N° 413839
SNCF RESEAU

2ème et 7ème chambres réunies
Séance du 9 novembre 2018
Lecture du 28 novembre 2018

CONCLUSIONS

M. Guillaume ODINET, rapporteur public

Par un traité conclu à Canterbury le 12 février 1986, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française se sont engagés à permettre la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche constituée d'un double tunnel ferroviaire foré entre Fréthun, dans le Pas-de-Calais, et Cheriton, dans le Kent, ainsi que des aires terminales réservées au contrôle de l'accès aux tunnels et de la sortie de ceux-ci. En vertu de l'article 5 de ce traité, les concessionnaires sont tenus, à la demande des deux Gouvernements, de prendre toutes mesures intéressant la sûreté de la liaison[1].

Pour l'application de cet article, l'article 6 du règlement de la Commission intergouvernementale concernant l'utilisation du tunnel sous la Manche prévoit qu'une entreprise ferroviaire ne peut accéder à la liaison que si elle satisfait, en particulier, aux dispositions en matière de sûreté édictées par les gouvernements.

Selon les informations figurant au dossier qui était soumis aux juges du fond, dès le 14 février 1989, les gouvernements français et britannique ont adressé à Eurotunnel, concessionnaire du tunnel, ainsi qu'à British Rail et à la SNCF, des lettres précisant leurs exigences de sûreté, qui incluaient la réalisation de contrôles destinés à détecter la présence d'intrus à bord des trains.

Le 16 janvier 1995, la SNCF, alors entreprise intégrée et unique opérateur ferroviaire, a conclu avec l'Etat français, représenté par la direction générale des douanes et droits indirects, une convention par laquelle elle s'engageait à procéder elle-même aux contrôles de sûreté des trains. En pratique, ces missions étaient assumés par sa branche Fret et avaient été confiées à une entreprise privée de sécurité. La détection de la présence éventuelle d'intrus se faisait sur le site du « faisceau Tunnel de Calais-Fréthun », point de passage obligatoire pour tous les trains devant emprunter le tunnel ; elle consistait en une inspection des trains, qui étaient ensuite placés sous vidéosurveillance et gardiennés, de façon à garantir l'absence d'intrusion nouvelle.

A la création de Réseau ferré de France (RFF) par la loi du 13 février 1997[2], la SNCF – précisément Fret SNCF – a continué d'exercer cette mission d'inspection et de surveillance

[1] Ce que le traité de concession du 14 mars 1986 reprend en son article 15.1 (« Les concessionnaires, dans le cadre des lois et règlements qui leur sont applicables, satisfont à toutes obligations édictées par les Gouvernements ou par la Commission intergouvernementale en ce qui concerne les contrôles de sûreté, de douane, de police, d'immigration […] »).
[2] N° 97-135

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des trains, RFF prenant en revanche à sa charge la protection générale du site du « faisceau Tunnel de Calais-Fréthun » (clôture et surveillance).

En 2011, toutefois, la SNCF a décidé de cesser de prendre en charge ces prestations. Relevant que le trafic international ferroviaire avait été ouvert à la concurrence depuis 2003 et qu'elle était le seul transporteur à supporter les frais relatifs à la sûreté transmanche dans le cadre de la lutte antiterroriste et de la lutte contre l'immigration clandestine, la SNCF a informé la direction générale des douanes et droits indirects de sa volonté de ne pas renouveler la convention à compter du 16 janvier 2012 ; elle a par ailleurs mis fin à ses liens contractuels avec l'entreprise de sécurité chargée des prestations.

Il est manifeste, à la lecture du dossier soumis aux juges du fond, que cette décision a créé un embarras certain – car il était clair que les contrôles de sécurité devaient continuer d'être réalisés. Eurotunnel refusant de s'engager dans l'urgence, RFF a accepté, à titre transitoire, d'effectuer le contrôle et la surveillance des trains de marchandises, mais en refacturant ces prestations aux entreprises ferroviaires. C'est la solution qui a été actée, dans une certaine forme d'improvisation, la refacturation apparaissant, *ab initio*, juridiquement fragile : RFF avait ainsi demandé à l'Etat « une légitimité pour pouvoir refacturer » et obtenu, en réponse, un courrier lui demandant expressément d'assurer la prestation, et lui indiquant qu'il pouvait « mutualiser les coûts afférents auprès des entreprises ferroviaires opérant sur le site ».

Ainsi RFF a-t-il inclus, dans le document de référence du réseau de 2012, une redevance de 590 euros par train relative à la prestation de sûreté sur le site du « Faisceau tunnel de Calais-Fréthun » – prestation qui était présentée comme contenant « la détection de la présence éventuelle de migrants à bord du train, la surveillance par le poste de vidéosurveillance et le gardiennage de la rame après contrôle et jusqu'au départ du train ». Cette redevance a été reconduite dans le document de référence (dit « horaire de service ») de 2013 (à hauteur de 615,37 euros par train) et dans celui de 2014, jusqu'au 15 février 2014, date à laquelle RFF a cessé d'effectuer la prestation de sûreté, reprise en charge par Eurotunnel. RFF a également inclus cette redevance dans ses contrats de service.

Très rapidement, la redevance a été contestée dans son principe par les entreprises ferroviaires. La société Europorte Channel a saisi l'ARAF dès janvier 2012 d'une demande de règlement d'un différend. L'ARAF s'est déclarée incompétente[3] au motif que le différend concernait l'accès au « système » du tunnel sous la Manche et non l'accès au réseau ferré national ; elle a néanmoins relevé, avec un art consommé de la litote, que les bases légales applicables aux contrôles effectués par RFF devaient être clarifiées, tout comme les modalités juridiques de prise en charge et de répartition des frais afférents.

La société Euro Cargo Rail (ECR), pour sa part, après avoir vainement sollicité RFF, a saisi le tribunal administratif de Paris de deux requêtes, tendant d'une part à l'annulation des dispositions des documents de références 2012, 2013 et 2014 relatives à la redevance litigieuse et du refus d'abroger les dispositions en cause des documents de 2012 et 2013, et contestant d'autre part le refus d'RFF de renoncer à lui appliquer la redevance et de lui adresser des avoirs correspondant à seize factures de redevances (ces conclusions étant assorties d'une demande d'injonction).

Par un jugement du 19 décembre 2014, le TA a rejeté les conclusions relatives à l'acquittement de la redevance comme portées devant une juridiction incompétente pour en

[3] V. Décision n° 2012-011 du 9 mai 2012.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

connaître ; il a rejeté comme irrecevables car tardives les conclusions tendant à l'annulation partielle des documents de référence, et a rejeté au fond les conclusions tendant au refus d'abroger les dispositions contestées des documents de 2012 et 2013.

Saisie en appel, la cour de Paris a, par un arrêt du 28 juin 2017, pris le contrepied du tribunal. Elle a estimé que les conclusions relevaient toutes de la juridiction administrative et qu'elles étaient recevables ; et elle y a fait droit, en annulant partiellement les documents de référence, le refus d'en abroger les dispositions litigieuses et les refus de décharger ECR des factures et de ne pas soumettre cette entreprise à la redevance ; elle a, enfin, condamné RFF à reverser une somme d'un peu plus de 53 000 euros à ECR.

C'est contre cet arrêt que SNCF Réseau, venu aux droits d'RFF, se pourvoit en cassation.

Précisons pour ne plus y revenir que vous devrez en toute hypothèse casser l'arrêt attaqué en tant qu'il fait droit aux conclusions à fin d'annulation du refus d'abroger les dispositions contestées des documents de référence 2012 et 2013. En effet, le document de référence 2012 avait cessé d'être applicable avant même que le TA n'en soit saisi et le document de référence 2013 a cessé de l'être au cours de l'instance devant le TA. Les conclusions tendant au refus d'abroger partiellement ces documents étaient donc privées d'objet (v. 11 janvier 2006, Mme veuve L…, n° 274282, T. p. 1023) ; si bien que les juges du fond auraient dû les rejeter comme irrecevables en ce qu'elles concernaient le document 2012 et déclarer n'y avoir pas lieu d'y statuer en ce qu'elles concernaient le document 2013. En faisant droit, au contraire, à ces conclusions, la cour a méconnu son office – ce qu'il vous appartient de relever de vous-mêmes, les parties en ayant été informées.

L'affaire qui vous est soumise pose ensuite deux questions.

1. La première est celle de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des contestations relatives à l'acquittement de la redevance.

En vertu de l'article L. 2111-9 du code des transports, RFF était un établissement public à caractère industriel et commercial. Or, vous le savez, depuis une décision Epoux B… c/ Voies navigables de France du 29 décembre 2004 (n° 3416, Rec. p. 525), la jurisprudence du Tribunal des conflits[4], sur laquelle vous vous êtes fidèlement alignés[5], est en ce sens que lorsqu'un établissement tient de la loi la qualité d'EPIC, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ces activités qui, telles notamment la réglementation, la police ou le contrôle, relèvent par leur nature de prérogatives de puissance publique.

Il faut comprendre que cette jurisprudence a entendu donner sa pleine portée à la qualification opérée par le législateur. Elle déduit, en effet, de la qualification d'EPIC que les services publics dont est chargé l'établissement sont, en principe, tous de nature industrielle et commerciale – c'est-à-dire, en somme, qu'en qualifiant l'établissement le législateur entend bien qualifier ses activités. Cela réduit, assurément, les hypothèses d'établissement public à

[4] V. aussi 12 mai 2005, EURL Croisières lorraines La Bergamote, n° 3455, Rec. p. 670 ; 20 mars 2006, Calatayud, n° 3505, Rec. p. 626 ; 28 mars 2011, Groupement forestier de Beaume Haie, n° 3787, T. pp. 771-844-1002 ; 3 juillet 2017, R…, n° 4084, inédite au Recueil ; du même jour, N…, n° 4090, inédite au Recueil.

[5] V. not. 17 mai 2013, Voies navigables de France, n° 356762, inédite au Recueil ; 31 mai 2013, D…, n° 346876, T. pp. 433-508-509-627-804-842-854 ; 9 novembre 2015, Mme A… et Mme K…, n^{os} 383791, 383792, inédite au Recueil ; 3 octobre 2018, Société Sonorbois et autres, n° 410946, à mentionner aux Tables sur ce point.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

double visage en cas de qualification législative ; mais telle est bien la portée de la jurisprudence Epoux B…, n° 3416.

Dans ce cadre, l'exception des activités relevant par leur nature de prérogatives de puissance publique doit être entendue au sens strict : elle est, en vérité, limitée aux activités qui sont, par nature, insusceptibles d'être qualifiées de service public à caractère industriel et commercial, car l'établissement public y fait usage de prérogatives de puissance publique (v. not., sur cette précision, TC, 3 juillet 2017, U…, n° 4090, inédite au Recueil).

A cet égard, l'incise du considérant de principe, qui mentionne « la réglementation, la police, ou le contrôle », peut être trompeuse : car le rattachement d'une activité à une mission de police ou de contrôle ne suffit pas à emporter la compétence administrative ; seule la détention et l'usage d'un pouvoir qualifié de prérogative de puissance publique est de nature à faire regarder comme service public administratif l'activité d'un EPIC ainsi qualifié par la loi (v., très clairement sur ce point, votre décision Consorts D…, n° 346876, du 31 mai 2013, T. pp. 433-508-509-627-804-842-854). Ce n'est donc pas tant l'objet du service que les pouvoirs dont dispose l'établissement dans son accomplissement qui sont susceptibles d'emporter, par exception, la compétence du juge administratif pour connaître de l'activité de l'établissement.

En l'espèce, c'est précisément dans cette articulation que la cour nous paraît s'être méprise. Pour retenir la compétence administrative, elle a jugé qu'eu égard à l'objet de la mission de sûreté et à son caractère obligatoire, RFF exerçait une mission indissociable de la mise en œuvre d'une activité de police administrative. Vous l'aurez compris, de la sorte, elle n'a donc caractérisé aucune attribution, à RFF, de prérogative de puissance publique.

Or il ressort des pièces du dossier que, pour l'exercice de la mission de sûreté, l'établissement ne disposait pas de telles prérogatives : les contrôles qu'il exerçait, tels que nous vous les avons décrits, n'étaient pas différents de ceux que peuvent pratiquer, en l'absence de tout service public, les entreprises privées de sécurité (v. les art. L. 611-1 ss. du code de la sécurité intérieure). RFF se bornait à repérer la présence d'intrus puis à surveiller l'absence d'intrusion ; les agents chargés de cette mission ne disposaient pas de pouvoirs exorbitants d'arrestation, de rétention ou de verbalisation. Et, plus globalement, il nous semble qu'RFF ne pouvait être regardé comme exerçant un pouvoir de contrôle des entreprises ferroviaires, faute de tout pouvoir de contrainte à l'égard de ces entreprises.

Il en résulte que la mission de sûreté, indépendamment de son objet et son caractère ou non obligatoire, ne procédait pas de la mise en œuvre, par RFF, d'une prérogative de puissance publique, si bien que la contestation des factures afférentes à cette prestation relève du seul juge judiciaire. Vous devrez donc annuler l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur les conclusions tendant à l'annulation du refus d'RFF d'exonérer la société Euro Cargo Rail du paiement de la redevance et de lui attribuer des avoirs correspondant aux factures qu'elle avait acquittées.

2. Vous pourrez alors en venir à la seconde question posée par cette affaire, qui est celle de la légalité de l'institution de la redevance. Cette seconde question se pose à propos de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les conclusions à fin d'annulation partielle des documents de référence. Ces conclusions relevaient bien, quant à elles, de la compétence de la juridiction administrative, l'acte qui institue une redevance et fixe son tarif étant de nature réglementaire (v. par ex. Section, avis, 13 mars 1998, Mme V…, n° 190751, Rec. p. 78).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Précisons que c'est sans erreur de droit et par une appréciation souveraine des faits sévère mais exempte de dénaturation que la cour a jugé que la date et la durée de la publication de ces documents n'étaient pas établies, de sorte que le délai pour les contester n'avait pas pu courir.

Sur le fond, la cour a jugé que la mission de sûreté effectuée par RFF était essentiellement effectuée dans un but d'intérêt général de lutte contre l'immigration illégale, ce dont elle a déduit qu'elle ne pouvait faire l'objet d'une redevance pour service rendu aux entreprises ferroviaires. Elle s'est, sur ce point, séparée du tribunal administratif, qui avait jugé qu'eu égard à la teneur de la prestation, consistant en de la surveillance et du gardiennage, et à son caractère facultatif, elle pouvait légalement faire l'objet d'une redevance pour service rendu aux entreprises qui y avaient recours.

Il nous paraît peu douteux que vous devez exercer en cassation un contrôle de qualification juridique – qui est quasiment un contrôle d'erreur de droit – sur la question de savoir si un service public est susceptible de donner lieu à l'institution d'une redevance pour service rendu.

2.1. Comme vous le savez, depuis un arrêt d'Assemblée du 21 novembre 1958 (Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. p. 572), vous jugez qu'une redevance pour service rendu est demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé et trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service.

L'enjeu de cette définition, que le Conseil Constitutionnel a reprise (Cons. Const., 6 octobre 1976, n° 76-92 L[6]), n'est pas négligeable, car les critères d'identification de la redevance qui en résultent sont aussi les critères de légalité de l'institution d'une redevance, ce qui ne peut être qualifié de redevance ne pouvant être institué par voie réglementaire mais relevant, en tant qu'imposition, du domaine de la loi. Il s'agit donc de faire le départ entre ce qui relève de l'usager et ce qui relève de l'Etat, c'est-à-dire du contribuable – ce qui, comme le relevait le pt. Combrexelle dans ses conclusions sur les décisions W… et M… (Assemblée, 30 octobre 1996, Mme W… et M…, n^{os} 036071, 142688, Rec. p. 387), est un arbitrage dont les implications économiques et politiques ne doivent pas être négligées.

Reste, néanmoins, que le maniement de cette définition n'est pas toujours aussi aisé qu'on le voudrait.

Votre jurisprudence s'est, de prime abord, montrée particulièrement stricte dans l'application de l'exigence d'une contrepartie directe dans la prestation fournie. Vous avez ainsi exclu que puisse faire l'objet d'une redevance pour service rendu le contrôle effectué sur des activités par l'administration dès lors que ce contrôle était effectué dans l'intérêt général et non dans le seul intérêt des professionnels concernés (v., s'agissant de l'examen de vins permettant leur mise en circulation avec une appellation d'origine contrôlée, Section, 22 décembre 1978, Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux et autres, Rec. p. 526 ; s'agissant des contrôles effectués par les services vétérinaires, 10 décembre 1982, Chambre syndicale des centres agréés d'abattage et de conditionnement de produits de basse-cour, Rec. p. 414).

Vous avez, par la suite, légèrement déplacé le curseur, en jugeant qu'une mission exercée principalement et directement au profit des usagers pouvait légalement être financée par une redevance pour service rendu (v. 21 octobre 1988, Syndicat national des transporteurs aériens,

[6] V. aussi Cons. Const., 16 novembre 1977, n° 77-100 L.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

n° 72862 e. a., Rec. p. 375). Vos deux décisions de Section du 10 février 1995 (Chambre syndicale du transport aérien, nos 145607, 148035, Rec. p. 69 et Rec. p. 70) ont ensuite décliné la règle de principe en une double exigence : vous avez jugé qu'une redevance pour service rendu ne peut être mise à la charge d'un usager que si les opérations que la redevance est appelée à financer ne sont pas effectuées essentiellement dans l'intérêt général et si elle trouve sa contrepartie dans une prestation directement rendue à ceux qui l'acquittent. S'articulent ainsi un critère d'exclusion – l'absence de poursuite essentielle de l'intérêt général – et un critère d'inclusion – l'existence d'une contrepartie directe dans la prestation.

Dans ce cadre, vous avez jugé que les contrôles au sol des avions et des documents de vol effectués par l'administration sont essentiellement effectués dans l'intérêt de la sécurité des usagers et des populations survolées (c'est la première de vos décisions de Section précitées du 10 février 1995), tout comme l'inspection et le filtrage des passagers et des bagages à mains, le contrôle des bagages de soute et celui des personnes, aéronefs et véhicules ayant accès aux zones réservées des aérodromes (23 juin 2000, Chambre syndicale du transport aérien et autre, nos 189168, 189236, Rec. p. 240). Vous avez aussi jugé que les analyses et les contrôles, par des organismes agréés, des installations classées par la protection de l'environnement, ont pour objet essentiel l'intérêt général de la protection de l'environnement et de la sécurité des populations, ce dont vous avez déduit que les dépenses qu'ils occasionnent ne peuvent être mises à la charge des personnes contrôlées par voie réglementaire (26 mars 1997, Société Elf Antargaz, n° 135974, Rec. p. 111). Vous aviez jugé, dans le même sens, que le contrôle, par l'Etat, des transports publics d'intérêt local a pour objet essentiel l'intérêt général de la protection de l'hygiène et de la sécurité des usagers et de l'environnement (v. 6 mars 1989, Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône et autre, nos 34014, 34738, T. pp. 441-955).

Par ailleurs, dans une forme d'*a fortiori* par rapport au critère de l'exercice dans l'intérêt général, vous avez jugé que l'exercice, par la gendarmerie, des missions de surveillance et de sécurité des usagers des autoroutes est une mission qui incombe par nature à l'Etat et donne lieu à des dépenses qui ne sauraient être mises à la charge des usagers (Assemblée, 30 octobre 1996, Mme W… et M…, nos 036071, 142688, Rec. p. 387). Vous avez jugé de même à propos des services rendus par les services de sécurité d'incendie et de sauvetage et par la gendarmerie dans les aéroports (20 mai 1998, SCARA, nos 179784, 180959, T. pp. 891-1195).

Au contraire, vous avez admis que le contrôle d'approche des avions, que vous avez distingué de la police de l'espace aérien, était exercé principalement et directement au profit des exploitants des aéronefs guidés à leur arrivée et à leur départ (v. 21 octobre 1988, Syndicat national des transporteurs aériens, nos 72862 e. a., Rec. p. 375). Dans le même sens, vous avez jugé que le système automatisé de contrôle d'accès aux zones réservées des aéroports était une facilité d'accès et de circulation à l'intérieur de ces zones offertes aux personnes qui y pénètrent, si bien que les dépenses y afférentes peuvent être mise à leur charge par voie de redevance (6 avril 2001, Electricité de France et Gaz de France, nos 217088 227811, T. pp. 794-949-1209).

2.2. De ce panorama, nous tirons deux conclusions sur la ligne de votre jurisprudence. La première est que c'est la finalité essentielle du service public et son bénéficiaire principal qui déterminent la possibilité d'en soumettre l'usager à une redevance pour service rendu – c'est-à-dire de la facturer directement à l'usager.

La seconde est que les critères dégagés par vos décisions de Section de 1995 sont, en vérité, d'un usage extrêmement malaisé. Leur caractère relativement flou crée, à la frontière entre les

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

missions assurées essentiellement dans l'intérêt général et celles qui le sont principalement et directement au bénéfice de l'usager, une zone grise, aussi large que difficilement réductible, qui résulte de ce que certaines activités, notamment en matière de police, sont effectuées et dans l'intérêt général et au bénéfice de l'usager et que la quantification des parts respectives de l'intérêt général et de l'intérêt de l'usager dans le but poursuivi est alors un exercice particulièrement imprécis et, disons-le, un peu absurde. Dès lors, en effet, que ces intérêts ne sont pas en concurrence, il n'y a pas véritablement de sens à rechercher lequel l'activité exercée poursuit à titre principal ou essentiel.

En outre, alors même que le critère cardinal de votre jurisprudence est centré sur l'intérêt poursuivi par le service, les modalités selon lesquelles il est effectué sont, en pratique, susceptibles d'être déterminantes dans la légalité de l'institution d'une redevance pour le financer[7].

2.3. La présente affaire illustre bien ces difficultés. Il y a, en effet, deux façons de regarder les contrôles effectués par RFF tels que nous vous les avons présentés – deux façons qui sont, peu ou prou, celle du tribunal et celle de la cour.

On peut considérer, tout d'abord, que les gouvernements français et britannique ont rendu le contrôle de sûreté obligatoire pour l'accès au tunnel et qu'il appartient aux entreprises ferroviaires de faire exécuter ce contrôle sur leurs rames de fret ; RFF est, certes, le seul organisme susceptible d'assurer une telle prestation, mais rien n'impose, juridiquement, aux entreprises ferroviaires de recourir à lui. Dans ce cadre, RFF assure en quelque sorte une certification de la sûreté des trains – certification qui leur permet d'être admises à circuler. De la sorte, il assure un service au bénéfice des entreprises, en agissant – du moins en théorie – sur un marché concurrentiel, sur lequel pourrait – toujours en théorie – entrer toute entreprise privée de sécurité.

Mais on peut aussi considérer qu'RFF assure, à la demande de l'Etat (car demande il y a eu), une mission de surveillance de la frontière exigée par les gouvernements français et britannique et que ceux-ci n'ont pas entendu laisser à la charge des entreprises ferroviaires, ainsi qu'il ressort du traité de concession, dont l'article 15-3 stipule que les coûts engagés pour satisfaire aux obligations édictées par chaque Gouvernement en ce qui concerne les contrôles de sûreté, de douane, de police, d'immigration sont pris en charge par les concessionnaires ou par les administrations concernées conformément aux pratiques nationales respectives des deux Etats. Dans ce cadre, RFF est en quelque sorte le bras armé de l'Etat pour le contrôle de la frontière ; certes, aucune règle n'impose de recourir à RFF, mais cela résulte de ce qu'aucune règle de la sorte n'est nécessaire, en raison du monopole de fait que confèrent à RFF la propriété et l'exploitation du « faisceau du tunnel de Calais-Fréthun », où le contrôle doit être effectué. De la sorte, RFF exécute un contrôle douanier, essentiellement dans l'intérêt général de lutte contre l'immigration illégale.

Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, aucune de ces deux façons de voir n'est radicalement erronée. C'est qu'en vérité, la prestation effectuée l'est à la fois dans un but d'intérêt général et au bénéfice des entreprises ferroviaires. Or, selon que vous optez pour l'une ou l'autre des analyses, vous infirmerez ou vous confirmerez l'arrêt attaqué. Vous mesurez ici comme, dans l'application de votre jurisprudence, la possibilité de financer un service public par une redevance dépend, en vérité, non pas seulement de l'intérêt que

[7] De même qu'elles sont déterminantes dans la qualification de SPA ou de SPIC ; mais c'est alors quelque chose que votre jurisprudence assume pleinement.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

poursuit ce service, mais aussi de ses modalités : selon que l'on impose à une entreprise de se soumettre au contrôle de la puissance publique ou qu'on lui impose d'avoir recours à une prestation de contrôle par un organisme tiers[8], la même personne publique effectuant le même contrôle dans le même but pourra, ou non, le facturer aux usagers.

2.4. Face à ces constats, il nous semble que trois voies s'ouvrent à vous.

2.4.1. Si vous vous placez, tout d'abord, dans le cadre actuel de votre jurisprudence, vous pourrez aller où votre cœur vous porte. Nous vous le disions, il est aussi malaisé que déraisonnable de vouloir faire le départ entre l'intérêt général et l'intérêt particulier qu'un même service satisfait à la fois. Selon que vous retiendrez l'une ou l'autre des deux façons d'envisager la mission effectuée par RFF que nous vous présentions, vous aboutirez à la conclusion du tribunal ou à celle de la cour.

Puisqu'il faut choisir, nous pensons, pour notre part, que la seconde façon d'envisager la mission, dans laquelle RFF agit comme bras armé de l'Etat et assure une prestation obligatoire pour toute entreprise ferroviaire souhaitant accéder au tunnel, est celle qui est la plus proche de la réalité (c'est d'ailleurs celle qu'ont eu, *ab initio*, toutes les personnes concernées). En conséquence, nous tendons à penser que c'est à bon droit, dans le cadre jurisprudentiel existant, que la cour a jugé que cette mission était exécutée essentiellement dans l'intérêt général de lutte contre l'immigration illégale.

2.4.2. La seconde voie qui s'ouvre à vous s'éloigne quelque peu du double critère posé par vos décisions de Section de 1995, pour mieux reprendre appui sur la décision d'Assemblée de 1958, tout en tenant compte de la décision d'Assemblée de 1996. Nous pensons, en effet, que lorsqu'un service est exécuté à la fois dans l'intérêt général et au bénéfice d'un usager identifié qui le sollicite, il faut et il suffit, pour qu'il puisse faire l'objet d'une redevance pour service rendu, que l'usager y trouve une contrepartie directe qui lui soit propre (à laquelle la redevance devra être proportionnée, dans le cadre par ailleurs défini par votre jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel), et que ce service ne relève pas des missions qui incombent par nature à l'Etat. Dans ce cadre, la question de savoir si le service penche *in fine* du côté de l'intérêt général ou du côté de l'intérêt de l'usager est assez indifférente : il importe uniquement que la redevance soit le prix d'un service, donc que l'usager trouve une contrepartie directe à la somme mise à sa charge. Telle est bien la définition posée par votre décision d'Assemblée de 1958 et le critère cardinal sur lequel repose la jurisprudence du Conseil constitutionnel (v. not. Cons. Const., 14 avril 2005, n° 2005-513 DC[9]).

Ce léger recentrage jurisprudentiel conduit à un relatif assouplissement de votre jurisprudence, certainement bienvenu au regard de l'état des finances publiques et de la tendance corrélative à faire assurer des missions de police par des entreprises commerciales[10].

---

[8] Dès lors, en effet, que dans ce second cas, la personne publique est susceptible de se trouver en concurrence avec des entreprises privées, qui pour leur part facturent leurs prestations aux usagers (qui sont leur clients), il paraît difficile de lui interdire d'en faire de même pour des services identiques.

[9] V. aussi Cons. Const., 2 décembre 1980, n° 80-118 L ; Cons. Const., 23 juin 1982, n° 82-124 L ; Cons. Const., 29 décembre 1983, n° 83-166 DC ; Cons. Const., 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC ; et, s'agissant d'une redevance domaniale, Cons. Const., 4 août 2016, n° 2016-737 DC.

[10] Il permet, précisément, de traiter de façon identique un même service, qu'il soit pris en charge par la puissance publique ou assuré par une entreprise commerciale mais rendu obligatoire par la puissance publique. Ce qui revient, peu ou prou, à permettre d'établir des redevances pour des services excluant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique – et qui sont donc susceptibles d'être assurés par des entreprises privées en dehors du service public.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il permet en outre de clarifier la ligne de votre jurisprudence, en limitant la zone grise dont nous parlions et qui est source d'une grande insécurité juridique.

Si vous vous y engagez, vous relèverez qu'en l'espèce, les entreprises ferroviaires trouvent assurément une contrepartie propre dans l'inspection et la surveillance de leurs rames de fret – car elles ont un intérêt direct, indépendamment du franchissement de la frontière, à la sécurisation des rames avant le passage du tunnel. Et vous pourrez constater qu'eu égard à son contenu – l'inspection et la surveillance des rames, dont nous vous avons dit qu'elle ne procède de la mise en œuvre d'aucune prérogative de puissance publique – cette mission ne peut être regardée comme incombant par nature à l'Etat.

Vous infirmerez alors la qualification retenue par la cour.

2.4.3. Enfin, la dernière solution que vous pourriez adopter puise à une veine jurisprudentielle ancienne, rare, mais jamais démentie, que vous rappelle le pourvoi et selon laquelle, si les missions de sécurité exécutées dans l'intérêt général ne sauraient être financées par une redevance mise à la charge des usagers, il en va cependant différemment des services qui excèdent les besoins normaux de sécurité auxquels la collectivité est tenue de pourvoir dans l'intérêt général[11] (v., à propos de la protection des salles de cinéma contre l'incendie, 10 août 1918, Société Ciné National, Rec. p. 853 ; 17 décembre 1937, Garnier et Legris, Rec. p. 1053 ; 29 décembre 1949, Société Ciné Lorrain, Rec. p. 584 ; v. aussi, à propos des missions de sécurité, de circulation et d'enlèvement des déchets aux abords d'une brocante, 19 février 1988, SARL Pore Gestion et JLP, n^{os} 49338, 49809, Rec. p. 77).

Dans ce cadre, vous pourriez estimer, en l'espèce, qu'eu égard aux spécificités du franchissement de la frontière par les tunnels ferroviaires sous la Manche, le contrôle des usagers de ces tunnels nécessite des vérifications qui excèdent les besoins normaux du contrôle aux frontières et pouvaient donc être mises à la charge des entreprises qui empruntent le tunnel.

Cette solution est envisageable ; mais, elle n'est, en vérité, qu'à moitié convaincante. D'une part, les modalités particulières du contrôle des trains de fret à la frontière que franchit le tunnel ne sont pas véritablement exorbitantes ; d'autre part, comme l'expliquait le pt. Combrexelle dans ses conclusions sur la décision W… et M… (n^{os} 036071, 142688) qui a refusé de s'engager dans cette voie à propos de la sécurité sur les autoroutes, c'est davantage l'infrastructure – qui procède d'un choix de l'Etat – que les besoins spécifiques de certains usagers, qui justifie ces modalités particulières de contrôle.

2.5. De ces trois voies, c'est la deuxième que nous privilégions, parce que c'est celle qui permet le mieux, selon nous, de conserver une cohérence à votre jurisprudence et d'éviter de tomber dans une casuistique dont il serait impossible de tirer toute règle générale. Cela conduit à annuler l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions à fin d'annulation des documents de référence.

Par ces longs motifs nous concluons donc à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la cour de Paris, à ce que la société Euro Cargo Rail verse une somme de 3 000 euros à SNCF Réseau au titre des frais de procédure et au rejet des conclusions qu'elle présente au même titre.

[11] Cette jurisprudence a inspiré un régime législatif, qui figure aujourd'hui à l'article L. 211-11 du code de la sécurité intérieure.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.