



**Décision n° 03-D-62 du 18 décembre 2003
relative à des pratiques relevées lors de l'attribution
d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 12 octobre 1999 sous le numéro F 1187, par laquelle la société Jean-Louis Bernard Consultants a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées lors de l'attribution par le district de l'agglomération dijonnaise d'un marché d'étude portant sur l'analyse du système d'information géographique utilisé par le district, la réalisation d'une étude de définition pour son renouvellement et l'assistance à la mise en place du nouveau système, qu'elle a qualifiées d'anticoncurrentielles ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 8 novembre 2000 ;

Vu la décision du tribunal administratif de Dijon en date du 20 février 2003 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société Jean-Louis Bernard Consultants et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et les représentants de la société Jean-Louis Bernard Consultants entendus lors de la séance du 29 octobre 2003 ;

Adopte la décision suivante :

I. – Constatations

1. Par lettre enregistrée le 12 octobre 1999 sous le numéro F 1187, la société Jean-Louis Bernard Consultants a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées lors de l'attribution par le district de l'agglomération dijonnaise d'un marché d'étude portant sur l'analyse du système d'information géographique utilisé par le district, la réalisation d'une étude de définition pour son renouvellement et l'assistance à la mise en place du nouveau système.
2. La société Jean-Louis Bernard Consultants expose que, pour cette consultation, le district a reçu huit offres et que le marché a été attribué à IGN Conseil pour un montant de 217 000 F HT, inférieur de plus de 50 % à la moyenne des offres remises par les sept autres concurrents. Selon la saisissante, *"l'offre de prix proposée par IGN Conseil est susceptible de constituer une entrave à la libre concurrence et probablement un abus de position dominante, une offre d'un niveau aussi bas ne pouvant s'expliquer que par des conditions commerciales très particulières"*. Dans une lettre en date du 12 juin 2001, M. Jean-Louis X... a précisé l'objet de sa saisine en indiquant que *"du fait des avantages dont il bénéficie au titre de sa mission de service public (subventions notamment) et de l'absence*

de distinction juridique et comptable de ses différentes missions (service public d'une part, et activités commerciales concurrentielles d'autre part), l'IGN pratique des prix largement inférieurs à ceux de ses concurrents de droit privé, ce qui est constitutif de concurrence déloyale, et à tout le moins d'une entrave à la concurrence". Il soutient en outre qu'en pratiquant des tarifs tels que ceux relevés sur ce marché, l'IGN abuse de la position dominante qu'il occupe "sur le marché de la commande publique locale française des prestations intellectuelles d'analyse et d'étude des systèmes d'information géographique" pour éliminer la concurrence.

3. La société Jean-Louis Bernard Consultants a, par ailleurs, introduit un recours, le 5 février 1999, devant le tribunal administratif de Dijon, aux fins d'annulation de la décision d'attribution du marché à l'Institut géographique national. Par jugement du 18 avril 2000, le tribunal a consulté le Conseil d'Etat sur le point de savoir si "*le principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 fait obstacle à ce qu'un marché soit attribué à un établissement public administratif qui, du fait de son statut, n'est pas soumis aux mêmes obligations fiscales et sociales que ses concurrents*". Au vu de l'avis rendu, le 8 novembre 2000, par la Haute assemblée, le tribunal a rejeté la demande de la société Jean-Louis Bernard Consultants par un jugement du 20 février 2003.

A. - LE SECTEUR CONCERNÉ

4. Le secteur concerné est celui de l'information géographique, notion qui a remplacé depuis les années 1980 celle de cartographie. L'information géographique comprend trois principales formes d'expression : le texte, la carte et les données d'origine satellitale. Depuis la fin des années 1960 est apparue la forme numérique qui constitue une synthèse des trois formes traditionnelles en permettant la description des objets géographiques et leur représentation cartographique grâce à des outils de traitement et de tracé automatiques ainsi que de multiples combinaisons entre ces trois modes d'expression.
5. L'informatisation de l'information géographique a donné lieu à l'apparition d'une nouvelle activité, la géomatique ou "*système d'information géographique*" (SIG). Défini comme un ensemble de données repérées dans l'espace, structuré de façon à pouvoir en extraire commodément des synthèses utiles à la décision, un système d'information géographique se caractérise par un élément technique, le système proprement dit, et un objectif qui est l'aide à la décision.
6. Il s'agit donc de l'exploitation combinée de plusieurs bases de données représentées sous la forme d'une carte ou d'un plan, comprenant des fonctions d'analyse spatiale et de synthèse. La numérisation de l'information géographique a ainsi transformé les usages de cette dernière, par la possibilité désormais offerte d'adapter la représentation de l'information à chaque besoin particulier, de l'enrichir de données spécifiques (informations sur la population, le milieu naturel, la qualité de l'eau ou de l'air, par exemple), de combiner dans une base de données unique des informations de différentes sources et d'y intégrer des modèles d'analyse ou de prévision.
7. Ainsi qu'il ressort du rapport remis en 2000 au Premier ministre, par le député Guy Lengagne, les usages (et les utilisateurs) de l'information géographique se multiplient. Les villes ont été les premières à se doter de SIG dans les années 1970. Actuellement, la totalité des communes de plus de 100 000 habitants disposent d'un système d'information géographique, de même que la moitié des communes de 50 000 à 100 000 habitants. Les SIG y remplissent trois principales fonctions : la localisation des objets géographiques ou des événements, l'aide aux interventions opérationnelles et les études (planification, projets, simulations), enfin, la gestion des plans d'occupation des sols. De leur côté, les départements se sont également

équipés de SIG, notamment pour la gestion de leur patrimoine foncier, immobilier, routier, et des transports départementaux. Les régions s'en sont également dotées, par exemple pour mettre en place des observatoires régionaux sur l'environnement, l'eau et l'assainissement. Disposent également de SIG les services de l'Etat, comme les ministères de l'équipement et de l'agriculture. S'il apparaît que les collectivités locales et leurs services parapublics sont les principaux utilisateurs de ces systèmes en France, la demande du secteur privé est également importante et diverse (urbanistes, arpenteurs-géomètres, architectes, géologues, etc.).

8. Le secteur des systèmes d'information géographique est divisé en quatre activités : matériels informatiques, données géographiques, logiciels et services associés (ingénierie, études, conseil et assistance).
9. Selon une étude publiée sur le site du Conseil National de l'Information géographique, *"l'estimation de la taille de ce marché est une opération délicate dans la mesure où la définition même des limites de ce marché pose un problème à peu près insoluble. Selon les définitions retenues, l'évaluation peut varier d'un facteur 20 sur le même pays."*

B.- LES ENTREPRISES

10. La société plaignante Jean-Louis Bernard Consultants est un cabinet de consultants qui réalise entre 20 % et 40 % de son chiffre d'affaires dans le domaine du conseil en SIG.

*Chiffre d'affaires total et bénéfice de la société Jean-Louis Bernard Consultants
(en milliers de Francs hors taxes)*

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Chiffre d'affaires	1 573	1 817	2 311	2 077	1 624	1 712	1 964
Bénéfices	618	802	1 243	942	518	677	756

11. L'Institut géographique national (IGN), créé en 1940, est un établissement public de l'Etat à caractère administratif, actuellement régi par les dispositions du décret n° 81-505 du 12 mai 1981, modifié par les décrets n° 85-342 du 15 mars 1985 et n° 91-177 du 18 février 1991. Ce texte lui a, notamment, confié les missions : *"a) d'exécuter, sur le territoire national, les travaux nécessaires à l'implantation et à l'entretien d'un réseau géodésique et d'un réseau de nivellement de précision, à la couverture photographique aérienne, à l'établissement et à la tenue à jour des cartes topographiques de base et des cartes dérivées ; b) d'accomplir des travaux relatifs à la télédétection aérienne et spatiale à caractère géographique, à la numérisation des données cartographiques et à l'élaboration des cartes thématiques"*.
12. De ces dispositions réglementaires découle la distinction entre les deux catégories d'activités de l'IGN : d'une part, les activités dites de *vocation* ou de service public, énumérées par le décret, d'autre part, les activités commerciales. Cependant, le rapport Lengagne précité souligne que la séparation entre les deux types d'activité n'est pas très précise : *"en l'absence de directives claires des autorités de tutelle, et devant l'imprécision des textes statutaires, l'IGN a dans une large mesure défini lui-même le périmètre des activités dites de vocation ou de service public"*. Ainsi, les activités de vocation comprennent la tenue et la mise à jour des réseaux de géodésie et de nivellement, la couverture photographique aérienne, l'établissement des cartes topographiques de base et la constitution de bases de données, ainsi que des activités d'enseignement et de recherche.
13. L'IGN a constitué 16 bases de données dont les principales sont la base de données cartographiques, la base de données topographiques, la base de données toponymiques et la

base de données routières. Il établit et tient à jour des cartes topographiques de base (au 1/25 000^{ème}) et des cartes dérivées (au 1/50 000^{ème} et au 1/100 000^{ème}).

14. Parallèlement, l'IGN exerce des activités commerciales constituées, d'une part, par la vente de "*produits finis*" ou "*produits sur étagère*", d'autre part, par divers travaux et prestations. L'IGN vend des cartes, des photographies aériennes, ainsi que des marchandises qu'il ne fabrique pas (cartes d'autres éditeurs, topo-guides, ouvrages, petit matériel topographique, etc.). Il effectue, par ailleurs, en France, mais aussi à l'étranger, un certain nombre de services et de travaux à façon, tels que des prises de vues aériennes à la demande, des travaux photogrammétriques sur commande et des travaux de métrologie géodésique.
15. Enfin, depuis 1997, l'IGN développe une activité de conseil par l'intermédiaire d'IGN Conseil, unité au sein de la direction commerciale devenue, en 1998, le département IGN Conseil. Dans une lettre du 23 mars 2000, le secrétaire général de l'Institut définit IGN Conseil comme un "*département de production de prestations de services de l'IGN dans le domaine des bases de données géographiques et des systèmes d'information géographique*". Ce département comprend une équipe de 12 ingénieurs et techniciens spécialisés dans divers domaines : les systèmes d'information géographique, la géodésie, la cartographie, l'imagerie spatiale, la télédétection, etc. Les missions de conseil concernent la mise en place de systèmes d'information géographique de tous types : gestion de patrimoine, préventions des risques, base cadastrale, base de données rurales, base de données urbaines, etc... ; elles portent principalement sur le choix des matériels, des logiciels et la définition des processus d'exploitation ; il peut également s'agir d'assistance à la maîtrise d'ouvrage (rédaction d'avant-projets préalables à la décision de montage d'un système d'information géographique, rédaction de cahiers des charges d'appels d'offres, dépouillement d'appels d'offres, etc...).

C. - LES FAITS DENONCES

16. En juin 1998, le district de l'agglomération dijonnaise a procédé à une consultation en vue de l'attribution d'un marché négocié d'étude ayant pour objet l'analyse du système d'information géographique utilisé par le district et la réalisation d'une étude de définition pour son renouvellement, ainsi que l'assistance à la mise en place du nouveau système. Le président de la Communauté de l'agglomération dijonnaise indique, dans une lettre au rapporteur en date du 6 mars 2000, que, "*s'agissant d'un marché négocié et non d'un appel d'offres, la commission d'appel d'offres n'était pas compétente pour l'attribution de ce marché.*"
17. L'avis d'appel public à la concurrence, précisant que le titulaire du marché ne pourrait pas concourir au marché de fourniture du système d'information géographique qui découlerait de sa prestation, a été publié dans le BOAMP/éditions fournitures et prestations du 26 juin 1998. A la suite de cette publication, 25 entreprises ont demandé un dossier de consultation. Le cahier des clauses techniques particulières précisait que l'étude comprendrait deux phases, elles-mêmes divisées en phases secondaires, constituant des missions autonomes et à l'issue desquelles le district pourrait prononcer l'arrêt des prestations de sa propre initiative.
18. La première phase portait sur l'analyse du système d'information géographique utilisé par le district et sur une étude de définition pour son renouvellement ; elle comprenait 3 phases secondaires :
 - une phase I A, consacrée à l'analyse du mode d'exploitation du système d'information géographique utilisé par le district ;
 - une phase I B, portant sur une étude de marché des différents systèmes ;

- une phase I C, au cours de laquelle le titulaire devait établir un projet de cahier des charges détaillé.

19. La seconde phase, relative à l'assistance apportée au district pour la mise en place du système d'information géographique, comportait 2 phases secondaires :

- une phase II A, consacrée, en premier lieu, à l'établissement des pièces techniques du dossier de consultation (phase II A 1), en second lieu, à l'assistance à la conclusion du marché (phase II A 2) ;
- une phase II B, ayant pour objet l'assistance au district pendant l'exécution du marché, qui comprenait elle-même deux périodes : l'assistance pendant les phases de réalisation (phase II B 1) et l'assistance pendant les opérations de réception et d'admission des ouvrages (phase II B 2).

20. Huit entreprises ont remis une offre dans le délai fixé.

Offres remises en réponse à la consultation lancée par l'agglomération dijonnaise

Sociétés	Tarif proposé (en francs hors taxe)
IETI consultants	565 800
Geomatech	432 250
Siage	468 500
Jean-Louis Bernard consultants	528 000
Michel Gauthier	572 000
Realia et Magellan Ingenierie	569 400
Institut Géographique National	217 000

21. Les critères d'attribution retenus par le maître d'ouvrage, précisés dans l'article 8 du règlement de la consultation, étaient, d'une part, les qualifications et l'expérience des candidats dans le domaine visé ainsi que la valeur technique des prestations offertes, d'autre part, le prix des prestations.

22. Après une première analyse des dossiers, le district, par un courrier du 23 octobre 1998, a demandé à l'IGN un complément d'information sur la phase II B. La réponse de l'IGN, en date du 26 octobre 1998, ayant été jugée satisfaisante, l'IGN a été déclarée le mieux disant au regard des critères précités, la proposition technique apparaissant comme conforme au cahier des charges, le personnel étant compétent et l'offre de prix étant la mieux disante. Par décision du 3 décembre 1998, le président du district a attribué le marché à l'IGN.

D. - LES GRIEFS FORMULES DANS LA SAISINE ET LA PROPOSITION DE NON-LIEU

23. La société Jean-Louis Bernard Consultants soutient que l'offre de l'IGN d'un montant de 217 000 F HT en réponse à la consultation lancée par l'agglomération dijonnaise, qui est inférieure de plus de 50 % à la moyenne des offres remises par les sept autres compétiteurs, constitue un abus de position dominante.

24. La société saisissante indique, par ailleurs, qu'"une négociation a été engagée sur les points II B 1 et 2 du cahier des charges entre le district et IGN Conseil, alors qu'il aurait été plus judicieux pour le maître d'ouvrage d'engager cette négociation avec d'autres candidats afin de respecter le principe d'une réelle mise en concurrence".

25. Au soutien de sa plainte, M. Jean-Louis X... invoque un passage du rapport Lengagne, intitulé *"l'IGN a développé des produits directement en concurrence avec l'offre d'acteurs privés"*, qui est ainsi rédigé : *"Bien que le statut de l'IGN ne s'oppose nullement au développement de produits sur des segments de valeur ajoutée où l'établissement peut accroître ses ressources propres, son entrée sur des marchés où il est impossible de relever aucune défaillance de l'initiative privée soulève un évident problème de loyauté de la concurrence. En effet, le bénéfice de subventions publiques et l'opacité du système de comptabilité analytique ne permettent alors pas de garantir que la concurrence s'exerce dans des conditions normales"*, (procès-verbal d'audition du 30 mai 2001).
26. Dans sa lettre du 12 juin 2001, la société Jean-Louis Bernard Consultants affirme que *"l'IGN dispose d'une position dominante sur le marché de la commande publique locale française des prestations intellectuelles d'analyse et d'étude des systèmes d'information géographique"*. Elle estime qu'*"en pratiquant les tarifs tels que ceux relevés dans le cadre de la mise en concurrence du système d'information géographique du District de l'agglomération dijonnaise, l'IGN profite de sa position dominante pour éliminer la concurrence"*.
27. Au vu des éléments rassemblés au cours de l'instruction, le rapporteur a considéré que les griefs soulevés par la plaignante n'étaient pas fondés et a proposé au Conseil de prononcer un non-lieu à poursuivre la procédure.

II. – Discussion

28. L'article L. 464-6 du code de commerce dispose que : *"Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure."*

Sur le marché pertinent

29. Comme l'a rappelé le Conseil dans son rapport annuel pour l'année 2000 (p. 107), *"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... 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. Parmi les éléments pris en compte pour définir les contours d'un marché pertinent, il y a lieu, notamment, de retenir la nature du produit ou du service, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs, ainsi que le comportement des demandeurs"*.
30. Dans le secteur de l'information géographique, les besoins des consommateurs sont différents, selon qu'il s'agit du grand public ou de professionnels (collectivités publiques, entreprises, professions libérales comme les géomètres-experts). Les particuliers achètent des cartes sur papier et divers produits tels que guides, atlas et photographies aériennes. De leur côté, les professionnels sont demandeurs de cartes, de bases de données, soit pour les intégrer dans des processus à valeur ajoutée soit pour eux-mêmes, commandent des prestations de services (conseil, ingénierie, etc.) et des travaux à façon (géodésie, nivellement, travaux photographiques...). Compte-tenu des caractéristiques de la demande, le secteur de

l'information géographique peut être divisé en deux marchés : le marché grand public et le marché professionnel.

31. Sur le marché de l'information géographique professionnelle, peuvent être distingués les sous-marchés de la cartographie destinée au marché professionnel, de la production de bases de données numériques, de l'édition de logiciels spécialisés en systèmes d'information géographique et des prestations de services telles que les prestations de formation, les travaux à façon ou d'ingénierie et conseil, qui correspondent à des besoins différents.
32. Le marché public conclu par le district de l'agglomération dijonnaise, consistant en l'analyse d'un système d'information géographique et l'assistance à la mise en place d'un nouveau système, appartient au sous-marché de l'ingénierie et du conseil en information géographique.

Sur la position de l'IGN

33. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, les activités de service public ou de vocation de l'IGN, telles qu'elles sont définies à l'article 2 du décret n° 81.505 du 12 mai 1981, comprennent la tenue et la mise à jour des réseaux de géodésie et de nivellement, la couverture photographique aérienne, l'établissement des cartes topographiques de base, la constitution de bases de données et enfin des activités d'enseignement et de recherche. Dans l'exercice de ces missions, l'IGN bénéficie d'avantages du fait de son ancienneté, de sa notoriété et des subventions qu'il perçoit. La société IETI Consultants, qui se déclare spécialisée dans le domaine des "prestations intellectuelles d'analyse et de définition des systèmes d'information géographique », résume ainsi la position de l'IGN : "*IGN est en situation de quasi-monopole sur le marché de la production de données de référence à petite et moyenne échelle.*"
34. L'IGN intervient également sur des marchés concurrentiels. S'agissant du marché du conseil en SIG sur lequel il est entré en 1997 par le biais de son unité IGN Conseil, l'établissement public n'est pas en position dominante. Son secrétaire général évalue la part de marché de l'IGN à environ 2 % du marché national. Les consultants d'IGN Conseil sont au nombre de 12 dont 5 interviendraient effectivement sur le marché français des SIG, sur un "*potentiel d'environ 300 consultants pour la France*". Le secrétaire général de l'IGN a, par ailleurs, indiqué que "*l'IGN passe moins d'une dizaine de contrats de ce type par an*". Ces estimations sont corroborées par les indications de la société IETI Consultants : "*Il est très difficile d'estimer le chiffre d'affaires annuel du conseil en SIG en France, ce chiffre d'affaires étant réparti entre un très grand nombre de structures : consultants indépendants, éditeurs de SIG, sociétés de conseil diverses (en environnement, urbanisme, territoire...), grandes et petites sociétés de services informatiques... En tout état de cause, les parts de marché d'IGN Conseil me semblent très faibles, et du même ordre de celles de ma société (quelques pourcents).*"
35. L'activité du département IGN Conseil est estimée à 362 100 F en 1996, à 1 057 300 F en 1997 et à 364 900 F en 1998. A titre de comparaison, les sociétés concurrentes IETI Consultants et Réalia, qui accomplissent l'intégralité de leur activité sur le marché du conseil en SIG, ont réalisé, en 1998, des chiffres d'affaires respectivement de 2,1 MF et 1,1 MF.
36. La plaignante soutient néanmoins que l'"*IGN avait sur le district une position que les autres entreprises n'avaient pas, c'est-à-dire des connaissances sur le travail réel à faire*", sans toutefois préciser l'origine de cet avantage supposé. Il fait valoir, de même, que "*L'intervention d'IGN dans l'activité de consultant perturbe énormément le fonctionnement de ce marché spécifique puisqu'IGN vend à la fois des données aux communes et des prestations en tant que conseil*".

37. Mais s'il existe des liens de connexité entre le marché du conseil en SIG et les marchés sur lesquels l'IGN détient une position dominante, aucun élément du dossier d'instruction n'a permis d'établir que l'IGN aurait utilisé les données fournies dans le cadre de son activité de service public pour l'accomplissement de ses prestations sur le marché concurrentiel du conseil en SIG. Le secrétaire général de l'IGN a précisé, sur ce point, que les données intervenant dans le SIG du district de Dijon étaient des données "*cadastrales, POS et aspects réglementaires, base "Oracle", base topographique constitué par le District.*" En résumé, "*les données dont dispose le District ne sont pas des données IGN et ne le seront pas. [...] L'IGN n'a apporté aucun élément relevant de ses propres bases de données*". Il n'existe, ainsi, dans le cas de la consultation de Dijon, aucune interaction entre la position de l'IGN comme vendeur de données et celle d'IGN Conseil comme prestataire de service en matière de conseil. La position dominante de l'IGN sur le marché de la production de données géographiques de référence n'était donc pas en elle-même de nature à avantager l'établissement public dans la consultation de Dijon.
38. La société saisissante soutient encore que l'IGN a utilisé les subventions publiques destinées à financer ses missions de service public pour pratiquer des prix prédateurs sur le marché du conseil en SIG de l'agglomération dijonnaise et évincer ses concurrents.

Sur le caractère prétendument prédateur de l'offre de l'IGN

39. Dans une décision n° 00-D-70 du 31 janvier 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris, le Conseil de la concurrence a rappelé que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt AKZO du 3 juillet 1991), il est possible, en droit de la concurrence, de distinguer deux situations de prix de prédation : "*d'une part, un prix de vente d'un bien ou d'un service durablement inférieur à la moyenne des coûts variables de production de ce bien ou de ce service établit une présomption de volonté d'éviction des concurrents et est en lui-même un prix prédateur ; (...) d'autre part, un prix de vente inférieur à la moyenne des coûts totaux de production qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieur à la moyenne des coûts variables, doit être considéré comme constitutif d'une pratique de prédation dès lors que ce prix est fixé à ce niveau pour éliminer un concurrent du marché*".
40. Dans une note datée du 11 mai 2001, produite devant le tribunal administratif de Dijon, l'IGN a expliqué comment il avait constitué son offre en réponse à la consultation du district de l'agglomération dijonnaise. Le document distingue trois grands types de coûts :
- les coûts d'exécution des travaux pour réaliser les prestations d'étude, de définition et d'assistance intellectuelle entrant dans sa proposition commerciale ;
 - les dépenses engagées pour mettre au point le dossier de réponse à la consultation ;
 - la contribution aux coûts communs de l'IGN.

Coût d'exécution des marchés

41. L'IGN a estimé que l'exécution du marché demanderait 74 journées de travail d'ingénieur géographique, évaluation très proche de celle de Jean-Louis Bernard Consultants (77 jours).
42. Les techniciens de l'IGN qui sont intervenus tant dans la phase de mise au point de l'offre que dans celle de l'exécution des travaux sont des ingénieurs des travaux géographiques (ITGCE) appartenant au groupe numéro 7 de la catégorie "fonctions techniques" dans la classification de l'IGN. Le taux de salaire horaire de ces agents, charges salariales et patronales incluses, était de 195 F en 1998, soit un montant journalier, sur la base de 8 heures par jour, de 1 560 F.

43. Dans son courrier du 12 juin 2001, Jean-Louis X... Consultants déclare ne pas comprendre ces chiffres et se réfère au tarif catalogue de l'IGN en matière de prestations de personnel, qui fait apparaître des taux supérieurs. Cette différence de montants s'explique, en réalité, par le fait que les tarifs du catalogue intègrent les coûts indirects, alors que ceux-ci sont pris en compte de manière séparée dans le calcul du coût prévisionnel de l'offre de l'IGN, comme il va être démontré ci-dessous.

Contribution aux coûts communs de l'IGN (coûts indirects)

44. La contribution aux coûts communs de l'IGN a été calculée par ce dernier au prorata de son "chiffre d'affaires" total, défini comme la somme de toutes les ressources de l'Institut, subventions plus recettes concurrentielles.

Activité globale prévisionnelle de l'IGN en 1998 en MF, hors taxes

Recettes de l'IGN	Montant
Ventes de produits finis (cartes, etc.) et concessions d'utilisation de bases de données géographiques	166,1
Prestations de services	138,9
Dotations de l'Etat	390,8
Total	695,8

45. Les coûts communs ont été identifiés comme suit : frais de direction générale, infrastructures et locaux, finance et comptabilité, gestion du personnel, informatique de gestion, services généraux, commandement et administration de la direction de la production, organisation des achats et des approvisionnements, commandement de la direction commerciale et marketing, gestion des ventes, frais généraux divers.

46. Les comptes prévisionnels IGN, établis pour l'exercice 1998 à l'aide de la comptabilité analytique de l'IGN, évaluaient ces coûts communs à 169,5 MF en 1998, soit 24,4 % de l'ensemble des recettes de l'Institut. Aucun élément du dossier ne permet d'établir que des coûts communs auraient été imputés par l'IGN à des activités de service public, de manière à réduire artificiellement les coûts des activités concurrentielles.

47. Si les coûts communs doivent être couverts de manière uniforme par l'ensemble des ressources, alors un franc de ressource, quelle qu'en soit la nature (subventions ou recettes concurrentielles), doit permettre de financer 24,4 centimes de coûts communs. Ainsi, la recette du contrat en cause (217 000 F) doit-elle incorporer 52 862 F de coûts communs.

48. La couverture uniforme des coûts communs est équivalente à une imputation proportionnelle de ces mêmes coûts sur les différentes ressources. Ainsi, le contrat de Dijon, qui représente 0,031 % de l'ensemble des ressources de l'IGN, peut se voir imputer cette même fraction de l'ensemble des coûts communs, soit 52 862 F.

49. Ainsi, la règle de couverture uniforme ou proportionnelle des coûts communs reconnaît que les subventions ont vocation à financer une partie des coûts communs. Les entreprises chargées d'activités de service public ne peuvent se voir imposer plus que la couverture par leurs recettes concurrentielles des coûts variables et des coûts communs imputés proportionnellement.

La couverture des coûts prévisionnels

50. Le tableau suivant présente l'ensemble des coûts pris en compte par l'IGN pour établir son offre. Le total de ces coûts se monte à 204 702 F. Le montant de l'offre, 217 000 F HT, couvre l'ensemble des coûts directs et indirects (y compris une contribution proportionnelle au financement des coûts communs).
51. Le calcul effectué est un calcul économique prévisionnel, qui décrit comment l'IGN a établi son offre sur la base des informations dont il disposait à l'époque. Ce calcul se fonde sur les prévisions disponibles au moment de la constitution de l'offre, s'agissant notamment de la dotation de l'Etat ou des frais généraux de l'Institut pour l'année 1998, ces deux éléments n'étant pas encore connus au moment de l'établissement de l'offre.

Coût prévisionnel de l'offre de l'IGN (en francs hors taxe)

Type de coûts	Détail	Quantité	Prix unitaire	Montant
Coût d'exécution du marché	Journées d'ingénieur	74	1 560	115 440
	Allers-retours Paris-Dijon	18	600	10 800
	Forfaits pour frais divers	27	400	10 800
	Forfait pour la phase II A2	1	5 000	5 000
	Total			142 040
Coût de mise au point du dossier	Journées d'ingénieur	5	1 560	7 800
	Frais divers (reproduction, etc.)	1	2 000	2 000
	Total			9 800
Contribution aux coûts communs de l'IGN (au prorata du chiffre d'affaires)	Total des coûts communs de l'IGN : 169,5 MF "Chiffre d'affaires" total de l'IGN : 695,8 MF	217 000	169,5 / 695,8 = 0,24	52 862
Total				204 702

52. Les chiffres de ce tableau ne permettent pas de dire si, a posteriori, la recette du contrat a effectivement couvert l'ensemble des coûts, le nombre de journées de travail réellement accomplies n'étant connu que de l'IGN. Mais ils attestent que l'IGN a intégré tous les coûts pertinents, tels qu'ils pouvaient être estimés à l'époque des faits, ce qui répond, par ailleurs, exactement aux exigences formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 8 novembre 2000 dont mention a été faite au paragraphe 3.
53. Dans cet avis, la Haute Assemblée a admis qu'une personne publique puisse "se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public », pour autant que soient respectés "tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le

principe de liberté de la concurrence », "l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppos(ant) d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ». C'est donc bien l'analyse ex ante, effectuée au moment du lancement de l'offre, qui doit être mise en œuvre pour apprécier le caractère prédateur ou non de l'offre de l'IGN. En l'espèce, les résultats mentionnés ci-dessus permettent de s'assurer que l'IGN a intégré l'ensemble des coûts pertinents pour établir sa proposition, rendant l'existence d'une stratégie prédatrice improbable.

54. En tout état de cause, et à supposer même que soit établie la prédation pour ce marché particulier, le Conseil a estimé, dans sa décision n° 00-D-50 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, que si *"la vente au dessous de coût variable suffit à caractériser une stratégie prédatrice, (...) (;)(...) ce critère ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique ; (...) d'autre part, l'existence d'une stratégie prédatrice doit être crédible au regard du contexte"* et notamment, au regard de la part détenue par la société en cause sur le marché concerné.
55. En l'espèce, le seul prix porté à la connaissance du Conseil de la concurrence est celui pratiqué par l'IGN à l'occasion de la consultation du district de l'agglomération dijonnaise, l'instruction n'ayant pas permis de relever d'autres situations dans lesquelles l'IGN aurait pratiqué un prix nettement inférieur à ceux des concurrents. Il s'agit, dès lors, d'une pratique isolée, contrairement aux constatations ayant donné lieu à la décision de sanction n° 00-D-50 précitée qui avaient mis en évidence la pratique, par l'entreprise en cause, de 17 soumissions à des marchés publics, inférieures aux coûts variables des prestations relatives à ces marchés. Enfin, la très faible part détenue par l'IGN sur le marché du conseil en SIG ôte toute probabilité au succès d'une stratégie qui aurait consisté à éliminer les concurrents afin de pouvoir, ensuite, relever les prix.
56. Au total, le caractère ponctuel de la pratique et la couverture des coûts variables et des coûts communs imputés proportionnellement ne permettent pas de qualifier les prix pratiqués par l'IGN Conseil, dans le cadre du marché conclu avec le district de l'agglomération dijonnaise, de prix prédateurs. Il apparaît, au surplus, que la thèse de la société Jean-Louis Bernard Consultants, selon laquelle l'entrée de l'IGN sur le marché du Conseil en SIG aurait eu pour effet d'évincer la concurrence, n'est pas confirmée par le dossier.
57. Le plaignant cite, tout d'abord, sur ce point, la phrase suivante du rapport Lengagne : *"Bien que le statut de l'IGN ne s'oppose nullement au développement de produits sur des segments de valeur ajoutée où l'établissement peut accroître ses ressources propres, son entrée sur des marchés où il est impossible de relever aucune défaillance de l'initiative privée soulève un évident problème de loyauté de la concurrence. En effet, le bénéfice de subventions publiques et l'opacité du système de comptabilité analytique ne permettent alors pas de garantir que la concurrence s'exerce dans des conditions normales"*.
58. Cependant, les affirmations qui sont ainsi formulées, en termes très généraux, ne concernent pas la situation du marché du conseil en systèmes d'information géographique (SIG), objet de la saisine. La phrase suivante du rapport, qui peut être considérée comme une illustration du passage précité, est, en effet, relative à la cartographie grand public.

59. La société saisissante avance, ensuite, que les effets de la pratique tarifaire doivent être appréciés sur le marché d'études concerné par la consultation de l'agglomération dijonnaise.
60. Dans un arrêt du 12 décembre 2000, *Compagnie gazière de service et d'entretien*, la cour d'appel de Paris a jugé qu'en cas d'entente constatée entre soumissionnaires à des marchés publics ou à des marchés obéissant à des principes voisins de ceux du code des marchés publics, l'opération qui fait l'objet de l'appel d'offres constitue en soi le marché pertinent au sens du droit de la concurrence. L'effet de la concertation sur la concurrence est donc à apprécier sur le marché concerné par cet appel d'offres.
61. Dans le cas présent, le reproche adressé par la saisine à l'IGN est d'avoir abusé de la position dominante que détient ce dernier sur le marché de ses prestations de service public, en déposant des offres sous-évaluées dans le cadre de la consultation lancée par le district de l'agglomération dijonnaise pour l'étude du renouvellement de son système d'information géographique. L'effet éventuel d'une telle pratique sur le fonctionnement de la concurrence ne peut être utilement apprécié que sur le marché global du conseil en SIG, en recherchant si l'entrée de l'IGN sur ce marché a durablement perturbé la concurrence entre opérateurs.
62. Or, il n'existe au dossier aucun élément précis et concret permettant d'établir que les tarifs pratiqués par l'IGN pourraient avoir entravé l'activité de la plaignante ou, plus généralement, perturbé le marché du conseil en SIG.
63. Sur le premier point, le tableau présenté au paragraphe 10 de la présente décision montre que l'activité et les bénéfices de la société Jean-Louis Bernard Consultants ont connu une évolution en "U" entre 1997 et 2001, avec un creux marqué en 1999 et 2000. L'entreprise saisissante, qui n'a pas communiqué l'évolution du chiffre d'affaires spécifiquement réalisé par elle sur le marché du conseil en SIG, demandée par le rapporteur, se borne à indiquer que "*ce marché représente, suivant les années, entre 20 et 40 % de [son] activité*". Il n'est donc fourni aucun élément permettant d'apprécier en quoi la présence d'IGN Conseil sur le marché du conseil en SIG, ainsi que la perte du marché de Dijon en 1998, auraient affecté l'activité de la société Jean-Louis Bernard.
64. Sur le second point, six des huit entreprises qui avaient répondu à la consultation de Dijon ont pu être retrouvées et ont reçu un questionnaire du rapporteur. D'autres entreprises de conseil en SIG ont également été questionnées.
65. Parmi les sociétés contactées, la société IETI Consultants, qui est la plus importante sur le marché du conseil en SIG où elle réalise l'intégralité de son chiffre d'affaires et dont l'activité a augmenté régulièrement de 1,9 MF en 1996 à 3 MF en 2002, a répondu en ces termes : "*Le marché du conseil en SIG, comme d'autres marchés d'études, voit s'affronter des structures de droit public (IGN Conseil, Centre d'études techniques de l'Equipement, qui ne connaissent pas toujours la réalité de leurs coûts de fonctionnement, qui disposent de relais sur le terrain du fait de leurs agences régionales ou de leurs services déconcentrés, et bénéficient d'une légitimité d'organismes publics a priori) et des structures de droit privé (consultants indépendants et sociétés, qui sont en général plus réactifs). [...] Cette situation n'a pas empêché jusqu'à ce jour notre société de développer son activité, mais nous restons très vigilants sur le risque de voir nos concurrents publics développer des pratiques de concurrence déloyale qui ont déjà eu cours dans le passé.*" L'évolution de l'activité de la société IETI Consultants, qui connaît une croissance soutenue et régulière, ainsi que les réponses de son président, laissent penser que son développement n'a pas été entravé par la présence d'IGN Conseil sur le marché du conseil en SIG.
66. Une autre entreprise concurrente, la société Réalia, qui réalise également l'intégralité de son chiffre d'affaires sur le marché concerné, a indiqué, dans une lettre du 20 octobre

2002, : "*Depuis 1995, nous avons pu identifier à trois reprises la présence d'IGN Conseil lors de réponses à des consultations auxquelles nous répondions également, sachant qu'il n'est pas toujours possible de connaître tous les concurrents*". Cette précision suggère que la participation d'IGN Conseil aux appels d'offres serait épisodique. La société Réalia ne donne, par ailleurs, aucun élément permettant de conclure à une quelconque perturbation du marché du fait de l'activité d'IGN Conseil. Son chiffre d'affaires et son résultat net ont augmenté entre 1998 et 2000.

67. La société GEOBS, spécialisée dans "*l'étude, le conseil et l'ingénierie en géomatique*" a vu, elle aussi, son activité croître rapidement et régulièrement entre 1999 et 2002. Elle ne fournit aucun élément révélant l'existence d'une perturbation de la concurrence. Si, parmi les neuf sociétés interrogées, quelques-unes reviennent sur la consultation de Dijon en jugeant très bas le tarif proposé par IGN Conseil, aucune d'elles n'apporte d'autre exemple de consultation où l'Institut aurait agi de même.
68. En outre, Monsieur Jean-Louis X... a indiqué, lors de la séance, qu'il n'avait plus rencontré l'IGN lors de consultations sur des marchés de conseil, après la consultation de Dijon. Plusieurs confrères lui ont confirmé avoir effectué les mêmes constatations.
69. Ainsi, l'instruction n'a permis d'établir aucun fait susceptible d'être qualifié au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce, à la charge de l'IGN.

Sur l'existence prétendue d'une négociation entre le District et l'IGN

70. Le plaignant reproche, enfin, au district de l'agglomération dijonnaise d'avoir procédé à une négociation avec le candidat retenu sur certains points du cahier des clauses techniques particulières, alors qu'il eût été "*plus judicieux pour le maître d'ouvrage d'engager cette négociation avec d'autres candidats afin de respecter le principe (...) d'une réelle mise en concurrence*". Mais cette affirmation est démentie par le président de la communauté de l'agglomération dijonnaise, qui a précisé, dans une lettre au rapporteur en date du 6 mars 2000 : "*Le District n'a pas engagé une "négociation" avec le candidat retenu mais simplement souhaité des précisions sur la teneur technique de l'offre*".
71. Au regard de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce, précitées.

DECISION

Article unique.- Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à l'encontre de l'Institut Géographique National.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Choné, par Mme Pasturel, vice-présidente, Mmes Behar-Touchais et Perrot ainsi que M. Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

La vice-présidente, présidant la séance,
Micheline Pasturel