

**Avis n° 10-A-22 du 19 novembre 2010**  
**relatif au projet de lancement par la Communauté Urbaine de**  
**Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de**  
**l'extension de son réseau**

L'Autorité de la concurrence,

Vu la lettre du 12 novembre 2009 de la Communauté Urbaine de Bordeaux (CUB), enregistrée sous le numéro 09/0122 A, saisissant l'Autorité d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le mémoire complémentaire du 23 mars 2010 produit par la CUB ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2009-139, fixant ses conditions d'application;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la Communauté Urbaine de Bordeaux (CUB) entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 19 octobre 2010 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

## I. La saisine

1. L'Autorité de la concurrence a été saisie d'une demande d'avis présentée par la Communauté Urbaine de Bordeaux dans le cadre de l'extension de son réseau de transport par tramways, au sujet des questions que pose, au regard du droit de la concurrence, le projet de lancement d'un marché de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique.
2. Le réseau actuel de l'agglomération bordelaise, mis en service en 2003, a été doté à l'origine d'un système d'alimentation électrique sans fil sur certains tronçons du centre ville. Le dispositif APS (Alimentation électrique Par le Sol) conçu par la société Innorail permet aux rames de traverser le centre historique de la ville sans recourir à des lignes aériennes de contact qui ne sont pas conformes aux exigences architecturales imposées par les Bâtiments de France.
3. Alstom qui est devenu propriétaire du système APS à la suite de l'acquisition en 2004 de la société détentrice des brevets est aussi le fournisseur des rames « CITADIS » du tramway bordelais.
4. Dans le cadre de l'extension du réseau, la CUB considère qu'elle n'a d'autres choix que de s'approvisionner exclusivement auprès d'Alstom en rames et en système d'alimentation sans fil, en raison du refus du constructeur de vendre l'APS séparément de la rame CITADIS et de fournir les spécifications d'interface entre les équipements embarqués de l'APS et la rame. Ce refus, justifié par le caractère techniquement indissociable du matériel roulant et des équipements embarqués de l'APS, empêcherait un constructeur tiers de fournir des rames compatibles avec l'APS au sol.
5. En tout état de cause, la CUB considère que les autres techniques proposées par les constructeurs de rames de tramways visant à l'effacement des lignes aériennes de contact ne sont ni suffisamment opérationnelles ni compatibles avec le système APS.
6. Dans le contexte de préparation du marché des rames de la 3<sup>ème</sup> phase du réseau bordelais, la CUB sollicite l'avis de l'Autorité sur quatre points :
  - doit-on considérer « *l'activité en cause* » comme une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce et dès lors qu'elle relève d'un service public ayant son siège sur le domaine public, est-elle soumise aux « *diverses règles de concurrence contenues dans l'ordonnance de 1986* » ?
  - dans cette hypothèse, convient-il de considérer les droits d'Alstom Transport sur les systèmes d'alimentation par le sol (APS) embarqués et sur les rames, comme des droits d'exclusivité, pouvant justifier la mise en œuvre d'une procédure négociée sans mise en concurrence préalable (articles 35-II-8° ou 144-II-3° du code des marchés publics) ?
  - le comportement d'Alstom Transport peut-il être assimilé à l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché pertinent de la fourniture de rames de tramways et de systèmes d'alimentation électriques, notamment par refus de vente et par présentation d'une offre globale ?
  - quelles précautions prendre pour éviter que la passation de ce marché soit entachée d'illégalité ?

7. La saisissante a lancé le 20 avril 2010 sous la forme d'une procédure négociée avec mise en concurrence, le marché de fourniture des rames et des « *équipements embarqués d'un système d'alimentation sans caténaire compatible avec les installations fixes existantes et sans modification de celles-ci* », de la 3ème phase du réseau de l'agglomération bordelaise.
8. Les questions de concurrence posées par la Communauté urbaine de Bordeaux conservent cependant toute leur pertinence, dès lors qu'elles sont susceptibles de concerner les marchés initiaux pour lesquels une technologie d'alimentation par le sol est requise ainsi que les marchés de développement, contraints par le choix antérieur de cette technologie.

## **II. Contexte économique et technique dans lequel s'inscrit la demande d'avis**

### **A. LES MARCHÉS DU TRAMWAY DE L'AGGLOMÉRATION BORDELAISE**

#### **1. LE MARCHÉ INITIAL ET SES MARCHÉS COMPLÉMENTAIRES**

9. En sa qualité de maître d'ouvrage pour la construction d'un réseau de tramways au sein de l'agglomération bordelaise, la CUB a lancé en février 1999, un marché du matériel roulant et des voies (dit « MRV 01 ») dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres sur performance. La consultation a permis de sélectionner en février 2000, pour la pose des voies et la fourniture des rames, un groupement momentané d'entreprises dont Alstom Transport était le mandataire. Il se composait, outre du mandataire, de 7 entreprises dont deux filiales du groupe Spie (Spie Trindel et Spie Enertrans) et de la société Innorail, détentrice des brevets de l'APS.
10. Le choix du maître d'ouvrage a été opéré, notamment en raison de la proposition du groupement de mettre en place un système d'alimentation électrique par le sol (Alimentation électrique Par le Sol, dit APS). Les autres soumissionnaires ont proposé des dispositifs sans fil reposant sur d'autres technologies (Adtranz : pile à combustible embarquée ; Ansaldo Breda : système de captation par le sol ; Siemens : volant d'inertie).
11. Le marché MRV 01 correspondant à la phase I du projet de tramway de l'agglomération bordelaise comportait une tranche ferme composée de 3 lots techniques (lot 1 : fourniture de 38 rames ; lot 2 : travaux de pose de voie ferrée et du revêtement de cette voie ; lot 3 : conception, réalisation et maintenance sur 10 ans d'un système d'alimentation par le sol) et de deux tranches conditionnelles correspondant à la phase II du projet (tranche n° 1 : maintenance de la voie et du matériel roulant pour 10 ans ; tranche n° 2 susceptible d'être confirmée dans un délai maximum de 5 ans: fourniture de 32 rames de tramways supplémentaires).
12. Un marché complémentaire d'APS a été passé en janvier 2006 avec la société Innorail, devenue filiale d'Alstom Transport en 2004, pour les tronçons concernés de la phase II.
13. La mise en service du tramway ainsi que sa phase II ont été réalisées respectivement en 2003 et 2007.
14. Actuellement, le réseau de tramway de l'agglomération bordelaise se compose de 3 lignes d'une longueur totale de 44 km dont 31 km sont alimentés en électricité au moyen de

caténaïres reliées à des lignes aériennes de contact et 13 km sont équipés du système APS. Il comprend 82 stations, soit une distance moyenne entre stations de l'ordre de 530 m.

15. Le matériel roulant est constitué exclusivement de 74 rames de fabrication Alstom Transport (Citadis 302 et 402), qui constituent la plus importante flotte de tramways au niveau national.
16. Selon les indications du constructeur, 11 des 18 réseaux de tramways en service au plan national sont équipés de matériels roulants Alstom ainsi que les 7 réseaux en cours de construction, soit 72 % des réseaux de tramways exploités ou en construction. Alstom Transport fournit 77 % des rames (Citadis ou TFS) en circulation ou commandées (812 rames sur les 1 053 que comptent les réseaux urbains situés sur le territoire national).

## **2. LE MARCHÉ DES RAMES DE LA 3<sup>ÈME</sup> PHASE**

17. Il est envisagé dans le cadre de la 3<sup>ème</sup> phase de réalisation du tramway de l'agglomération bordelaise, une extension substantielle du réseau par le prolongement des trois lignes existantes et par la création d'une ligne supplémentaire de tramways et d'une ligne adaptée à la circulation des trams et des trains. Au total, selon le communiqué de presse de la CUB du 30 octobre 2009, le réseau devrait être augmenté de 33 km (+ 75 %). Le projet consiste à réaliser outre les infrastructures (plate-forme du tramway, réaménagement de la voirie, aménagement des pôles d'échanges intermodaux, stations de voyageurs), la ligne aérienne de contact et une partie d'alimentation par le sol pour l'alimentation électrique des rames. Il comprend aussi l'acquisition du matériel roulant complémentaire.
18. En tant qu'entité adjudicatrice, la CUB a lancé le 20 avril 2010 dans le cadre d'une procédure négociée avec mise en concurrence et publicité préalable, un marché de fourniture du « *matériel roulant de la 3<sup>ème</sup> phase des lignes de tramway* » et des « *équipements embarqués d'un système d'alimentation sans caténaire compatible avec les installations fixes existantes et sans modification de celles-ci* ». Le marché est découpé en une tranche ferme de 26 rames et en une tranche conditionnelle à bons de commande (5 à 30 rames). Il sera notifié en mai 2011 avec une mise en service prévue en 2013.

## **B. L'APS ET LES SYSTÈMES D'ALIMENTATION ÉLECTRIQUE SANS FILS ALTERNATIFS**

19. L'APS appartient à la catégorie des systèmes d'alimentation électrique de tramways, dits « *à effacement de la ligne aérienne de contact (LAC)* », dont l'objectif est la suppression de cette ligne et son remplacement par une piste d'alimentation entièrement intégrée à la plate-forme de roulement du tramway.

### **1. LE SYSTÈME D'ALIMENTATION PAR LE SOL DÉVELOPPÉ PAR ALSTOM TRANSPORT À PARTIR DU RÉSEAU DE L'AGGLOMÉRATION BORDELAISE**

20. Le système se compose schématiquement :
  - d'un dispositif au sol comprenant le rail central d'alimentation et les coffrets permettant de capter le courant continu à partir du réseau local ;

- d'un système embarqué de captation du courant (frotteurs) et de détection de la rame (antennes) ;
  - d'un système intégré à la rame, assurant le dialogue entre le matériel roulant et le dispositif APS embarqué. Il assure le fonctionnement du système de traction et de freinage, de la cabine de pilotage et des autres systèmes électriques de la rame.
21. L'APS a été conçu pour le réseau de Bordeaux en 1997-98 au sein de la société Sgte (groupe Spie), qui a créé la filiale Innorail pour développer le procédé.
  22. Les principaux brevets de l'APS détenus par Innorail sont devenus la propriété d'Alstom Transport en 2004, par rachat de cette société. Ils concernent principalement le système au sol<sup>1</sup> par opposition aux dispositifs embarqués. En particulier, l'interface entre la rame et l'APS à bord n'est pas protégée au titre de l'APS et relève selon Alstom de son savoir-faire d'intégrateur.
  23. Le système APS présente un coût au kilomètre, 3 à 4 fois plus élevé qu'un dispositif d'alimentation par lignes aériennes de contact. Toutefois, à l'échelle globale du projet de l'agglomération bordelaise, il ne s'agirait que de 2,5 % du coût total.

## 2. ÉLÉMENTS DE TYPOLOGIE ET DE COMPATIBILITÉ DES TECHNOLOGIES SANS FIL

24. Différentes technologies à « *effacement de la ligne aérienne de contact* » peuvent être utilisées pour alimenter électriquement les tramways. On distingue les technologies d'alimentation par le sol de celles où le dispositif d'alimentation est embarqué dans la rame (batteries, super-capacités, volant d'inertie). Leur mise en œuvre, limitée à certains tronçons du réseau, est systématiquement associée au système d'alimentation traditionnel (caténaire et ligne aérienne).
25. S'agissant des neuf projets en cours de construction ou dont le marché est attribué<sup>2</sup>, quatre villes recourront à l'APS d'Alstom (Angers, Orléans ligne 2, Reims et Tours). Les autres projets font l'objet d'une alimentation exclusivement par ligne aérienne de contact.
26. Au plan national, le système APS est le modèle dominant, puisqu'il équipe cinq des sept réseaux en service ou en construction équipés d'une alimentation mixte, mais il reste marginal en terme de réseau (3,4 % des 572 km du réseau de tramways construits ou en cours de construction en juin 2010).
27. La compatibilité des systèmes d'alimentation électrique s'entend ici de la possibilité pour des rames de tramways supplémentaires livrées par un concurrent du titulaire du marché initial et équipées de l'une des technologies alternatives, de fonctionner sur le réseau préexistant alimenté par caténaire et par l'APS sur certains tronçons. Elle est au centre de la problématique du marché de phase III, de fourniture par un concurrent d'Alstom Transport d'un matériel roulant équipé d'un système d'alimentation sans caténaire, compatible et interopérable sur l'ensemble du réseau bordelais.

---

<sup>1</sup> Les principaux éléments brevetés de l'APS sont les suivants :

- **Dispositif de détection de la présence d'un véhicule**, comportant des moyens de réception de signaux magnétiques émis par un véhicule au voisinage de ces moyens de réception (dépôt le 7/04/99) ;
- **Dispositif d'alimentation par le sol de véhicule électrique avec mise à la terre** (dépôt le 30/04/97) ;
- **Assemblage d'alimentation par le sol** pour véhicule électrique (dépôt le 7/04/99).

<sup>2</sup> Angers, Brest, Dijon, Orléans ligne 2, Reims, Rouen, Toulouse, Tours, Besançon.

28. Selon Alstom, certains systèmes d'alimentation électrique sont compatibles entre eux. Ainsi, un tramway équipé de batteries ou de super-capacités peut circuler sur un tronçon équipé en APS, dès lors que les équipements au sol n'empêchent pas l'utilisation d'autres systèmes. Dans les faits, la démonstration de cette compatibilité ne s'est pas présentée en l'absence de mise en service de matériels roulants additionnels aux matériels dotés de l'APS. Cette compatibilité serait toutefois limitée par l'autonomie des dispositifs embarqués et supposerait l'équipement adapté des stations en mâts d'approvisionnement et en courant électrique. Selon la CUB le coût de ce dispositif de rechargement serait limité.

### **C. INCIDENCE DE L'ÉCONOMIE DU SYSTÈME APS SUR L'INTENSITÉ DE LA CONCURRENCE**

#### **1. UN NIVEAU D'INTÉGRATION ENTRE LA RAME ET L'APS SUSCEPTIBLE DE LIMITER L'INTENSITÉ CONCURRENTIELLE**

29. Selon Alstom, *« les problèmes rencontrés lors de la mise au point du système complet de l'APS ont conduit (le constructeur) à intervenir sur les équipements embarqués de l'APS mais aussi sur le matériel roulant lui-même de manière à régler les problèmes et à assurer le fonctionnement en sécurité et au niveau de fiabilité et disponibilité requis du système complet du Citadis équipé de l'APS »*. L'imbrication du matériel roulant et de l'APS embarqué est aujourd'hui telle que l'APS est devenu *« une fonction complètement intégrée au système Citadis dans ses versions récentes (organique, logiciel, fonctionnel...) »*.
30. De ce fait, Alstom considère qu'elle ne peut céder sous forme de module adaptable à n'importe quel constructeur le système d'APS embarquée et le dissocier de la rame Citadis. Il appartient donc dans le cadre concurrentiel à un constructeur-intégrateur tiers de proposer une technologie *« effectivement ou potentiellement substituable à l'APS embarquée »*. Or, selon la CUB, *« une telle technologie n'existe pas, sa faisabilité économique et technique est incertaine et, en toute hypothèse, expose la collectivité à des coûts et aléas techniques importants »*. Elle n'a donc d'autre alternative que de s'équiper intégralement auprès d'Alstom, excluant toute mise en concurrence.
31. Selon le constructeur, un tramway équipé de batteries ou de super-capacités peut circuler sur un tronçon équipé d'un système d'alimentation directe par le sol, dès lors que les équipements au sol n'empêchent pas l'utilisation d'autres systèmes. La note d'interface *« APS sol/matériel roulant »* fournie par Alstom à la CUB (cf. ci-dessous n° 37) doit permettre à un concurrent de *« développer et d'offrir un matériel roulant équipé d'un système d'alimentation sans caténaire compatible et interopérable sur l'ensemble du réseau bordelais »*.
32. La compatibilité de certaines technologies avec l'APS ainsi que les données fonctionnelles mises à disposition par le titulaire actuel du marché des rames seraient donc selon Alstom de nature à favoriser la mise en concurrence des constructeurs de rames.

## **2. LES CONDITIONS D'ACCÈS À LA TECHNOLOGIE DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION DU MARCHÉ DE PHASE III**

### **a) La demande de la CUB de fourniture de l'APS embarqué ou de communication des spécifications d'interface entre le système embarqué et la rame**

33. En avril 2009, au cours de la phase préparatoire de l'appel d'offres, la CUB a sollicité de la société Alstom Transport la communication des spécifications d'interface entre le système APS embarqué et le matériel roulant, afin de pouvoir organiser une mise en concurrence pour l'acquisition du matériel roulant.
34. Bien que selon Alstom, cette demande excède la documentation technique requise au titre du marché initial et qu'il n'ait jamais été envisagé par le constructeur de concevoir l'APS embarqué comme une « *armoire technique* » transposable à tout matériel roulant, Alstom a néanmoins admis en mai 2009 le principe de cette communication, sous réserve d'un avis favorable de sa direction technique.
35. Parallèlement à sa demande de spécifications, la CUB a souhaité pouvoir, dans le cadre de l'organisation du marché du matériel roulant de la phase III, soit acquérir directement le système APS embarqué, soit qu'il puisse être sous-traité à un constructeur tiers.

### **b) Le refus d'Alstom**

36. Après avoir d'abord envisagé la conclusion d'un marché spécifique des équipements APS qui aurait été passé directement avec la CUB, mais assorti de réserves quant à sa mise en œuvre, la division des grands comptes d'Alstom s'est finalement rangée à l'avis de sa direction technique, de ne pas valider le document de spécifications d'interface de l'APS embarqué, en raison du niveau d'intégration très élevé du Citadis et du dispositif embarqué. Le recours d'un tiers aux spécifications demandées entraînerait de gros risques en termes de performance de l'APS en exploitation et de sécurité d'un ensemble comprenant le matériel roulant fourni par ce tiers et l'APS. Pour les mêmes motifs, Alstom a refusé en juillet 2009 de vendre le système APS embarqué à un tiers constructeur comme option adaptable à tout matériel roulant.

### **c) Les alternatives proposées par le détenteur de la technologie**

37. Alternativement, Alstom a mis à la disposition de la CUB en décembre 2009, « *une description de l'interface matériel roulant-système d'alimentation par le sol alternatif à l'alimentation par caténaire (APS)* » permettant « *à un concurrent de développer et d'offrir un matériel roulant équipé d'un système d'alimentation sans caténaire compatible et interopérable sur l'ensemble du réseau bordelais* ».
38. La société Systra, retenue par la CUB comme maître d'œuvre pour la phase III, a estimé que cette spécification lui semblait « *claire et suffisante pour l'interface APS pour la partie technique interface rail/frotteur* », mais que pour être exhaustive elle devait être complétée par « *la description du fonctionnel du système d'autonomie (batteries embarquées)* ». Ce complément a été communiqué à la CUB en janvier 2010.
39. Les éléments couverts par le secret des affaires fournis au rapporteur par Alstom, concernant l'appel d'offres lancé par une autre agglomération pour sa première ligne de tramways, confirment la pertinence de la note d'interface entre l'APS sol et le matériel roulant aux fins de favoriser une mise en concurrence dans la perspective de construction

d'une seconde ligne. Le maître d'ouvrage a validé la note d'interface élaborée pour Bordeaux, dont il a eu communication, en précisant qu'« à partir de cette spécification, qui serait annexée au futur DCE, tout constructeur pourrait développer son matériel pour le rendre apte à rouler avec une alimentation APS fournie par Alstom ». La technologie APS n'est donc pas considérée par ce tiers comme une contrainte incontournable du marché des rames d'une seconde ligne, en raison des spécifications d'interopérabilité fournies.

40. Alstom a autorisé expressément la CUB à intégrer dans son dossier d'appel d'offres du matériel roulant (dossier de consultation des entreprises) les informations figurant dans la note de spécification.

### **III. Analyse concurrentielle**

#### **A. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT DE LA CONCURRENCE À L'ACTIVITÉ EN CAUSE**

41. La première question posée par la CUB porte sur le caractère économique de « l'activité en cause » et si le fait qu'elle relève d'un « service public ayant son siège sur le domaine public » la soumet aux « diverses règles de concurrence contenues dans l'ordonnance de 1986 ».
42. L'article L. 410-1 du code de commerce dispose que les règles du droit de la concurrence figurant au Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».
43. Le critère d'application du droit de la concurrence est constitué par l'exercice d'une activité économique sur un marché. La nature ou le cadre juridique de l'activité, son mode de financement, ses conditions d'exercice, importent peu pour qualifier d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce s'agissant des ententes et par l'article L. 420-2 en ce qui concerne les abus de position dominante.

#### **1. L'ACTIVITÉ DE VENTE ET D'ACHAT DE RAMES DE TRAMWAY ET DE LEUR SYSTÈME D'ALIMENTATION ÉLECTRIQUE**

44. Il ne fait aucun doute que l'activité d'Alstom Transport, consistant en la fourniture de rames de tramways et de leur système d'alimentation électrique, constitue bien une activité de production et de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce s'exerçant sur un marché, dont les demandeurs sont généralement des collectivités publiques. La circonstance que cette activité se produise sur le domaine public, notamment du fait de l'emprise du système d'alimentation électrique, est sans importance.
45. En conséquence, l'activité de fourniture de rames et de leur système d'alimentation constitue bien une activité économique indépendamment de la qualification de l'activité de la collectivité publique sur le marché concerné, dès lors qu'Alstom Transport est un acteur

économique exerçant une activité d'offre sur ledit marché. De ce seul fait, l'activité en cause est effectivement soumise aux règles du droit de la concurrence.

46. La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence considère que la demande exprimée par une collectivité sur le marché considéré, caractéristique d'un acte économique, doit être dissociée de l'acte juridique de la commande publique la traduisant. Ainsi, le choix de la procédure d'achat puis la sélection du candidat ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de services.
47. Le Conseil de la concurrence a procédé à cette distinction dans sa décision du 24 avril 2001 (n° [01-D-16](#)) relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramway de Grenoble : *« la décision par laquelle une collectivité publique, d'une part, décide de recourir à une concession pour la réalisation d'un équipement collectif et, d'autre part, choisit les entreprises auxquelles elle confie cette concession, n'est pas un acte de production, de distribution ou de services relevant de la compétence du Conseil de la concurrence »*. Il a confirmé cette dissociation en invoquant également son incompétence, par sa décision « Corsica Ferries » du 27 février 2009 (n° [09-D-10](#)), relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. Il a considéré que les comportements de la collectivité territoriale de Corse et de l'Office des Transports de la Corse qui *« auraient, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la SNCM (l'entreprise de transport maritime à laquelle était confiée la délégation de service public) cherché à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « sur mesure » pour elle et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les « boycottant », n'étaient pas détachables des actes de puissance publique »*.
48. L'activité de fourniture de rames et de leur système d'alimentation constitue donc une activité économique soumise aux règles du droit de la concurrence figurant au Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, nonobstant la situation juridique des opérateurs économiques sur le marché concerné et les règles de compétence qui leur sont applicables pour constater d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

## **2. L'ACTIVITÉ DE TRANSPORT DE VOYAGEURS**

49. Il n'est pas plus contestable que l'activité de transport de voyageurs par tramway dans l'agglomération bordelaise constitue une activité de service qui entre dans le champ des activités relevant du droit de la concurrence dès lors qu'elle peut se caractériser par une offre de service de transport en réponse à une demande des usagers, moyennant l'acquiescement du prix du service. Le fait que cette activité relève d'une personne publique dans le cadre d'un service public et que le réseau de tramway s'intègre au domaine public ne conduit pas à écarter l'application du droit de la concurrence.
50. En outre, l'article L. 410-1 prévoit expressément la soumission aux règles du droit de la concurrence des activités des personnes publiques exercées dans le cadre de conventions de délégation de service public.

## B. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX MODALITÉS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

51. L'assujettissement de la CUB aux règles de concurrence étant établi tant pour son activité de transport de voyageurs par tramway que pour celle d'acheteur public sur le marché de la fourniture de rames, l'Autorité est saisie de la possibilité de déroger à une mise en concurrence, en considérant les droits d'Alstom Transport sur les systèmes d'APS embarqués et sur les rames de sa conception comme des droits d'exclusivité donnant à l'entité adjudicatrice, le droit de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable (article 35-II-8° du code des marchés publics).
52. L'article 35-II-8° dispose que « *peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence, les marchés (...) qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques (...) ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* ».
53. Le recours à cette disposition est encadré par la jurisprudence administrative qui a précisé qu'un « *marché négocié peut être passé (...) sans mise en concurrence préalable pour les besoins qui ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs lorsque ce brevet d'invention, cette licence ou ces droits exclusifs sont détenus par un seul entrepreneur ou un seul fournisseur* » (arrêt CE n° 58557 du 14 janvier 1987).
54. D'une manière générale, le recours par une collectivité publique à une procédure négociée sans mise en concurrence sur le fondement de l'article 35-II-8° relève de l'organisation de la commande publique et n'est pas révélateur d'un acte de production, de distribution ou de service. Il été rappelé dans une décision n° [09-D-20](#) relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux de voirie et d'entretien routier en région Rhône-Alpes qu'« *en ce qui concerne les comportements reprochés aux maîtres d'ouvrage publics (...), il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la licéité des actes par lesquels les personnes publiques organisent les appels d'offres préalables à l'attribution de marchés publics, qui relèvent de la compétence de la juridiction administrative* ».
55. Néanmoins, dans l'hypothèse d'un appel d'offres de la CUB passé selon une procédure négociée sans mise en concurrence préalable, l'Autorité serait seule compétente pour apprécier les éventuels abus de position dominante de l'entreprise candidate.
56. Comme le rappelle la décision n° [09-D-10](#), « *il est, en effet, de jurisprudence constante qu'en déposant des offres en réponse à un appel d'offres public, les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par le Conseil et les juridictions judiciaires qui le contrôlent (voir en ce sens les arrêts de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2002 « Saturg », et du 2 juillet 2003, Régie départementale de transport de l'Ain) dès lors que les pratiques en cause ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'a impliqué aucune appréciation de la validité des actes administratifs* ».

## C. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE DU FAIT DE COMPORTEMENTS RESTRICTIFS EN MATIÈRE D'ACCÈS À LA TECHNOLOGIE APS

57. Dans sa troisième question, la CUB demande à l'Autorité si le comportement d'Alstom Transport, qui consisterait notamment en un « *refus de vente* » séparée de l'APS et en une « *offre globale* » pour la rame et le système d'APS embarqué peut être assimilé à l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché pertinent de la fourniture de rames de tramways et de systèmes d'alimentation électrique de ces rames. Cette interrogation vise également le refus de communication par le constructeur des données d'interface entre le système APS embarqué et la rame, jugées nécessaires à l'élaboration du marché et à la constitution du dossier de consultation des entreprises.
58. L'Autorité considère, lorsqu'elle est consultée en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, qu'elle ne peut que se prononcer sur des questions de concurrence d'ordre général. Il en résulte qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis non juridictionnelle, de qualifier des pratiques au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses. En effet, seule la mise en œuvre de la procédure contradictoire dans le cadre d'une saisine contentieuse est de nature à permettre une appréciation de la régularité des pratiques considérées sur un marché donné, au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante.
59. Seuls seront rappelés les critères généraux de la position dominante, et posée la problématique d'accès à l'APS et aux informations d'interopérabilité au vu de la théorie des infrastructures essentielles et dans différentes situations des marchés de tramways.

### 1. NOTION DE POSITION DOMINANTE

60. La position dominante se réfère à la situation économique d'une entreprise, établie par rapport à un marché précisément défini, qui lui donne la capacité selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes de « *faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* ». (CJCE Hoffmann-Laroche, 13 février 1979).
61. Une telle position peut résulter d'une situation de monopole de droit ou de fait, de la concentration de la puissance économique ou de la détention d'une infrastructure essentielle.
62. Une part de marché supérieure à 50 % représente pour une entreprise un premier indice d'une possible détention d'une position dominante, cette première analyse devant toutefois être confirmée par la prise en compte d'autres facteurs, par exemple les capacités industrielles, technologiques, financières et commerciales de l'entreprise, la présence de barrières à l'entrée sur le marché concerné, le poids de ses concurrents, la structure de la demande ou la puissance d'achat des demandeurs.
63. La jurisprudence n'interdit pas, par principe, à une entreprise en position dominante de prendre des mesures pour défendre ses positions commerciales menacées par la concurrence, à condition que cette réponse apparaisse proportionnée : « *Une entreprise disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent est en droit de défendre ou de développer sa part de marché pourvu qu'elle demeure dans les limites*

*d'un comportement compétitif normal et d'une concurrence légitime ; qu'en revanche, le fait pour l'entreprise disposant d'une telle position de tenter de limiter l'accès du marché sur lequel elle est en position dominante, ou sur un autre marché, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif* » (décision n° [96-D-12](#), Lilly France).

## 2. SUR L'APPLICATION DES CRITÈRES DE L'INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE À L'APS

### a) Critères de l'infrastructure essentielle

64. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé dans sa décision n° [09-D-06](#) du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en lignes, une infrastructure est considérée comme essentielle dans l'hypothèse où cinq critères cumulatifs sont réunis :
- 1<sup>er</sup> : l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient sur elle un monopole ou du moins une position dominante ;
  - 2<sup>ème</sup> : l'accès à cette infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient le monopole (ou la position dominante) ;
  - 3<sup>ème</sup> : l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ;
  - 4<sup>ème</sup> : l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
  - 5<sup>ème</sup> : l'accès à l'infrastructure est possible.
65. Lorsque ces conditions sont réunies, elles justifient pour le Conseil de la concurrence « *une limitation de la liberté contractuelle du détenteur de l'infrastructure essentielle* », emportant l'obligation d'en permettre l'accès à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires.
66. Dans son arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation a précisé à propos du logiciel Presse 2000, créé et exploité par les Nouvelles Messageries de la presse parisienne (NMPP), « *que pour qualifier une facilité d'essentielle, il faut établir, d'une part, que les entreprises qui en demandent l'accès ne peuvent mettre en oeuvre aucune solution alternative économiquement raisonnable (3<sup>ème</sup> critère) et, d'autre part, que l'accès à la facilité est indispensable à l'exercice de leur activité (2<sup>ème</sup> critère)* ». En l'espèce, il apparaissait que les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) auxquels avaient été refusé l'accès au logiciel Presse 2000 étaient en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent. La Cour de cassation a considéré que le logiciel Presse 2000 ne pouvait être qualifié de facilité essentielle dès lors que les MLP pouvaient mettre en œuvre une solution alternative économiquement raisonnable au logiciel auquel elles réclamaient le droit d'accéder.
67. Dans l'affaire Magill, le Tribunal de première instance des communautés européennes, puis la Cour de justice des communautés européennes (arrêt du 6 avril 1995 ; C-241/91P et C-242/91P, *Rec.* p. I-743) ont estimé que des chaînes de télévision irlandaises qui disposaient d'un droit de propriété intellectuelle sur leur programmation et étaient "*par la force des choses les seules sources d'information brute sur cette programmation, matière*

*première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision*", abusaient de leur position dominante en refusant de fournir ces informations brutes à un éditeur. En effet, pour la CJCE, ces chaînes faisaient obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision.

68. Dans les arrêts *Magill* et *IMS Health Inc.* du 29 avril 2004 (C-418/01, *Rec.* p. I-5039), la Cour de justice des Communautés européennes a précisé en quoi des informations servant à confectionner des grilles de programmes de télévision ou des structures modulaires de reporting de données dans le secteur pharmaceutique, couvertes par des droits de propriété intellectuelle, constituaient des ressources essentielles : « *Il ressort de cette jurisprudence (Magill) que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* ».
69. Le TPICE s'est aussi prononcé sur le caractère abusif d'un refus d'accès à des informations couvertes par des droits de propriété intellectuelle dans l'arrêt *Microsoft Corporation* du 17 septembre 2007. La décision de la Commission attaquée<sup>3</sup> condamnait Microsoft pour un abus de position dominante par refus de fourniture des « *informations relatives à l'interopérabilité* » et d'en autoriser l'usage pour le développement et la distribution de produits concurrents aux siens sur « *le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail* ». Le TPICE conclut que « *le fait pour une entreprise détenant une position dominante, de refuser d'octroyer à un tiers une licence pour l'utilisation d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante (...). Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice du droit exclusif par le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut constituer un abus* ».
70. Le tribunal précise les circonstances qualifiées d'exceptionnelles par la jurisprudence :
- « *le refus porte sur un produit ou un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin* » ;
  - « *le refus est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché voisin* » ;
  - « *le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle* ».
71. Si le refus d'accès est « *objectivement justifié* », la qualification d'abus de position dominante peut être écartée nonobstant la réalisation des critères jurisprudentiels.
72. En se référant à la jurisprudence communautaire, le Conseil de la concurrence a considéré plus généralement que « *rien ne s'oppose a priori à ce qu'un droit de propriété intellectuelle puisse être considéré comme une facilité essentielle* » (avis n° [02-A-08](#) du 22 mai 2002).
73. La jurisprudence encadre strictement les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de la propriété intellectuelle.
74. Les critères sont ceux de la théorie générale adaptés aux droits de la propriété intellectuelle : le titulaire du droit de propriété intellectuelle doit être en position dominante

---

<sup>3</sup> Décision 2007/53/CE du 24 mars 2004.

sur le marché où s'exercent ses droits de propriété intellectuelle ; l'accès à l'infrastructure couverte par les droits de propriété intellectuelle est indispensable pour l'exercice par un concurrent d'une activité concurrente sur un marché amont, aval ou connexe de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient une position dominante ; l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents ; le titulaire des droits refuse de concéder la licence ou consent une licence à des tarifs discriminatoires et non orientés vers les coûts ; le refus de concéder une licence ne reçoit pas de justifications objectives ; le titulaire des droits se réserve un marché dérivé en excluant toute concurrence sur ce marché.

75. Le renforcement des critères par rapport à la théorie générale porte principalement sur la notion de produit nouveau correspondant à une demande des consommateurs, dont la mise sur le marché serait rendue impossible en raison du refus d'accès à l'infrastructure couverte par le droit de propriété intellectuelle.

### **b) La problématique du refus d'accès à l'APS**

76. En l'espèce, le refus d'accès à la technologie portant simultanément sur des éléments couverts par les brevets de l'APS et sur des données non protégées (savoir-faire ou secret d'affaires), l'analyse sera effectuée au regard des critères des deux théories.
77. S'agissant du critère relatif au monopole ou à la position dominante sur le marché de la ressource, il a été montré que l'APS n'était pas négociable sur un marché distinct de celui des rames fournies par Alstom et que d'une manière générale les systèmes d'alimentation alternatifs aux lignes aériennes de contact faisaient l'objet d'une offre combinée par les principaux constructeurs. Ces systèmes sont considérés par les fabricants-intégrateurs comme une simple composante de leur offre de rames.
78. Le caractère indispensable de l'accès à une ressource ou à une infrastructure protégée, pour l'exercice par un concurrent d'une activité concurrente sur un marché aval, amont ou connexe, a été précisé par la CJCE dans l'arrêt IMS Health. La Cour a jugé qu'il faut rechercher s'il existe des solutions alternatives et aussi si elles sont techniquement faisables. Elle rappelle aussi que le fait que ces solutions soient plus coûteuses ne suffit pas à les considérer comme non praticables : pour que le critère de l'obstacle économique soit retenu, *« il doit à tout le moins être établi que la création de ces produits ou services n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant »*.
79. Il conviendrait donc d'apprécier si l'APS embarqué et accessoirement son système périphérique adossé au matériel roulant sont indispensables à un constructeur pour exercer une activité concurrente sur un marché du matériel roulant qui serait situé en aval du « marché » de la ressource.
80. Or, on ne peut considérer le marché des rames comme un marché aval de celui du système d'alimentation embarqué de l'APS et de son interface avec le matériel roulant, dès lors que ces produits ou données sont fondus sur le même marché de la fourniture de rames, que les systèmes d'alimentation électrique sans fil ne font pas l'objet d'un négoce autonome et que le système d'interface et l'APS embarqué sont intégrés à la logique de rame.
81. Ensuite, l'accès à la ressource APS sous ses différentes formes n'est pas strictement nécessaire à l'activité de constructeur de rames de tramways. L'expérience des réseaux en service montre que les systèmes sans fil ne constituent pas l'unique mode d'alimentation électrique, mais jouent toujours un rôle subsidiaire pour équiper une partie limitée des

réseaux. Au plan national, l'équipement en APS représente moins de 5 % de longueur totale des réseaux de tramways.

82. En outre, il existe selon Alstom des systèmes d'alimentation embarqués alternatifs à l'APS et compatibles qui permettent à un constructeur tiers de se dégager de la contrainte d'APS embarqué : *« par exemple, un tramway équipé de batteries ou de super-capacités peut circuler sans difficulté sur un tronçon équipé d'un système d'alimentation par le sol (...). Il n'y a donc pas, ou n'y aura donc pas (quand tous les systèmes seront complètement opérationnels), d'obligation à utiliser un système donné, même si des équipements au sol ont été installés, dans la mesure où ceux-ci n'empêchent pas l'utilisation de certains autres systèmes. Le cas ne s'est pas encore présenté car ces systèmes sont encore récents ».*
83. L'APS embarqué n'est donc pas strictement nécessaire à l'exercice d'une activité concurrente sur un marché des rames dont l'alimentation par caténaires reste la norme et qui autorise de surcroît le recours à des technologies compatibles.
84. S'agissant des autres conditions de la théorie des facilités essentielles, le refus d'Alstom est bien établi par la réponse négative de la division des grands comptes d'Alstom à la demande de la CUB de fourniture du module d'APS embarqué. Mais ce refus pourrait recevoir des justifications objectives en terme d'intégration du système embarqué à la logique de rames et de risques que ferait courir sur les performances et la sécurité du matériel roulant l'intégration du module embarqué à la rame d'un constructeur tiers.
85. Pour ces motifs, la théorie des facilités essentielles, que ce soit la théorie générale ou celle adaptée par la jurisprudence aux droits de la propriété intellectuelle, est d'application malaisée au refus d'accès à l'APS ou à l'un de ses sous-systèmes.

### **3. SUR LES CONDITIONS D'UNE POSITION DOMINANTE D'ALSTOM TRANSPORT À DIFFÉRENTS STADES DES MARCHÉS DE TRAMWAYS**

86. Pour la qualification des pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'une position dominante est recherchée sur un marché pertinent.
87. Le rapport annuel 2009 de l'Autorité de la concurrence précise que *« le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres... Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ».*
88. Le Conseil a rappelé que, s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné (décision n° [09-D-10](#)).

89. Dans le cadre d'un avis, l'Autorité ne se prononçant pas sur un marché identifié, ses observations porteront à partir d'une analyse de la concurrence aux différents stades des marchés de tramways sur les moyens de favoriser l'intensité concurrentielle dans ces situations type.

**a) Le marché initial de la constitution du réseau de tramways**

90. Il conviendrait pour l'appréciation d'une éventuelle position dominante de distinguer selon le stade de développement du réseau de tramways (marché de constitution du réseau ou marchés de développement correspondant à une augmentation des capacités ou au renouvellement du parc) conformément à la pratique décisionnelle en matière de marchés successifs interdépendants.
91. L'avis n° [07-A-08](#) concernant les tarifs réglementés de vente du gaz qui se réfère à la décision Climespace n° [99-D-51](#) relative au secteur des applications thermiques de l'électricité précise que *« la rencontre d'une demande et d'une offre spécifiques au stade de l'investissement initial a donc conduit la jurisprudence à définir un marché pertinent des installations de chauffage sur lequel les choix faits déterminent ensuite, pour une longue période, la nature de l'énergie qui sera consommée : considérant que la rencontre entre l'offre et la demande prend d'abord la forme du choix, opéré par le demandeur, entre plusieurs options technologiques qui déterminent, de façon d'ailleurs plus ou moins rigide, le type d'énergie qui sera ensuite utilisé ; que c'est ainsi au stade du choix des équipements que se prend la décision essentielle; que c'est donc principalement là que joue la concurrence entre les différentes énergies ».*
92. *Passé le stade du choix initial, « le consommateur n'est plus en mesure d'arbitrer entre les différentes sources d'énergie. (...) Il doit donc s'adresser aux seuls fournisseurs commercialisant l'énergie adaptée au fonctionnement de ses équipements, ce qui a conduit la jurisprudence à individualiser un second marché pertinent, distinct de celui des types d'appareils installés et des énergies qui les alimentent, en l'occurrence le marché de la vente de gaz naturel ».*
93. Dans le cas du marché du tramway passé initialement par la CUB (MRV 01), le choix de la collectivité s'est opéré librement, une fois arrêtée la décision d'équiper certains tronçons d'une alimentation électrique sans fil, entre des technologies concurrentes associées à un type de rames fabriqué par les détenteurs de ces technologies (Adtranz : pile à combustible embarquée ; Ansaldo Breda : système de captation par le sol ; Siemens : volant d'inertie). Dans la mesure où chaque fabricant lie son offre de système d'alimentation sans fil à un type de matériel roulant, la concurrence porte en définitive sur des couples propres à chaque fabricant constitués par une technologie sans fil et par le type de rames nécessairement associé.
94. Initialement, la CUB a donc pu opter pour un couple associant un type de rames à un système d'alimentation électrique sans fil, sans restriction imposée par la détention de brevets, puisqu'elle a pu sélectionner l'APS parmi plusieurs systèmes à effacement de ligne aérienne de contact proposés en réponse à son appel d'offres.
95. Ce choix initial est d'autant plus large que les fabricants se positionnent sur tout ou partie des technologies sans fil existantes. La concurrence entre les technologies se situe donc à la fois entre fabricants, mais aussi entre différents systèmes d'alimentation à effacement des lignes aériennes de contact, proposés par un même fabricant.

96. Dans ce contexte, la limitation du choix initial de la collectivité tient donc davantage à l'association d'une technologie sans fil à un type de rame qu'à une restriction par les technologies.
97. A ce stade, la propriété intellectuelle détenue par Alstom sur son système APS ne peut donc fonder une position dominante en raison du choix concurrentiel qui s'offre à la collectivité publique entre différentes technologies existantes.
98. Toutefois, les conditions de marché retenues par la collectivité territoriale peuvent ne pas être neutres au regard de l'intensité concurrentielle. La concentration dans un marché unique, du matériel roulant et de son système d'alimentation électrique constitue une autolimitation de la concurrence par le demandeur, qui réduit les combinaisons susceptibles d'être offertes pour les couples rames-système d'alimentation électrique. Elle favorise le choix d'un même opérateur pour un système d'alimentation électrique sans fil associé à un type de rames, nonobstant le découpage du marché en lots distincts. Elle contribue aussi à entériner la stratégie industrielle des constructeurs de couplage de leur offre de rame et de système d'alimentation.
99. Le découplage du marché initial renforce l'intensité concurrentielle par la multiplicité des réponses technologiques qui peuvent être apportées par les opérateurs. Dans le cadre de marchés distincts, la concurrence sur le marché des rames est indirectement renforcée du fait de la compétition entre les systèmes d'alimentation électrique.
100. Plus généralement, au stade du marché initial, l'Autorité recommande de prévoir l'appel d'offres le plus ouvert possible quant aux solutions techniques proposées pour éviter tout ciblage a priori de la technologie de l'un des soumissionnaires potentiels. Dans le cas du marché « *matériel roulant-voies* » (MRV 01), la CUB a clairement identifié au niveau de l'appel d'offres son besoin d'un système d'alimentation par le sol. En raison de l'absence de technologies similaires opérationnelles, cette restriction préfigurait le choix de l'Alimentation Par le Sol d'Alstom. Une formulation plus générique des besoins, du type « *système d'alimentation électrique à effacement des lignes aériennes de contact* » doit permettre l'expression d'autres options technologiques.
101. L'organisation par la collectivité de marchés de lignes successifs (cf. Orléans ou Tours) ou autonomes plutôt que celle d'un marché unique d'un réseau composé de plusieurs lignes augmente les possibilités de choix technologiques.
102. Enfin, les données assurant l'interopérabilité d'une rame concurrente doivent être fournies dès le marché initial pour desserrer aux stades ultérieurs la contrainte technologique induite par le marché primitif. En conséquence, lors du marché initial, la collectivité doit avoir communication des données assurant l'interopérabilité avec le système en place en prévision des marchés de renouvellement ou de complément. Cette spécificité doit être actualisée au fur et à mesure de l'exécution du marché.
103. Dans la chronologie des marchés, c'est bien au stade de l'investissement initial que se prend la décision essentielle en matière de technologie sans fil. Elle conditionnera les choix futurs et limitera nécessairement la faculté d'arbitrage de la collectivité dans le choix des rames supplémentaires. C'est à ce stade que la concurrence doit être la plus intense car elle peut s'abstraire de contraintes technologiques qui affecteront de manière induite les marchés d'extension du réseau ou de renouvellement du parc. Il convient donc de favoriser l'expression du plus grand choix concurrentiel et de permettre, dans une mesure certes limitée, la réversibilité des options technologiques initiales par tout moyen approprié.

## **b) Les marchés de développement du réseau**

104. S'agissant des marchés ultérieurs de renouvellement des rames, la concurrence entre fournisseurs de rames doit s'exercer dans le cadre de la solution technique choisie initialement. La liberté d'acquisition de la collectivité est nécessairement réduite par la technologie d'alimentation électrique sans fil préexistante, par les investissements réalisés en application du choix technique effectué et par son système d'intégration à la rame. Elle n'a donc d'autre choix que de s'adresser au fournisseur détenteur de la technologie en renonçant à une mise en concurrence ou de mettre en compétition les fabricants de rames tiers, à condition qu'ils puissent fournir un matériel roulant compatible avec le système préexistant. Cette compatibilité suppose que la rame puisse être alimentée sur tous les tronçons du réseau, qu'ils soient équipés en APS ou alimentés par la ligne aérienne de contact.
105. La compétition entre les fournisseurs de rames ne pourra être effective que si la collectivité est mise en mesure par le détenteur de la technologie APS de fournir aux tiers fabricants soit la technologie elle-même (APS embarqué et données d'intégration à la rame) soit plus vraisemblablement les données techniques permettant d'assurer la compatibilité de leurs rames avec le système au sol préexistant.
106. L'éventail des choix sera en tout état de cause limité aux technologies alternatives, compatibles avec l'APS au sol. Selon Alstom, les super-capacités et les batteries embarquées entrent dans cette catégorie, sous réserve d'aménagements permettant le rechargement en station des unités d'alimentation embarquée.
107. Au stade d'un marché de fournitures de rames supplémentaires, la propriété intellectuelle détenue par Alstom sur son système APS est donc susceptible de fonder une position dominante car elle limite en effet les choix technologiques et indirectement celui des rames associées.
108. Ce fondement d'une position dominante par les droits de propriété intellectuelle détenue sur une technologie est confirmé par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence à propos des informations techniques relatives aux véhicules de la marque Citroën (n° [06-D-27](#)) : *« dès lors que la société Citroën détient les droits de propriété intellectuelle sur des informations techniques relatives aux véhicules de sa marque, il peut être raisonnablement présumé que Citroën est en position dominante sur les marchés des informations techniques relatives aux véhicules de sa marque pour les éditeurs et pour les réparateurs. A cet égard, Citroën ne conteste pas la réalité de sa position dominante »*.
109. En principe, un droit de propriété intellectuelle confère à son titulaire une protection qui n'est pas remise en cause par le droit de la concurrence. Il n'en demeure pas moins que la protection liée à la détention de brevets doit être conciliée avec l'exercice de la concurrence et qu'elle ne doit pas interdire de façon injustifiée l'accès au marché à une entreprise concurrente.
110. Ce principe a été réaffirmé de manière constante par la jurisprudence nationale et communautaire ainsi que par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, qui enjoignent d'une manière générale de favoriser l'accès à des données protégées ou non, qui seraient incontournables pour l'exercice de la concurrence.
111. Ainsi, dans la décision précitée relative à une demande de mesures conservatoires émanant de réparateurs automobiles indépendants (n° [06-D-27](#)), le Conseil a estimé que les pratiques de Citroën visant à refuser l'accès aux informations techniques et à un logiciel de diagnostic *« renfermant les informations nécessaires aux réparations des véhicules de*

*cette marque », à des réparateurs non agréés par le constructeur, « sont susceptibles d’être qualifiées d’abusives si elles sont avérées. (...) Faute d’un accès complet à toutes les informations techniques et à tous les systèmes de diagnostic pour la réparation et l’entretien des véhicules automobiles Citroën, les réparateurs indépendants ne seraient pas en état d’effectuer certaines réparations et mises à jour. Ne pouvant fournir aux consommateurs un service complet, il est possible que ces réparateurs ne soient pas en mesure de concurrencer efficacement les réparateurs agréés et encourent le risque d’être fortement pénalisés ».*

112. Eu égard à la difficulté d’accès au marché de renouvellement des rames objet de la saisine, l’Autorité recommande donc à la collectivité de favoriser par tout moyen juridique l’accès aux données protégées ou non de l’APS. Ces moyens juridiques devraient tout particulièrement concerner les données non protégées dont la divulgation doit permettre à des fabricants de pénétrer le marché des rames supplémentaires.
113. Par ailleurs, indépendamment de tout problème de propriété intellectuelle, le refus du titulaire sortant de communiquer des données essentielles pour répondre à un appel d’offres a déjà été jugé constitutif d’abus de position dominante par la cour d’appel de Paris dans un arrêt société Suez-Lyonnaise des Eaux (SLE)<sup>4</sup> du 29 juin 1998: « *le refus opposé par la société SLE de communiquer son prix de gros de l’eau aux entreprises avec lesquelles elle était en concurrence pour la distribution de l’eau, constituait une pratique manifestement illicite, susceptible d’être sanctionnée en application de l’article L. 420-2 du code de commerce* ». La Cour de Cassation a confirmé que le refus de communication directe aux entreprises soumissionnaires du prix de vente en gros de l’eau ne leur permettait pas d’élaborer utilement leurs offres.
114. S’agissant des données relatives à l’APS dont la communication est litigieuse dans le cadre du marché en cours, l’Autorité fait les préconisations suivantes :
- la note de spécification des données d’interface entre l’APS au sol et le matériel roulant pourrait faire l’objet d’une expertise technique indépendante pour vérifier sa pertinence dans le cadre d’une mise en concurrence ;
  - la communication par Alstom Transport de la note d’interface entre l’APS embarqué et le matériel roulant pourrait être effectuée, sous réserve que les risques d’intégration soient transférés au constructeur retenu.

## CONCLUSIONS

### 1. SUR LE CARACTÈRE ÉCONOMIQUE DE L’ACTIVITÉ EN CAUSE

115. L’exercice d’une activité de transport de voyageurs par une collectivité territoriale relève d’une activité économique soumise aux règles du droit de la concurrence nonobstant le cadre juridique de l’activité, son mode de financement et les conditions de cet exercice.
116. L’achat par une collectivité publique de rames de tramways et de leur système d’alimentation électrique sur le marché de la fourniture de rames relève aussi d’une activité économique. Il doit être dissocié de l’acte juridique par lequel la commande publique est

---

<sup>4</sup> Arrêt rendu sur rejet de mesure conservatoire (n° [98-MC-04](#) du 12 mai 1998), confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 3 mai 2000.

passée qui ne constitue pas une activité s'exerçant sur un marché. Le choix de la procédure ainsi que la sélection du candidat relèvent de l'application du code des marchés publics.

## **2. SUR LA DÉCISION DE RECOURIR À UNE PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS MISE EN CONCURRENCE SE FONDANT SUR LES DROITS D'EXCLUSIVITÉ DÉTENUS PAR ALSTOM**

117. La décision prise par la collectivité publique de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence, se fondant sur les droits d'exclusivité détenus par Alstom sur les rames qu'elle fabrique et sur son système APS, met en œuvre les dispositions du code des marchés publics et relève du contrôle de légalité d'un acte administratif exercé par le juge administratif.
118. Dans le cadre de son contrôle, le juge administratif devra s'assurer que la décision prise par la CUB ne place pas la société Alstom Transport en situation d'abuser d'une éventuelle position dominante.
119. En revanche, l'Autorité sera seule compétente pour apprécier les éventuels abus de position dominante reprochés le cas échéant à Alstom, consistant par exemple à déposer une offre globale qui aurait été permise par le règlement de l'appel d'offres, aux motifs qu'un tel comportement est détachable de l'appréciation de la légalité de l'acte de consultation et relève de l'activité économique du soumissionnaire.

## **3. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE AU CAS PARTICULIER**

120. L'Autorité fait les préconisations suivantes pour favoriser l'intensité concurrentielle lors du marché initial et des marchés ultérieurs :
  - les collectivités publiques devraient organiser le découplage de leurs appels d'offres, les marchés du système d'alimentation et des rames étant scindés, afin de favoriser la multiplicité des réponses technologiques ;
  - prévoir l'appel d'offres le plus ouvert possible quant aux solutions techniques proposées en évitant tout ciblage a priori de la technologie de l'un des soumissionnaires potentiels ;
  - les données assurant l'interopérabilité d'une rame concurrente doivent être fournies dès le marché initial pour desserrer aux stades ultérieurs la contrainte technologique induite par le marché primitif. Lors du marché initial la collectivité doit donc avoir communication des données assurant l'interopérabilité avec le système en place dans la perspective de marchés de renouvellement ou de complément. Ces spécifications seront actualisées périodiquement au fur et à mesure de l'exécution du marché.
121. Au stade des marchés ultérieurs de renouvellement des rames ou d'extension de capacités, la propriété intellectuelle détenue par Alstom sur son système APS est susceptible de fonder une position dominante, dès lors que la collectivité publique n'est plus en situation d'arbitrer entre différentes technologies.
122. La collectivité devra être en mesure de fournir aux soumissionnaires potentiels les données techniques permettant d'assurer l'interopérabilité de la rame avec le système au sol préexistant.

123. S'agissant des données relatives à l'APS dont la communication est litigieuse dans le cadre du marché en cours, l'Autorité fait les préconisations suivantes :

- la note de spécification des données d'interface entre l'APS au sol et le matériel roulant pourrait faire l'objet d'une expertise technique indépendante pour vérifier sa pertinence dans le cadre d'une mise en concurrence ;
- la communication par Alstom Transport de la note d'interfaces entre l'APS embarquée et le matériel roulant pourrait être effectuée, sous réserve que les risques d'intégration soient transférés au constructeur retenu.

Délibéré sur le rapport oral de M. Gilles Vaury et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente et M. Yves Brissy, membre.

La secrétaire de séance,  
Marie-Anselme Lienafa

La présidente de séance,  
Françoise Aubert

---

© Autorité de la concurrence