une vision totalement différente de celle du droit français, dans la mesure où ce sont le libéralisme, l'économie de marché et le droit de la concurrence qui priment. Ainsi, le service public, ainsi que ses biens ne seront pas considérés de la même manière qu'en droit français notamment en raison d'une conception organique d'un côté, et fonctionnelle de l'autre. Partant, il existe une confrontation entre les modèles français et les modèles européens (Section 1). Cette confrontation entre les deux modèles va avoir de vraies conséquences sur le droit français et la vision du service public ferroviaire, de son exploitation et de ses biens (Section 2).

Section I – La confrontation de deux modèles économiques et juridiques radicalement différents

Comprendre pourquoi le droit de l'Union européenne n'implique pas nécessairement une protection des biens du service public implique tout d'abord de s'intéresser aux différences idéologiques générales entre le droit de l'Union et le droit français en matière de service public et d'établissements publics (I). Ce sont précisément ces différences de conception, mais aussi le désintéressement théorique du droit de l'Union européenne pour la propriété publique qui ont pour conséquence la différence notable entre la protection française et la protection européenne des biens du service (II).

I – La différence de paradigme générale entre le service public à la française et le service d'intérêt économique général

Il existe une très nette contrariété entre la vision française et la vision européenne du service public (A). Toutefois, il semble que ce soit avant tout le mode de gestion du service public, par le biais notamment des établissements publics industriels et commerciaux, qui ait contribué à ce que la France s'attire les foudres des institutions communautaires en la matière (B).

A – La contrariété entre le service public à la française et le service d'intérêt économique général

23. Le service public à la française. La France peut être qualifiée d'Etat à « *concept de service public fort* »¹⁵⁸. Le service public à la française fait aujourd'hui office d'exception tant son modèle est particulier. Marqué par un mode de structuration des marchés sous forme de monopole, d'entreprises publiques, et par une culture politique très forte, le service public à la française s'organise principalement autour de l'idée d'intervention publique¹⁵⁹. Ce sont principalement les théories relatives à l'Etat providence qui ont constitué les fondements essentiels des services publics en France, ce qui semble expliquer la traditionnelle intervention publique voire étatique, tant au sein des grands services publics qu'au sein des services publics locaux.

C'est en tout état de cause une analyse dans laquelle le service public ferroviaire se retrouve pleinement. Le double monopole qui a perduré des années durant en matière de transport public de voyageurs, le monopole de fait qui semble encore aujourd'hui persister, le capital social des sociétés anonymes ferroviaires détenu intégralement par l'Etat confirment que la notion de service public à la française a été et est toujours aussi prégnante en ce qu'il s'agit du service public ferroviaire.

24. La notion européenne de service public. Le droit de l'Union européenne appréhende la notion de service public d'une manière juridiquement et idéologiquement différente, ce qui tient principalement à l'objectif économique initial des Communautés européennes. L'intérêt principal du droit communautaire étant la construction d'un espace de libre-échange économique, et un marché européen traversé par le principe de libre-concurrence, c'est une logique purement économique qui prime, et qui semble prendre le contrepied de la logique sociale du service public à la française. Pour l'Union européenne, il existe différents types de services publics, notamment les services d'intérêt général, parmi lesquels les services d'intérêt économique général et les services non économiques d'intérêt général – nous n'étudierons pas ces derniers dans le présent mémoire au regard de leur apport limité dans la mesure où il n'est pas question de considérations économiques –. Si l'objectif de ce mémoire n'est pas d'établir un panorama détaillé des différents

¹⁵⁸ G.-J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, *op. cit.*, p.139.

¹⁵⁹ E. BRILLET, « Le service public à la française : un mythe national au prisme de l'Europe », *op. cit.*, p. 21.

services publics au niveau européen, il convient, dans un souci de compréhension, de consacrer à chacun un rapide développement.

Le service d'intérêt général se définit comme « *l'activité de service marchand ou non, considérée d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public* »¹⁶⁰. Ainsi, pour la Commission, c'est une notion qui recouvre les « *missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées, ou exécutées à des conditions différentes, par le marché en l'absence d'une intervention de l'Etat* »¹⁶¹. Toutefois, contrairement à la notion française de service public, qui suppose un régime propre¹⁶², la notion européenne de service d'intérêt général exprime une simple conception fonctionnelle, dans la mesure où elle désigne¹⁶³ simplement les services publics pour lesquels une dérogation au marché est permise : aucun régime propre n'est organisé par le droit communautaire pour ce type de service.

Il en va de même pour les services d'intérêt économique général. Initialement inscrite à l'article 90-1 du Traité de Rome, la notion de service économique d'intérêt général a été reprise par les traités suivants et figure aujourd'hui à l'article 106-2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le service économique d'intérêt général concerne les services qui « *remplissent des missions d'intérêt général et sont soumis de ce fait par les Etats membres à des obligations de service public* »¹⁶⁴. Il est toutefois précisé par l'article précité du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumis au présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Ainsi, le droit de l'Union prévoyait-il dès son origine des dérogations aux règles de la concurrence, sous réserve qu'elles soient justifiées par les missions confiées aux entreprises publiques dont il est question. D'ailleurs, à l'occasion de l'affaire *Almelo*, la Cour de Justice des communautés européennes a bien précisé que les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général pouvaient échapper aux règles du traité sur la concurrence, et pouvaient même

¹⁶⁰ G-J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public, op. cit.*, p.149.

¹⁶¹ COM 900 du 20 décembre 2011.

¹⁶² Ce régime propre est constitué, en majeure partie concernant les services publics industriels et commerciaux, par un monopole et par un statut particulier attaché aux agents du service.

¹⁶³ V. l'annexe au Livre Blanc de 2004, qui s'inspire des définitions du *Livre vert sur les services d'intérêt général*.

¹⁶⁴ Comm. N°96/C 281/03 du 11 septembre 1996.

voir leurs concurrents exclus, dans la mesure où cela était nécessaire pour « *assurer l’accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie* »¹⁶⁵. Plus encore, la dérogation dont il est question s’applique également aux Etats quand ces derniers édictent des réglementations économiques¹⁶⁶. Ainsi, tel que présenté, le service d’intérêt économique général n’est pas fondamentalement contraire à la notion de service public à la française dans la mesure où il permet aux entreprises publiques d’obtenir des dérogations dans le domaine concurrentiel. Il semble d’ailleurs que le service public ferroviaire entre dans la catégorie des services d’intérêt économique général dans la mesure où l’intérêt général dont est revêtu ses missions découle de sa qualification de service public.

25. Les conséquences de la distinction. La première conséquence réside dans le fait que le droit français appréhende le service public comme un tout, avec un régime juridique et un statut particulier, quand l’Union européenne appréhende le service d’intérêt économique général comme une seule dérogation aux libertés qu’elle proclame. Ainsi, la distinction entre le service public à la française et le service public « à l’européenne » réside davantage dans la conception qui en est faite. Si le service public à la française privilégie une conception organique du service, c’est-à-dire une conception dans laquelle la personne publique est nécessairement présente¹⁶⁷, le service public « à l’européenne » opte pour une approche nettement plus fonctionnelle, axée sur l’activité et le service rendu aux usagers¹⁶⁸. En témoignent les définitions apportées par les instances communautaires, c’est avant tout le caractère d’intérêt général des activités qui les fait tomber sous le coup des régimes spécifiques et des dérogations, et non l’intervention publique et la présence de la personne publique. Or, si le critère organique ne semble pas avoir recueilli les faveurs du droit européen, c’est sans conteste l’un des critères fondamentaux en droit administratif, notamment concernant les biens publics, dont l’un des principaux critères de définition réside en la propriété publique. Ainsi, la distinction entre le service public à la française et le service public tel qu’il est perçu par l’Union européenne pourrait-elle avoir des conséquences sur tous les pans du service public, et non seulement dans son mode de gestion. Dans l’hypothèse d’une remise en cause du

¹⁶⁵ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d’Almelo et autres c. Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92.

¹⁶⁶ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91.

¹⁶⁷ La définition du service public en témoigne : l’activité d’intérêt général doit être assurée, ou assumée par une personne publique.

¹⁶⁸ E. BRILLET, « Le service public à la française : un mythe national au prisme de l’Europe », *op. cit.*, p. 27.

modèle ferroviaire français comme cela est le cas par l'Union européenne depuis quelques décennies en raison de son monopole ainsi que des régimes juridiques spéciaux dont il bénéficie, la seule différence *générale* de paradigme entre les services publics français et les services publics tels que conçus par l'Union européenne aurait des conséquences notoires non seulement sur le régime global du service public ferroviaire, mais plus particulièrement sur le régime et la propriété des biens du service.

Toutefois, semble-t-il, ce n'est pas particulièrement l'activité de service public elle-même, les règles auxquelles la personne publique entend la soumettre, et par analogie le critère organique qui semblent être remis en cause par le droit européen, mais surtout le mode de gestion de cette activité, qui en France et concernant les grands services publics, a surtout eu lieu par le biais des établissements publics industriels et commerciaux, dont l'existence et le régime sont aujourd'hui largement remis en cause.

B – La tension entre le droit de l'Union européenne et les établissements publics industriels et commerciaux

26. Établissement public industriel et commercial et service public. L'établissement public apparaît comme la forme privilégiée de gestion du service public, à tel point qu'il a été d'ailleurs considéré comme un « *service public personnifié* » par Maurice Hauriou. Ce mode de gestion du service public n'est pas une seule particularité française, dans la mesure où certains pays à tradition romano-germanique tels que l'Italie ou encore l'Espagne, ont également longtemps eu recours aux établissements publics comme mode de gestion du service. Toutefois aujourd'hui, la forme de l'établissement public particulièrement l'établissement public industriel et commercial, semble être remise en cause, pour des raisons qui touchent à la fois le droit interne – notamment en lien avec le restrictif principe de spécialité – et le droit européen. C'est précisément le lien qui unit l'établissement public au service public qui justifie que soit étudié l'EPIC sous le prisme du droit de l'Union européenne, dans la mesure où les différences idéologiques de conception du service public ont un impact sur leur mode de gestion.

27. La tension entre les EPIC et le droit de l'Union européenne. Comme l'indique la Professeure Martine Lombard, « *à la fois clé de voute de notre système économique et social et (...) incarnation du droit public, du colbertisme des grands projets industriels et technologiques*

(...) *nos grands établissements publics nationaux sont tout particulièrement mis en question par les règles de concurrence, la dérégulation, le libre-échange du Grand Marché* »¹⁶⁹. Si en droit français, le principe de libre choix du mode de gestion du service public est un principe affirmé par le juge constitutionnel¹⁷⁰, le droit européen semble le remettre en question. En effet, le droit européen semble avoir les établissements publics industriels et commerciaux nationaux – tels que les trois EPIC relatifs au service public ferroviaire avant la loi du 27 juin 2008¹⁷¹ – dans le viseur. Avant toute chose, il faut bien comprendre que l’objectif premier de l’Union européenne – des Communautés européennes – a été d’ordre économique, et dans un objectif de généralisation de la concurrence. Or, les établissements publics industriels et commerciaux sont des personnes morales de droit public, qui sont à ce titre, soumis soit partiellement, soit entièrement, à un régime exorbitant de droit public. C’est précisément cette exorbitance du droit privé que la Commission ne voit pas d’un bon œil. En effet, la Commission, *a fortiori* le droit communautaire, semble aller vers un objectif de « *banalisation de l’intervention publique dans l’économie* »¹⁷², c’est-à-dire vers une intervention similaire des opérateurs publics et des opérateurs privés. C’est d’ailleurs pour cette raison qu’il a semblé, au premier abord, que la Commission ait considéré comme compatibles le régime de l’établissement public et le droit de l’Union européenne : en effet, dans une communication de 1996¹⁷³, la Commission des Communautés européennes a indiqué que « *la Communauté ne remet nullement en cause le statut, public ou privé, des entreprises chargées de missions d’intérêt général, et n’impose donc aucune privatisation* »¹⁷⁴. Partant, ce ne serait pas en soit le statut de l’établissement qui serait problématique, mais le comportement des personnes publiques – et donc l’intervention publique – qui le serait. C’est en ce sens qu’ont tranché les institutions européennes. Tout d’abord, dans une communication en date du 11 mars 2000¹⁷⁵, la Commission a indiqué, que « *constituent (...) une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d’une*

¹⁶⁹ M. LOMBARD, « L’établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79.

¹⁷⁰ CC, n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi sur le secteur de l’énergie*.

¹⁷¹ Voir supra.

¹⁷² M. POYET, « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », *Revue admin*, 2005, p.105.

¹⁷³ Commission des communautés européennes, Communication du 11 septembre 1996, *Les services d’intérêt général en Europe*, COM (96), 443 final, pt. 16.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Commission européenne, Communication du 11 mars 2000 relative à la notion d’aide d’Etat, reprise par la Communication du 19 juillet 2016 relative à la notion d’aide d’Etat visée à l’article 107 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, COM 262/1.

procédure de faillite ou d'insolvabilité ». Partant, les établissements publics industriels et commerciaux, dont le régime légal prévoit expressément cette impossibilité juridique de faillite¹⁷⁶ sont donc directement concernés. Plus globalement, la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003, qu'étaient « *considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché* »¹⁷⁷. Ainsi, cette vision globale des institutions européennes concernant les aides d'Etat semble avoir pour objectif de viser les établissements publics industriels et commerciaux dont le régime légal comporte non seulement des garanties contre la faillite, le redressement et la liquidation judiciaire – ce qui inclut également une insaisissabilité de leurs biens, insaisissabilité des biens conséquence à la fois de cette impossibilité d'être soumis à une procédure collective, mais aussi de la propriété publique du bien – mais également des avantages « positifs » notamment concernant les octrois de crédits, qui seront nécessairement plus simples et dans des conditions plus avantageuses pour les établissements publics. Ce sont précisément ces avantages qui sont épinglés par la Commission. Pour exemple d'ailleurs, en droit interne et concernant le service public ferroviaire et les avantages accordés aux établissements publics, l'EPIC SNCF avait été concerné par une procédure judiciaire dans les années 1980 : l'établissement public refusait de payer des cotisations relatives à l'Assurance garantie des salaires, dans la mesure où elle n'avait pas à prendre ses dispositions contre un risque de faillite, étant donné que par son statut juridique, elle ne courrait pas ledit risque. La Cour d'appel de Paris¹⁷⁸ a donné raison à la SNCF sur le seul fondement de l'impossibilité juridique de faillite, qui de fait, exonère les entreprises publiques de payer certaines cotisations, et leur confère un avantage fiscal¹⁷⁹.

¹⁷⁶ L'article L.620-2 du Code de commerce dispose que « *le redressement et la liquidation judiciaire sont applicables à tout commerçant, toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* ». Il a de fait été interprété par la jurisprudence comme excluant les personnes morales de droit public de son champ d'application, les soustrayant donc aux procédures de redressement, liquidation judiciaire et faillite.

¹⁷⁷ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

¹⁷⁸ CA Paris, 11 juillet 1984, *AJDA* 1984 p.625 note M. BAZEX.

¹⁷⁹ Pour plus de détails sur les avantages fiscaux des établissements publics industriels et commerciaux, v. C. CHAMARD-HEIM, « Les EPIC face au droit fiscal » in M. KARPENSCHIF, « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP, La semaine juridique : administration et collectivités territoriales*, 2009, p. 2200.

Bien que la jurisprudence *Altmark* précédemment citée ait eu une acception très large de ce qui peut être considéré comme une aide d'Etat, elle a également apporté un tempérament, en indiquant ne constituait pas une aide d'Etat, la subvention publique qui avait pour effet de couvrir les coûts du service public – du SIEG ? –. Toutefois, malgré ces tempéraments, la France s'est attiré les foudres de la Commission¹⁸⁰ à propos de l'entreprise La Poste¹⁸¹, et a tenu des positions qui ont été confirmées par la Cour de Justice de l'Union européenne dans une décision du 3 avril 2014¹⁸². Ainsi la Cour de Justice a-t-elle mentionné une « *présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'Etat en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation (...) [est une] garantie de l'Etat qui procure un avantage immédiat à une entreprise et constitue une aide d'Etat dans la mesure où elle est octroyée sans contrepartie et permet d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles normalement consenties sur les marchés financiers* ». Partant, les institutions communautaires, si elles n'ont pas encore épinglé la SNCF – il semblerait que la loi du 27 juin 2018 en tienne la Commission éloignée pour le moment – ont développé une jurisprudence assez fournie en la matière, et semblent déterminées à condamner le plus possible l'intervention publique et les soutiens en matière d'entreprises publiques. C'est d'ailleurs ce que les pouvoirs publics français ont tenté d'éviter, en procédant à la privatisation du statut des entreprises publiques ferroviaires par la loi du 27 juin 2018.

II – La différence de paradigme spéciale entre le service public à la française et le service d'intérêt économique

S'il a semblé que dans un premier temps, l'Union européenne manifeste un désintérêt marqué pour la propriété publique (A), la pratique des institutions et des traités tend à rendre ce désintérêt purement apparent (B).

¹⁸⁰ L'arrêt de la Cour de Justice vient non seulement confirmer les positions que la Commission avait tenues dans sa décision 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'Etat C56/07 accordée par la France en faveur de La Poste, mais plus globalement vient également rappeler ses positions générales en matière d'aides d'Etat.

¹⁸¹ La France s'était déjà, par le passé, attiré les foudres des institutions communautaires à propos des entreprises d'électricité et de gaz, EDF et GDF.

¹⁸² CJUE, 3 avril 2014, *France c. Commission*, aff. C-559/12 P.

A – Le désintéret initial du droit de l'Union européenne pour la propriété publique

28. L'article 345 TFUE. L'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union prévoit que « *les traités ne préjugent en rien le régime de propriété des Etats membres* ». C'est une disposition qui n'a jamais souffert de modification depuis les traités initiaux, qui prévoyaient également une neutralité à l'égard de la propriété dans les Etats membres. Cette neutralité semble pouvoir s'expliquer par différents facteurs. Tout d'abord par le respect du principe de subsidiarité, qui commande de privilégier le niveau inférieur – et donc de réserver à la compétence des Etats membres – pour toutes les tâches qui ne peuvent être réalisées plus efficacement au niveau supérieur. L'on comprend bien pourquoi réserver le régime de propriété à la discrétion des Etats membres procède du principe de subsidiarité dans la mesure où encadrer juridiquement le régime de propriété de chaque Etat au niveau européen serait une bien périlleuse tâche. Toutefois, il semble que cette « *neutralité affichée* »¹⁸³ découle également du contexte dans lequel les Communautés européennes sont nées. En effet, déjà dans la déclaration du 9 mai 1950, Robert Schumann déclarait que « *l'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises* ». Considérant la dimension éminemment économique de la construction européenne, et comme l'a indiqué le Professeur Roux, le « non-choix » opéré par les Etats fondateurs résulte également de l'importance du secteur public au sein des six Etats fondateurs¹⁸⁴ : la France, au même titre que l'Allemagne, ou encore l'Italie, a procédé à de grandes nationalisations au sortir de la 2^{nde} guerre mondiale¹⁸⁵, et possède un secteur public très important. Sans cette neutralité à l'égard du régime de propriété des Etats membres, le libéralisme insufflé par la construction européenne prendrait le contrepied de ces opérations de nationalisation : c'est pour cette raison que la construction européenne a choisi de ne pas s'y attacher en premier lieu. Il était en effet peu opportun de chercher à reconsidérer les nationalisations massives notamment car « *à l'époque de l'adoption des traités communautaires, les structures économiques des Etats fondateurs présentaient des divergences frappantes. Il fallait alors calmer les doutes des pays favorables à l'économie de marché envers*

¹⁸³ Nous reprenons ici l'expression de Monsieur le Professeur C. ROUX. Voir C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, BDP, 2015, t. 290, p.39.

¹⁸⁴ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁵ V. *supra*.

les pays souhaitant maintenir un secteur public dynamique et étendu »¹⁸⁶. Il ne pouvait donc être fait économie de la neutralité à l'égard des entreprises publiques, et le « *traité ne pouvait condamner les structures de l'économie administrative* »¹⁸⁷. Ainsi, de l'interprétation littérale des textes européens, c'est une neutralité à l'égard de la propriété publique qui ressort.

29. Le bénéfice de la neutralité à l'égard des entreprises publiques ferroviaires. Cette neutralité affichée à l'égard des entreprises publiques a fait le bonheur des entreprises ferroviaires, dans la mesure où elles ont pu largement en bénéficier. Le passage de la SCNF au statut d'établissement public industriel et commercial par l'article 18 de la loi du 30 décembre 1982¹⁸⁸ en témoigne d'ailleurs largement. De ce statut d'établissement public, et *a fortiori* d'entreprise publique, la SNCF a pu exploiter le service, en bénéficiant notamment de subventions publiques, mais plus encore, d'un régime de droit public et de propriété des biens largement favorable aux établissements publics. Par analogie, les biens qui constituent le support du service public ferroviaire, exploité par des établissements ou des entreprises publiques devraient, en toute logique, connaître le même désintéret européen. En effet, si du discours de Robert Schuman il ressort une neutralité à l'égard du régime de propriété des *entreprises*, le droit primaire européen n'a pas repris le terme *entreprise*, et s'inscrit donc dans une acception bien plus large de la propriété, qui semblerait dès lors concerner les biens dans leur ensemble, et non seulement les entreprises. Partant, ce sont à la fois l'entreprise publique et l'établissement public qui verraient leur statut « validé » par le droit européen, mais aussi le régime des biens ferroviaires, dont ils sont le support du service : *a priori*, le régime appliqué à ces biens n'a donc aucune importance aux yeux de l'Union européenne, et ils peuvent dès lors bénéficier d'un régime particulièrement protecteur – l'on pense notamment au régime de la domanialité publique – sans que le droit européen ne s'interpose. L'on pourrait alors penser que la conception française qui est faite de la propriété publique, à savoir une conception majoritairement protectrice, pourrait trouver pleine application en matière de biens ferroviaires, toutefois, il semble que le droit de l'Union européenne ait pris le

¹⁸⁶ T. EMIRI, *Concurrence et secteur public économique. L'article 90 du traité CE, moyen d'encadrement communautaire des activités d'intérêt économique général*, thèse dactyl., Paris II, 1998, p. 43 in C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union*, *op. cit.*, p.46.

¹⁸⁷ A. DECOQ, « Les pouvoirs de la commission selon l'article 90§3 du Traité instituant la CE », in *Mélanges Roland Drago, Economica*, 1996, p. 207.

¹⁸⁸ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.

contrepied de sa neutralité affichée, en s’immisçant dans certains régimes de propriété des Etats membres.

B – L’intérêt croissant du droit de l’Union européenne pour la propriété publique

30. Un désintérêt surtout apparent. Malgré la neutralité proclamée à l’article 345 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, il semble que ce désintérêt soit surtout apparent. Ainsi, il semblerait que certaines actions ou abstentions soient dénoncées par les institutions européennes. Pour premier exemple, il est tout d’abord possible de s’intéresser aux autorisations et conventions d’occupation du domaine public. En effet, en droit interne, l’utilisation privative du domaine public est soumise à des titres d’occupation domaniaux, lesquels peuvent être des autorisations qui revêtent un caractère payant et surtout précaire, ou des contrats administratifs qui par nature, préservent une large capacité d’action et de contrôle de la personne publique¹⁸⁹. Pendant bien des années, le Conseil d’Etat a considéré que la délivrance de titres d’occupation du domaine public n’étaient soumis à aucune mise en concurrence¹⁹⁰. Si en tout logique, le droit de l’Union européenne était supposé être neutre à propos de la propriété, et donc à propos du régime de propriété, la directive 2006/123/CE a prévu, en son article 12-1, qu’une « *procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d’impartialité et de transparence* » devait être mise en œuvre quand « *le nombre d’autorisations disponibles pour une activité donnée [était] limitée en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables* ». Ainsi les institutions européennes prenaient-elles le contrepied de leur neutralité affichée, en imposant un régime d’utilisation et de propriété concernant largement les biens publics immobiliers. L’arrêt *Pomoimpresa*¹⁹¹ confirme cette position : les Etats membres doivent prévoir¹⁹² une procédure de sélection préalable des candidats à une autorisation d’occupation du

¹⁸⁹ D. LINOTTE, D. PIETTE, R. ROMI, *Droit public économique*, LexisNexis, Paris, 9^e éd., 2022, p.359.

¹⁹⁰ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, n°338272, Publié au Recueil : « *Aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n’imposent à une personne publique d’organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d’une autorisation ou à la passation d’un contrat d’occupation d’une dépendance du domaine public (...), il en va ainsi de même lorsque l’occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur le marché concurrentiel* ».

¹⁹¹ CJUE, 14 juillet 2016, *Pomoimpresa*, n°C-458/14.

¹⁹² La France a tiré les conséquences de la directive précitée et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union en introduisant au sein du Code général de la propriété des personnes publiques, les articles L.2122-1-1 à L.2122-1-4 qui transposent en droit français les exigences européennes de procédure de sélection préalable.

domaine public, dès lors qu'ils réalisent une activité économique sur ce domaine¹⁹³. Pourtant, la position européenne telle que définie dans les traités aurait dû pousser à un désintéret de l'Union pour les régimes internes de propriété, ce qui n'a en tout état de cause pas été le cas, ce qui transparait également à travers la théorie des infrastructures essentielles, théorie originellement américaine, mais qui s'est diffusée en droit de l'Union européenne par les jurisprudences *Sealink*¹⁹⁴ puis *Magill*¹⁹⁵ et *Oscar Bronner*¹⁹⁶. Comme nous avons eu l'occasion de les définir dans le précédent chapitre, les facilités essentielles, aussi appelées infrastructures essentielles, sont « *les infrastructures, biens ou services détenus par une entreprise en position dominante, qui ne sont pas aisément reproductibles, et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné* »¹⁹⁷. Il existe deux critères pour déterminer du caractère essentiel de l'infrastructure : le caractère indispensable à l'exercice de l'activité économique, et l'absence de substitut réel et raisonnable. En témoigne la définition de l'infrastructure essentielle, l'accès à ces infrastructures est indispensable pour que les concurrents puissent exercer leur activité dans le marché. Or, un accès à ces infrastructures suppose que le régime de propriété de l'infrastructure en question permette cet accès, à tout le moins ne l'interdise pas – de fait ou de droit –. A cet accès aux concurrents, il demeure cependant certains obstacles comportementaux, juridiques et économiques. Tout d'abord, les entreprises en situation de monopole ne semblent pas voir d'un très bon œil l'accès des concurrents à leurs infrastructures dans l'optique d'une mise en concurrence, et cela a des conséquences sur l'investissement dont ils sont à l'origine : en effet, pourquoi investir dans des infrastructures très onéreuses si des concurrents peuvent y avoir accès sans pour autant avoir à en supporter les coûts d'investissement ? De plus, la théorie des infrastructures essentielles peut également conduire à une dépossession de propriété de l'opérateur, à tel point que certains auteurs considèrent cette théorie comme une expropriation¹⁹⁸. Plus généralement, l'accès aux infrastructures essentielles suppose l'obligation d'offrir un accès, dans des conditions raisonnables et non discriminatoires. L'on comprend bien alors que le jeu de la concurrence imposé par le droit de l'Union européenne et par le biais des infrastructures essentielles a nécessairement des répercussions sur le régime de propriété des Etats membres. En

¹⁹³ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics, op. cit.*, p.354.

¹⁹⁴ COM (92) 123 final, pt.41.

¹⁹⁵ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann c. Commission*, C-241/91.

¹⁹⁶ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97.

¹⁹⁷ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p. 450.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 455.

effet, pour qu'un concurrent aux entreprises ferroviaires puisse utiliser les infrastructures ferroviaires dont on sait qu'elles sont des infrastructures essentielles, il faut que le régime qui a été prévu par le droit français n'interdise pas cet accès et cette exploitation. Or, l'on sait du régime de la domanialité publique – voire du régime de la domanialité privée –, que s'il est avant tout protecteur, il peut limiter certaines actions sur le domaine – l'on pense notamment aux opérations patrimoniales – et dès lors, être incompatible avec la théorie des infrastructures essentielles, notamment en matière d'exploitation. Il faut également bien comprendre qu'en ce qui concerne les biens du domaine *public* ferroviaire – dont nous tenterons d'établir une classification et une liste dans la partie suivante – ceux-ci sont *a priori* affectés à au service public, et non affectés à l'usage de tous : partant, il n'est pas d'exigence d'accès de tous aux biens, et il n'est dès lors pas *a priori* d'exigence d'accès des concurrents au domaine public ferroviaire. L'on comprend alors l'incompatibilité entre les exigences européennes et le droit français : le régime de la domanialité publique pourrait s'ériger en obstacle à l'accès des concurrents aux biens ferroviaires. Ainsi, ce régime de propriété pourrait faire l'objet des foudres de l'Union européenne, alors même que le droit européen est supposé être neutre à l'égard des régimes de propriété : les obstacles potentiels à l'ouverture à la concurrence et à l'accès aux infrastructures essentielles ferroviaires pourraient remettre en cause cette neutralité, mais cette remise en cause de la neutralité ne va, en tout état de cause, pas aller dans le sens d'une protection des biens, mais dans le sens d'une réfutation de cette protection.

Au jour où la conception française du service public reçoit en droit européen une traduction largement fonctionnelle, l'on comprendrait toutefois mal comment les institutions européennes pourraient aller vers une protection des biens du service public – qu'il s'agisse du service public ferroviaire ou de tous les autres services publics ou réseaux d'utilité publique – alors même que ces biens sont le support de cette activité, et que la notion fonctionnelle du service public à l'européenne s'inscrit dans la logique d'une économie de marché, et non dans une logique de solidarité et d'universalisme comme le service public à la française.

Section II – Les conséquences de la confrontation entre les deux modèles radicalement différents

La libéralisation du secteur ferroviaire est une des conséquences principales de la confrontation entre les deux modèles précédemment cités dans la mesure où elle intervient dans une optique d'ouverture à la concurrence, idéologie très largement prônée par le droit de l'Union européenne (I). De ces préoccupations européennes, le droit français va en tirer toutes conséquences nécessaires en se conformant autant que faire se peut aux recommandations européennes (II).

I – La libéralisation du secteur ferroviaire : entre préoccupation européenne et conséquences directes sur les biens

Pour que les conséquences de la libéralisation du secteur ferroviaire sur les biens puissent être appréhendées de la meilleure façon qu'il soit (B), il convient de tout d'abord étudier le processus de libéralisation du secteur ferroviaire, qui s'est fait de manière progressive (A).

A – L'émergence d'une préoccupation européenne en matière de transports porteuse d'une libéralisation progressive du secteur ferroviaire

31. L'émergence d'une préoccupation européenne en matière de transports. Dès les années 1980, après quelques années de silence des traités fondateurs sur la question¹⁹⁹, l'Union Européenne a entamé un processus d'ouverture des transports à la concurrence, notamment en conséquence d'une affaire de recours en manquement, dans laquelle la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré que le Conseil était « *tenu, dans le cadre de son obligation d'établir une politique commune des transports, de faire l'ensemble des choix nécessaires pour arriver à la mise en place d'une telle politique* »²⁰⁰. Un an plus tard, la Cour de Justice des communautés européennes, avait également affirmé qu'il y avait « *lieu de conclure que les règles*

¹⁹⁹ En réalité, la question d'une politique commune des transports avait été abordée lors du Traité CECA, en son article 70, mais uniquement sous le prisme du charbon et de l'acier, en limitant de fait la portée. L'article 77 du Traité de Rome avait également posé quelques principes à une politique commune des transports, sans toutefois en préciser les objectifs.

²⁰⁰ CJCE, 22 mai 1985, *Parlement c/ Conseil*, Publié au Recueil.

de concurrence du Traité s'appliquent au secteur des transports »²⁰¹. Partant, la politique d'ouverture des transports à la concurrence était lancée. Comme nous avons pu le constater, le système ferroviaire français est, aux yeux de l'Union européenne, imparfait. Les réformes ferroviaires prévues au niveau communautaire ont été longuement préparées, et malgré tout, la France a manifesté quelques réticences au niveau de leur transposition²⁰². Le domaine du ferroviaire dispose encore aujourd'hui de nombreuses positions monopolistiques. Toutefois, une remarque semble s'imposer : l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire suit un schéma assez classique, bien que le processus semble plus complexe que celui emprunté par les entreprises électriques et de gaz²⁰³. Avant toute chose, il convient toutefois d'opérer une distinction fondamentale, entre le transport de voyageurs et le transport de marchandises. En effet, si le transport ferroviaire de voyageurs constitue une activité de service public, aux termes de l'article L.2101-1 du Code des transports qui mentionne les « missions de service public » en ce qu'il s'agit du transport ferroviaire de voyageurs, le transport de marchandises ne constitue qu'une « activité » aux termes de ce même article. Partant, le transport de marchandises ne constitue pas une activité de service public, ce qui a nécessairement eu des conséquences sur son ouverture à la concurrence. En effet, le transport ferroviaire de marchandises a fait l'objet d'une ouverture à la concurrence bien plus précoce que celle du transport ferroviaire de voyageurs, mais ce n'est toutefois pas l'objet du présent mémoire c'est pourquoi nous n'accorderons pas de développement trop important à la libéralisation du fret ferroviaire.

32. La libéralisation progressive du secteur ferroviaire. Plus généralement, c'est en 1991²⁰⁴ que les premiers jalons d'une ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire ont été posés. La directive du 29 juillet 1991 impose en effet une séparation comptable entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation des services, cette séparation constituant la « *condition fondamentale de l'accès aux infrastructures essentielles dans des conditions équitables et non discriminatoires, et partant, du développement de la concurrence* »²⁰⁵. C'est d'ailleurs cette directive, ainsi que la mise en demeure de la Commission à cet égard, qui ont été à l'origine de la

²⁰¹ CJCE, 30 avril 1986, *Affaire Nouvelles frontières*, n°209 à 213/86.

²⁰² S. NICKINSKI, « L'ouverture du transport ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1028.

²⁰³ *Id.*, p. 1027.

²⁰⁴ Directive n°91/440/CEE du 29 juillet 1991.

²⁰⁵ C. BOITEAU, « Le gestionnaire d'infrastructure au sein du nouveau groupe public ferroviaire : frein au développement de la concurrence ? », *Énergie, environnement, infrastructure*, mai 2021, article n°14, p. 1.

loi du 13 février 1997²⁰⁶ : la création par cette loi de l'établissement public « Réseau ferré de France » avait en effet pour objectif de permettre la séparation organique de la gestion du réseau et des activités de transport telle que prescrite par le droit communautaire. En effet, depuis des décennies, et quelle que soit la forme de l'entreprise publique, la SNCF gérait à la fois le réseau et les activités de transport, ce qui était parfaitement contraire aux exigences de libéralisation imposées par le droit de l'Union européenne.

Par la suite, plusieurs paquets ferroviaires, composés de directives, ont été adoptés par l'Union européenne. Le premier paquet ferroviaire²⁰⁷ concerne essentiellement la libéralisation du fret ferroviaire, c'est pourquoi nous ne nous y attarderons pas. Le deuxième paquet ferroviaire²⁰⁸ ne nous intéressera pas dans le présent paragraphe et fera l'objet d'un développement ultérieur. En revanche, le troisième paquet ferroviaire²⁰⁹ s'empare de la libéralisation du transport de passager, en s'attaquant tout d'abord au transport international de passagers, et au cabotage. Le cabotage est la possibilité pour une entreprise ferroviaire européenne non établie en France mais titulaire d'une licence européenne, de réaliser un transport intérieur de passager, dans le cadre d'un transport international global²¹⁰. Il est possible de prendre pour exemple les trains Thalys ou Eurostar : bien qu'étant des compagnies étrangères, elles ont le droit d'effectuer du transport intérieur de voyageurs, dans le cadre d'un voyage international, en témoignent les liaisons Paris-Amsterdam ou Paris-Londres. Parmi le troisième paquet ferroviaire, peut également être intégré le règlement 1370/2007 dit « règlement OSP », relatif aux services publics de transport de voyageurs, qui prévoit la libéralisation future du transport ferroviaire de voyageurs, et concernant la SNCF, qui prévoit que l'attribution des contrats administratifs pour les services conventionnés de transport de voyageurs puissent être attribués à la suite d'une mise en concurrence. Ce qui transparait principalement de ce troisième paquet ferroviaire, c'est la préparation à une libéralisation totale des transports ferroviaires de voyageurs, pour mettre fin les positions monopolistiques tenues par la SNCF – mais aussi par d'autres opérateurs historiques dans d'autres Etats membres tels que Deutsche Bahn ou encore Trenitalia – et partant, opérer une réelle ouverture à la concurrence dans

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ Il est composé de la directive 2001/12/CE, de la directive 2001/13/CE et de la directive 2001/14/CE.

²⁰⁸ Il est composé du règlement n°2004/882 du 29 avril 2004 et de quatre directives du 29 avril 2004, n°2004/51 ; n°2004/52 ; n°2004/53 ; n°2004/54.

²⁰⁹ Il est composé de trois directives du 23 octobre 2007, n°2007/57, n°2007/58 et n°2007/59.

²¹⁰ Cette définition ressort du règlement CE 1072/2009 du 14 mai 2010.

ce domaine, qui constituant des missions de service public, a longtemps fait l'objet d'un traitement différencié en raison des obligations particulières dont les opérateurs historiques étaient investis. L'adoption de l'Espace ferroviaire unique européen a conduit à une harmonisation des règles de délivrance de licences d'exploitation aux entreprises ferroviaires. Enfin, c'est le quatrième paquet européen²¹¹, adopté en mai 2016, qui a parachevé l'ouverture à la concurrence ferroviaire en prévoyant notamment deux régimes de concurrence, l'un basé sur le transport de voyageurs à grande vitesse, et l'autre basé sur les transports de voyageurs couverts par un contrat de service public.

Ce processus d'ouverture du réseau à la concurrence transparaît également à travers la législation française, qui a tiré les conséquences des obligations européennes, notamment en séparant la gestion du réseau de son exploitation, bien que cette séparation soit, en pratique, imparfaite²¹² notamment à la suite de la loi du 4 août 2014²¹³ qui a constitué un groupe public ferroviaire, et s'est donc inscrit dans la logique du groupe dit « *verticalement intégré* »²¹⁴, ce que la libéralisation ferroviaire prescrite par le droit communautaire avait justement pour objectif de combattre. Toutefois, la loi du 27 juin 2018²¹⁵ semble avoir opéré une mise en conformité – partielle ? – avec le droit communautaire, en procédant à la privatisation du statut juridique des entreprises publiques ferroviaires. Le droit français se tourne-t-il vers une mise en conformité totale avec les exigences européennes ?

B – La libéralisation du secteur ferroviaire facteur d'une absence de protection des biens

33. Application aux biens du service public ferroviaire. Toutes ces considérations concernent les biens du service public ferroviaire dans la mesure où la libéralisation du secteur ferroviaire implique que les concurrents des opérateurs historiques aient un accès au réseau, lequel est constitué des biens du service public ferroviaire, tout particulièrement les rails, les quais ainsi

²¹¹ Le quatrième paquet ferroviaire est composé d'un volet « technique », adopté par le règlement (UE) 2015/796 du 11 mai 2016 et d'un volet « marchés », adopté par la directive 2016/2370 du 14 décembre 2016.

²¹² Pour plus de détails sur ce point, voir B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 513. Voir aussi S. NICINSKI, « L'ouverture du transport ferroviaire à la concurrence », *op. cit.*, p. 1024.

²¹³ Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

²¹⁴ C'est l'expression que P. LEVALLOIS utilise dans sa thèse. V. P. LEVALLOIS, *L'établissement public marchand*, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁵ V. *supra*.

que les gares. Par la libéralisation du secteur ferroviaire, c'est l'accès au réseau qui est ouvert. C'est d'ailleurs ce qui transparaît de l'article L.2122-9 du Code des transports, qui dispose que « *les entreprises ferroviaires ont, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire* ». Cette version de l'article, issue de la loi du 27 juin 2018²¹⁶, dénote avec l'ancienne version en vigueur, dans la mesure où l'expression « *autorisées à exploiter les services de transport* » a été supprimée : avant la libéralisation du secteur ferroviaire, seules les entreprises ferroviaires qui disposaient d'une autorisation d'exploitation disposaient de ce droit d'accès au réseau ferroviaire, quand aujourd'hui, toutes les entreprises ferroviaires en disposent. Il faut, encore une fois, faire référence à la théorie des infrastructures essentielles dans la mesure où ce sont ces dernières auxquelles le droit d'accès est garanti, car sans celles-ci, l'exploitation du réseau ferroviaire par une autre entreprise que l'opérateur historique ne peut être réalisée. Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre : l'accès au réseau, bien que garanti, est toutefois soumis à certaines conditions que l'article L.2122-10 du Code des transports énonce : « *les entreprises doivent être titulaires d'une licence d'entreprise ferroviaire* », mais elles doivent aussi obtenir un certificat de sécurité, et un contrat d'utilisation des infrastructures en question. Le droit d'accès sera accordé par le gestionnaire du réseau de transport, la société SNCF Réseau.

Partant, ce droit d'accès au réseau ferroviaire suppose que les biens du service ne soient plus uniquement exploités par la SNCF, mais également par les concurrents, qui peuvent être de deux sorte : d'une part les opérateurs historiques des autres Etats membres parmi lesquels nous pouvons citer Trenitalia ou encore Deutsche Ban, et d'autre part les nouveaux opérateurs. Ce sont d'ailleurs ces nouveaux opérateurs qui traduisent la libéralisation du secteur ferroviaire. En effet, dans la mesure où les opérateurs historiques disposent également d'un monopole dans l'Etat duquel ils sont originaires, leur ouvrir l'accès au réseau ferroviaire français ne suppose pas un très gros risque. En effet, forts du monopole – de fait ou de droit – dont ils sont titulaires dans leur pays, mais également de cette libéralisation qui concerne tous les Etats membres, et pas seulement la France, ouvrir l'accès au réseau français aux opérateurs allemands et italiens, quand eux-mêmes ouvrent leur réseau aux opérateurs français semble ne constituer qu'un « échange de bons procédés ». En revanche concernant les nouveaux arrivants sur le marché, cette analyse ne peut leur être

²¹⁶ V. Supra.

transposée, dans la mesure où puisqu'ils ne bénéficient d'aucun monopole et d'aucune position historique, ce droit d'accès au réseau français – et aux autres réseaux européens – constitue une chance pour eux dans la mesure où la totalité des investissements qui auront été réalisés ne porteront « que » sur les infrastructures non essentielles : puisque l'accès aux infrastructures essentielles leur est accordé, ils peuvent concentrer l'ensemble de leurs investissements dans d'autres domaines, et ils n'ont dès lors pas à supporter les coûts d'investissement et d'entretien qui doivent supporter les opérateurs historiques, et disposent alors de l'occasion de se développer autrement. Il semble que dans ce droit d'accès aux infrastructures essentielles, ce soit la possibilité aux nouveaux opérateurs d'y accéder qui caractérise le plus la libéralisation du secteur ferroviaire. En effet, comment parler de réelle libéralisation quand seuls des opérateurs historiques, bien qu'étrangers, peuvent accéder au réseau ?

II – La mise en conformité partielle du droit interne au droit de l'Union européenne

Le législateur français n'a eu d'autre choix que de se mettre en conformité avec les recommandations communautaires, ce qui s'est traduit par l'adoption d'autorités et de moyens de régulations du secteur ferroviaire (A), et par une privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires, en substituant de fait l'Etat actionnaire à l'Etat propriétaire (B).

A – L'adoption de moyens de régulation et de contrôle propres

34. L'insuffisance des moyens de régulation initiaux. Pendant longtemps, le droit français ne s'est pas doté d'une autorité de régulation en matière ferroviaire, quand bien même le droit de l'Union européenne le prescrivait. Pourtant, poser le principe d'une libéralisation du secteur ferroviaire suppose nécessairement une autorité en charge de rendre cette ouverture à la concurrence effective. Après l'adoption du troisième paquet ferroviaire²¹⁷, et une mise en demeure de la Commission, le législateur français a adopté la loi du 8 décembre 2009²¹⁸, laquelle met en place l'ARAF, autorité de régulation des activités ferroviaires. De fait, la régulation qui était auparavant mission du ministre des Transports était considérée comme largement insuffisante et

²¹⁷ Il est composé de trois directives du 23 octobre 2007, n°2007/57, n°2007/58 et n°2007/59.

²¹⁸ Loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

ne permettant pas de garantir une concurrence équitable et non discriminatoire et une séparation suffisante²¹⁹. Toutefois, cette transposition du troisième paquet ferroviaire par le législateur français n'a pas été considérée comme suffisante par les institutions européennes, raison pour laquelle la Commission a formé un recours en manquement²²⁰ contre la France mais aussi contre d'autres Etats membres.

35. L'ARAFER. L'ARAF est devenue ARAFER en 2015, après que sa compétence ait été étendue aux affaires routières (Autorité de régulation des affaires ferroviaires et routières). C'est une autorité publique indépendante, et à ce titre, elle dispose donc de la personnalité juridique. L'article L.2131-1 du Code des Transports dispose qu'elle « *concourt au suivi et au bon fonctionnement, dans ses dimensions techniques, économiques et financières, du système de transport ferroviaire national, notamment du service public et des activités concurrentielles au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire* ». L'ARAFER est une autorité indispensable, mais aussi un acteur à la levée des freins à la concurrence. En plus de ses compétences en matière d'accompagnement du secteur ferroviaire vers une ouverture à la concurrence, elle dispose de différents pouvoirs, qui peuvent être regroupés en trois différentes catégories : les pouvoirs dits *ex ante*, les pouvoirs dits *ex post*, et les pouvoirs de « Sunshine Regulation »²²¹.

Les pouvoirs dits *ex ante* sont « orientés vers la garantie de l'accès au réseau »²²². Comme l'indique l'article L.2133-5 du Code des transports, l'ARAFER « *émet un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructures liées à l'utilisation du réseau ferré national* ». Cette possibilité d'émettre des avis conformes relève de ses pouvoirs dits *ex ante* dans la mesure où la fixation du montant des redevances d'utilisation des infrastructures est déterminant à la fois pour le caractère effectif de l'accès, mais aussi pour son caractère contraignant²²³. Le même article dispose également que l'autorité de régulation des transports (ART) « *émet un avis conforme sur la fixation des redevances relatives à l'accès aux gares de voyageurs et aux autres installations de*

²¹⁹ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p.520.

²²⁰ Communiqué de la Commission du 24 juin 2010, IP/10/807.

²²¹ A. LAGET-ANNAMAYER, « L'autorité de régulation des transports face aux freins à la concurrence : une efficacité perfectible », *Énergie-environnement-infrastructures*, mai 2021, article n°17, p.1.

²²² *Id.*, p. 2.

²²³ S. DE LA ROSA, « La centralité de la redevance dans l'effectivité de l'ouverture à la concurrence ferroviaire », *Énergie-environnement-infrastructures*, mai 2021, article n°15, p.3.

service ainsi qu'aux prestations régulées qui y sont fournies ». La compétence de l'ARAFER ne se limite pas aux seules infrastructures essentielles et au réseau mais à l'ensemble de la gestion ferroviaire. Enfin, l'article L.2133-9 du Code des transports tel qu'issu de l'ordonnance du 24 juillet 2019²²⁴ prévoit que l'ART « *peut s'opposer à la nomination, au renouvellement ou à la révocation du président du Conseil d'administration de SNCF Réseau* ». L'on comprend bien les compétences de l'ART en la matière : en effet, la société SNCF Réseau est chargée d'accorder les droits d'accès au réseau. L'avis conforme de l'ART en matière de direction de cette société permet de garantir une certaine impartialité en la matière, et lui permet d'avoir un droit de regard sur la personnalité en charge de la société. Enfin, l'ART est également consultée sur de nombreux projets de textes réglementaires « *relatifs à l'accès au réseau ferroviaire, à la conception, à la réalisation et l'utilisation des infrastructures et des matériels de transport ferroviaire* »²²⁵.

Les pouvoirs dits *ex post* sont, quant à eux, orientés vers l'effectivité de la concurrence et concernent essentiellement la mise en concurrence des contrats de service public de voyageurs²²⁶. L'ART peut être saisie, aux termes de l'article L1263-2 du Code des transports, « *par toute autorité organisatrice de transports compétente, toute entreprise fournissant des services publics de transport ferroviaire de voyageurs* » concernant une procédure de mise en concurrence. Toutefois, dans le cadre du présent mémoire, les contrats de service public de voyageurs ne seront pas étudiés.

Enfin, l'ART use également de ce que l'on appelle la « Sunshine Regulation ». La « Sunshine Regulation » est un mécanisme qui « *utilise la puissance de l'information pour inciter les opérateurs à modifier leur comportement* »²²⁷, et qui a vocation à être un complément aux pouvoirs *ex ante* et *ex post* de l'ART. Ce sont essentiellement des mécanismes de droit souple qui sont mis en œuvre par les autorités de régulation, notamment via les recommandations, qui sont d'ailleurs mentionnées par l'article L2131-3 du Code des Transports²²⁸. L'ART émet également des avis motivés, et procède à la publication de rapports annuels d'activité, lesquels sont d'ailleurs

²²⁴ Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019.

²²⁵ Article L.2133-8 du Code des transports.

²²⁶ A. LAGET-ANNAMAYER, « L'autorité de régulation des transports face aux freins à la concurrence : une efficacité perfectible », *op. cit.*, p. 4.

²²⁷ *Id.*, p. 7.

²²⁸ L'article L2131-3 du Code des Transports précise que l'ART « *assure une mission générale d'observation des conditions d'accès au réseau ferroviaire et peut, à ce titre, après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs, formuler et publier toute recommandation* ».

réputés pour être très détaillés, et qui peuvent dans certaines hypothèses, être apparentés à un « pouvoir d'opinion »²²⁹.

36. Le contrôle juridictionnel des décisions de l'ARAFER. L'ARAFER demeure soumise à un contrôle juridictionnel de ses actes, à la fois par la Cour d'appel de Paris, compétente en matière de recours en annulation, et par le Conseil d'Etat en matière de recours de plein contentieux.

A travers l'ARAFER, le droit d'accès au réseau est garanti, et c'est d'ailleurs en ce sens que les institutions européennes avaient imaginé la régulation. Toutefois, il semble que la garantie de l'accès au réseau via une autorité de régulation publique et indépendante prenne le contrepied de la conception française de protection des biens dans la mesure où même si le gestionnaire des biens ferroviaires décide de qui accède au réseau, et donc aux biens, il existe une autorité qui permet de vérifier que la protection française accordée aux biens n'a pas un impact trop important sur la libéralisation du secteur et le droit de la concurrence.

B – La substitution de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire

37. Le passage du statut d'établissement public au statut de société anonyme. Bien que le droit de l'Union européenne ait affiché une neutralité de principe à l'égard de la propriété, nous avons pu démontrer que cela n'était le cas qu'en apparence. Partant, si la propriété des entreprises ferroviaires pouvait *a priori* demeurer celle de l'Etat, la trajectoire empruntée par les entreprises ferroviaires va dans le sens d'un net passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire. Des trois plus importantes entreprises publiques françaises – EDF, La Poste et SNCF²³⁰ – seule la SNCF semblait avoir encore échappé au glas de la privatisation. Pourtant, la loi du 27 juin 2018²³¹, dont l'article 1^{er} est transposé à l'article L.2101-1 du Code des Transports, prévoit que « *la société nationale à capitaux publics et ses filiales directes et indirectes constituent un groupe public unifié qui remplit des missions de service public dans le domaine du transport ferroviaire (...). Le capital de la société nationale SNCF est intégralement détenu par l'Etat. Ce capital est incessible. La*

²²⁹ A. LAGET-ANNAMAYER, « L'autorité de régulation des transports face aux freins à la concurrence : une efficacité perfectible », *op. cit.*, p. 6.

²³⁰ S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, PUF, 3^e éd., 2021, p. 273.

²³¹ Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 portant nouveau pacte ferroviaire.

société nationale SNCF est soumise aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes ». La loi du 27 juin 2018 a donc procédé à la privatisation du statut juridique des entreprises publiques ferroviaires, dont l'organisation verticale et unifiée²³² procédait de la loi du 4 août 2014²³³. Le verdict est sans appel : bien qu'encore entreprises publiques, les entreprises ferroviaires passent du statut d'établissements publics industriels et commerciaux au statut de sociétés anonymes, et de fait, voient leur régime juridique privatisé. Il va sans dire que c'est en grande partie la pression du droit communautaire qui est à l'origine de cette privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires, notamment du fait de la réticence des institutions communautaires à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux²³⁴. Toutefois, cette mise en conformité avec le droit communautaire a aussi comme objectif de s'adapter à la « réalité des affaires »²³⁵, notamment car les établissements publics industriels et commerciaux ne disposent pas d'un capital, contrairement aux sociétés anonymes. Or, cette absence de capital empêche les établissements publics de disposer de certaines possibilités de financement, ou encore d'apports corporels ou incorporels. C'est d'ailleurs ce qui ressort du rapport Dieffenbacher²³⁶ : un régime juridique de droit privé serait le plus adéquat pour une bonne gestion commerciale des entreprises publiques²³⁷. Ainsi, concernant les entreprises ferroviaires, c'est désormais chose faite : le régime des sociétés anonymes est un régime de droit privé, ce qui répond d'ailleurs aux préconisations du rapport Spinetta selon lequel « *les avantages d'une transformation en société nationale à capitaux publics détenue en totalité par l'Etat sont nombreux, avec notamment la progression de la liberté contractuelle, le renforcement des fonds propres, le développement d'activités nouvelles par la suppression du principe de spécialité et la responsabilité renforcée des instances de contrôle* »²³⁸. Par ailleurs, et le rapport précité en témoigne particulièrement, il semble que le service public ferroviaire tel qu'il a longtemps été conçu et exploité ne bénéficie aujourd'hui plus d'un régime pleinement soutenable et économiquement viable. La transformation des entreprises ferroviaires en sociétés anonymes permettrait donc de pallier, au moins en partie, à ces

²³² Il avait alors été procédé à une rupture avec l'ancienne organisation qui séparait artificiellement la gestion du service et la gestion de l'infrastructure.

²³³ Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

²³⁴ Voir supra, section 1.

²³⁵ S. NICINKSI, *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 8^e éd., 2021, p. 433.

²³⁶ M. DIEFFENBACHER, Rapport au nom de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *Sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, 2003.

²³⁷ S. NICINKSI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 434.

²³⁸ Rapport SPINETTA, « L'avenir du transport ferroviaire », rapport au Premier ministre, 15 février 2018, p.104.

difficultés. Toutefois, il ne faut pas s’y méprendre : si cette réalité des affaires et la conjoncture économique ont pu peser dans la balance, c’est avant tout la pression du droit communautaire qui a mené à cette privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires, tout comme les entreprises d’électricité, de gaz, et postales y ont été confrontées par le passé.

Pour autant, il semble que se référer aux dires de Marcel Waline en la matière ne soit pas hors de propos : « *Il est certain que ni la forme établissement public, ni la forme société ne conviennent vraiment à ces entreprises. Entre ces deux catégories juridiques, on en voit poindre une nouvelle, à qui manque encore une dénomination officielle et un statut légal* »²³⁹.

38. Les conséquences de la privatisation juridique du statut des entreprises publiques ferroviaires. Les conséquences de cette privatisation juridique du statut transparaissent à travers de nombreux domaines. L’ordonnance du 3 juin 2019²⁴⁰ en témoigne, notamment à l’égard des personnels et des biens, dont le statut est nécessairement touché par cette privatisation statutaire.

Concernant les personnels, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012²⁴¹, qui considère qu’aucun principe constitutionnel ne s’oppose à ce qu’un corps de fonctionnaires puisse être placé auprès d’une entreprise privée qui n’est plus chargée d’une mission de service public, il semble que la difficulté réside alors principalement dans la mise en œuvre des régimes, et leur organisation, mais ce n’est pas l’objet du présent mémoire, c’est pourquoi nous n’y consacrerons aucun développement.

Concernant les biens, ce processus de sociétéisation a nécessairement eu des conséquences dans la mesure où la privatisation du statut juridique fait nécessairement tomber la personnalité publique : partant, les biens ne peuvent plus faire partie du domaine public étant donné que la propriété publique est un des critères fondamentaux de la domanialité publique²⁴², et des régimes spéciaux doivent être mis en œuvre concernant les biens du service public ferroviaire, dont on sait qu’ils sont indispensables à son fonctionnement et son exploitation. Les conséquences domaniales de la transformation d’une personne publique en personne privée sont donc particulièrement importantes dans la mesure où la disparition de la propriété publique fait tomber à la fois les sujétions, mais aussi la protection dont les biens ont bénéficié. Or, l’indispensabilité des biens au

²³⁹ M. WALINE, « Préface » in R. DRAGO, *Les crises de la notion d’établissement public*, Pédone, 1950, p.13.

²⁴⁰ Ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019.

²⁴¹ Décision n°2012-281 QPC du 12 octobre 2012.

²⁴² CE, 17 janvier 1923, *Sieur Piccioli*, Recueil p.44.

service suppose qu'ils soient soumis à un régime suffisamment protecteur, à tout le moins à un régime particulier. Or, en la matière, « *c'est à la diversité des régimes qu'il faut s'en tenir* »²⁴³.

²⁴³ S. NICINSKI, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 437.

Conclusion du Chapitre 2

Le droit de l'Union européenne, par son idéologie radicalement différente, tend à ne pas considérer la protection des biens publics et des biens du service comme une priorité absolue, ce qui a nécessairement eu pour conséquence la libéralisation du secteur ferroviaire, et une transformation importante du droit ferroviaire au niveau du droit interne. Le passage d'une entreprise publique sous forme d'établissement public à une entreprise publique sous forme de société anonyme traduit d'ailleurs largement cette préoccupation européenne en matière de concurrence : les sociétés commerciales soumises à un régime de droit privé sont les cibles principales des institutions en charge d'assurer la concurrence.

Forcément, cette libéralisation a des conséquences importantes sur les biens du service, et la conclusion du présent chapitre ne peut s'envisager autrement que dans le sens d'une protection de la propriété publique et des biens du service public bien moins intense en droit de l'Union européenne qu'en droit administratif français.

Conclusion de la Partie 1

Comme nous l'avons affirmé à plusieurs reprises, les biens étant les moyens du service public, tout ce qui a vocation à concerner le service public concernera également les biens de celui-ci, et c'est cette approche que nous avons privilégié dans le présent mémoire : envisager les biens sous le prisme du service public, les envisager comme inséparables de celui-ci permet d'avoir une vision globale et de comprendre la manière dont les profondes mutations qui touchent le service public ont vocation à profondément modifier le régime des biens du service public.

C'est le droit de l'Union européenne qui a principalement été vecteur des mutations qui touchent le service public, et donc ses biens. Ainsi, si le droit administratif français prône très largement un universalisme et une protection importante, ce n'est pas le cas de l'Union européenne qui prône des valeurs largement plus économiques. Ce sont ces différences de perception du service public et de ses biens qui poussent les régimes de droit interne à évoluer. En effet, les transformations insufflées par le droit de l'Union européenne, qui touchent principalement le service public, son organisation et son exploitation ont nécessairement des conséquences sur la nature et le régime des biens ferroviaires. Le passage d'un établissement public à une société commerciale de droit privé fait nécessairement disparaître la personne publique, à tout le moins dans certains domaines. Or, en droit administratif, le critère organique, bien qu'en déclin²⁴⁴, reste cardinal dans de nombreux domaines, et particulièrement en droit des biens publics, où la propriété publique demeure une condition *sine qua none* pour l'appartenance au domaine privé ou au domaine public. Comment alors envisager à l'aune du droit domanial la disparition de la personne publique propriétaire derrière l'entreprise publique ferroviaire SNCF ?

²⁴⁴ Voir à ce sujet la thèse de P-M. MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, BDP, t. 306, 2018, p.213.

PARTIE 2 – CLASSIFICATION ET RÉGIME DES BIENS DU DOMAINE FERROVIAIRE

La privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires a eu pour conséquence des modifications profondes du statut des biens. Ces modifications sont substantielles et amènent à un régime particulièrement complexe, notamment en matière de propriété et de régime applicable. C'est cette complexité qui nous amène à tenter d'établir une classification des différents biens ferroviaires (Chapitre 1), pour déterminer ensuite le régime qui leur sera applicable (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – UNE CLASSIFICATION COMPLEXE JUSTIFIÉE

Il convient d'établir une classification des biens qui composent le domaine ferroviaire (Section 1). Si la loi du 27 juin 2018 laissait la porte ouverte à une large modification du régime, et à une nette diminution de la part de la domanialité publique, il s'avère que l'ordonnance du 3 juin 2019 a choisi une position nettement plus conservatrice de la domanialité publique, dont il conviendra d'en étudier les raisons (Section 2).

Section 1 – Essai d'une classification

La privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires a conduit à certaines modifications, tant sur le plan du régime de propriété des biens ferroviaires (I), que sur le plan de leur régime domanial (II).

I – La nature de la propriété des biens ferroviaires

La loi du 27 juin 2018 a conduit à la disparition du critère organique (A). Toutefois, alors que la logique aurait commandé que cette disparition du critère organique conduise à une nette augmentation des biens propriété privée, il s'avère qu'une solution particulière a été retenue pour pallier cette disparition, et conduire à une conservation majoritaire de la propriété publique sur les biens ferroviaires (B).

A – La disparition du critère organique par la privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires

39. Le critère organique. La propriété publique est fondée sur la personnalité publique. Comme l'indique la Professeure Caroline Chamard-Heim dans sa thèse, « à partir du moment où une personne s'érige en incarnation de l'autorité publique, les biens qu'elle possède sont assujettis à un statut juridique d'exception les distinguant du droit privé. Les biens sont en effet le prolongement de la personne à laquelle ils appartiennent, et à ce titre, les spécificités personnelles ont naturellement des implications en matière patrimoniale »²⁴⁵. Cette affirmation trouve une origine historique car elle nous provient de l'Antiquité, et plus particulièrement du statut dérogatoire dont les biens de Babylone, mais aussi les biens de l'Égypte antique disposaient : pour exemple, en Mésopotamie, les biens publics disposaient d'un statut que l'on pourrait qualifier de privilégié dans la mesure où les atteintes aux biens publics étaient sanctionnées plus lourdement que dans l'hypothèse d'atteintes aux biens privés²⁴⁶. Cette analyse peut également s'étendre à la période romaine : dans le droit de Justinien, étaient distinguées les *res in nostro patrimonio*, qui pouvaient devenir la propriété d'une personne privée, et les *res extra nostrum patrimonium*, qui ne pouvaient en aucun cas devenir la propriété d'une personne privée²⁴⁷.

Aujourd'hui, le raisonnement semble être toujours similaire : la distinction entre les biens publics et les biens privés imprègne encore largement le droit public des biens. Le prolongement de la personnalité publique dans la propriété publique se traduit principalement à travers le critère organique. Comme l'a indiqué Danièle Lochak, « le trait fondamental du droit administratif est l'importance qu'y revêt la recherche des "critères" »²⁴⁸. Le critère organique, relatif à la personnalité publique, est indubitablement en déclin²⁴⁹ dans la majorité des domaines du droit administratif. Pourtant, un « village d'irréductibles gaulois résiste encore » : la propriété publique demeure à ce jour le domaine où le critère organique est encore « exceptionnellement suffisant »²⁵⁰.

²⁴⁵ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, NBT, Vol. 33, 2004, p.74.

²⁴⁶ *Id.*, p. 76.

²⁴⁷ *Id.*, p.81.

²⁴⁸ D. LOCHAK, « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in P. ALLIES, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1991, p.93.

²⁴⁹ Voir à ce sujet la thèse de P-M. MURGE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, op. cit., p.13.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 186.

C'est le critère organique qui commande seul la distinction entre propriété publique et propriété privée car, comme l'indique le Professeur Philippe Yolka, « *la spécificité des personnes publiques s'exprime essentiellement dans les principes applicables à leur patrimoine* »²⁵¹. Cela transparaît d'ailleurs à travers de nombreuses jurisprudences de la Haute juridiction, notamment l'arrêt du 10 juin 2004, *Agence France Presse*²⁵², à l'occasion duquel le Conseil d'Etat a rappelé que seules les personnes publiques pouvaient être propriétaires d'un domaine public. Si la propriété publique conditionne l'appartenance d'un bien au domaine public, plus important encore, elle conditionne sa qualité de bien public, puisqu'elle désigne « *à la fois le droit de propriété que les personnes publiques exercent sur leurs biens et les biens publics en tant que tels. Elle recouvre les biens du domaine public et les biens du domaine privé* »²⁵³.

40. Problématique de la disparition du critère organique. L'on comprend alors quel problème se dessine avec la privatisation juridique du statut de la SNCF : ancien établissement public industriel et commercial, la SNCF pouvait être propriétaire public et propriétaire d'un domaine public²⁵⁴, mais avec la privatisation du statut juridique, la SNCF devient une société commerciale, et donc une personne morale de droit privé. Or, une personne de droit privé, qu'elle soit une personne morale ou une personne physique, ne peut ni être propriétaire public – cela va de soi – ni être propriétaire d'un domaine public, ce qui transparaît très nettement de l'article L.2111-15 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *le domaine public ferroviaire est composé des biens appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L.1 (...)* »²⁵⁵. Ainsi, cette disparition de la personnalité publique entraîne la disparition du critère organique qui est, comme nous l'avons démontré, fondamental. Or cette disparition du critère entraîne nécessairement des conséquences sur le régime de propriété des biens ferroviaires. L'indispensabilité des biens du service public ferroviaire ne permet toutefois pas un régime de propriété privée, du moins tel qu'il est pensé dans la stricte acception privée. C'est d'ailleurs pour

²⁵¹ P. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité publique*, LexisNexis, 2007, p.42.

²⁵² CE, 10 juin 2004, *Agence France Presse*, n°370252.

²⁵³ P.-M. MURGE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, op. cit., p. 192.

²⁵⁴ Voir CE, 23 octobre 1998, *Électricité de France*, n°160246. Voir C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2015, 995 p.

²⁵⁵ L'article L.1 du Code général de la propriété des personnes publiques précité mentionne « *l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements, et leurs établissements publics* ».

cette raison qu'il semble que s'est dessiné un régime particulier en la matière, notamment pour palier la disparition du critère organique.

B – Les conséquences de la disparition du critère organique sur la propriété des biens ferroviaires

41. Objectif. L'objectif du présent paragraphe est d'identifier quels biens demeurent propriété publique, et quels biens sont devenus propriété privée, dans l'optique de parvenir à une classification plus précise dans les paragraphes suivants. Cette méthode adoptée nous semble pertinente dans la mesure où la privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires fait disparaître – à tout le moins en apparence – la personnalité publique, et de fait la propriété publique. Or, pour parvenir à une classification pertinente, et pour identifier par la suite le régime à appliquer aux biens, la nature de la propriété nous semble primordiale.

Si en 1997²⁵⁶, la propriété des infrastructures ferroviaires avait été entièrement transférée à l'établissement public créé, Réseau ferré de France, il en va aujourd'hui différemment. Les solutions apportées par la réforme sur ce point semblent être bien complexes. De fait, le sort des biens constituait un des enjeux majeurs de la réforme dans la mesure où ils en constituent la traduction patrimoniale²⁵⁷, et il convenait pour le législateur d'adopter le régime le plus opportun en la matière. Ainsi, l'ordonnance du 3 juin 2019²⁵⁸ prévoit-elle un régime qui, s'il paraît complexe en apparence, fait sens sur plusieurs points. En son article 18, elle prévoit que « *les biens appartenant à l'établissement public SNCF sont déclassés (...)* » ; « *la propriété de l'intégralité des biens immobiliers appartenant à l'établissement public SNCF Réseau (...) est transférée à l'Etat qui les lui attribue immédiatement* » ; « *l'établissement public SNCF Mobilités reçoit la pleine propriété de l'ensemble des biens immobiliers non compris dans le périmètre filialisé (...). Ces biens sont déclassés* ». Dès lors, deux principales solutions pour palier la disparition du critère organique se dégagent : un déclassement des biens appartenant initialement à l'établissement public, ou un transfert de propriété des biens à l'Etat, lequel les réattribuera directement à la société SNCF Réseau.

²⁵⁶ Loi n°97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France ».

²⁵⁷ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p.6.

²⁵⁸ Ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019.

42. Détermination des biens demeurés propriété publique. L'article L.2111-1 du Code des Transports²⁵⁹ prévoit que « *la société SNCF Réseau est attributaire des lignes du réseau ferré national, propriété de l'Etat* ». Dans l'hypothèse d'un transfert de propriété des biens à l'Etat dans l'optique d'une réattribution directe à la société SNCF Réseau, l'on comprend que le législateur a opté pour une solution visant à maintenir le critère organique par le biais d'une « nue-propiété » de l'Etat²⁶⁰, et d'une « quasi-propiété » de la société SNCF Réseau. Le législateur l'indique très nettement, l'Etat est propriétaire du réseau ferré national²⁶¹, la société commerciale SNCF Réseau en est attributaire. Toutefois, cette propriété est particulière. L'article 544 du Code civil dispose que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Classiquement, la propriété est présentée comme étant constituée par « *l'addition de trois prérogatives fondamentales* »²⁶² : l'*usus*, c'est-à-dire l'usage de la chose, le *fructus*, c'est-à-dire la perception des fruits, et l'*abusus*, c'est-à-dire le pouvoir de disposer de la chose²⁶³. Dans l'hypothèse de la propriété dont dispose l'Etat sur le réseau ferré national attribué à SNCF Réseau, l'on comprend déjà que celle-ci est démembrée. L'article 578 du Code civil dispose que « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* ». En l'occurrence, c'est précisément ce qui a été décidé par le législateur concernant les biens attribués à SNCF Réseau : c'est bien l'Etat qui est propriétaire des biens, mais c'est la société SNCF Réseau qui en a l'usufruit. Étonnamment, ce démembrement de propriété concerne également l'*abusus*²⁶⁴ : l'article L.2111-20 du Code des Transports prévoit que « *la société SNCF Réseau et sa filiale (...) exercent tous pouvoirs de gestion sur les biens immobiliers qui leur sont attribués par l'Etat ou qu'elles acquièrent au nom de l'Etat. (...) Elles peuvent également procéder à des cessions et échanges* ». Partant, il semble que ce soit un régime dit de « quasi-propiété »²⁶⁵ qui ait été établi par le législateur : c'est bien l'Etat qui est propriétaire du

²⁵⁹ Dans sa rédaction issue de l'article 9 de l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019.

²⁶⁰ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p. 6.

²⁶¹ Nous ne reviendrons pas sur la controverse doctrinale à propos de la possibilité ou non pour les personnes publiques d'être titulaires d'un réel droit de propriété sur leurs biens, et nous partirons du postulat – aujourd'hui majoritaire – que les personnes publiques disposent effectivement d'un droit de propriété sur leurs biens.

²⁶² W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 4^e éd., 2019, p.21.

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ Théoriquement, si l'usufruit (l'*usus* et le *fructus*) peut être accordé à une personne autre que le propriétaire, l'*abusus* ne l'est jamais.

²⁶⁵ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p.6.

réseau ferré français, mais ce sont la société SNCF Réseau et sa filiale qui disposent des droits sur tous les biens qui leur ont été attribués. Ce sont bien des « *prérogatives spécifiques* »²⁶⁶ qui sont accordées à la société SNCF Réseau, qui se matérialise dans cette « quasi-propriété ». Partant, bien qu'en théorie la société SNCF Réseau ne soit pas propriétaire en bonne et due forme du réseau ferré, en pratique, c'est comme si elle l'était. L'on comprend alors parfaitement le but de la manœuvre complexe du législateur : le statut de biens publics est conservé par la propriété publique de l'Etat, et la société SNCF Réseau dispose de tous pouvoirs sur les biens qui lui sont attribués, comme si elle en avait la propriété. Le « *numéro d'équilibriste* »²⁶⁷ du législateur permet alors de conserver une propriété publique par la présence de l'Etat, tout en attribuant en pratique la propriété à la société commerciale SNCF Réseau et à sa filiale Gare et Connexions : les infrastructures ferroviaires ainsi que les gares de voyageurs²⁶⁸ sont la propriété de l'Etat, et donc propriété publique.

43. Détermination des biens devenus propriété privée. Concernant le déclassement des biens de l'établissement public SNCF et de l'établissement public SNCF Mobilités, celui-ci est le préalable au passage des biens concernés du domaine public ferroviaire dans lequel ils étaient vraisemblablement. Le présent paragraphe a vocation à s'intéresser uniquement à la nature de la propriété des biens de ces entreprises, c'est pourquoi les questions de domanialité publique ou privée trouveront leur place dans le paragraphe suivant. Ici, l'article 18 de l'ordonnance du 3 juin 2019 précitée mentionne un déclassement des biens de l'établissement public SNCF. Concernant les biens de l'établissement SNCF Mobilités, le processus est quelque peu plus complexe²⁶⁹. En effet, il est mentionné que l'établissement public SNCF Mobilités « *reçoit pleine propriété de l'ensemble des biens immobiliers* » et que ces biens déclassés sont ensuite, conformément au a) du 2°) de l'article 18 de l'ordonnance précitée, transférés « *par voie d'apport à la valeur nette*

²⁶⁶ Commentaire sous l'article L.2111-20 du Code des Transports, Dalloz, 5^e éd., 2020, p. 286.

²⁶⁷ H. DEVILLERS, « L'ordonnance du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF : l'équilibre introuvable », *Dr-Voirie*, 2019, n°209, p.142.

²⁶⁸ Alors que le régime précédent était empreint d'une grande complexité (les murs de la gare appartenaient à l'EPIC SNCF Mobilités, les quais de gare appartenaient à l'EPIC SNCF Réseau), le rattachement de la filiale en charge des gares de voyageurs à la société SNCF Réseau permet un régime unifié.

²⁶⁹ Par souci de compréhension, nous ne nous attarderons pas sur le double transfert qui a eu lieu et dont nous avons esquissé une explication en introduction : un premier transfert de l'EPIC SNCF Mobilités à l'ancien EPIC SNCF Réseau a été effectué. Un second transfert a été réalisé par l'EPIC SNCF Réseau vers la société anonyme SNCF Voyageurs.

comptable, à une société anonyme ». Ici, il est clair que la propriété publique n'existe plus : le déclassement des biens et leur transfert à une société commerciale soumise à un régime de droit privé traduit nettement le passage à une pleine propriété privée des biens concernés, et à fortiori la disparition de la personnalité publique. Partant, cette pleine propriété privée devrait déboucher sur un régime de droit privé, c'est-à-dire une jouissance et une disposition des choses « *de la manière la plus absolue* ». Dans l'hypothèse du passage à un régime de propriété privée, ce n'est pas seulement la protection accordée aux biens qui disparaît, mais aussi – en théorie – les sujétions propres au droit public car l'exorbitance de ce droit se traduit à la fois en matière de protection mais aussi de sujétions. Toutefois, il ne semble pas que cela soit la solution retenue par le législateur, dans la mesure où c'est un régime original qui semble avoir été retenu, comme nous le verrons dans les prochains développements.

Une brève conclusion s'impose : il semble que nous soyons parvenus à isoler les biens propriété publique, et les biens propriété privée. Très simplement, les biens exploités par la société anonyme SNCF Réseau, ainsi que sa filiale SNCF Réseaux, Gares et connexions sont propriété publique, les biens exploités par la société anonyme SNCF et la société anonyme SNCF Voyageurs sont propriété privée.

Propriété publique	Propriété privée
<p>Biens exploités par la société anonyme SNCF Réseau : Voies ferrées ; quais ; ouvrages d'art</p> <p>Biens exploités par la filiale SNCF Réseaux, Gares et connexions : Gares ; cours ; gares de remisage</p>	<p>Biens exploités par la société anonyme SNCF Voyageurs : Installations de service</p>

II – La nature du régime domanial des biens ferroviaires

Si le régime de la domanialité publique a été majoritairement conservé (A), certains biens propriété privée sont tombés sous le coup d'un régime hybride que l'on peut qualifier de quasi-domanialité publique (B).

A – La conservation majoritaire du régime de la domanialité publique

44. Rappels sur la domanialité publique. Le domaine public, aujourd'hui qualifié « *d'illustre vieillard* »²⁷⁰ par une partie de la doctrine, est issu d'une distinction purement publiciste. En effet, il existe deux types de distinctions : la distinction purement fondée sur la propriété, qui nous vient du droit civil, entre les biens privés et les biens publics²⁷¹, et une distinction qui prend place au sein même des biens publics, et qui est cette fois issue de la doctrine et de la jurisprudence publiciste : la distinction entre le domaine privé et le domaine public. Il ne faut toutefois pas tomber dans l'écueil qui est le suivant : si la domanialité publique est un régime particulier appliqué aux biens publics, il ne constitue pas à proprement parler un régime de propriété publique²⁷² : la domanialité publique est un régime qui s'applique à certains biens publics uniquement. Partant, tous les biens soumis au régime de la domanialité publique sont des biens publics, mais tous les biens publics ne sont pas soumis au régime de la domanialité publique. Il existe donc deux régimes distincts au sein du régime de la propriété publique, que sont la domanialité publique et la domanialité privée. La présente distinction entre le domaine public et le domaine privé permet alors de « *distinguer, au sein des biens publics, ceux qui doivent bénéficier d'un régime juridique protecteur en raison de l'importance pour l'intérêt général que revêtent ces biens : le domaine public* »²⁷³. Partant, l'on comprend que toutes les propriétés publiques ne disposent pas du même régime, car il convient d'appliquer un régime plus protecteur aux biens qui

²⁷⁰ J. MORAND-DEVILLER, « La crise du domaine public, à la recherche d'une institution perdue », in *Mélanges en l'honneur de François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007, p.737.

²⁷¹ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., p.1. V. aussi C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 195.

²⁷² Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, in *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 15^e éd., 2014, t.2, p.18.

²⁷³ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 195.

sont « *les plus essentiels à la vie en collectivités* »²⁷⁴. Toutefois, il ne faut pas s’y méprendre : les biens publics hors du domaine public bénéficient quand même d’une protection dite commune à tous les biens publics. La distinction est avant tout d’ordre pratique, dans la mesure où elle commande le régime juridique applicable et notamment le juge compétent²⁷⁵.

45. Détermination des biens soumis au régime de la domanialité publique. Comme l’indique l’article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, « *le domaine public d’une personne publique mentionnée à l’article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l’usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu’en ce cas ils fassent l’objet d’un aménagement indispensable à l’exécution des missions de ce service public* »²⁷⁶. Ainsi, au regard de cette définition générale, l’on comprend que pour qu’un bien appartienne au domaine public, il faut qu’il appartienne à une personne publique – l’on retrouve alors le fameux critère organique – et qu’il soit affecté soit à l’usage direct du public, c’est-à-dire une utilisation directe et collective du bien par le public²⁷⁷ – soit affecté à un service public et pourvu d’un aménagement indispensable – ici l’on retrouve le critère matériel –. Toutefois, l’appartenance au domaine public, si elle peut résulter des critères précédemment énoncés, peut aussi résulter de la loi. Tel est précisément le cas concernant le domaine public ferroviaire légal. L’article L.2111-15 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *le domaine public ferroviaire est constitué des biens immobiliers appartenant à une personne publique mentionnée à l’article L.1, non compris dans l’emprise des biens mentionnés à l’article L2111-14 et affectés exclusivement aux services de transports publics guidés le long de leur parcours en site propre* ». De cette définition du domaine public ferroviaire, il en ressort l’exclusion immédiate de deux types de biens ferroviaires : ceux qui n’appartiennent pas à une personne publique, et partant, tous les biens qui sont propriété privée, et ceux qui ne sont pas des biens immobiliers. L’on pourrait penser que le matériel roulant serait exclu, toutefois, il est considéré unanimement que les trains, qu’ils

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ En matière de domanialité privée, c’est généralement le juge judiciaire qui est compétent, alors qu’en matière de domanialité publique, c’est exclusivement le juge administratif qui est compétent. V. TC, 6 mai 2002, *Société S.M c/ Syndicat des eaux de Molsheim*).

²⁷⁶ Il est ici question du domaine public administratif, qu’il ne faut pas confondre avec le domaine public légal.

²⁷⁷ Commentaire sous l’article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, Dalloz, 11^e éd., 2021, p. 121.

soient métropolitains ou intercités, font partie de ce domaine public²⁷⁸. Reste toutefois à déterminer si les biens demeurés propriété publique même après la privatisation juridique du capital constituent encore des biens du domaine public. Il semblerait que la première réponse apportée soit la suivante : dans la mesure où ils faisaient initialement partie du domaine public²⁷⁹ les biens demeurés propriété publique devraient, en tout logique, rester dans le régime de la domanialité publique²⁸⁰. Toutefois, il convient de vérifier si cette hypothèse se vérifie pour les infrastructures ferroviaires, ainsi que pour les gares de voyageurs. En effet, le Code général de la propriété des personnes publiques prévoit une « *affectation exclusive au service des transports publics guidés le long de leur parcours en site propre* ». On appelle transport guidé tout mode de transport dans lesquels c'est l'infrastructure qui guide les véhicules : indubitablement, le transport par chemin de fer est un transport guidé²⁸¹ car le chemin de fer (l'infrastructure) guide les véhicules roulants qui ne peuvent dévier de ce chemin. Dans son arrêt du 16 avril 2009²⁸², la Cour d'appel de Douai a confirmé cette approche concernant le transport ferroviaire. Également, la notion de « site propre » semble ne pas amener de problématique particulière dans la mesure où « *sont en site propre des transports publics qui circulent sur des espaces qui leur sont prioritairement réservés par une signalisation ou un aménagement et qui permettent de les isoler du reste de la circulation (...) ou des transports publics qui circulent sur des espaces qui leur sont exclusivement réservés, c'est-à-dire qu'aucun autre mode de transport ne peut emprunter* »²⁸³. Partant, le transport public ferroviaire évolue nécessairement en site propre, dans la mesure où il semble inconcevable qu'un tram, un bus, ou une voiture puisse circuler sur une voie ferrée. Enfin, l'affectation exclusive au service des transports semble elle aussi ne pas soulever de problématique particulière dans la mesure où les infrastructures ferroviaires sont nécessairement affectées au service public ferroviaire notamment par leurs particularités et leur originalité.

Partant, il semblerait que les critères d'appartenance au domaine public ferroviaire soient remplis : les biens qui sont propriété publique semblent conserver le régime de la domanialité

²⁷⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2019, p. 87.

²⁷⁹ La loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer intègre les voies ferrées dans le domaine public ferroviaire. Il en allait de même pour les gares (CE, 25 avril 1951, *Pépin*, Publié au Recueil).

²⁸⁰ P. IDOUX, « La loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Droit administratif*, n°1, 2019, p. 2.

²⁸¹ Cela ressort également de l'intitulé de la Partie 2 du Code des transports qui mentionne le « Transport ferroviaire ou guidé ».

²⁸² CA Douai, 16 avril 2009, n°08/02871.

²⁸³ Commentaire sous l'article L.2111-15 du Code général de la propriété des personnes publiques, *op cit.*, p. 185.

publique. La propriété publique, et de fait, la quasi-propriété des biens par SNCF Réseau et sa filiale, permet à ces biens d'être maintenus dans le domaine public ferroviaire.

B – L'apparition parcellaire d'un régime hybride de quasi-domanialité publique

46. La notion de quasi-domanialité publique. Alors que le droit administratif des biens reste encore profondément attaché à son critère organique, il semblerait que les temps soient au développement d'une théorie des « *biens privés affectés à l'utilité publique* »²⁸⁴. Cette théorie des biens privés affectés à l'utilité publique se veut être une théorie fonctionnaliste, dans la mesure où ce n'est pas la nature juridique du propriétaire du bien qui est importante, mais la fonction du bien en question²⁸⁵. Partant, la propriété publique ou privée n'aurait donc aucune importance, et ce serait l'affectation du bien qui déterminerait le régime juridique qui doit être appliqué. C'est un détachement total du critère organique qui est retenu, au profit de l'affectation, et c'est dans ce sens qu'était déjà allé le Professeur Barckhausen en 1903 : « *c'est à l'affectation indéfinie d'une chose qu'il faut s'attacher, pour la déclarer inaliénable et imprescriptible. Qu'importe, à la rigueur, la qualité du propriétaire, qui ne bénéficie que de certains avantages accessoires ou éventuels. Il serait un particulier que la collectivité n'en souffrirait point* »²⁸⁶. Pourtant, ce raisonnement tenu n'est pas si étonnant dans la mesure où la domanialité publique est un régime qui a vocation à protéger l'affectation des biens : l'abandon du critère organique n'aurait aucune incidence, *a priori*, sur la protection du bien. L'on comprend alors mal pourquoi ce maintien à tout prix du critère organique en matière de domanialité publique, à part une règle naturelle, ce que souligne Catherine Logéat, « *le principe selon lequel un bien appartenant à une personne privée ne peut pas faire partie du domaine public est posé mais non expliqué. La précellence du critère organique apparaît naturelle, elle n'appelle pas de justification* »²⁸⁷.

Certains régimes fonctionnels, dits de « quasi-domanialité publique » se sont développés, notamment sur le terrain de la transformation des EPIC en sociétés commerciales. La « quasi-

²⁸⁴ Pour une vision détaillée de la théorie des biens privés affectés à l'utilité publique, v. C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, Paris, 2011, 492 p.

²⁸⁵ P.-M. MURGE-VAROCILIER, *Le critère organique en droit administratif*, *op. cit.*, pt 923, p. 661.

²⁸⁶ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1903, p.50 in P.-M. MURGE-VAROCILIER, *Le critère organique en droit administratif français*, *op. cit.*, pt. 924, p. 662.

²⁸⁷ C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, *op. cit.*, p. 35.

domanialité publique » peut se définir comme un « *ensemble hétérogène de régimes juridiques inspirés de la domanialité publique et grevant les biens de sociétés privées en charge d'une mission d'utilité publique de servitudes légales d'affectation afin de garantir le principe constitutionnel de continuité du service public* »²⁸⁸. L'on comprend toute suite que cette notion de « quasi-domanialité publique » retient avant tout l'approche finaliste de l'affectation du bien, et ce, peu importe que la propriété soit publique ou privée. C'est d'ailleurs que le professeur Hubert Hubrecht indique à propos de ces régimes particuliers : « *il s'agit là d'une définition directement fondée sur l'affectation, et très proche dans ses conséquences, y compris procédurales, de ce que l'on nomme "domanialité publique" mais qui s'applique à des biens purement privés puisque appartenant à des personnes de droit privé* »²⁸⁹. Ainsi, le constat qui s'impose avec la force de l'évidence est le suivant : faute de propriété publique, le régime ne peut être qualifié de domanialité publique, mais en raison des servitudes qu'impose le régime ainsi créé, il peut difficilement être qualifié de régime de propriété privée. Qualifier un tel régime « d'hybride » ne serait donc pas nécessairement une erreur. Toutefois, il convient tout de même de préciser que si ce régime est retenu par le législateur, c'est avant tout dans une optique de protection des biens – de leur affectation – du service, et non d'un démembrement de la propriété des sociétés concernées. De plus, retenir un régime de quasi-domanialité publique aurait pour objectif de contourner les exigences européennes de propriété²⁹⁰, et conserver un régime pleinement protecteur, tout en tirant les conséquences de la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires. En bref, comme l'a indiqué le Professeur Benoit Plessix, « *la quasi-domanialité publique semble être, à priori, un incroyable pied-de-nez que la France a fait au droit communautaire* »²⁹¹

47. Détermination des biens soumis au régime de la quasi-domanialité publique.

Concernant les biens ferroviaires, il semble que ce régime de quasi-domanialité publique soit celui qui ait été retenu pour les biens étant devenus propriété privée avec la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires. Cela concerne essentiellement les biens qui sont devenus la propriété de la société anonyme SNCF Voyageurs, ainsi que les biens de la société anonyme mère

²⁸⁸ V. LAMY, « La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2021, p. 306.

²⁸⁹ H. HUBRECHT, « Faut-il définir le domaine public et comment ? », *AJDA*, 2005, p. 598.

²⁹⁰ Pour plus de détails sur la conformité du régime de la quasi-domanialité publique au droit de l'Union européenne, v. V. LAMY, « La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 305 à 312.

²⁹¹ B. PLESSIX, « L'éternelle jeunesse du service public », *Droit admin*, n°11, 2018, p.1.

SNCF, ce qui reste relativement marginal. La démarche ici adoptée sera quelque peu différente d'une seule vérification des critères du domaine public ferroviaire : en effet, il n'existe *a priori* pas de définition légale de la quasi-domanialité publique, ce qui suppose d'adopter un raisonnement inverse. C'est du régime appliqué aux biens dont découlera la qualification de « quasi-domanialité publique », et non d'une application des critères définis par le législateur ou le juge.

Tout d'abord concernant les biens de la société SNCF et les biens de sa filiale SNCF Voyageurs, les articles L.2101-17 et L.2141-13 du Code des transports dans leur rédaction issue de l'article 8 de l'ordonnance du 3 juin 2019 prévoient un régime particulier, qui ne laisse aucun doute sur sa nature : « *Quand un bien immobilier appartenant à la société nationale SNCF est nécessaire au transport ferroviaire national, l'Etat s'oppose à tout acte de disposition ou toute création d'une sûreté sur ce bien immobilier, ou subordonne l'acte de disposition ou la création de sûreté à la condition qu'il ne soit pas susceptible de porter préjudice au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national* ». Nul besoin d'aller plus loin pour comprendre que le régime mis en place par le législateur est un régime de quasi-domanialité publique : la propriété reste privée, ce qui ressort largement du texte, en revanche, dès lors qu'il s'agit d'acte de disposition ou de création de sûreté – ce qui constitue les actes par définition rejetés, ou très fortement encadrés par le régime de la domanialité publique à travers notamment le principe d'inaliénabilité²⁹² ou encore l'insaisissabilité des biens publics²⁹³ – actes sont fortement encadrés. C'est cet encadrement qui permet de conclure à l'adoption du régime hybride de la quasi-domanialité publique : il n'y a pas de propriété publique, pourtant il n'y a pas cette jouissance absolue propre à la propriété privée. Certes, le Code des transports autorise des actes de disposition ou de création de sûreté, mais uniquement après autorisation de l'Etat, et à la condition que ces actes ne portent pas « *préjudice au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national* ». Le transport ferroviaire national constitue un service public. Dès lors, à partir du moment où les actes de disposition et de création de sûretés sont conditionnés à une absence de conséquence néfaste sur le service public ferroviaire, l'on comprend bien quel est l'objectif du législateur : la protection de l'affectation de ces biens au service public ferroviaire. Or, c'est précisément ce qui caractérise le régime de la

²⁹² Plus plus de détails sur le principe d'inaliénabilité, v. H. DE GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, thèse dactylographiée, Paris II, 2006, 637 p.

²⁹³ Pour plus de détails sur l'insaisissabilité des biens publics, v. C. ROUX, *L'insaisissabilité des biens publics, vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?*, Collection des mémoires de l'équipe de droit public, n°7, 2007, 164 p.

quasi-domanialité publique. Dès lors, il semble que ce soit bien un régime de quasi-domanialité publique qui ait été retenu pour les biens de la société anonyme SNCF.

Domanialité publique	Quasi-domanialité publique
<p>Biens exploités par la société anonyme SNCF Réseau : Voies ferrées ; quais ; ouvrages d'art</p> <p>Biens exploités par la filiale SNCF Réseaux, Gares et connexions : Gares ; cours ; gares de remisage</p>	<p>Biens exploités par la société anonyme SNCF Voyageurs : Installations de service</p>

En conclusion, même les biens propriété privée demeurent soumis à un régime particulier qu'est celui de la quasi-domanialité publique. Toutefois, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser la loi du 27 juin 2018²⁹⁴, ce régime hybride ne concerne que très peu de biens, et c'est majoritairement le régime de la domanialité publique et la propriété publique qui a été retenue. Toutefois, retenir un tel régime, qu'il concerne beaucoup de biens ou non, nous amène à nous questionner sur l'opportunité de conserver le critère organique en matière de droit public des biens, ou à tout le moins en questionner son importance.

Section 2 – Les fondements de la conservation d'un régime de domanialité publique

La présente section a vocation à imaginer les raisons qui ont conduit le législateur à retenir une part de domanialité publique si importante : rien ne semble aujourd'hui permettre de les connaître avec certitude c'est pourquoi nous retiendrons une approche hypothétique. Ainsi, si le service public peut apparaître comme une des explications à la conservation de ce régime particulier (I), il semble qu'il faille également s'intéresser à la valeur patrimoniale et extrapatrimoniale des infrastructures ferroviaires (II).

²⁹⁴ Pour plus de détails, v. à ce sujet, C. MEYSSIREL, *Les gares, quais solides du droit public et de l'interventionnisme économique*, Banque des mémoires de l'Université Paris II, année 2018-2019, 104 p.

I – Le service public comme légitimation de l'appartenance des biens au domaine public ?

La loi du 27 juin 2018 et l'ordonnance du 3 juin 2019 ont conservé l'affectation des biens au service public ferroviaire (A). Pour autant, si cette affectation a été maintenue, il semble qu'il n'existe pas d'obligation constitutionnelle d'appartenance des biens du service public au domaine public (B).

A – Le maintien de l'affectation au service public ferroviaire

48. L'importance de l'affectation au service public. Il semble qu'il soit possible de rechercher le maintien d'une large part de domanialité publique dans la notion de service public elle-même. Le service public ferroviaire fonctionne en majeure partie grâce à ses biens, et au regard de l'importance du service public ferroviaire, il s'en suit logiquement que les biens qui sont affectés à ce service dispose de la même importance, et que le régime de la domanialité publique en témoigne nettement. Par ailleurs, la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires peut être assimilé à un « déguisement » des EPIC ferroviaires : conserver des privilèges inhérents au droit public, tout en pouvant se prévaloir d'un régime de droit privé pour ne pas recevoir les foudres du droit communautaire. Ainsi, pour éviter tout montage juridique en recourant à un régime hybride de quasi-domanialité publique, le législateur pourrait avoir simplement maintenu un régime de pure domanialité publique. Toutefois, une explication pourrait se trouver dans le simple fait que les biens sont affectés au service public, et que le législateur, par pure convenance, a simplement souhaité maintenir le régime le plus adapté aux biens du service public.

Comme nous avons pu le démontrer dans la partie précédente, les biens du service public en sont le moyen principal. Le régime de la domanialité publique, s'il s'est également construit par vis-à-vis des biens affectés à l'usage direct du public, est empreint d'un lien très fort avec le service public puisqu'il en constitue l'un des critères fondateurs, bien que tardivement consacré²⁹⁵. Comme l'indique le professeur Norbert Foulquier, l'érection du service public en tant que notion fondatrice

²⁹⁵ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2019, p.44.

et fondamentale du droit administratif par les arrêts Terrier²⁹⁶, Théron²⁹⁷ et Feutry²⁹⁸ a conduit le Conseil d'Etat à adopter une approche différente dans la définition du domaine public²⁹⁹. L'affectation au service public constituant une des approches privilégiées de la domanialité publique, l'on comprendrait pourquoi le législateur n'a pas souhaité dissocier service public ferroviaire et domanialité publique.

Par ailleurs, l'article L. 2111-15 du Code général de la propriété des personnes publiques, qui prévoit le domaine public ferroviaire légal, fait également mention de la notion de « *services de transports publics guidés* ». Bien que la notion de service public ne soit pas expressément citée, l'on comprend bien que la référence au service de transport publics inclut nécessairement le transport réalisé par le service public ferroviaire. L'affectation au service de transports publics est également fondamentale en matière de domaine public ferroviaire, et dans la mesure où la plupart des biens étaient affectés au service public, la solution la plus simple était donc de conserver un plein régime de domanialité publique, sans passer par des régimes hybrides. En effet, plutôt que de briser le lien qui existait entre les biens et le service public, constitué par la domanialité publique, le législateur pourrait avoir pris le parti de conserver une sorte de *statut quo*³⁰⁰ pour les biens les plus fondamentaux – en l'occurrence les infrastructures ferroviaires parmi lesquelles les rails, les quais, mais aussi les gares³⁰¹ –.

Une autre explication, toujours en lien avec l'affectation au service public, pourrait se trouver dans le fait que le service public ferroviaire, comme nous l'avons démontré dans une précédente partie, est un service public national. Dans la mesure où les entreprises en charge de ce service public ont vu leur statut juridique être privatisé, l'Etat ne peut plus exercer une influence aussi importante dans la mesure où bien que ce dernier détienne l'entièreté du capital des sociétés ferroviaires, il ne dispose plus d'un pouvoir de tutelle aussi important que quand il s'agissait d'EPIC. Or, ces entreprises ont la charge du service public national, dont les biens en constituent les moyens privilégiés. Ainsi, peut-être le législateur, à défaut de pouvoir conserver la propriété

²⁹⁶ CE, 6 février 1903, *Terrier*, Publié au Recueil.

²⁹⁷ CE, 4 mars 1910, *Théron*, Publié au Recueil.

²⁹⁸ TC, 29 février 1908, *Feutry*, Publié au Recueil.

²⁹⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op cit.*, p. 44.

³⁰⁰ Lorsque les entreprises ferroviaires étaient des EPIC, leurs biens appartenait au domaine public ferroviaire.

³⁰¹ Pour les gares, ce n'est que le propriétaire qui semble avoir changé. Avant la loi du 27 juin 2018 et l'ordonnance du 3 juin 2019, leur propriété était partagée entre l'EPIC SNCF Mobilités (pour les murs de la gare) et l'EPIC SNCF Réseau (pour les quais), mais faisaient partie du domaine public. Désormais, l'intégralité des gares sont la propriété de l'Etat, et sont attribuées à la société anonyme SNCF Réseau mais semblent toujours faire partie du domaine public.

des entreprises ferroviaires, a-t-il souhaité conserver la propriété d'une majeure partie de leurs biens, pour garder une certaine mainmise sur le service public ferroviaire.

En conclusion, le maintien d'une large part de domanialité publique au sein des biens du service public ferroviaire semble pouvoir trouver une explication dans la place que le service public et que l'affectation occupent en droit administratif français.

B – L'absence d'obligation constitutionnelle d'appartenance des biens du service public au domaine public

49. Sur l'existence d'une obligation constitutionnelle d'appartenance au domaine public. Il semblerait qu'une des hypothèses qui puisse être étudiée en la matière soit l'existence, ou non, d'une obligation constitutionnelle d'appartenance des biens du service public au domaine public. En effet, le régime de la domanialité publique, comme nous l'avons indiqué à de nombreuses reprises, est un droit de protection, qui a donc essentiellement vocation à « *assurer la protection des biens qui sont nécessaires à la satisfaction d'un certain nombre d'intérêts généraux essentiels (fonctionnement des services publics, circulation des personnes et des biens)* »³⁰². Ainsi, l'on pourrait envisager que des biens qui ont vocation à satisfaire l'intérêt général soient nécessairement incorporés dans le domaine public, dans l'optique qu'ils soient soumis à ce régime particulièrement protecteur.

En matière de biens du service public, la base constitutionnelle qui commanderait l'appartenance de ces biens au domaine public semblerait se trouver dans le principe de continuité du service public. En effet, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 26 juin 2003³⁰³, donné au domaine public une base constitutionnelle en indiquant qu'il existe des « *exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public* ». Ces exigences résident principalement « *dans l'existence et la continuité des services dont le domaine est le siège* ». Partant, c'est bien la continuité du service public qui commande que soit appliqué aux biens de ce service un régime particulièrement protecteur. Toutefois, ce sont uniquement les « *mesures patrimoniales affectant la continuité de l'activité de service* »³⁰⁴ qui entrent dans le champ

³⁰² E. FATÔME, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192.

³⁰³ CC, 26 juin 2003, n°2003-473DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

³⁰⁴ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 788.

d'application du principe constitutionnel ainsi découvert³⁰⁵. Partant, sont prohibées uniquement les opérations qui auraient vocation à affecter la continuité du service, soit les opérations qui auraient vocation à faire sortir le bien de son affectation originale au service. Pour autant, si le domaine public a reçu une base constitutionnelle, c'est à travers la notion de service public : l'on retrouve ici la logique précédemment énoncée selon laquelle le service public constitue une finalité de l'action publique, les biens en constituent les moyens. Partant, rien d'étonnant à ce que le domaine public reçoive une base constitutionnelle à travers le service public puisqu'il en constitue un des moyens. Toutefois, c'est parce que les besoins du service public le nécessitent qu'un régime protecteur est nécessaire. Ce n'est pas le domaine public en lui-même qui est constitutionnalisé, mais le régime protecteur qu'il porte. Or, du point de vue constitutionnel, ce qui importe est « *la garantie de l'existence de la continuité des services publics auxquels ils [les biens] sont affectés* »³⁰⁶, et le domaine public n'est pas l'unique régime qui permet de garantir une protection des biens. Partant, ce n'est pas la soumission au régime de la domanialité publique qui est constitutionnellement requise, mais la simple soumission à un régime protecteur. De plus, force est de constater que malgré l'attrait que conserve le régime de la domanialité publique en matière de protection des biens, certains considèrent qu'il constitue un « *régime désuet et inadapté au contexte actuel* »³⁰⁷.

50. Regards sur le régime des biens des autres sociétés privatisées. C'est en suivant ces deux logiques, que les déclassements de certains biens des services publics par le législateur – ceux de France Télécom avec la loi du 26 juillet 1996³⁰⁸ et ceux de La Poste avec la loi du 11 décembre 2001³⁰⁹ – ont été validés par le Conseil constitutionnel. Ainsi, dans sa décision du 21 juillet 1994³¹⁰ à propos de France Telecom, le Conseil a suivi ce même raisonnement et n'a admis la constitutionnalité du déclassement des biens concernés que dans la mesure où les principes constitutionnels régissant le service public étaient respectés par l'entreprise France Telecom. Ainsi, pour le Professeur Etienne Fatôme, la solution est claire : « *le législateur peut décider que des biens affectés à un service public qui remplissent les conditions pour appartenir au domaine public n'en*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ E. FATÔME, « A propos des bases constitutionnelles de la domanialité publique », *op. cit.*, p. 1194.

³⁰⁷ *Id.*, p. 1103.

³⁰⁸ Loi n°96-2660 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

³⁰⁹ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

³¹⁰ CC, décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994.

feront pas partie »³¹¹, toutefois des mesures doivent être prises pour que « *les exigences qui résultent de l'existence et de la continuité du service public auquel ces biens sont affectés ne soient pas privées de garanties légales* »³¹². A propos de la transformation d'EDF en personne morale de droit privé, il semble que globalement, la remarque puisse être la même : si les règles fixées par le législateur de 1946 étaient, dans leur application « *incompatibles avec celles de la domanialité publique* »³¹³, le régime retenu pour les biens nécessaires à l'exploitation du service public est en tout état de cause protecteur, et permet de garantir leur affectation à ce service³¹⁴, sans pour autant relever de la domanialité publique. Même dans l'hypothèse des biens de la société Aéroports de Paris – qui relèvent pourtant d'un régime bien plus protecteur dans la mesure où l'article L.6323-6 du Code des transports prévoit un régime d'opposition à cession et à création de sûreté, ou, si cette cession ou création de sûreté ne porte pas atteinte à l'accomplissement des missions de service public de la société Aéroports de Paris, d'autorisation préalable de l'Etat – ces biens ne demeurent pas soumis au régime de la domanialité publique. Dans cette hypothèse, ce qui empêche la soumission des biens de la société Aéroports de Paris au régime de la domanialité publique est la propriété privée de ceux-ci. Or, c'est précisément ce que le législateur a choisi d'éviter concernant les biens du service public ferroviaire, en maintenant pour la plupart des infrastructures une propriété publique. C'est ce maintien artificiel du critère organique, et donc cette appartenance de la plupart des biens au domaine public ferroviaire qui diffère des régimes précédemment énoncés, lesquels régimes demeurent pourtant des situations particulièrement similaires à celle du ferroviaire. Peut-être faut-il attendre une privatisation totale des entreprises ferroviaires et du service public éponyme pour parvenir à un régime protecteur autre que la domanialité publique ? Seul l'avenir nous le dira.

Malgré la reconnaissance d'une base constitutionnelle au domaine public, celle-ci n'impose en aucun cas le régime de la domanialité publique aux biens du service public, mais simplement un régime assez protecteur de son affectation. Ainsi, le maintien d'un régime de domanialité publique pour les biens du service public ferroviaire ne semble pas pouvoir s'expliquer par une obligation d'appartenance des biens du service public au domaine public dans la mesure où passer

³¹¹ E. FATÔME, « A propos des bases constitutionnelles de la domanialité publique », *op. cit.*, p. 1194.

³¹² CC, décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994.

³¹³ CE, Ass., 23 octobre 1998, Publié au Recueil.

³¹⁴ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 437.

à un régime protecteur autre que celui de la domanialité publique est la solution qui a été retenue par la majorité des entreprises étant passées d'un statut juridique de droit public à un statut juridique de droit privé, et qui a en tout état de cause été validée par la juridiction constitutionnelle.

II – La valeur patrimoniale et extrapatrimoniale des biens ferroviaires comme justification de l'appartenance des biens au domaine public ?

Une des justifications de la conservation d'une large part de domanialité publique peut également s'expliquer par la valeur des infrastructures, qui ont à la fois un important poids économique (A), mais qui ont également une importante valeur extrapatrimoniale (B).

A – Le poids économique des infrastructures ferroviaires

51. Chiffres. Il est possible qu'une des explications à cette conservation d'une large part de domanialité publique puisse se trouver dans la valeur économique et patrimoniale des infrastructures ferroviaires. En effet, le patrimoine ferroviaire est important, les infrastructures ont une grande valeur économique, en témoignent les investissements importants qui sont réalisés par le gestionnaire d'infrastructure³¹⁵ (SNCF Réseau) : ceux-ci ont atteint les 5,4 milliards d'euros pour l'année 2019, en hausse de 600 millions par rapport à l'année 2018.

51. Le new Public management. Certes, une valeur patrimoniale telle que celle du patrimoine ferroviaire justifie l'application d'un régime particulièrement protecteur. Pourtant, justifie-t-elle l'application d'un régime exclusivement publiciste alors que des alternatives hybrides existent et ont été retenues non seulement pour les biens d'autres services publics, mais aussi pour une partie des biens du service public ferroviaire ? Il semble d'ailleurs que cela aille à l'encontre de la doctrine du New Public Management, dont l'objectif est de « *débureaucratiser l'administration par la transposition du modèle de gestion de l'entreprise privée* »³¹⁶, et qui « *implique un programme de privatisations de grande ampleur, l'accroissement de l'autonomie de gestion (...) et la mise en concurrence des services restés dans le secteur public* »³¹⁷. Si la

³¹⁵ Pour plus de détails, v. ART, « Le marché du transport ferroviaire français en 2019 », Rapport annuel, 127 p.

³¹⁶ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, 5^e éd. 2013, p. 37.

³¹⁷ *Ibid.*

privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires répond à des préoccupations communautaires, il serait réducteur de considérer l'influence du droit communautaire comme l'unique facteur de ces privatisations. En effet, la nécessité de s'adapter à la réalité des affaires³¹⁸, notamment la possibilité de réaliser des opérations capitalistiques, l'abandon du principe de spécialité sont tous autant des facteurs de ce passage de ces privatisations juridiques. Or, si la sociétisation des entreprises ferroviaires répond parfaitement à cette nécessité de s'adapter aux affaires et à cette doctrine du New Public Management, l'on comprend mal pourquoi les moyens principaux de ces entreprises restent soumis au régime de la domanialité publique, alors que ce régime semble prendre le contrepied de cette doctrine. Certes, ce régime est protecteur, toutefois, il est aujourd'hui largement qualifié de désuet et inadapté au contexte et aux préoccupations actuelles³¹⁹. Pourquoi alors opter pour un régime aussi contraignant alors qu'une privatisation juridique du statut a été concomitamment réalisée ? Peut-être le législateur a-t-il décidé de compenser la perte du statut d'établissement public, et donc de la personnalité publique, par un maintien du régime de la domanialité publique pour éviter un passage du public au privé trop conséquent.

52. Les finances publiques. Il semble qu'il soit également possible d'aller chercher une réponse du côté des finances publiques et de la comptabilité publique. En effet, l'Etat peut tirer de solides profits de son patrimoine³²⁰. Dans l'hypothèse des entreprises ferroviaires, l'Etat est passé de propriété à actionnaire, ce qui lui permet d'augmenter son portefeuille d'action, déjà considérable, et lui permet de tirer « *de substantielles ressources de l'activité d'entreprises dont il est actionnaire* »³²¹. Toutefois, ce passage de la propriété à l'actionnariat semble incompatible avec la domanialité publique en ce que les deux logiques semblent opposées : par le passage à l'actionnariat, c'est le profit qui est recherché ainsi que l'adéquation à la réalité des affaires, ce qui n'est pas le cas par la conservation de la domanialité publique. Alors que le droit des propriétés publiques semble passer d'une logique de protection à une logique de valorisation et rentabilisation³²², comment expliquer ce maintien des biens ferroviaires dans le régime de la

³¹⁸ S. NICKINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 429.

³¹⁹ E. FATÔME, « A propos des bases constitutionnelles de la domanialité publique », *op. cit.*, p. 1193.

³²⁰ M. COLLET, *Finances publiques*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 6^e éd., 2022, p.311.

³²¹ *Ibid.*

³²² A. LOUVARIS, « Biens publics et concurrence : bref inventaire des fruits d'une union de raison », in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 287.

domanialité publique ? Peut-être le patrimoine ferroviaire a-t-il trop de valeur aux yeux de l'Etat pour qu'il n'en soit dépossédé : dans cette hypothèse, conserver un régime protecteur tel que la domanialité publique s'expliquerait par cette volonté de garder les biens du service public ferroviaire à tout prix dans son patrimoine. Enfin, peut-être l'Etat, en tant que « *grand ordonnateur du domaine public* »³²³ a-t-il voulu ne pas se présenter comme le « *liquidateur du patrimoine ferroviaire* »³²⁴ ?

Peut-être, la valeur économique du patrimoine ferroviaire est telle que le législateur a souhaité conserver à tout prix ces biens dans son patrimoine. Toutefois, il semble qu'adopter exclusivement cette approche économique pour justifier une appartenance au domaine public des biens ferroviaires ne soit pas suffisant, et qu'il faille se tourner vers des facteurs qui dépassent cette simple logique patrimoniale, en s'intéressant à l'importance sociologique et historique du service public ferroviaire et, partant, de ses biens.

B– La valeur extrapatrimoniale des infrastructures ferroviaires

53. L'ancrage historique et l'importance du service public et des infrastructures ferroviaires. Il semble qu'enfin la volonté du législateur de conserver une large part de domanialité publique puisse s'expliquer par l'importance que revêt le service public ferroviaire dans l'histoire française. En effet, « *le domaine public ferroviaire fait partie des domaines publics "historiques" sur lesquels la jurisprudence et la doctrine se sont appuyées pour construire leurs théories domaniales* »³²⁵. Le développement du chemin de fer français à partir des années 1820 a profondément changé la façon de vivre et de se déplacer de la population française, et cet ancrage historique semble pouvoir justifier que le législateur ait souhaité conserver un régime protecteur telle la domanialité publique.

Toutefois, il semble qu'il soit nécessaire de distinguer entre les infrastructures ferroviaires à proprement parler, en l'occurrence les rails, les panneaux de signalisation, et les gares. En effet,

³²³ C. LAVIALLE, « Le domaine public ferroviaire depuis la réforme ferroviaire d'août 2014 : entre fragmentation du domaine et fragmentation du régime domanial », *RFDA*, 2015, p. 1128.

³²⁴ J-C. VIDELIN, « Les biens », *RFDA*, 2018, p.896.

³²⁵ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 33.

si les infrastructures ferroviaires constituent le cœur de l'exploitation du service public ferroviaire – comment exploiter un service public ferroviaire sans rails et sans infrastructures qui permettent aux trains de rouler – il semble qu'en ce qui concerne les gares, la raison soit également sociologique. Bien que les gares soient des infrastructures essentielles, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris le 9 septembre 1997, il semblerait que l'affect soit également important. Pour Théophile Gautier, les gares ferroviaires de voyageurs sont des « *cathédrales d'humanité nouvelle, point de rencontre des Nations où tout converge* ». Des gares célèbres pour leur infrastructure remarquables³²⁶ aux gares célèbres pour les accidents qui ont eu lieu en son sein³²⁷, en passant par les gares tristement célèbres par le rôle qu'elles ont joué dans la déportation des populations juives³²⁸ elles constituent indéniablement une partie du patrimoine français. Leur nombre représente ainsi l'expansion du chemin de fer français qui a débuté il y a 2 siècles, et qui est aujourd'hui l'un des plus conséquent d'Europe.

Par ailleurs, le lancement commercial du Train à grande vitesse (ci-après TGV) le 27 septembre 1981 entre Paris et Lyon représente beaucoup aux yeux des Français et de leur législateur. Le lancement du TGV a permis d'accroître considérablement le nombre de lignes à grande vitesse sur le territoire métropolitain, et a permis également de constituer l'un des réseaux à grande vitesse les plus importants d'Europe.

Partant, peut-être que le maintien du régime de la domanialité publique pour une grande partie des biens du service public ferroviaire peut s'expliquer par une certaine réticence de l'Etat à se séparer des moyens patrimoniaux d'un de ses plus anciens services publics. De plus, il semble que malgré les critiques qui soient fréquemment formulées à l'encontre du service public ferroviaire et de son exploitation, la population française y soit très largement attachée. Peut-être alors est-ce une des raisons pour laquelle le législateur a conservé largement un régime de domanialité publique.

³²⁶ L'on parle ici de la Gare de Lyon, ou encore de la Gare de l'Est ou de Metz. Outre-manche, l'on pourrait également penser à la Gare de Saint-Pancras.

³²⁷ L'on parle ici de la Gare Saint Lazare, au sein de laquelle un accident spectaculaire a eu lieu de 1895

³²⁸ L'on pense ici notamment à la Gare de Bobigny, mais aussi à la Gare d'Austerlitz qui servait à envoyer les populations déportées dans des camps de transit dans le sud de Paris, dans le Centre-Val de Loire (Beaune-la-Rolande) ou le Loiret (Pithiviers). Pour plus de détails à ce sujet, v. J. GUCKES, « Le rôle des chemins de fer dans la déportation des Juifs de France », *Revue d'histoire de la Shoah*, 1999, p. 29 à 110.

Conclusion du chapitre 1

En conclusion, malgré la loi du 27 juin 2018 et la disparition du critère organique, c'est une large part de domanialité publique qui a été conservée. Cette conservation semble pouvoir être expliquée par diverses raisons, notamment le maintien d'une affectation des biens au service public, à l'utilité publique, mais aussi les infrastructures ferroviaires en elles-mêmes qui, en tant qu'infrastructures essentielles, disposent d'une valeur patrimoniale et extrapatrimoniale particulièrement importante.

Ce maintien d'une large part de domanialité publique a de nombreuses implications, notamment en ce qui concerne le régime applicable. Ce sont plusieurs principes propres au droit public et à son exorbitance qui pourront continuer de se voir appliqués aux biens ferroviaires, alors même que la privatisation du statut juridique ne le commandait, à l'origine, pas. Les propos de Benoit Plessix résument alors parfaitement la situation : « *le droit français, à l'égard de ses anciens établissements publics privatisés est en train de créer des propriétés privées fiduciaires grevées d'une servitude légale d'affectation au service public, emportant une série de règles dérogatoires aux prérogatives que confère en principe la propriété privée* »³²⁹.

³²⁹ B. PLESSIX, « L'éternelle jouvence du service public », *AJDA*, 2003, p.21

CHAPITRE II – UN RÉGIME APPLICABLE FINALISÉ ?

Le législateur a imaginé un régime applicable particulier pour les biens ferroviaires. Toutefois, ce régime semble particulièrement unifié (Section 1). Toutefois, il demeure quelques incertitudes sur l'avenir de ce régime applicable (Section 2).

Section 1 – Un régime unifié applicable aux biens ferroviaires

Le régime applicable retenu met en exergue les deux maîtres mots de la domanialité publique : protection et sujétion. Partant, c'est un régime à la fois contraignant (I) et protecteur (II) qui a été retenu par le législateur, quelle que soit la nature de la propriété des biens ferroviaires concernés.

I – Un régime contraignant

Les sujétions propres au droit administratif et à la domanialité publique se retrouvent particulièrement dans la faculté pour l'Etat de reprendre les biens qui ont été attribués à la société SNCF Réseau (A), mais également dans la prohibition des baux commerciaux et la limitation de constitution de droits réels sur le domaine public (B).

A – La faculté de reprise des biens attribués

54. La possibilité de reprise des biens. Comme nous l'avons étudié dans le chapitre précédent, le législateur, à l'occasion de la loi du 27 juin 2018 et de l'ordonnance du 3 juin 2019, a prévu une propriété publique et une attribution d'une partie des biens ferroviaires – en l'occurrence les gares et les infrastructures ferroviaires telles que les rails, ou encore les quais – à la société anonyme SNCF Réseau. Partant, bien que l'Etat soit propriétaire de ces biens, c'est la société SNCF Réseau qui en est attributaire. A ce titre, l'article L.2111-20 du Code des transports prévoit que « *la société SNCF Réseau et sa filiale (...) exercent tous pouvoirs de gestion sur les biens immobiliers qui leur sont attribués par l'Etat ou qu'elles acquièrent au nom de l'Etat* ». Pour autant, l'article L.2111-20-1 du même Code semble prendre le contrepied de ce qui a été précédemment énoncé, en prévoyant que « *les biens immobiliers attribués à la société SNCF*

Réseau et à sa filiale (...) utilisés par ces dernières pour l'accomplissement de leur missions respectives peuvent être repris par l'Etat ou cédés à des collectivités territoriales ou à des groupements de collectivités territoriales pour des motifs d'utilité publique, moyennant le versement d'une indemnité égale à la valeur de reconstitution ». Bien que la société SNCF Réseau et sa filiale disposent de la compétence pour gérer les biens ferroviaires qui leur sont attribués, il existe toujours une hypothèse – dont on ne sait aujourd'hui pas si elle demeure théorique ou si elle sera mise en pratique dans les années à venir – dans laquelle les biens dont elles sont attributaires leur seront repris. L'on comprend bien l'intention du législateur derrière ce point particulier : propriétaire public, l'Etat doit pouvoir conserver un droit sur les biens qu'il a attribué à la société SNCF Réseau et sa filiale. Ce droit se matérialise par la possibilité pour l'Etat de reprendre les biens qu'il a attribué à la société, soit pour lui, soit pour les céder à des collectivités territoriales, ou groupements de collectivités territoriales. Pour autant, ce privilège accordé à l'Etat n'est pas sans compensation. Le Code des transports précise bien que cette reprise ou cette cession à une collectivité ou un groupement de collectivités ne peut s'effectuer qu'en échange d'une « indemnité égale à la valeur de reconstruction ». Partant, si le législateur a entendu préserver le patrimoine public et la compétence de l'Etat en matière de reprise des biens, il n'a pas entendu priver la société SNCF Réseau de toute compensation. Toutefois, en matière de patrimoine ferroviaire, il convient de s'interroger sur la réalité de cette compensation, voire de cette possibilité. En effet, les biens concernés par cette disposition sont les biens qui sont attribués à la société SNCF Réseau, en charge de la gestion de l'infrastructure, et sa filiale, Gare et Connexions, en charge des gares de voyageurs : les biens concernés sont donc des biens indispensables au service. Si l'Etat décidait par exemple de reprendre une gare, malgré la compensation égale à la valeur de reconstruction, il semblerait qu'il y ait tout de même une perte importante pour la société SNCF Réseau. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une reprise par l'Etat³³⁰, l'on comprendrait mal la finalité de l'opération : si l'Etat décidait de reprendre un bien ferroviaire, quel serait l'objectif ? Dans la mesure où l'Etat est déjà propriétaire de ces biens, l'on voit mal pourquoi il choisirait d'en récupérer la gestion et la disposition. En revanche, la disposition fait sens en ce qu'il s'agit de la cession à des collectivités ou groupements de collectivités territoriales, notamment dans la mesure où l'article L.2111-1-1 du

³³⁰ Dans la mesure où l'article prévoit que les biens peuvent être repris par l'Etat ou cédés à des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales, il n'est donc pas impossible de considérer que l'Etat peut reprendre les biens en question sans les réattribuer par la suite.

Code des transports ainsi que la loi 3DS³³¹ prévoient que « *les lignes d'intérêt local ou régional à faible trafic du réseau ferré national peuvent, sous réserve de l'accord préalable du ministre chargé des transports et après avis de SNCF Réseau, faire l'objet d'un transfert de gestion (...)* ». Partant, la reprise des biens attribués à la société SNCF Réseau, dans l'objectif d'une cession future à une collectivité territoriale fait sens. Pour Jérémy Bousquet, il s'agit d'une « faveur » accordée aux collectivités territoriales, dans la mesure où la notion d'utilité publique mobilisée par le législateur est « *suffisamment souple et accommodante (...) et permettra aux collectivités territoriales d'activer largement cette disposition pour faciliter la mobilisation du patrimoine ferroviaire non stratégique* »³³².

55. Le parallèle avec la notion de biens de reprise. Il est possible d'établir un parallèle avec la notion de « biens de reprise ». Les biens de reprise sont les biens qui, propriété du concessionnaire, sont utiles au service public mais ne sont pas indispensables à sa continuité³³³. Les biens de reprise sont donc de la propriété de la personne privée en charge du service public. Dans l'hypothèse du service public ferroviaire, il n'est, de toute évidence, pas question d'une concession de service public. Toutefois, malgré la propriété publique, la possibilité pour la personne publique – L'Etat – de reprendre les biens attribués à la société SNCF Réseau pour que celle-ci réalise sa mission, en échange d'une compensation, laisse la porte ouverte à une réflexion sur les similitudes entre le régime des biens ferroviaires appartenant à la société SNCF Réseau et le régime des biens de reprise dans le cadre d'une concession de service public.

B – Les disparités dans l'exclusion de certains droits civils

56. Délimitation des droits civils concernés. Le régime de la domanialité publique a pour particularité de prohiber et d'exclure certains droits civils du domaine public. Cette exclusion concerne deux cas de figure particuliers, que sont l'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public, et l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public. Concernant

³³¹ Loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (dite « Loi 3DS »)

³³² J. BOUSQUET, « Les nouvelles règles relatives à la cession du patrimoine ferroviaire », *AJ Collectivités territoriales*, 2020, p. 205

³³³ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, *op. cit.*, p. 366

cette dernière interdiction, le choix a été fait d'exclure dans ce présent paragraphe la création de sûretés, qui peut à la fois être rattachée à la constitution de droits réels, mais aussi à l'interdiction des procédures civiles d'exécution. Nous traiterons de cette constitution de sûretés à l'occasion du paragraphe relatif à l'insaisissabilité des biens ferroviaires.

57. Sur la prohibition des baux commerciaux. Concernant l'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public, celle-ci est prévue par l'article L.145-2 du Code de commerce, par une lecture *a contrario*. Cette interdiction se justifie largement par l'incompatibilité du régime des baux commerciaux avec le régime de la domanialité publique. En effet, le régime de la domanialité publique commande des autorisations d'occupation temporaires et précaires, quand le régime des baux commerciaux commande une grande stabilité. Les articles L.2101-17 et L.2141-13 du Code des transports confirment cette approche et disposent, à propos des biens qui appartiennent à la société SNCF et de la société SNCF Voyageurs, et qui sont par conséquent, propriété privée, que « *le régime des baux commerciaux ne leur est pas applicable* ». En ce qui concerne les biens de la société SNCF Réseau, dont nous rappelons qu'ils ne sont qu'attribués à cette société et qu'ils appartiennent à l'Etat, l'article L2111-20 du Code des transports ne prévoit aucune interdiction de constitution de bail commercial sur le domaine ferroviaire, et précise même que la société SNCF Réseau et sa filiale « *peuvent notamment accorder des autorisations d'occupation et consentir des baux constitutifs de droits réels ou non (...)* ». Cette disposition semble prendre le contrepied de ce que le régime de la domanialité publique impose. Les biens de la société SNCF Réseau appartiennent au domaine public ferroviaire, et pourtant, le législateur ne semble pas avoir expressément interdit les baux commerciaux. Si l'article du Code des transports précité ne prévoit aucune interdiction expresse de cette constitution de baux commerciaux, il n'est pour autant pas possible d'être certain que cette constitution d'un bail commercial sur le domaine public ferroviaire est autorisée. L'application des principes de la domanialité publique aux biens de la société SNCF Réseau commanderait même que cette interdiction soit certaine. En l'absence de certitude sur les baux concernés par l'article L.2111-20 du Code des transports, il nous appartiendra donc de ne pas considérer cette disposition comme interdisant les baux commerciaux, toutefois, il nous appartiendra également de ne pas la considérer comme les autorisant.

58. Sur l'interdiction de constituer des droits réels. Concernant l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public, il convient de remonter tout d'abord à l'origine de cette interdiction et à ces tempéraments. Le principe fondamental de l'inaliénabilité du domaine public a toujours servi de fondement à l'incompatibilité entre le régime de la domanialité publique et la constitution de droits réels sur le domaine public³³⁴. En effet, comme l'indiquait le Professeur René Chapus, « *permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels tels que les droits d'usufruit, d'emphytéose, ou de servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite, une aliénabilité partielle du domaine public* »³³⁵. D'ailleurs, le Conseil d'Etat dans sa célèbre décision *Eurolat*³³⁶, a affirmé qu'une clause qui conférait un droit réel sur un terrain dont une collectivité était propriétaire était « *incompatible avec les principes de la domanialité publique* ». C'est le législateur qui est intervenu pour atténuer cette interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public. Il est tout d'abord intervenu grâce à la loi du 5 janvier 1988³³⁷, en permettant aux collectivités territoriales et aux établissements publics de consentir des baux emphytéotiques sur leur domaine public, tout en limitant grandement la portée de cette autorisation aux seuls domaines publics insusceptibles d'être concernés par des contraventions de grande voirie, et en interdisant les hypothèques sans accord de la personne publique qui a consenti le bail. C'est ensuite avec la loi du 25 juillet 1994³³⁸ que l'autorisation de constitution de droits réels sur le domaine public s'est élargie. L'article L.2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose à ce titre que « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre (...)* ».

Appliqué aux biens du service public ferroviaire, le régime semble être similaire entre les biens propriété privée et les biens propriété publique, car comme l'a indiqué Pierre Levallois, « *le*

³³⁴ M. LOMBART, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 183.

³³⁵ *Ibid.* Il convient toutefois de préciser que ce n'est pas une analyse dans laquelle la doctrine se retrouve pleinement. Pour la Professeure Caroline Chamard-Heim, ce n'est pas le principe d'inaliénabilité du domaine public qui fonde l'interdiction de constitution de droits réels sur le domaine public, mais bien la protection de l'affectation. V. C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, *op. cit.*, p. 455.

³³⁶ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, n°41589, Publié au Recueil.

³³⁷ Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

³³⁸ Loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

*régime de protection de l'affectation de leurs biens est identique pour les trois entreprises [SNCF, SCNF Voyageurs et SNCF Réseau] »³³⁹. En effet, l'article L.2111-20 du Code des transports dispose que la société SNCF Réseau et sa filiale Gare et Connexions « *peuvent notamment accorder des autorisations d'occupation et consentir des baux, constitutifs de droits réels ou non* ». Partant, le régime énoncé est assez clair et semble suivre la logique du Code général de la propriété des personnes publiques : le régime de la constitution de droits réels sur le domaine public est limité aux domaines publics artificiels, dont le domaine public ferroviaire fait partie. Toutefois, il faut bien comprendre que ce droit réel ne porte pas sur le domaine public en lui-même, mais sur les ouvrages, constructions et installations³⁴⁰, ce qui limite en théorie la portée de cette autorisation³⁴¹. La constitution de droits réels ne pourra jamais être aussi importante et aussi large que celle qui concerne les biens propriété privée et non affectés à l'utilité publique. Par ailleurs, le régime imaginé par le législateur en ce qui concerne les biens des sociétés SNCF et SNCF Voyageurs, dont les biens leur appartiennent pleinement, soit sensiblement identique à celui imaginé pour les biens attribués à la société SNCF Réseau. L'article L.2102-17 et L.2141-13 du Code des transports disposent simplement que « *le régime des baux commerciaux ne leur est pas applicable* », ce qui n'exclut *a priori* pas une autorisation ou un bail constitutif de droit réel, si tant que celui-ci soit administratif, et non commercial.*

59. Les contraintes inhérentes à ces prohibitions. Une remarque s'impose dès lors. Certes le régime de la domanialité publique est particulièrement protecteur, mais il demeure une très large part de contrainte dans l'application de ce régime. C'est d'ailleurs l'une des principales critiques qui est formulée à l'encontre de ce régime qualifié de désuet par une partie de la doctrine. C'est également ce qui ressort de certains mécanismes applicables et appliqués au domaine public ferroviaire : la possibilité de voir ses biens repris, et l'interdiction du bail commercial sur le domaine public, si ce sont deux hypothèses qui sont parfaitement justifiables par la protection de l'affectation des biens publics, sont également deux hypothèses particulièrement contraignantes. Si l'on comprend bien ce qui motive l'interdiction du bail commercial sur le domaine public, il

³³⁹ P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p. 7

³⁴⁰ Commentaire sous l'article L.2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques, *op. cit.*, p. 305.

³⁴¹ Il semble toutefois que la doctrine s'accorde à considérer que « les deux droits sont liés et ne font plus qu'un ». V. commentaire sous l'article L.2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques, *op. cit.*, p.305. V. aussi Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p.1094.

semble que dans le cas du domaine public ferroviaire, et plus généralement de la libéralisation du secteur ferroviaire, l'interdiction de recourir à certains procédés de droit privé prenne le contrepied des réformes entamées. Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre : l'autorisation de constituer un bail commercial ou des droits réels – plus largement que ce qui est déjà autorisé – sur le domaine public ne serait certainement pas la priorité du législateur en matière de modernisation du régime de la domanialité publique.

II – Un régime protecteur de l'affectation

Il existe deux règles relatives à la protection de l'affectation des biens publics, qui ont été mises en évidence par le Professeur Philippe Yolka³⁴², et qui ont été reprises par le législateur dans le régime applicable aux biens ferroviaires à savoir l'interdiction de recourir à des procédures civiles d'exécution (A), et l'encadrement des procédures de cession (B).

A – La classique exclusion du recours aux procédures civiles d'exécution sur les biens du service public ferroviaire

60. Sur l'insaisissabilité des biens publics. Comme l'indiquait Maurice Hauriou, « *la destinée des administrations publiques ne doit pas être à la merci de leurs créanciers ; même quand elles sont en dessous de leurs affaires, ceux-ci ne doivent pas pouvoir les faire mettre en liquidation, ce qui serait interrompre la gestion des services publics dont elles ont la charge et dont l'exécution régulière est une nécessité publique. La nécessité d'assurer le service public l'emporte sur les considérations tirées du crédit* »³⁴³. L'insaisissabilité des biens publics fait partie de l'interdiction plus générale de recourir aux procédures civiles d'exécution envers une personne publique. L'insaisissabilité se définit comme la « *protection spéciale découlant de la loi (...) qui met tout ou partie certains biens d'une personne hors d'atteinte de ses créanciers, en interdisant que ces biens soient objets d'une saisie, dans la limite et sous les exceptions déterminées par la loi* »³⁴⁴. Cette prohibition est formulée à la fois par le Code des procédures civiles d'exécution,

³⁴² P. YOLKA, *La propriété publique*, LGDJ, 1997.

³⁴³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 892.

³⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^e éd., 2005, in C. ROUX, *L'insaisissabilité des biens publics, vers un critère fonctionnel ?*, *op. cit.*, p.13.

dont l'article L.111-1 dispose que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution*³⁴⁵ », mais aussi par l'article L.2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables* ». Comme l'indique le Professeur Christophe Roux, l'insaisissabilité est avant tout tirée de la personnalité publique, et donc d'un critère organique. A ce titre, l'insaisissabilité constitue une immunité dont la personne publique est bénéficiaire, ce qui prend le contrepied de la définition même de l'insaisissabilité : alors que l'insaisissabilité ne concerne en principe que certains biens, cela suppose que la procédure civile d'exécution ne puisse simplement pas aller à son terme car elle se heurterait, lors de son application, à des biens qui ne peuvent pas faire l'objet d'une saisie. Or, de la manière dont est conçue l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, il ressort que cela se rapproche avant tout d'une immunité, dans la mesure où la procédure civile d'exécution ne peut même pas être engagée, du simple fait de la personnalité publique³⁴⁶. Toutefois, l'on comprend bien l'objectif de cette insaisissabilité : la continuité de l'Etat ainsi que celle des personnes publiques est préservée³⁴⁷.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'interdiction de recourir aux procédures civiles d'exécution concerne tous les biens publics, sans distinction. C'est bien la propriété publique qui fonde cette prohibition, et non l'intérêt du bien, ou encore la domanialité publique ou privée. En tout état de cause, à partir du moment où un bien appartient à une personne publique, il est insaisissable. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Code des transports ne s'encombre pas d'un rappel de cette insaisissabilité en ce qui concerne les biens attribués à la société SNCF Réseau : ceux-ci appartiennent à l'Etat et sont donc propriété publique. Partant, la simple nature de leur régime de propriété les protège de toute saisie. En revanche, pour les biens des sociétés SNCF et SNCF Voyageurs, le législateur n'a pas pu faire l'économie d'une disposition à ce sujet. L'article L.2102-17 du Code des transports et l'article L.2141-13 prévoient que « *les biens mentionnés au premier alinéa [les biens de la société SNCF et de la société SNCF Voyageurs] ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie* ». En effet, malgré le régime de quasi-domanialité qui leur est attaché – et qui se définit au regard de l'exorbitance du régime prévu par le législateur – celui-ci ne pallie pas

³⁴⁵ Il est entendu que les personnes publiques font partie de ces personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.

³⁴⁶ C. ROUX, *L'insaisissabilité des biens publics, vers un critère fonctionnel ?*, op. cit., p.13-14.

³⁴⁷ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 475

l'absence de personnalité publique. Le régime de la quasi-domanialité publique est un régime fonctionnel, alors que l'insaisissabilité demeure fondé sur la pure propriété publique. Partant, il n'était pas possible pour le législateur de se dispenser d'une disposition proclamant l'insaisissabilité des biens ferroviaires en question puisque l'absence de propriété publique empêchait purement et simplement que l'immunité personnelle dont les personnes publiques sont titulaires à propos de leurs biens ne soit constituée.

Ainsi, bien que les régimes et finalités soient identiques, pour une des sociétés le régime découlait directement du régime de propriété alors que pour les autres, il a fallu grever une disposition à ce sujet.

61. Sur la prohibition de recourir à des procédures civiles d'exécution. L'interdiction de recourir à des procédures civiles d'exécution comporte un autre volet que l'insaisissabilité : la prohibition de la constitution de sûretés réelles sur le domaine public. La constitution de sûretés réelles est un procédé issu du droit civil, et des procédures civiles d'exécution ce qui justifie pleinement sa prohibition sur le domaine public. L'article 2323 du Code civil définit la sûreté réelle comme « *l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ». Contrairement aux sûretés personnelles, les sûretés réelles ne sont pas attachées à une personne³⁴⁸ mais à un bien, et bénéficient à ce titre d'un régime plus contraignant³⁴⁹. Les sûretés réelles particulièrement concernées par cette prohibition sont l'hypothèque et le nantissement.

L'hypothèque constitue « *la sûreté immobilière par excellence* »³⁵⁰ et est définie à l'article 2385 du Code civil en les termes suivants : « *L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue* ». Tout de suite l'on comprend ce qui pose est problématique en termes de compatibilité avec les biens publics : la constitution d'une sûreté réelle, et donc d'une hypothèque est un corollaire d'une procédure civile d'exécution dans la mesure où « *la réalisation de la sûreté suppose de respecter les formes de la saisie* »³⁵¹. Pour exemple, constituer une hypothèque sur une gare de voyageurs supposerait que cette dernière puisse être saisie, et que l'Etat soit donc dépossédé de la propriété de cette gare, en

³⁴⁸ C'est d'ailleurs précisément ce que commande la distinction entre les biens et les choses.

³⁴⁹ D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, Paris, 14^e éd., 2021, p.283.

³⁵⁰ *Id.*, p. 369.

³⁵¹ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, *op. cit.*, p. 477.

cas de manquement à l'obligation qui a servi de fondement à l'hypothèque. C'est ce qui explique que l'hypothèque, sous toutes ses formes³⁵² est en théorie proscrite en ce qui concerne les propriétés publiques³⁵³.

Le nantissement, en tant que sûreté réelle au même titre que l'hypothèque est également proscrite sur les propriétés publiques, ce que le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis du 19 novembre 1995³⁵⁴.

Le même raisonnement que celui tenu à propos de l'insaisissabilité des biens publics ferroviaires peut être tenu à propos de la constitution de sûretés réelles. En effet, concernant les biens attribués à la société SNCF Réseau, cette prohibition découle directement de la propriété publique. En revanche, concernant les biens propriété privée et soumis au régime de la quasi-domanialité publique, le législateur a dû, une fois de plus, grever une disposition. Ainsi le Code des transports dispose-t-il que « *lorsqu'un bien immobilier appartenant à la société nationale SNCF est nécessaire au transport ferroviaire national, l'Etat s'oppose à tout acte de disposition ou toute création d'une sûreté sur ce bien immobilier ou subordonne l'acte de disposition ou la création de la sûreté à la condition qu'il ne soit pas susceptible de porter préjudice au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national* »³⁵⁵. Toutefois, à la lecture de cette disposition, il ressort que l'interdiction de constituer une sûreté sur un bien immobilier ferroviaire n'est pas une interdiction absolue. En effet, si le principe reste celui de l'opposition à constitution de sûreté par l'Etat, cette constitution peut être tolérée si la sûreté en question ne porte pas préjudice au fonctionnement du système de transport ferroviaire national. En raison de la nature du régime de propriété de la gare, il nous est impossible de reprendre cet exemple pour illustrer notre propos. Prenons alors l'exemple des installations de service qui constituent une part importante du patrimoine de la société SNCF Voyageurs, propriétaire de ses biens. Les centres de maintenance³⁵⁶ constituent des installations de service dont la société SNCF Voyageurs est propriétaire. Dans l'hypothèse où il serait question de créer une sûreté réelle – par exemple une hypothèque – sur ce

³⁵² Il existe une hypothèque légale, une hypothèque judiciaire et une hypothèque conventionnelle.

³⁵³ Il existe toutefois un tempérament à cette prohibition : il est possible depuis la loi ELAN du 23 novembre 2018 pour les offices publics de l'habitat, d'accorder des sûretés réelles mobilières, sous certaines conditions, prévues aux articles L.211-1 à L.211-5 du Code des procédures civiles d'exécution.

³⁵⁴ CE, avis, 19 novembre 1995, n°358447.

³⁵⁵ Article L.2102-17 du Code des transports pour la société SNCF et article L.2141-13 du même code pour la filiale SNCF Voyageurs.

³⁵⁶ Ils sont également appelés « Technicentre », à l'image du centre de maintenance de Lyon, situé à quelques centaines de mètres de la Gare de Lyon Jean-Macé.

bien, il faudrait que celle-ci ne porte pas atteinte au fonctionnement du système de transport ferroviaire national, car en cas de manquement à l'obligation qui a fondé l'hypothèque, le centre de maintenance serait saisi, et la continuité du service s'en trouverait affectée. Ainsi, il est possible de d'affirmer que cette constitution de sûreté, sous réserve que l'Etat ne s'y oppose pas, ne concerne que des biens que l'on pourrait qualifier de secondaires, dans la mesure où ils ne sont pas indispensables au fonctionnement du système de transport ferroviaire.

62. Proposition d'une prohibition fonctionnelle plutôt qu'organique. Certes, certains tempéraments ont été apportés à la prohibition des procédures civiles d'exécution. Pour autant, ces tempéraments semblent ne concerner que les biens qui seraient secondaires, et dont la saisie n'aurait aucune incidence sur la continuité du service public ferroviaire. Ainsi, une remarque mérite d'être faite : si les tempéraments aux protections – sujétions – de la domanialité publique et de la quasi-domanialité publique ne concernent que les biens qui contribuent « moins » à l'intérêt général que les autres, pourquoi ne pas envisager un régime purement fonctionnel en ce qui concerne la prohibition des procédures civiles d'exécution, basé sur l'importance du bien et non sur la nature de sa propriété³⁵⁷ ?

B – Le strict encadrement des déclassements et des cessions des biens du service public ferroviaire

63. Sur le régime général des cessions de propriétés publiques. Les cessions de propriétés publiques sont fortement encadrées. Qu'il s'agisse d'une propriété publique ou d'un bien du domaine public, le régime des cessions sera différent, et plus protecteur s'agissant du second que s'agissant du premier. En ce qui concerne les propriétés publiques généralement, existe le principe de l'interdiction de céder les biens publics pour un prix inférieur à leur valeur, ou plus largement « *le principe de l'interdiction des opérations patrimoniales publiques défavorables* »³⁵⁸. En revanche, les biens du domaine public sont frappés par le principe d'indisponibilité du domaine public : l'indisponibilité constitue la « *technique qui permet de garantir et de protéger l'affectation*

³⁵⁷ Pour plus de détails sur cette proposition, v. C. ROUX, *L'insaisissabilité des biens publics, vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?*, *op. cit.*, 164 p.

³⁵⁸ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, *op. cit.*, p. 483

du bien à la satisfaction de l'intérêt choisi »³⁵⁹, et fonde l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens du domaine public. C'est d'ailleurs ce qu'indique l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ». Toutefois, une précision s'impose d'emblée, comme l'a indiqué le Professeur Hervé de Gaudemar : « *l'inaliénabilité ne concerne pas le domaine – c'est-à-dire la propriété – mais seulement son affectation* »³⁶⁰. En effet, c'est l'affectation qui commande le régime particulièrement protecteur de la domanialité publique, car l'on considère que « *cette affectation sera d'autant mieux protégée que le bien reste dans le patrimoine d'une personne publique* »³⁶¹. Partant, les cessions de biens publics sont particulièrement encadrées dans la mesure où d'une part l'hypothèse de l'appartenance d'un bien au domaine public rend l'aliénation de celui-ci impossible, sauf en cas de désaffectation et de déclassement qui permettrait au bien de sortir du domaine public, d'autre part la simple propriété publique empêche qu'un bien ne soit cédé à vil prix. Ainsi, concernant les biens du domaine public, il est possible de considérer qu'ils bénéficient d'une double – voire triple – protection. En effet, en tant que biens du domaine public, ils bénéficient du principe de l'inaliénabilité du domaine public, et ne peuvent être cédés. Dans l'hypothèse où ils seraient désaffectés puis déclassés, la simple propriété publique les protégerait par le mécanisme de la prohibition des opérations patrimoniales défavorables. Le Code général de la propriété des personnes publiques prévoit également une liste des dérogations au principe d'indisponibilité du domaine public aux articles L.3111-2 à L.3111-4. Ces dérogations concernent principalement les transferts, échanges entre personnes publiques. Mis à part ces dérogations, la seule possibilité pour un bien du domaine public d'être cédé réside dans la désaffectation et le déclassement de celui-ci, pour qu'il n'appartienne plus au domaine public.

64. Sur l'intégration de ces principes au régime des biens ferroviaires. Le législateur a intégré ces principes dans le nouveau régime des biens ferroviaires. En ce qui concerne les biens attribués à la société SNCF Réseau, qui font donc partie du domaine public, le régime de la domanialité publique est appliqué dans sa dimension la plus classique. La simple appartenance au

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ H. DE GAUDEMAR, « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de 1930 », *RFDA*, 2007, p.1297

³⁶¹ Commentaire sous l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, *op. cit.*, p. 596

domaine public entraîne l'indisponibilité des biens ferroviaires qui le composent. L'article L.2111-20 du Code des transports prévoit que la société SNCF Réseau et sa filiale « *peuvent procéder à des cessions et échanges en vertu des articles L.3112-1 à L.3112-3 du Code général de la propriété des personnes publiques* ». Le législateur semble s'inscrire parfaitement dans la logique générale du droit administratif des biens. Concernant les cessions qui n'auraient pas lieu vers des personnes publiques ou vers un autre domaine public – celles qui sont donc proscrites par le principe d'indisponibilité du domaine public – le Code des transports prévoit que « *les biens immobiliers antérieurement utilisés par la société SNCF Réseau ou la filiale (...) qui cessent d'être affectés à la poursuite de leurs missions peuvent, après déclassement, être aliénés par ces sociétés et à leur profit* »³⁶². Ici est repris le principe fondamental de la domanialité publique selon lequel la désaffectation doit précéder le déclassement³⁶³. L'article L.2111-21 du même Code prévoit que « *les déclassements sont soumis à l'autorisation préalable de l'Etat, après avis de la région [la région dans laquelle le bien concerné se trouve]* ». C'est une précaution dont l'explication est aisée : en effet, si ce sont la société SNCF Réseau et sa filiale qui ont la charge du déclassement, l'Etat reste propriétaire des biens. C'est donc à lui d'autoriser le déclassement. En ce qui concerne les biens appartenant à la société SNCF et à sa filiale SNCF Voyageurs, dans la mesure où il n'y a pas de domaine public, l'indisponibilité des biens ne peut pas en découler. Le législateur a donc dû grever les dispositions nécessaires. L'article L.2102-17 du Code des transports en ce qui concerne la société SNCF et l'article L.2141-13 en ce qui concerne la filiale SNCF Voyageurs prévoient que « *lorsqu'un bien immobilier appartenant à la société nationale SNCF est nécessaire au transport ferroviaire, l'Etat s'oppose à tout acte de disposition (...) ou subordonne l'acte de disposition (...) à la condition qu'il ne soit pas susceptible de porter préjudice au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire (...). Est nul de plein droit tout acte de disposition ou création de sûreté réalisé sans que l'Etat n'ait été mis à même de s'y opposer* ». Partant, c'est bien le principe d'indisponibilité qui a été mobilisé par le législateur car c'est bien l'acte de disposition qui est proscrit, ou tout du moins subordonné à un accord et à une absence de préjudice sur le fonctionnement du système de transport ferroviaire.

³⁶² Article L.2111-20-2 du Code des transports.

³⁶³ C'est un principe qui tend à être légèrement remis en cause : dans certaines situations, l'on accepte que le déclassement précède la désaffectation, voire qu'il y ait déclassement sans désaffectation. Toutefois il ne nous appartiendra pas, dans le cadre de cette étude, de s'intéresser en détail à ces cas de figure

Toutefois, il apparaît que malgré le principe de l'indisponibilité du domaine public, et malgré le fait que le législateur ait grevé des servitudes sur les biens propriété privée, les cessions restent possibles, sous l'œil attentif de l'Etat³⁶⁴ et sous réserve de déclassement pour les biens appartenant au domaine public. Sur ce point, l'on remarque que malgré le régime de quasi-domanialité publique instauré pour les biens de la société SNCF et ses filiales, le déclassement demeure hors des dispositions qui les concernent. Cela semble pouvoir s'expliquer par le fait que le déclassement constitue un simple acte faisant sortir un bien du domaine public. Le déclassement étant un acte purement matériel, et le régime de la quasi-domanialité publique étant un régime purement fonctionnel, l'on comprendrait mal l'utilité d'un acte tel que l'acte de déclassement. Pour autant, bien que ces cessions restent possible, une remarque s'impose également en ce qui concerne les bénéficiaires des cessions autorisées. La plupart des cessions qui sont autorisées le sont au bénéfice de l'Etat ou des collectivités territoriales, ce qui rejoint donc les dérogations au principe de l'inaliénabilité du domaine public prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques. Ce sont essentiellement l'Etat et les collectivités publiques qui bénéficient de ces cessions. Partant, la continuité du service public semble donc être préservée.

65. Les finalités d'un régime si particulier. Le régime particulier que le législateur a créé pour les biens ferroviaires répond à deux finalités principales : le maintien d'une protection suffisante pour les biens du service public ferroviaire et la conformité aux exigences communautaires. Toutefois, ce régime n'est pas si original dans la mesure où c'est un régime similaire dans son application à celui qui a été retenu pour les entreprises privatisées. Bien que ces dernières n'aient pas conservé un domaine public, la quasi-domanialité publique, et le régime des biens privés affectés à l'utilité publique s'est démocratisé et demeure très prégnant. Le maintien d'un régime de domanialité publique pour une partie des biens d'une part et la signature pour un régime de quasi-domanialité pour une autre partie des biens d'autre part permet de conserver une protection très importante de l'affectation des biens ferroviaires. Certes les deux régimes ne sont pas complètement identiques dans la mesure où l'un repose sur la domanialité publique et donc sur une conception majoritairement organique, et l'autre repose sur une conception purement

³⁶⁴ J. BOUSQUET, « Les nouvelles règles relatives à la cession du patrimoine ferroviaire », *op. cit.*, p. 208

fonctionnelle. Pour autant, ils se rejoignent parfaitement dans leur finalité et l'affectation est, quoi qu'il arrive, protégée.

Section 2 – Quel avenir pour le domaine public ferroviaire ?

Le régime applicable imaginé par le législateur semble toucher également le domaine public ferroviaire régional (I). Pour autant, la pérennité de ce nouveau régime applicable ne semble tenir qu'à un fil, dans la mesure où la privatisation complète des entreprises ferroviaires est une hypothèse qu'il ne faut pas négliger (II).

I – Le maintien d'un domaine public ferroviaire régional notable

La réforme ferroviaire de 2018 parachève ce que la décentralisation avait débuté en continuant d'accorder une place importante aux collectivités locales dans la gestion et l'exploitation de certaines lignes ferroviaires (A). Par ailleurs, notamment en région parisienne, un domaine public ferroviaire considérable demeure au niveau régional (B).

A – La place croissante accordée aux collectivités locales

66. Les manifestations de la place grandissante accordée aux collectivités. Les collectivités locales semblent désormais avoir une place de choix dans l'exploitation des lignes ferroviaires. Si le principe demeure en l'article L.2121-1 du Code des transports qui dispose que « *L'Etat est l'autorité organisatrice compétente pour l'organisation des services de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt national et les services de transport routier effectués, le cas échéant, en substitution de ces services ferroviaires* », il semble que la part désormais accordée aux collectivités locales soit ressortie grandissante de la réforme ferroviaire de 2018. D'une part, l'article L.2121-2 du Code des transports, dans sa rédaction issue de la loi n°2018-515 du 27 juin 2018, prévoit que « *les régions, départements et communes concernées par la création, la suppression ou la modification d'un service d'intérêt national au sens de l'article L.2121-1 sont préalables consultées par l'Etat (...)* ». Partant, ce sont des compétences consultatives qui sont attribuées aux trois principales collectivités territoriales : bien que cela ne soit pas affirmé explicitement par l'article précité du Code des transports, l'on comprend bien que ce sont les

collectivités locales du ressort de la modification envisagée par l'Etat qui sont concernées. Pour exemple, la région Auvergne-Rhône Alpes, ainsi que le département de la Savoie et la commune de Chambéry sont les collectivités qui seraient consultées en cas de modification des conditions d'exploitation de la liaison Chambéry-Paris, qui constitue en tout état de cause une ligne d'intérêt national. D'autre part, l'article L.2121-3 du Code des transports, également dans sa rédaction issue de la loi du 27 juin 2018³⁶⁵, prévoit que « *la région est l'autorité organisatrice compétente pour l'organisation des services de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt national. A ce titre, elle est chargée de l'organisation : 1° Des services publics de transport ferroviaire de voyageurs exécutés dans son ressort territorial ou desservant son territoire ; 2° Des services routiers effectués en substitution de ces services ferroviaires* ». Par ailleurs, non seulement la région est l'autorité compétente pour organiser ce type de transport, mais elle est aussi compétente pour « *créer ou exploiter des infrastructures de transport ferroviaire ou guidé d'intérêt local et régional* »³⁶⁶. Dans cette hypothèse, ce sont de réelles compétences d'organisation, mais aussi de création de lignes, qui sont attribuées aux collectivités locales, et principalement à la région. Ainsi pour exemple, les liaisons quotidiennes entre la gare de Rumilly et la gare d'Annecy sont effectuées par des trains – ou des bus dans le cas d'une substitution du transport routier au transport ferroviaire – dont l'exploitation est organisée par la région, en témoignent les couleurs de celle-ci arborées par les TER. Dans la même logique, si la région Auvergne Rhône-Alpes décidait de créer une gare dans les communes de Jacob-Bellecombette, Val Thorens ou encore d'Huez, qui n'en sont aujourd'hui pas dotées³⁶⁷, il semble qu'elle en disposerait de la compétence. En tout état de cause, les collectivités territoriales de droit commun ne sont pas les seules à être concernées par la place grandissante qui leur est accordée en matière d'exploitation ferroviaire. En effet, l'article L.4424-16 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « *la collectivité de Corse est chargée de l'organisation des liaisons interdépendantes prévues par les dispositions relatives aux services collectifs de transport du plan d'aménagement et de développement durable* ». Les liaisons

³⁶⁵ La compétence des régions en la matière n'est toutefois pas inédite de la loi du 27 juin 2018 dans la mesure où les compétences de la région incluent à l'origine le transport.

³⁶⁶ Article L.2112-1-1 du Code des transports.

³⁶⁷ En tout état de cause, cette hypothèse est purement théorique dans la mesure où les contraintes géographiques, notamment liées à l'altitude et au dénivelé environnant ne permettent certainement pas d'édifier de telles infrastructures. Le peu de communes dans la région n'étant pas dotées de gare ne nous laissait toutefois que peu de choix quant à celles qu'il nous était possible de prendre en exemple.

interdépendantes dont il est fait mention comprennent des liaisons ferroviaires, bien que l'on concède que la Corse ne soit pas la collectivité où le train constitue le moyen de déplacement privilégié.

Enfin, la loi dite 3DS semble également prendre le parti de renforcer les compétences locales en matière d'exploitation ferroviaire, puisqu'elle prévoit une facilitation du transfert des petites lignes ferroviaires.

67. Le contrat comme outil privilégié. L'outil privilégié de cette exploitation demeure le contrat, dont nous avons exclu l'étude du présent mémoire. Depuis la loi du 28 juin 2018 et ses textes d'application, les contrats en question peuvent, jusqu'au 24 décembre 2023, être attribués par voie de mise en concurrence. A partir du 25 décembre 2023 cependant, cette mise en concurrence sera obligatoire. Ce sont les principes de la commande publique, ainsi que le droit commun des concessions de service public qui seront mobilisés, afin de parfaire l'ouverture à la concurrence du réseau ferroviaire. Partant, ce sont les régions qui attribueront lesdits contrats, à des sociétés qui pourront ne pas faire partie du groupe public unifié : le pas a déjà été franchi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, à la fin de l'année 2021. En effet, la société « Transdev » a « remporté le premier appel d'offres ferroviaire régional en France, avec l'attribution de la ligne Marseille-Toulon-Nice »³⁶⁸, dont l'exploitation débutera à l'été 2025. La société Transdev a d'ailleurs qualifié « *d'historique* » cet appel d'offres, en ce qu'il s'agit « *du premier appel d'offres concernant les TER depuis l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France* »³⁶⁹. Toutefois, « *l'ampleur de l'attribution concurrentielle des contrats de service public ferroviaire (...) demeure tributaire du caractère facultatif des appels d'offres, du moins jusqu'en décembre 2023* »³⁷⁰. Partant, si l'attribution d'un contrat à la société Transdev est encourageante, rien ne nous permet d'affirmer qu'elle sera suivie de pléthore autres attributions.

68. La problématique des biens supports de l'exploitation du réseau ferroviaire. Enfin, demeure la problématique des biens qui servent de support à cette exploitation locale du réseau ferroviaire. L'article L.2111-20-1 du Code des transports prévoit que « *les biens attribués à la société SNCF Réseau (...) peuvent être repris par l'Etat ou cédés à des collectivités territoriales*

³⁶⁸ Communiqué de presse de la société Transdev, en date du 2 novembre 2021.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ A. LAGET-ANNAMAYER, S. DE LA ROSA, « L'ouverture de la concurrence dans le transport ferroviaire de voyageurs en France ou la vitesse de l'omnibus », *JCP*, 2020, n°50, p.2326.

ou à des groupements de collectivités territoriales pour des motifs d'utilité publique, moyennant le versement d'une indemnité égale à la valeur de reconstitution ». L'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 prévoit ainsi que les collectivités locales peuvent acquérir auprès de l'Etat et de SNCF Réseau des biens ferroviaires. Il est donc possible pour les collectivités locales de se voir transférer des biens nécessaires à l'exploitation de ces lignes ferroviaires. Toutefois, dans la mesure où pour le moment, ce sont des sociétés du groupe public unifié qui exploitent les lignes ferroviaires dont la gestion et l'exploitation sont transférées aux collectivités locales, il semble qu'en toute logique la problématique domaniale ne soit qu'apparente. De toute évidence, c'est une problématique qui se posera plus intensément lorsque la mise en concurrence sera obligatoire en ce qu'il s'agit des contrats précédemment étudiés : quelle sera la solution retenue en cas d'attribution d'un contrat à une société qui ne fait pas partie du groupe public unifié ? Il semble qu'au regard de l'article L.2111-9 du Code des transports, la société SNCF Réseau accordera « l'accès à l'infrastructure ferroviaire du réseau ferré national » à ces sociétés, comme c'est le cas pour les lignes d'intérêt national. Il semblerait d'ailleurs étrange qu'une solution autre soit retenue. Toutefois, le secteur ferroviaire n'est, en tout état de cause, pas à l'abri d'une autre réforme qui modifie les solutions retenues précédemment.

La loi du 27 juin 2018 a parachevé l'inclusion grandissante des collectivités locales dans l'exploitation de certaines lignes ferroviaires, inclusion qui avait débuté aux débuts de la décentralisation. Les conséquences patrimoniales ne semblent pas être en nette contradiction avec le régime antérieurement appliqué, et avec le régime national des infrastructures : la société SNCF Réseau demeure, pour le moment, attributaire des biens, sauf en cas de cession à ces collectivités, hypothèse qui ne semble pas encore être particulièrement fréquente. En cas d'attribution du contrat à une société n'appartenant pas au groupe public unifié, il est légitime de penser que le régime n'en sera pas profondément changé, et que les autorisations d'exploitation et d'accès aux infrastructures seront accordées par la société SNCF Réseau à la société attributaire du contrat. En définitive, la seule chose qui change reste la collectivité publique compétente en matière d'exploitation et de gestion : là où l'Etat garde l'apanage de la gestion des lignes d'intérêt national, les collectivités publiques récupèrent les lignes d'intérêt régional.

B – Le maintien d'établissements publics régionaux et d'un domaine public ferroviaire régional considérable

69. La conservation de deux établissements publics. Bien que la SNCF ait été sociétisée, il demeure quelques traces du mode de gestion du service public par des établissements publics. En effet, l'article L.1241-1 du Code des transports dispose que « *Dans la région d'Île de France, l'établissement public dénommé "Île de France Mobilités" (ci-après IDF Mobilités) est l'autorité compétente pour : 1° Organiser des services réguliers de transport de personnes (...)* ». Des nombreuses compétences énoncées par l'article précitée, il ressort une remarque : une réelle liberté est accordée à l'établissement public IDF Mobilités, et le système régional des transports en Île de France demeure bien différent du service national des transports ferroviaires. D'autant plus que c'est encore, en la matière, un établissement public qui a la charge de cette gestion. Toutefois, cette conservation d'un établissement public semble pouvoir s'expliquer par le fait que l'établissement public IDF Mobilités demeure un établissement public local. Or, en la matière, ce que le droit communautaire avait surtout vocation à épingler était les établissements publics industriels et commerciaux nationaux. Le caractère local de la mission attribuée à cet établissement – qui n'a en charge que le transport dans la région Île de France, qui malgré son importance et son attractivité, demeure une collectivité locale – semble lui accorder quelques années de répit. Un autre établissement public vient se grever à l'organisation du transport ferroviaire régional : la régie autonome des transports parisiens (ci-après RATP). L'article L.2142-1 du Code des transports prévoit que « *l'établissement public à caractère industriel dénommé "Régie autonome des transports parisiens" est chargé de l'exploitation des réseaux et des lignes de transport collectif de personnes qui lui a été confié dans la région d'Île de France (...)* ». Ici encore, la même remarque s'impose : c'est un établissement public industriel et commercial qui demeure, comme « *sauvé des eaux concurrentielles* »³⁷¹.

70. Sur l'existence d'un domaine public ferroviaire local. Une remarque particulière s'impose : en tant qu'EPIC, la RATP semble pouvoir disposer d'un domaine public. Mais est-ce le cas ? L'article L.2142-8 du Code des transports sembler apporter à ce questionnement une réponse négative, en disposant que « *Jusqu'à leur remise à Île de France Mobilités, la régie exerce son*

³⁷¹ M. KARPENSCHIF, « La RATP sauvée des eaux concurrentielles ? », *AJDA*, 2011, p.1357.

contrôle sur l'ensemble des biens réalisés ou acquis par elle ou qui lui ont été remis et qui sont nécessaires pour assurer l'exploitation des services mentionnés (...). Ces biens, qui comprennent notamment les matériels roulants et matériels d'entretien du matériel roulant, appartiennent à Île de France Mobilités dès leur achèvement ou leur acquisition. Île de France Mobilités entre immédiatement en leur possession à l'expiration des contrats d'exploitation des services concernés ». Nous incluons bien évidemment dans les biens nécessaires au transport les biens ferroviaires : tout ce qui concerne les voies de RER, de tram, ou encore de métro sont compris comme des biens ferroviaires³⁷². Dès lors, il semble que la RATP ne soit propriétaire que de peu de biens, dans la mesure où si elle exerce un contrôle sur l'ensemble des biens, ceux-ci semblent appartenir, ou avoir vocation à appartenir, à l'établissement public Île de France Mobilités. En tout état de cause, si certains biens lui appartiennent encore, ces derniers reviendront inévitablement à l'établissement public IDF Mobilités. Toutefois, il semble que la personne publique propriétaire ici ne soit, en définitive, pas si importante. En effet, que ce soit la RATP ou l'établissement public IDF Mobilités, les deux constituent un établissement public, qui peut à ce titre, être propriétaire d'un domaine public. Partant, la propriété publique demeure en tout état de cause, que les biens appartiennent à l'un ou l'autre des établissements publics. En plus de la propriété publique, il convient dès lors de vérifier si les critères du domaine public ferroviaire législatif sont vérifiés. L'article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que le domaine public ferroviaire est composé des biens appartenant à une personne publique, et affectés aux services de « *transports publics guidés le long de leurs parcours en site propre* ». Sans entrer dans les détails, qu'il s'agisse des infrastructures de RER, de tramways, ou de métro, elles constituent indéniablement des infrastructures de transports publics guidés – car lesdits transports ne peuvent dévier de la trajectoire qui leur est attribuée³⁷³ – en site propre – car le site est exclusivement destiné au transport en question –. Partant, le domaine public ferroviaire semble être constitué, qu'il appartienne à la RATP ou à l'établissement public IDF Mobilités.

En définitive, il demeure un important domaine public ferroviaire régional, au moins en ce qu'il s'agit de la région Île de France : c'est principalement la conservation de la forme des

³⁷² Sans entrer particulièrement dans les détails, le transport ferroviaire ou guidé inclut les voies de RER, les voies de métro, ainsi que les voies de tram en ce que le RER, le tramway et le métro constituent des « *transports publics guidés le long de leurs parcours en site propre* ».

³⁷³ Sauf accident ou déraillement, ce qui n'est ni fréquent ni souhaitable.

établissements publics, et de la propriété publique, qui a permis le maintien d'une part régionale importante de domaine public ferroviaire. De plus, comme il semble que ces établissements publics soient à l'abri, pour le moment, du spectre communautaire dans la mesure où ils ne constituent pas des établissements publics nationaux, le domaine public ferroviaire régional semble avoir encore de beaux jours devant lui. La loi du 27 juin 2018 n'a donc vraisemblablement pas ébranlé le domaine public ferroviaire régional.

II – Vers une privatisation totale ?

La question d'une privatisation totale des entreprises ferroviaire mérite d'être posée. Toutefois, si celle-ci venait à être envisagée, il demeurerait certains verrous à sa mise en œuvre (A), et les conséquences domaniales seraient particulièrement importantes (B).

A – L'opportunité d'une privatisation des entreprises ferroviaires : quels verrous juridiques ?

71. Cette énième réforme ferroviaire laisse un goût d'inachevé, notamment quand on se reporte aux précédentes privatisations. Malgré le fait que les entreprises ferroviaires soient désormais des sociétés anonymes et non plus des établissements publics industriels et commerciaux, leur lien avec le secteur public demeure : l'Etat détient l'intégralité du capital de toutes les sociétés anonymes ferroviaires. Cette étape, à mi-chemin entre la propriété publique et la privatisation complète, laisse forcément supposer qu'il ne s'agit là que d'une situation intermédiaire : le législateur a-t-il voulu préserver une dernière part officielle de droit public dans le régime des entreprises ferroviaires et de leurs biens ? La question se pose nécessairement d'une future privatisation complète, c'est-à-dire d'une privatisation du capital, qui supposerait une sortie des entreprises ferroviaires du secteur public. Pourtant, cette privatisation est-elle possible, voire souhaitable ?

72. Les limites juridiques aux privatisations d'entreprises publiques. Il existe des limites juridiques aux privatisations d'entreprises, dont nous avons effleuré les contours dans la première partie. A titre de rappel, l'alinéa 9 du Préambule de 1946 dispose que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un*

monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Comme nous l'avons démontré, l'activité prise en charge par le groupe SNCF revêt les caractères d'un service public national, et à ce titre, elle relève des hypothèses visées par l'alinéa 9 du préambule de 1946. En tout état de cause, malgré l'atténuation des effets de la disposition constitutionnelle en question par la jurisprudence, il semble qu'il faille tout de même respecter certaines étapes avant que la privatisation totale puisse avoir lieu. En effet, il ne serait pas possible pour le législateur de simplement privatiser les entreprises ferroviaires, sans accompagner la privatisation des entreprises de multiples dispositions complémentaires permettant cette privatisation. En effet, pour le professeur Nicolas Thirion³⁷⁴, l'alinéa 9 du Préambule de 1946 emporte deux obligations : d'une part une obligation positive selon laquelle le service public national doit devenir la propriété de la collectivité, d'autre part une obligation négative selon laquelle « *tant que l'activité reste érigée en service public national, la propriété de l'entreprise qui l'exploite doit rester à la collectivité* »³⁷⁵. Partant, comme Jean Rivero l'a indiqué, « *le principe sera ce que le législateur en voudra faire* »³⁷⁶. Ainsi, tant que les activités seront érigées en tant qu'activités de service public national, elles ne pourront être exploitées par une entreprise qui n'appartient pas au secteur public. Toutefois, comme le résume le Professeur Aurélien Antoine, deux observations peuvent être effectuées³⁷⁷.

D'une part, si la privatisation complète des entreprises ferroviaires était envisagée, il suffirait au législateur de légiférer dans le sens d'une déqualification de l'activité en cause de service public national. Pour le moment, l'heure est à la qualification de l'activité ferroviaire en tant que service public national, pour autant, dans la mesure où le service public ferroviaire ne constitue pas un service public constitutionnel, il appartient au seul législateur de décider du maintien de cette qualification ou non. C'est d'ailleurs ce que le Conseil constitutionnel a indiqué dans sa décision du 30 novembre 2006³⁷⁸, à l'occasion de laquelle il a affirmé que « *le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert privé de l'entreprise qui en est chargée* », à condition « *que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* ». Partant, pour que les entreprises ferroviaires puissent être totalement privatisées, une des conditions

³⁷⁴ Professeur de droit à l'Université de Liège.

³⁷⁵ N. THIRION, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, 2002, p. 642.

³⁷⁶ J. RIVERO, G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *op. cit.*, p.28.

³⁷⁷ A. ANTOINE, M. LAHOUIZI, « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? », *op. cit.*, p.1762

³⁷⁸ CC, 30 novembre 2006, n°2006-543 DC

principales serait que le législateur prive le groupe public unifié des caractères du service public national.

D'autre part, si la privation des caractères du service public national est fondamentale, il faudrait également que le législateur intervienne au niveau de la cessibilité du capital. En effet, l'article L.2101-1 du Code des transports dispose que « *le capital de la société SNCF est intégralement détenu par l'Etat. Ce capital est incessible* ». Or, pour qu'il puisse y avoir privatisation, il faut que le capital soit majoritairement transféré au secteur privé. Dès lors, il faudrait également que le législateur intervienne sur ce point, en déclarant cessible le capital des entreprises ferroviaires.

Si ces deux points semblent constituer un net obstacle à la privatisation complète des entreprises ferroviaires, l'expérience des privatisations antérieures les relativisent. En effet, en 2004, lors des opérations relatives aux entreprises de gaz et d'électricité, la propriété publique de l'entreprise GDF avait été garantie, à hauteur de 70%, pour autant, « *il n'aura fallu que deux ans pour faire sauter le verrou en vue de la privatisation* »³⁷⁹.

En définitive, la simple privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires pourrait ne constituer que le premier pas vers la privatisation complète de la SNCF. Pour cela, il faudrait toutefois que le législateur procède à une déqualification de service public national, et déclare le capital des entreprises ferroviaires cessible. Partant, si la privatisation reste envisageable, elle ne l'est que sous réserve que les deux verrous soient levés, et en ce qui concerne la déqualification de service public national, celle-ci demeure théorique, mais difficilement mise en œuvre³⁸⁰. A l'heure actuelle, rien ne permet d'affirmer avec certitude que la privatisation totale est envisagée par le législateur, d'autant plus qu'en raison des nombreux efforts entrepris pour conserver une large part de domanialité publique, les entreprises ferroviaires pourraient bénéficier encore un moment de leur statut de sociétés anonymes et d'entreprises publiques. Pour autant, si cette privatisation était mise à l'ordre du jour, les conséquences domaniales pourraient se faire très fortement ressentir.

³⁷⁹ A. ANTOINE, M. LAHOUI, « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? », *op. cit.*, p.1763.

³⁸⁰ *Id.* p. 1761.

B – L’avenir du domaine public ferroviaire national : les conséquences d’une privatisation hypothétique

74. En tout état de cause, les développements qui vont suivre ne sont que des suppositions, dans la mesure où la privatisation complète des entreprises ferroviaires n’étant pas, à notre sens, à l’ordre du jour, les conséquences qu’elle pourrait avoir sur le domaine ferroviaire ne sont qu’hypothétiques.

75. **Sur l’impossibilité du maintien d’un domaine public ferroviaire en cas de privatisation.** La privatisation totale implique une sortie des entreprises ferroviaires du secteur public. Une problématique se dégage dès lors : les entreprises ferroviaires demeurent aujourd’hui des entreprises publiques puisqu’elles ont encore un lien avec des personnes morales de droit public. Or, la sortie du secteur public impliquerait la rupture de tout lien avec une personne morale de droit public. Partant, s’il avait pu être retenu une nue-propriété de l’Etat concernant les biens attribués à la société SNCF Réseau, cette nue-propriété était justifiée par le fait que l’Etat demeurait actionnaire totalitaire des entreprises ferroviaires. Or, dans en cas de sortie du secteur public, il semblerait que la nue-propriété de l’Etat ne puisse plus être justifiée. Partant, c’est le critère organique qui tomberait, après avoir été artificiellement maintenu par le législateur au moment de la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires.

Par ailleurs, la privatisation totale des entreprises ferroviaires implique une nécessaire déqualification préalable de service public national. Une seconde problématique se dégage dès lors : la déqualification de l’activité de service public national impliquerait, en toute hypothèse, la disparition du service public ferroviaire. Or, les critères du domaine public ferroviaire légal, autant que les critères du domaine public ferroviaire administratifs supposent une affectation à un service public. Dès lors, si la qualification de service public a disparu, c’est aussi l’affectation des biens à ce service qui tombe. Le critère matériel disparaîtrait également en cas de privatisation du capital des entreprises ferroviaires. C’est d’ailleurs ce qui ressort de la thèse de Catherine Logéat : les biens des entreprises privatisées ne sont plus affectés au service public en lui-même, mais à l’utilité publique³⁸¹.

³⁸¹ Voir dans son ensemble, C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l’utilité publique*, op. cit., 492 p.

Partant, une disparition du critère organique et une disparition du critère matériel emporte nécessairement et inévitablement la disparition pure et simple du domaine public, qu'il soit administratif ou ferroviaire, et ce qu'indique le Professeur Aurélien Antoine : le domaine public ne pourra, en toute logique pas subsister en cas de privatisation complète des entreprises ferroviaires. Dans cette hypothèse, seule la quasi-domanialité publique, ou tout autre régime fonctionnel, pourrait s'appliquer.

Conclusion du chapitre 2

Le régime applicable demeure classiquement organisé autour de la notion de protection, et de contrainte. Malgré la disparition du critère organique, le législateur a, semble-t-il, réussi le pari de maintenir une protection importante des biens, quel que soit leur nature. Les outils de protection classique de la domanialité publique, tels que l'insaisissabilité, la prohibition des baux commerciaux, ou encore l'encadrement des cessions ont été maintenus, que ce soit sur les biens assujettis à la domanialité publique, ou les biens soumis au régime hybride de la quasi-domanialité publique. Partant, le régime applicable inventé par le législateur semble finalisé.

Demeurent toutefois des incertitudes : le domaine public ferroviaire local, s'il subsiste encore largement a-t-il vocation à demeurer tel quel ? Qu'advient-il réellement du domaine public ferroviaire en cas de privatisation complète des entreprises ferroviaires ? S'il a pu être apporté quelques éléments de réponse, à tout le moins quelques hypothèses, rien ne peut être affirmé avec certitude.

Conclusion de la Partie 2

À partir des dispositions de la loi du 27 juin 2018 et de l'ordonnance du 3 juin 2019, il a été possible d'établir une classification des biens ferroviaires, notamment en fonction de la nature de leur propriété. La majorité des biens sont demeurés propriété publique, avec le maintien artificiel de l'Etat comme propriétaire public et l'attribution de ses biens à la société SNCF Réseau. Pour autant, une part de propriété privée a été instituée, dans la mesure où les biens de la société SNCF et les biens de la société SNCF Voyageurs leur appartiennent pleinement.

Partant, il aurait été compréhensible que le régime applicable aux biens propriété publique et aux biens propriété privée diffère en raison même de cette différence de nature. Toutefois, le législateur a opté pour un régime unifié et protecteur de l'affectation des biens, qu'ils appartiennent au domaine public ou non, et qu'ils soient propriété publique ou non. Malgré la privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires, le législateur a maintenu un régime exorbitant de droit public, en dépit de la nature privée de certains biens. Toutefois, ce régime exorbitant de droit public semble devoir affronter un avenir incertain : il semblerait que la réforme du secteur ferroviaire, aussi bien national que local, n'ait pas dit son dernier mot.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le présent mémoire s'est proposé de répondre à la problématique des conséquences domaniales de la loi du 27 juin 2018 et de l'ordonnance du 3 juin 2019. À l'issue de nos recherches, il apparaît que c'est une réponse nuancée qu'il convient d'apporter. Il a tout d'abord fallu au législateur concilier deux idéologies et conceptions radicalement différentes : la nature protectrice et contraignante du droit administratif ne s'accommode pas aisément du spectre libéral européen. Pourtant, cette conciliation était inévitable et le législateur français pouvait difficilement continuer d'ignorer la politique européenne de libéralisation du secteur ferroviaire. Les précédentes réformes s'étant avérées insuffisantes, la loi pour un nouveau pacte ferroviaire était, en tout état de cause, attendue et nécessaire, à tous points de vue. Le choix d'une « simple » privatisation juridique du statut des entreprises ferroviaires suffisait, à notre sens, à mettre en conformité le ferroviaire français avec la politique libérale européenne. Pourtant, malgré le fait que le législateur ait retenu la solution la moins contraignante, il n'en demeure pas moins que les conséquences se sont fait ressentir, notamment au niveau patrimonial. Comme nous l'avons indiqué à maintes reprises, la principale conséquence de cette privatisation juridique du statut juridique des entreprises ferroviaires a été la disparition, à tout le moins en apparence, de la personnalité publique. Or, cette disparition de la personnalité publique s'est fait ressentir au niveau du régime de propriété des biens ferroviaires. Les enjeux attachés à ces biens ne permettaient toutefois pas de faire l'économie d'un régime exorbitant de droit public : comme l'a indiqué Pierre Levallois, « *le statut de société ne fait pas disparaître le caractère public de l'entreprise, et la privatisation elle-même n'efface pas l'intérêt public qui s'y attache* »³⁸². C'est précisément cet intérêt public qui a justifié le maintien d'un régime exorbitant de droit public unifié. Car s'il existe des disparités dans le régime de propriété des biens ferroviaires, c'est un régime applicable unifié qui a été retenu. Que les biens soient soumis au régime de la domanialité publique, ou au régime hybride de la quasi-domanialité publique, la finalité est identique : le régime applicable est avant tout protecteur de l'affectation des biens.

L'enjeu était de taille : l'importance du réseau ferroviaire, à tous points de vue, ne permettait pas qu'il soit fait économie d'une telle protection, quoi qu'en dise l'Union européenne.

³⁸² P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p. 7

C'était un pari audacieux que de retenir un régime purement fonctionnel pour la partie des biens devenus propriété privée, mais à notre sens, c'est un vrai « *numéro d'équilibriste* »³⁸³ du législateur d'avoir maintenu artificiellement la personnalité publique pour justifier de l'application d'un pur régime de droit public.

Certes, c'est une réforme qui semble laisser un sentiment d'inachevé – car si les institutions européennes semblent pour le moment s'accommoder de ce nouveau pacte ferroviaire, rien ne permet d'affirmer avec certitude que cela durera éternellement –, pourtant, la promesse semble tenue : la conciliation entre libéralisation et protection est, à notre sens, une réussite. Reste à savoir désormais si le droit administratif cèdera un jour totalement face à l'ogre libéral européen.

³⁸³ H. DEVILLIERS, « L'ordonnance du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF : l'équilibre introuvable », *Dr. voirie*, juill.-août 2019, n° 209, p. 141, spéc. p. 142 in P. LEVALLOIS, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*, p.7.

Bibliographie

I – OUVRAGES

BOUILLON (H.), *Le droit administratif à l'ère de la gouvernance*, Mare&Martin, 2021, 202 p.

BRACONNIER (S.), *Droit public de l'économie*, PUF, Paris, 3^e éd., 2021, 524 p.

CHAMARD-HEIM (C.), *Droit des biens publics*, PUF, Paris, 2022, 540 p.

CHAMARD-HEIM (C.), **MELLERAY (F.)**, **NOGUELLOU (R.)**, **YOLKA (P.)**, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2015, 995 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, t.1, 2001, 1423 p.

CHERRIER (E.), **FRANÇOIS (S.) (dir)**, *Le service public et les idéologies politiques*, Septentrion, 2016, 184 p.

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, Paris, 5^e éd. 2013, 641 p.

COLSON (C.), *Traité d'économie politique*, Tome II.

COLLET (M.), *Finances publiques*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 6^e éd., 2022, 544 p.

DAMAREY (S.), *Droit public financier*, Dalloz, Précis, Paris, 2^e éd., 2021, 1225 p.

DELAUNAY (B.), *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 2018, 552 p.

DELVOLVÉ (P.)

- *Droit public de l'économie*, Dalloz, Précis, Paris, 1998.
- *Droit public de l'économie*, Dalloz, Précis, Paris, 2^e éd., 2021, 816 p.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.), *Le service public*, La documentation française, 1996.

DROSS (W.), *Droit des biens*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 4^e éd., 2019, 478 p.

FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2019, 921 p.

GAÏA (P.), **GHEVONTIAN (R.)**, **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, **OLIVIA (E.)**, **ROUX (A.)**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2018, 1026 p.

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens, in Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 15^e éd., 2014, t.2, 704 p.

GOUTAL (Y.), BANEL (S.), WURSTHORN (I.), BERNARDI (E-L.), *La valorisation du patrimoine public*, Éditions Lamy, 2013, 310 p.

GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 4^e éd., 2016, 896 p.

HAURIOU (M.),

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 12^e éd., 2002, 1150 p.
- *Droit administratif*, 9^e éd.

JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, la notion de service public*, Dalloz, tome 2, 3^e éd., 2003, 848 p.

LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, Paris, 14^e éd., 2021, 522 p.

LE MASNE (P.), *Les services publics. Approches économiques et enjeux sociaux*, PUR, 2007, 150 p.

LINOTTE (D.), PIETTE (D.), ROMI (R.), *Droit public économique*, LexisNexis, Paris, 9^e éd., 2022, 510 p.

MAILLARD (D.), *Institutions administratives*, PUF, Paris, 2^e éd., 2015, n°115, 600 p.

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 8^e éd., 2021, 906 p.

PETIT (J.), FRIER (P-L.), *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, Paris, 14^e éd., 2021, 814 p.

ROSANVALLON (P.), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, 1990, 354 p.

II – THÈSES ET MÉMOIRES DE RECHERCHE

CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, NBT, t.33, 2004, 764 p.

EMIRI (T.), *Concurrence et secteur public économique. L'article 90 du traité CE, moyen d'encadrement communautaire des activités d'intérêt économique général*, thèse dactyl., Paris II, 1998.

GAUDEMAR (de) (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, thèse dactylographiée, Paris II, 2006, 637 p.

LEVALLOIS (P.), *L'établissement public marchand*, Dalloz, NBT, Vol. 208, 2021, 814 p.

LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, Paris, 2011, 492 p.

MEYSSIREL (C.), *Les gares, quais solides du droit public et de l'interventionnisme économique*, Banque des mémoires de l'Université Paris II, année 2018-2019, 104 p.

MURGE-VAROCLIER (P-M.), *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, BDP, t.306, 2018, 751 p.

ROUX (C.),

- *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, BDP, t. 290, 2015, 842 p.
- *L'insaisissabilité des biens publics, vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?*, Collection des mémoires de l'équipe de droit public, n°7, 2007, 164 p.

III – MÉLANGES

Mélanges en l'honneur de Jean François Lachaume, « Le droit administratif : permanences et convergences », Dalloz, 2007, 1122 p.

Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme, « Bien public, bien commun », Dalloz, 2011, 472 p.

IV – ARTICLES

ANTOINE (A.), LAHOUI (M.), « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? », *AJDA*, 2018, p. 1760.

BARCKHAUSEN (H.), « Étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1903.

BELLESCIZE (de) (R.), « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, 2006, p. 1163.

BOITEAU (C.),

- « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p.57.
- « Le gestionnaire d'infrastructure au sein du nouveau groupe public ferroviaire : frein au développement de la concurrence ? », *Énergie, environnement, infrastructure*, mai 2021, article n°14, p. 1.

BOUSQUET (J.), « Les nouvelles règles relatives à la cession du patrimoine ferroviaire », *AJ Collectivités territoriales*, 2020, p. 205.

BRILLET (E.), « Le service public à la française : un mythe national au prisme de l'Europe », *Alternatives économiques*, 2004/4, n°24, p. 25.

BROUSSOLLE (D.), « Le reformatage de la SNCF, entre déficit et concurrence », *AJDA*, 2014, p.1881.

CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 204.

CARPENTIER (M.), « Aéroports de Paris : l'illusoire invocation du service public national », *AJDA*, 2019, p. 1561.

CHAMARD-HEIM (C.),

- « Les biens du service public », in *Le service public*, Dalloz, AFDA, Paris, 2014, p. 202.
- « Les EPIC face au droit fiscal » in M. KARPENSCHIF, « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP, La semaine juridique : administration et collectivités territoriales*, 2009, p. 2200.

CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p.239.

CHEVALLIER (J.), « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, n°HS, p.8.

DECOQ (A.), « Les pouvoirs de la commission selon l'article 90§3 du Traité instituant la CE », in *Mélanges Roland Drago, Economica*, 1996, p. 207.

DEVILLIERS (H.), « L'ordonnance du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF : l'équilibre introuvable », *Dr-Voirie*, 2019, n°209, p.142.

FATÔME (E.), « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192.

FAVOREU (L.), « Une grande décision », *in Nationalisations et constitution*, Economica, 1982, p.52.

GAUDEMAR (de) (H.), « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de 1930 », *RFDA*, 2007, p.1297.

GAUDEMET (Y.), « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p.1094.

GUCKES (J.), « Le rôle des chemins de fer dans la déportation des Juifs de France », *Revue d'histoire de la Shoah*, 1999, p. 29 à 110.

HUBRECHT (H.), « Faut-il définir le domaine public et comment ? », *AJDA*, 2005, p. 598.

IDOUX (P.), « La loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Droit administratif*, n°1, 2019, p. 2.

KARPENSCHIF (M.),

- « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP, La semaine juridique : administration et collectivités territoriales*, 2009, p. 2200.
- « La RATP sauvée des eaux concurrentielles ? », *AJDA*, 2011, p.1357.

LAGET-ANNAMAYER (A.), « L'autorité de régulation des transports face aux freins à la concurrence : une efficacité perfectible », *Énergie-environnement-infrastructures*, mai 2021, article n°17, p.1.

LAMY (V.), « La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2021, p. 306.

LAPUELLE (C.), « Services publics nationaux » *in Répertoire de service public*, Dalloz, n°14.

LANNEAU (R.), « Monopoles (approche économique) », *in BAZEX (M.) (dir.), Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016, fiche n°43.

LA ROSA (DE) (S.), « La centralité de la redevance dans l'effectivité de l'ouverture à la concurrence ferroviaire », *Énergie-environnement-infrastructures*, mai 2021, article n°15, p.3.

LAVIALLE (C.), « Le domaine public ferroviaire depuis la réforme ferroviaire d'août 2014 : entre fragmentation du domaine et fragmentation du régime domanial », *RFDA*, 2015, p. 1128.

LEVALLOIS (P.), « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *Droit administratif*, LexisNexis, 2019, n°10, art.12.

LOCHAK (D.), « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in P. ALLIES, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1991.

LOMBARD (M.),

- « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79.
- « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 183.

LOUVARIS (A.), « Biens publics et concurrence : bref inventaire des fruits d'une union de raison », in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 267.

MARCOU (G.), « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 », *AJDA*, 2007, p.192.

NICKINSKI (S.), « L'ouverture du transport ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1028.

PLESSIX (B.), « L'éternelle jouvence du service public », *Droit admin*, n°11, 2018, p.1.

POYET (M.), « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », *Revue admin*, 2005, p.105.

PRUD'HOMME (R.), « Le danger du monopole : le cas de la SNCF », *Commentaire SA*, n°105, 2004, p. 235.

THIRION (N.), « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, 2002, p. 627 à 654.

VEDEL (G.), **RIVERO (J.)**, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », in *Collection Droit social*, 1947, Vol. 21, p. 20.

VIDELIN (J-C.), « Les biens » in « Dossier : le nouveau pacte ferroviaire », *RFDA*, 2018, p. 857

VIEU (P.), « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, p.35.

WALINE (M.), « Préface » in R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Pédone, 1950.

YOLKA (P.), « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité publique*, LexisNexis, 2007.

V – LEXIQUES ET DICTIONNAIRES

DEBARD (T.), GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2021-2022,

VI – RAPPORTS

« L'intérêt général », Rapport du Conseil d'Etat, *EDCE*, 1998.253

DIEFFENBACHER (M.), Rapport au nom de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *Sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, 2003.

Conseil d'Etat, rapport public 2008, *EDCE*, n°59

SPINETTA (J-C.), « L'avenir du transport ferroviaire », Rapport au Premier ministre, 15 février 2018

ART, « Le marché du transport ferroviaire français en 2019 », Rapport annuel, 127 p.

VII – COMMUNICATIONS

Commission des communautés européennes, Communication du 11 septembre 1996, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (96), 443 final, pt. 16.

Commission européenne, Communication du 11 mars 2000 relative à la notion d'aide d'Etat.

Commission européenne, Communication du 19 juillet 2016 relative à la notion d'aide d'Etat visée à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, COM 262/1.

VIII – TEXTES DE LOIS, DIRECTIVES ET RÈGLEMENTS

Ordonnance n°45-1403 du 26 juin 1945 portant nationalisation des transports aériens.

Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.

Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

Directive n°91/440/CEE du 29 juillet 1991.

Loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

Loi n°96-2660 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

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.

Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

Directive de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence financière entre l'Etat et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, n°2006/111/CE.

Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

Loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

Loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

Règlement (UE) 2015/796 du 11 mai 2016.

Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019.

Loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (dite « Loi 3DS).

IX – JURISPRUDENCES

CE, 9 décembre 1898, *Cie Gaz de Castelsarrazin*, n°342788.

CE, 7 août 1909, *Winkell*, n°37317.

CE, 6 février 1903, *Terrier*, Publié au Recueil.

CE, 4 mars 1910, *Théron*, Publié au Recueil.

TC, 29 février 1908, *Feutry*, Publié au Recueil.

CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Publié au Recueil.

TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706.

CE, 17 janvier 1923, *Sieur Piccioli*, Publié au Recueil.

CE, ass., 1^{er} avril 1938, *L'alcool dénaturé de Coubert*, n°123316, Publié au Recueil.

CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire aide et protection*, n°57302, Publié au Recueil.

CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n°92004.

TC, 28 mars 1955, *Effimief*, n°01525.

CE, 20 avril 1956, *Époux Bertin*, n°33961.

CE, 19 octobre 1956, *Sté Le Béton*, n°20180.

CE, ass., 16 novembre 1956, *USIA*, Publié au Recueil.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62.

CE, 28 juin 1963, *Narcy*, Publié au Recueil.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/Enel*, aff. 6/64.

CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 88148.

Cons. Constit, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n°84-141 DC.

CA Paris, 11 juillet 1984, *AJDA* 1984 p.625 note M. BAZEX.

CE, 28 novembre 1984, *Ministre du Budget c/ Sté Autoroutes du Sud de la France*, n°37869.

CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, n°41589, Publié au Recueil.

CJCE, 22 mai 1985, *Parlement c/ Conseil*, Publié au Recueil.

CJCE, 30 avril 1986, *Affaire Nouvelles frontières*, n°209 à 213/86.

Cons. Constit., 26 juin 1986, *Privatisations*, n°86-207 DC.

Commission européenne, 11 juin 1992, *Sealink c/ BII*.

CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91.

CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres c. Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92.

Cons. Constit., 21 juillet 1994, n°94-346 DC.

CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann c. Commission*, C-241/91.

Comm. du 11 septembre 1996, n°96/C 281/03.

CE, ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049 179050.

CE, Ass, 23 octobre 1998, *Électricité de France*, n°160246.

CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97.

Cons. Conc., 15 décembre 1998, n°98-D-77, *Décision relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle.*

TC, 6 mai 2002, *Société S.M c/ Syndicat des eaux de Molsheim*, n°02.03-290.

Cons. const., 26 juin 2003, n°2003-473DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.*

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

CE, 10 juin 2004, *Agence France Presse*, n°370252.

Cass. Com., 12 juillet 2005, *Société NMPP*, Bulletin civ., 2005, n°163.

CE, sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, n°271898.

Cons. constit, 30 novembre 2006, n°2006-543 DC, *Loi sur le secteur de l'énergie.*

CA Douai, 16 avril 2009, n°08/02871.

CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, n°338272, Publié au Recueil.

Cons. Constit., 12 octobre 2012, décision n°2012-281 QPC.

CJUE, 3 avril 2014, *France c. Commission*, aff. C-559/12 P.

CJUE, 14 juillet 2016, *Pomoimpresa*, n°C-458/14.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	5
SOMMAIRE	7
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	8
INTRODUCTION GÉNÉRALE	12
PARTIE I – AUX ORIGINES DES MUTATIONS DOMANIALES FERROVIAIRES.....	23
CHAPITRE I – UNE PROTECTION DES BIENS IMPLIQUÉE PAR LE DROIT FRANÇAIS.....	23
Section I – Les biens du service public ferroviaire	24
I – Le service public ferroviaire	24
A – La qualification du service public ferroviaire	24
B – Le statut d’entreprise publique.....	29
II – Les biens du service public ferroviaire : traduction patrimoniale des principes du service public.....	32
A – Les biens du service et les principes d’égalité et de mutabilité	32
B – Les biens indispensables au service public et le principe de continuité du service.....	35
Section II – Le monopole du service public ferroviaire : vers une remise en cause ?	39
I – Le monopole du service public ferroviaire : entre service public national et réseau d’utilité publique.....	39
A – Un monopole expliqué par le service public national.....	39
B – Un monopole justifié par l’activité de transport en réseau.....	44
II – Le remise en cause monopole du service public ferroviaire : entre théorie et pratique.....	47
A – L’apparence d’une impossible remise en cause du texte constitutionnel.....	48
B – L’atténuation jurisprudentielle des effets du Préambule.....	51
Conclusion du chapitre 1^{er}	55
CHAPITRE II – UNE PROTECTION DES BIENS RÉFUTÉE PAR LE DROIT EUROPÉEN.....	56
Section I – La confrontation de deux modèles économiques et juridiques radicalement différents	56
I – La différence de paradigme générale entre le service public à la française et le service d’intérêt économique général.....	56
A – La contrariété entre le service public à la française et le service d’intérêt économique général.....	57
B – La tension entre le droit de l’Union européenne et les établissements publics industriels et commerciaux	60
II – La différence de paradigme spéciale entre le service public à la française et le service d’intérêt économique	63
A – Le désintérêt initial du droit de l’Union européenne pour la propriété publique	64

B – L'intérêt croissant du droit de l'Union européenne pour la propriété publique	66
Section II – Les conséquences de la confrontation entre les deux modèles radicalement différents.....	69
I – La libéralisation du secteur ferroviaire : entre préoccupation européenne et conséquences directes sur les biens.....	69
A – L'émergence d'une préoccupation européenne en matière de transports porteuse d'une libéralisation progressive du secteur ferroviaire.....	69
B – La libéralisation du secteur ferroviaire facteur d'une absence de protection des biens	72
II – La mise en conformité partielle du droit interne au droit de l'Union européenne.....	74
A – L'adoption de moyens de régulation et de contrôle propres	74
B – La substitution de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire	77
Conclusion du Chapitre 2	81
Conclusion de la Partie 1.....	82
PARTIE 2 – CLASSIFICATION ET RÉGIME DES BIENS DU DOMAINE FERROVIAIRE	84
CHAPITRE 1 – UNE CLASSIFICATION COMPLEXE JUSTIFIÉE	84
Section 1 – Essai d'une classification	84
I – La nature de la propriété des biens ferroviaires	84
A – La disparition du critère organique par la privatisation du statut juridique des entreprises ferroviaires	85
B – Les conséquences de la disparition du critère organique sur la propriété des biens ferroviaires	87
II – La nature du régime domanial des biens ferroviaires	91
A – La conservation majoritaire du régime de la domanialité publique	91
B – L'apparition parcellaire d'un régime hybride de quasi-domanialité publique	94
Section 2 – Les fondements de la conservation d'un régime de domanialité publique.....	97
I – Le service public comme légitimation de l'appartenance des biens au domaine public ?.....	98
A – Le maintien de l'affectation au service public ferroviaire	98
B – L'absence d'obligation constitutionnelle d'appartenance des biens du service public au domaine public	100
II – La valeur patrimoniale et extrapatrimoniale des biens ferroviaires comme justification de l'appartenance des biens au domaine public ?.....	103
A – Le poids économique des infrastructures ferroviaires	103
B – La valeur extrapatrimoniale des infrastructures ferroviaires.....	105
Conclusion du chapitre 1	107
CHAPITRE II – UN RÉGIME APPLICABLE FINALISÉ ?.....	108
Section 1 – Un régime unifié applicable aux biens ferroviaires.....	108

I – Un régime contraignant	108
A – La faculté de reprise des biens attribués	108
B – Les disparités dans l’exclusion de certains droits civils	110
II – Un régime protecteur de l’affectation.....	114
A – La classique exclusion du recours aux procédures civiles d’exécution sur les biens du service public ferroviaire	114
B – Le strict encadrement des déclassements et des cessions des biens du service public ferroviaire	118
Section 2 – Quel avenir pour le domaine public ferroviaire ?	122
I – Le maintien d’un domaine public ferroviaire régional notable.....	122
A – La place croissante accordée aux collectivités locales.....	122
B – Le maintien d’établissements publics régionaux et d’un domaine public ferroviaire régional considérable.....	126
II – Vers une privatisation totale ?	128
A – L’opportunité d’une privatisation des entreprises ferroviaires : quels verrous juridiques ?.....	128
B – L’avenir du domaine public ferroviaire national : les conséquences d’une privatisation hypothétique	131
Conclusion du chapitre 2	133
Conclusion de la Partie 2.....	134
CONCLUSION GÉNÉRALE	135
Bibliographie.....	137