



**Avis 04-A-12 du 30 juin 2004
relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par
l'Institut géographique national (IGN)**

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 2 février 2004 sous le numéro 04/0006 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi, sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet de décret relatif à l'Institut géographique national (IGN) ;

Vu le traité en date du 25 mars 1957, modifié, instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n°2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu les pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement, entendus au cours de la séance du 18 mai 2004.

Le représentant du ministère de l'Équipement, le Président du conseil national de l'information géographique (GNIG), le Directeur général de l'Institut géographique national (IGN), et le Secrétaire général de l'Association française de l'information géographique (Afigéo) entendus conformément aux dispositions de l'article L. 467-2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Le projet de décret examiné, en abrogeant le décret en vigueur n° 81-505 du 12 mai 1981 modifié, vise à rénover les statuts de l'IGN et à actualiser ses missions. Il comprend à ce dernier titre des dispositions nouvelles introduisant des droits exclusifs au bénéfice de l'établissement public ce qui conduit le gouvernement à solliciter l'avis du Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-2 du code de commerce qui prévoit une telle saisine pour tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant pour objet « *d'établir des droits exclusifs dans certaines zones* ».

2. Ce projet comprend vingt deux articles répartis en quatre titres. Seul le titre Ier, et notamment ses articles 2 et 3 relatifs aux missions de l'IGN, seront examinés dans le présent avis.
3. Il convient d'analyser, d'une part, le champ des missions confiées à l'IGN qui se répartissent en activités d'intérêt général et activités purement commerciales et, d'autre part, ce qui constitue la principale innovation du décret au regard du droit de la concurrence : l'attribution d'un droit exclusif à l'IGN pour la constitution, la mise à jour et la diffusion d'un référentiel géographique à grande échelle. En contrepartie de ces droits exclusifs, le texte encadre les conditions, notamment tarifaires, de mise à disposition et de réutilisation du référentiel par les opérateurs concurrents.
4. Les avis rendus par le Conseil national de l'information géographique (CNIG) placé auprès du ministre de l'équipement et l'Association française pour l'information géographique (Afigéo), bien que soulignant l'importance du référentiel à grande échelle, ont fait état de positions divergentes, notamment sur la question des droits exclusifs.
5. Des associations professionnelles de l'information géographique, des collectivités locales ont exprimé leurs réserves, voire leur désaccord sur des points aussi importants que la distinction entre les missions d'intérêt général et les missions purement commerciales exercées par l'IGN ou encore l'exclusivité instaurée au bénéfice de l'IGN pour la constitution, la mise à jour et la diffusion du référentiel à grande échelle.

I. Le secteur de l'information géographique

6. La notion d'information géographique a remplacé depuis les années 1980 celle de cartographie. L'informatisation de l'information géographique a donné jour à une nouvelle activité, la géomatique, qui permet l'élaboration de systèmes d'information géographique (SIG).
7. La production et le traitement de l'information géographique intéressent des métiers et des activités très variés : des fournisseurs d'équipements (caméras numériques aéroportées et autres matériels spécialisés...), des éditeurs de logiciels, des producteurs de données tels les géographes et les prestataires de services depuis l'ingénierie et le conseil (stés Géosys, Géobs) jusqu'à l'intégration des données.
8. S'agissant des données, trois segments sont identifiés : les producteurs de données, les éditeurs de données et les intégrateurs de données qui fournissent le produit fini, lequel est d'une extrême variété.
9. Certaines sociétés exercent dans deux segments à la fois, le plus souvent en étant producteurs et intégrateurs de données (la société Vision du ciel procède ainsi à la fois à des prises de vues aériennes et à l'intégration des systèmes d'information géographique). L'IGN est, quant à lui, à la fois producteur de données de référence et éditeur de données.
10. Selon la synthèse du colloque sur les tendances du marché de l'information géographique qui s'est tenu le 15 janvier 2004, le marché de l'information géographique est réparti entre des PME (51%), des industriels (21%) et des institutionnels (28%). Il se différencie par secteur d'activité entre conseil (1%), ingénierie et études (32%), logiciels (29%), données (24%), et matériels (14%).

A. UN ACTEUR PUBLIC : L'IGN

11. L'IGN est un établissement public de l'Etat créé en 1940. Il est actuellement soumis au décret n° 81-505 du 12 mai 1981. L'IGN est placé sous la tutelle du ministère de l'équipement. Ses ressources sont constituées de subventions versées par l'Etat et de recettes provenant de ses activités commerciales. En 2002, ses ressources se sont élevées à 118,51 millions d'euros dont 58,75 millions d'euros provenaient de subventions.
12. L'IGN exerce des activités variées qui présentent la particularité d'intégrer quatre fonctions : formation, recherche, production d'informations géographiques et commercialisation.
13. Parmi les activités exercées on peut citer l'établissement, l'entretien et la diffusion des réseaux géodésiques et de nivellement. L'IGN conduit des actions de recherche dans le domaine de l'information géographique. Il réalise régulièrement la couverture photographique aérienne du pays, il assure la formation initiale et continue de ses agents et tient à jour la documentation géographique institutionnelle. Il contribue aussi à la sécurité civile et militaire du pays.
14. En outre, l'IGN exerce des activités commerciales et produit des atlas routiers ainsi qu'une variété importante de cartes ; il a constitué 16 bases de données (BD), dont la BD cartographique et la base de données routières. Il réalise enfin des activités de valeur ajoutée en matière d'assistance technique, de conseil et de formation. Il a créé, en 1986, une filiale pour ses activités internationales (IFI).

B. L'ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'INFORMATION GÉOGRAPHIQUE.

15. Le développement de la numérisation et des nouvelles technologies a conduit à un usage généralisé de l'information géographique, qui a investi tous les domaines et intéresse aussi bien les collectivités publiques, que les professionnels ou le grand public .
16. Conséquence de cette évolution, le marché de l'information géographique s'est ouvert à la concurrence, de sorte que l'information géographique, qui était jusqu'au début des années 1980 une activité essentiellement administrative, est devenue aujourd'hui un secteur économique à part entière, qui est en croissance dans tous les pays développés.
17. Toutefois, deux rapports, remis au gouvernement en septembre 1999 et en juillet 2002, le rapport du député Lengagne et le rapport du Conseiller d'Etat Pochard, soulignent les difficultés de la France et de l'IGN en particulier à s'adapter à cette évolution. Tous deux entrevoient l'avenir de l'IGN à travers l'élaboration d'une infrastructure d'informations géographiques couvrant l'ensemble du territoire. Ces rapports peuvent être considérés comme à l'origine du texte soumis au Conseil, qui confie à l'IGN l'exclusivité pendant 6 ans de la réalisation, de la diffusion et de la mise à jour du référentiel à grande échelle.
18. Le référentiel à grande échelle est une base de données qui rassemble un ensemble d'informations géographiques numérisées de précision métrique servant d'infrastructure géographique sur l'ensemble du territoire national. Il comprend quatre composantes qui constituent elles-mêmes des bases de données compatibles entre elles, superposables et

interopérables contenant des données photographiques, topographiques, cadastrales et les adresses. Les composantes sont, quant à elles, constituées à partir d'autres données que détiennent l'IGN ou d'autres organismes (collectivités locales, cadastre, INSE, La Poste,...). Le coût du référentiel est évalué à 299,4 millions d'euros dont 199,3 millions seraient financés par la subvention versée par l'Etat et le surplus par les recettes commerciales de l'IGN. Sa réalisation est en partie sous-traitée, à raison de 15% pour l'orthophotographie, 20% pour la topographie et 75% pour le parcellaire. Le « *RGE* » est une marque déposée par l'IGN.

19. Ce référentiel répond à des besoins propres de l'Etat, liés à la maîtrise topographique du territoire en matière de défense nationale ou de prévention des risques, notamment. Il est également très attendu des collectivités locales et des entreprises en raison de la possibilité qu'il offrira d'associer une localisation à des informations de nature extrêmement diverse et constamment mises à jour (gestion des réseaux et de leur patrimoine par les collectivités locales, élaboration de stratégies de communication ciblées ou d'études d'implantation d'établissements nouveaux par les entreprises de distribution).
20. Par les multiples usages qu'il va offrir, ce nouvel instrument devrait permettre le développement d'un important marché aval.
21. Dès avant l'adoption d'un texte, l'IGN s'est lancé dans la réalisation de cette mission. sur la base de décisions interministérielles datées du 19 février 2001, et a amorcé l'élaboration d'un référentiel à grande échelle, de manière, notamment, à ce que le pays dispose, d'ici le 1^{er} janvier 2005, en application du règlement communautaire n° 1593/2000 du 17 juillet 2000, d'un système d'information géographique informatisé pour l'identification des parcelles agricoles, en vue, notamment, de l'attribution des aides de la PAC.
22. Le projet de décret qui organise les missions de l'IGN, établissement public, en assortissant l'une d'elles d'une exclusivité pose des questions de conformité avec le droit de la concurrence.

II. Le droit applicable

A. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

23. Le droit de la concurrence est entendu aussi bien dans ses dispositions de droit national que de droit communautaire, dès lors qu'il n'existe pas de seuil ou de pourcentage au-dessous duquel on peut considérer que les échanges entre Etats membres ne sont pas affectés (CJCE 27 novembre 2003, Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze). En outre, le coût prévisionnel du projet, de 300 M€ (164 M€, hors coûts de structure) et son caractère national, conduit à l'examiner au regard du droit communautaire et, en particulier, au regard des exceptions aux règles de la concurrence dont peuvent bénéficier les services d'intérêt économique général.
24. Appliquant les articles 81, 82 et 86 du traité instituant la communauté européenne, le droit communautaire de la concurrence pose comme principe que toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, constitue une activité économique et se trouve soumise aux règles de la concurrence, peu important que cette activité soit

exercée par une personne privée ou une personne publique (CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, arrêt CANCAVA du 17 février 1993).

25. En droit interne, l'article L. 410-1 du code de commerce dispose que : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* ».
26. Aux termes de la communication de la Commission européenne, publiée au JOCE du 19 janvier 2001, la notion de service d'intérêt économique général (SIEG), qui est issue du droit communautaire, désigne les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et qui sont soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas, en particulier, des services en matière de réseaux de transport, d'énergie, de communication. De nature économique, les SIEG sont soumis aux règles de la concurrence mais l'intérêt général qu'ils servent, peut justifier toutefois des exceptions qui leur permettent d'échapper à ces règles.
27. L'article 16 du traité consacre, en effet, au sein de l'Union, l'importance des services publics et dispose : « *...eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.* »
28. En vertu du principe de subsidiarité, les Etats membres disposent d'une liberté de définition du service d'intérêt général qu'a récemment encore rappelée le livre blanc sur les services d'intérêt général adopté par la Commission, le 12 mai dernier. La mission d'intérêt général doit cependant être clairement définie et confiée explicitement par un acte de la puissance publique. Il n'existe pas de liste limitative de ces services, la CJCE contrôlant au cas par cas l'application de cette notion.

B. L'OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS :

29. La Commission admet qu'un nombre limité, voire un seul opérateur, puisse se voir confier une mission d'intérêt général, tout en affirmant sa préférence, comme la Cour de justice, pour une dévolution par un recours à l'appel d'offres notamment pour l'attribution de cette mission sous la forme d'une concession (CJCE Téléautria 7.12.2000). La Commission précise encore que « *les pouvoirs publics peuvent assurer un financement adéquat qui permet aux opérateurs chargés du service public de s'acquitter de cette mission* » (point 18 de la Communication précitée).
30. Les droits exclusifs permettent d'échapper aux règles de la concurrence. Il ne peuvent être accordés que s'ils sont nécessaires à la réalisation de la mission d'intérêt général et proportionnés au but poursuivi. L'article 86.2 du Traité CE étant d'interprétation stricte, la charge de prouver qu'il est nécessaire de recourir aux droits exclusifs revient aux autorités publiques qui doivent démontrer qu'en l'absence de tels droits, l'entreprise serait placée dans l'impossibilité de remplir la mission qui lui a été confiée.
31. S'agissant de l'exigence de cette proportionnalité, la jurisprudence communautaire considère que l'intérêt de la Communauté ne doit pas être affecté par l'octroi de droits exclusifs (CJCE 10 décembre 1991 « *Merci convenzionali porto di Genova Spa* »).

c/Siderurgica Gabrielli Spa »). Ainsi, dans sa décision « *Denkavit Nederland* » 15/83 (CJCE 17 mai 1984), la Cour qui rappelle également cette exigence de proportionnalité précise que « *le droit exclusif (en l'espèce une concession) doit avoir une durée fixée de manière à ne pas restreindre la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* ».

32. L'octroi de tels droits doit, en outre, rester compatible avec les règles du Traité et notamment son article 82 sur l'interdiction de l'abus de position dominante. L'entreprise bénéficiaire ne doit pas, en effet, être conduite à abuser de la situation de monopole qui peut lui être ainsi accordée.
33. Enfin, la Commission insiste sur la nécessité d'une séparation des comptes des entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par un Etat membre au titre de l'article 86 § 1 ou 2 de manière à ne pas utiliser les recettes qu'elles tirent de leurs activités soumises à monopole pour subventionner leurs ventes dans d'autres secteurs et évincer ainsi de manière artificielle les concurrents.
34. En droit interne, le Conseil Constitutionnel, bien que ne se référant pas aux dispositions du traité de Rome, comme l'y invitaient les requérants, a rappelé qu'il était loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations justifiées par l'intérêt général « *à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ». Il a ainsi estimé dans sa décision du 16 janvier 2001 « *qu'en égard à l'intérêt général de l'objectif, le législateur a légitimement pu doter l'établissement public national...de droits exclusifs s'agissant de l'exécution des opérations de diagnostic et de fouilles d'archéologie préventive* ».
35. Deux ans plus tard, le Conseil d'Etat a, quant à lui, estimé que les conditions de réalisation des fouilles d'archéologie préventive, notamment la garantie de leur exécution sur l'ensemble du territoire national, sous contrôle de l'Etat, justifiait l'octroi de droits exclusifs au profit de l'établissement public devant les accomplir. (arrêt UNICEM du 30 avril 2003). Dans l'affaire Million et Marais, le Conseil d'Etat se référant à la théorie de l'abus automatique de position dominante, sur laquelle il s'était déjà fondé dans l'arrêt FFSA du 8 novembre 1996, a rappelé que le respect des règles de la concurrence interdisait « *à l'autorité publique de placer une entreprise en situation d'abuser d'une position dominante* » (CE 3 novembre 1997, sociétés Million et Marais, Intermarbre et Yonne funéraire).

III. Les questions de concurrence posées par le projet de décret

36. La première question concerne le droit exclusif confié pendant six ans à l'IGN pour constituer, diffuser et mettre à jour un référentiel à grande échelle répondant à des spécifications précises. La seconde intéresse la distinction faite entre les missions d'intérêt général et les autres missions, purement commerciales de l'IGN.

A. L'ORGANISATION D'UN DROIT EXCLUSIF AU PROFIT DE L'IGN

37. L'article 2i) du projet de décret confie à l'IGN la mission d'intérêt général « *de réaliser, diffuser et mettre à jour un « référentiel à grande échelle, dans les conditions précisées à l'article 3 ci-dessous ».*
38. L'article 3 I. du même projet prévoit que « l'Institut constitue, tient à jour et diffuse de façon exclusive pendant une durée de six ans ce référentiel géographique à grande échelle, sans préjudice des dispositions visées à l'alinéa IV ci-après. »
39. Ces dispositions, indissociables, confient une mission supplémentaire à l'IGN et instaurent, à son profit, un droit exclusif. Ce droit temporaire est assorti d'un financement partiel de l'Etat. En contrepartie, des contraintes sont mises à la charge de l'établissement public qui, non seulement, est obligé de réaliser la mission confiée mais, en outre, doit se plier à des règles précises de comptabilité, de tarification et d'accès aux informations contenues dans le référentiel.
40. Les questions posées par ce dispositif sont les suivantes : la constitution, la mise à jour et la diffusion du référentiel à grande échelle constituent-elles un service d'intérêt économique général ? Dans l'affirmative, ce service d'intérêt économique général peut-t-il être confié à l'IGN ? L'octroi de l'exclusivité, prévu par le projet de décret est-il pertinent et constitue-t-il une solution proportionnée à l'objectif recherché, compte-tenu notamment des obligations mises à la charge de l'IGN en contrepartie du monopole octroyé ?

1 LA CONSTITUTION, LA DIFFUSION ET LA MISE À JOUR DU RÉFÉRENTIEL À GRANDE ÉCHELLE EN TANT QUE SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL

41. Le Conseil de la concurrence retient les conclusions du rapport Pochard, selon lesquelles la constitution et l'exploitation du référentiel doivent être considérées comme un service de nature économique. Il aurait été un service purement administratif, et non un service économique, si la base de données avait uniquement été fournie à l'Etat pour un usage exclusivement administratif et s'il n'y avait pas de rémunération identifiée de la prestation. Or, bien au contraire, le référentiel a vocation à la commercialisation.
42. L'élaboration de la base de données en cause a pour objet de fournir à une grande variété d'utilisateurs, publics et privés, un ensemble cohérent d'informations à grande échelle de description du territoire, mis à jour en permanence, d'accès facile et à un coût prévisible. Le partage par tous de cet ensemble cohérent constitue la première condition pour que l'information circule, soit comprise, et puisse être combinée et traitée soit pour les besoins ponctuels des administrés, soit par les entreprises qui développeront, à partir de ce nouvel outil, des produits à valeur ajoutée.
43. Pourtant, de par sa taille, l'investissement qu'il représente et l'incertitude qui entoure la rentabilité économique de plusieurs de ses constituants, le référentiel à grande échelle, qui répond en partie à des besoins propres de l'Etat liés à la défense nationale et à la prévention des risques, ne semble pas pouvoir être réalisé par l'initiative privée. Il peut donc être conforme à l'intérêt général que la puissance publique constitue une infrastructure d'informations géographiques ouverte à tous et pour de nombreux usages compatibles entre eux. Pour l'IGN, le référentiel procéderait de la même démarche que celle qui a conduit, sous Louis XIV, à entreprendre le premier équipement géographique du pays connu sous le nom de carte de Cassini.

44. La détermination des service d'intérêt économique général (SIEG) étant laissée à l'appréciation des Etats, qui sont les mieux à même de définir leur intérêt général, sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste exercé par la Commission puis par la Cour de justice, il n'existe pas pour le Conseil de la concurrence de raison de considérer que la constitution, la diffusion et la mise à jour du référentiel à grande échelle ne puisse pas être considérée comme une mission d'intérêt général.

2 L'ATTRIBUTION À L'IGN DE LA MISSION DE CONSTITUER, DIFFUSER ET METTRE À JOUR LE RÉFÉRENTIEL À GRANDE ÉCHELLE

45. Le gouvernement a fait le choix de confier la mission précitée à un seul opérateur, l'IGN, opérateur public chargé d'une mission de service public pour une part de ses activités.
46. Ce choix s'appuie sur l'opinion que l'initiative privée serait défailante et ne serait pas à même d'assurer la réalisation complète du référentiel. On constate, en effet, que ce produit, que les opérateurs du marché aval disent être « *très attendu* », est coûteux (164 M€ hors frais de structure), alors que l'on sait peu de choses sur sa rentabilité future. Si l'on considère chacune des composantes du référentiel, il ressort de l'instruction que la composante « *ortho-photographique* » pourrait générer des recettes significatives. On peut également s'attendre à un certain succès de la composante « *adresse* » et un intérêt pour la composante « *parcelles* ». En revanche, il est établi que la composante topographique nécessite des investissements lourds et que sa rentabilité n'est pas assurée en raison d'une demande qui devrait être modeste.
47. L'ensemble de ces éléments conduit à admettre que la cohérence, l'ampleur et l'urgence du projet, que soulignent également les professionnels de la géomatique (Afigéo), peuvent conduire à concentrer tous les moyens financiers et humains nécessaires à sa réalisation sur un seul opérateur, au motif qu'une dispersion des moyens et l'absence de financement public seraient de nature à empêcher la réalisation de cet outil d'intérêt général.
48. En pratique, le choix d'un opérateur unique a été déjà fait et s'est porté sur l'IGN, sans qu'il y ait eu d'appel préalable à la concurrence.
49. Sur le marché de l'information géographique, existent des sociétés réalisant des photographies aériennes, des sociétés productrices de données, des sociétés éditrices de données et de logiciels ainsi que des sociétés capables d'intégrer des données. L'IGN aura d'ailleurs recours aux unes et aux autres en complément de son intervention pour assurer la complète réalisation du référentiel à grande échelle. Ainsi, par exemple, selon les documents transmis par l'IGN, pour la base de données « *Ortho* », 5 marchés ont été passés concernant plusieurs départements et ont été retenus les candidats Eurosense pour le Puy-de-Dôme, FIT pour le Cantal. Pour la base de données Topo, 3 marchés ont été passés retenant les candidats Infoterra pour le département des Ardennes, ou CHS pour plusieurs départements dont la Haute-Corse.
50. Selon l'IGN, ces sociétés, qui peuvent contribuer à la réalisation du référentiel dans des zones limitées, n'ont pas la capacité de réaliser en totalité le référentiel en cause. L'Afigéo a précisé, au contraire, que techniquement l'ensemble du référentiel pouvait être réalisé par des entreprises françaises ou étrangères, la cohérence de l'ensemble reposant sur des standards prédéfinis. Elle insiste cependant sur l'importance du rôle d'intégrateur qui doit être tenu par un opérateur unique. C'est en ce sens qu'elle interprète le projet de décret et de schéma actuellement mis en place, l'IGN conduisant l'ensemble du projet tout en

faisant appel à la sous-traitance ou en intégrant des données déjà numérisées par des collectivités locales.

51. L'instruction montre ainsi que les compétences de l'IGN sont reconnues par les professionnels (SPDG, Afigéo) dont les contestations se sont focalisées sur l'exclusivité de 6 ans consentie à l'IGN plutôt que sur la désignation de l'IGN par les pouvoirs publics pour la réalisation, la mise à jour et la diffusion du référentiel, dès lors que ce rôle privilégié n'est pas compris comme celui d'un monopole absolu mais plutôt comme celui d'un chef de file propre à dynamiser l'ensemble du secteur.
52. Il n'est pas contestable que l'IGN a pour vocation, depuis 60 ans, le développement de l'information géographique dont le référentiel à grande échelle est un nouvel outil. Cette vocation fait de lui quasiment le seul opérateur, au niveau national, capable de réaliser cette mission dans les contraintes de temps posées par le gouvernement. Cette situation est, d'ailleurs, comparable à celle d'autres pays européens qui, selon les explications de l'IGN, disposent déjà de référentiels nationaux créés et entretenus par leurs instituts géographiques nationaux.
53. Néanmoins, un appel d'offre, lancé sur la base d'un cahier des charges précisant les spécifications du référentiel attendu, aurait été techniquement possible. Dès lors, l'entreprise la mieux disante l'aurait emporté, ce qui aurait permis une évaluation mieux contrôlée du coût du référentiel. Cette entreprise titulaire aurait, d'ailleurs, pu être l'IGN.
54. Il convient de rappeler que, dans son arrêt Altmark, la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé (point 89 à 93 de l'arrêt) que *« lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public... n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de financer ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée... afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. »*
55. S'agissant des composantes ortho-photographique, parcellaire et adresse, une mise en concurrence n'aurait sans doute pas empêché l'intervention de l'IGN, en tant que maître d'œuvre et intégrateur, pour achever l'élaboration du référentiel.
56. Il est possible, cependant, d'admettre que cette solution aurait aussi présenté des inconvénients, notamment la gestion d'une certaine complexité du dispositif, et que l'unité du référentiel et les délais impartis pour sa réalisation sont des arguments sérieux qui ont pu conduire le gouvernement vers la solution la plus simple consistant à choisir un maître d'œuvre unique, l'IGN. Cette solution, toutefois, ne fait pas obstacle à un recours à la sous-traitance.

3 L'EXCLUSIVITÉ

57. Le ministère de l'équipement, porteur du projet de décret présentement examiné, défend l'exclusivité consentie par les brefs délais dans lesquels est attendu le référentiel à grande échelle, qui rendaient difficile le recours à de multiples appels d'offres. Il ajoute que la durée de six ans de cette exclusivité correspond au délai nécessaire à la constitution du référentiel. Il a toutefois été également indiqué, en séance, que l'établissement d'un droit exclusif était la seule voie possible pour régulariser, a posteriori, la commande d'une

couverture ortho-photographique du territoire national passée par le ministère de l'agriculture à l'IGN sans appel d'offre préalable.

58. Aucun autre élément du dossier n'établit la nécessité pour l'IGN de bénéficier d'une telle exclusivité pour remplir la mission qui lui a été confiée, ni à titre temporaire, ni à titre permanent, alors qu'il disposera, en tout état de cause, pour son référentiel à grande échelle, de la protection accordée par le droit de la propriété intellectuelle aux bases de données et aux marques.
59. Par ailleurs, la limitation à six ans de l'exclusivité accordée se justifie difficilement, s'agissant d'un référentiel dont la raison d'être tient à sa pérennité. Une telle limitation apparaît, en effet, en contradiction directe avec le caractère d'intérêt général reconnu à la mission de réaliser, diffuser et mettre à jour le référentiel à grande échelle, qui du fait même de son actualisation constante, devra être assurée au-delà des 6 ans de l'exclusivité.
60. S'il est vrai que le droit de la concurrence est favorable aux limitations dans le temps des droits exclusifs, encore faut-il que la durée retenue soit justifiée du point de vue de l'atteinte au marché. En général, la limitation temporelle a pour objet de permettre une remise en concurrence périodique pour l'attribution des droits exclusifs. Dès lors, la périodicité retenue pour cette remise en concurrence doit être fixée après examen de la situation concrète du marché, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce, selon les déclarations des rédacteurs du projet de décret. Enfin, dans les cas exceptionnels où la remise en concurrence n'est pas souhaitable, le droit de la concurrence et la théorie économique admettent la possibilité d'instaurer des monopoles légaux non limités dans le temps, à condition que leur activité soit encadrée par une régulation adéquate.
61. L'exclusivité de six ans est contestée de manière quasi unanime par les personnes publiques qui produisent des données et qui disposent, pour certaines, d'ores et déjà, d'un référentiel, ainsi que par les opérateurs privés actifs sur ces marchés, qui considèrent que la nécessité d'une exclusivité n'est pas établie et que son délai de six ans est arbitraire. Les collectivités locales Grand Lyon, l'association professionnelle des consultants indépendants en géomatique (APCIG), l'association des communautés urbaines de France (ACUF), l'association des maires de France (AMF), l'association des ingénieurs territoriaux de France (AITF) craignent que l'exclusivité ne les oblige à abandonner leur propre référentiel, plus adapté à leurs besoins, pour recourir au référentiel de l'IGN. Certaines d'entre elles, ainsi que d'autres organismes [l'Institut national de la statistique et des études (INSEE), l'AITF et l'association des départements de France (ADF)] considèrent que le projet de décret remet en cause les droits attachés à leur production. Le syndicat professionnel de la géomatique (SPDG) craint que cette exclusivité ne restreigne la concurrence en offrant à l'IGN un moyen supplémentaire de faire obstacle à la réutilisation des données.
62. Lors de la séance, l'Afigéo a indiqué que l'exclusivité pouvait être admise dès lors que l'IGN n'en ferait pas une application rigoureuse. Ainsi, les opérateurs du secteur semblent avoir eux-mêmes intégré l'idée que l'attribution des droits exclusifs était une facilité dont l'administration avait besoin pour régulariser une situation antérieure et, qu'en dehors de cet objet, il était tacitement admis que l'IGN n'en tirerait pas argument pour empêcher la concurrence privée de continuer à intervenir sur le marché des segments visés par le référentiel à grande échelle, notamment la production et le traitement des bases de données locales à l'échelle métrique.
63. A défaut de démonstration de la nécessité, dont la preuve incombe au Gouvernement, d'établir des droits exclusifs pour une partie de l'activité de l'IGN, le Conseil ne peut

qu'émettre un avis défavorable aux dispositions correspondantes de l'article 3 du projet de décret.

64. Il est d'avis de supprimer, dans le projet de décret, toute référence à l'exclusivité, notamment au deuxième alinéa de l'article 3. Pourrait, en revanche, être conservé sans changement le i) de l'article 2 qui confie à l'IGN la mission, partiellement financée sur fonds publics, de « *constituer, de diffuser et de mettre à jour le référentiel à grande échelle* ».
65. En outre, et même si la mission visée à l'article 2.i est confiée à l'IGN sans exclusivité, le Conseil est d'avis que des obligations doivent être mises à la charge de l'IGN afin de s'assurer que le référentiel d'informations géographiques qu'il aura réalisé avec un financement public soit mis au service du développement, non discriminatoire, du marché aval.

4 LES OBLIGATIONS MISES À LA CHARGE DE L'IGN EN CONTREPARTIE DE SA MISSION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

66. Ces obligations sont énoncées à l'article 3.III et IV. Elles sont la contrepartie de la mission confiée et du financement accordé pour sa réalisation. Les données d'intérêt général contenues dans le référentiel à grande échelle doivent être d'accès facile, tant techniquement que financièrement, et les principes de transparence et de non discrimination doivent être respectés. Ces données doivent donc être délivrées à toute personne en faisant la demande selon une tarification publiée et mise à jour régulièrement.
67. Ainsi, les dispositions précitées réservent-elles une faible marge de manœuvre à l'IGN, s'agissant du choix de ses contractants et des tarifs pratiqués. Elles prévoient, en effet, en premier lieu, que pour la définition des tarifs et des conditions de mise à disposition et de réutilisation du référentiel à grande échelle, l'IGN est tenu de respecter les principes de transparence et de non-discrimination. Elles précisent, en second lieu, que le « *total des recettes provenant de la mise à disposition et des autorisations de réutilisation de tout ou partie d'une composante du RGE ne dépasse pas le coût de constitution et de diffusion de cette composante* ». Enfin, il est spécifié que « *les conditions types de mise à disposition et de réutilisation ainsi que les tarifs applicables sont fixés à l'avance et publiés sous forme électronique* »... et que les tarifs applicables sont « *ajustés aux fins d'orientation vers les coûts au moins une fois par an* ».
68. Les termes de l'article 3. III et IV, relatifs à la définition des tarifs et des conditions de mise à disposition et de réutilisation au référentiel à grande échelle paraissent inspirés par la directive sur les données publiques non encore transposée ou par une application particulière des dispositions qui encadrent les SIEG ou encore par une application de la théorie des facilités essentielles et apparaissent conformes au droit de la concurrence. Le Conseil considère que ces dispositions sont pertinentes.
69. L'article 3. III, dernier alinéa, impose à l'IGN l'obligation de tenir une comptabilité rigoureuse de manière à ce que les charges et ressources relatives au référentiel grande échelle apparaissent distinctement au plan comptable, et rendent les subventions croisées impossibles.

Sur les spécifications du référentiel à grande échelle

70. L'article 3, alinéa 3, prévoit que les spécifications du référentiel à grande échelle seront précisées par un arrêté du ministre de l'équipement, pris après avis du CNIG. Cette disposition est fondamentale.
71. En effet, il est essentiel, du point de vue de la concurrence, que le marché aval conserve un espace économique suffisant pour développer des produits nouveaux à partir des données fournies par le référentiel. Dans ces conditions, il apparaît primordial que les spécifications du référentiel soient proportionnées à l'intérêt général recherché et soient définies de manière à ce que le référentiel à grande échelle reste un outil ouvert, simple et adaptable et non un produit susceptible de permettre à l'IGN de préempter ou d'assécher le marché aval.
72. Enfin, le Conseil relève une ambiguïté dans la rédaction du projet de décret en ce que la combinaison des articles 2.i et 3 peut laisser entendre que l'IGN a pour mission de constituer, diffuser et mettre à jour le référentiel à grande échelle dit « RGE ». Or le « RGE » a fait l'objet d'une marque déposée par l'IGN. Pour une plus grande clarté, il conviendrait de ne pas mêler l'objet technique, dont la réalisation est confiée à l'IGN, et la marque dont cet organisme est propriétaire. En conséquence, le Conseil est d'avis que les mentions relatives à l'acronyme « RGE » soient supprimées du projet de décret.

B. LES MISSIONS EXERCÉES PAR L'IGN

73. Dans son arrêt du 15 janvier 1990 « *Reinhardt c/ IGN* », le Tribunal des conflits a considéré que toutes les missions confiées à l'IGN par le décret de 1981, lucratives ou purement administratives, indissociables les unes des autres, servaient l'intérêt général et en a déduit que l'IGN constituait bien, dans son ensemble, un établissement public administratif et non un établissement industriel et commercial.
74. Pour sa part, le projet de texte tend à nuancer l'unité ainsi retenue par le Tribunal des Conflits en distinguant, en son article 2, les missions d'intérêt général confiées à l'IGN et celles l'autorisant à produire des produits dérivés. Il est utile de faire cette distinction puisque seules les missions d'intérêt général peuvent faire l'objet d'un financement public.
75. L'article 2.b confie à l'IGN, comme mission d'intérêt général la réalisation, le renouvellement périodique et la diffusion de la couverture photographique aérienne du territoire.
76. La description du secteur de l'information géographique qui a été précédemment faite montre que de nombreuses sociétés existent qui pourraient réaliser ces prestations dans le cadre d'un marché concurrentiel.
77. Toutefois, la connaissance complète et constamment actualisée du territoire national revêt un caractère stratégique et sert l'intérêt général en assurant la sécurité du territoire. Cette disposition qui ne prévoit pas d'exclusivité ne pose donc pas de difficultés au regard du droit de la concurrence .
78. Sur l'article 2.c, la production et la mise à jour des bases de données géographiques et des fonds cartographiques relèvent d'une mission d'intérêt général si elles concernent des données et des cartes de base (cartes 1/25000 ; cartes aéronautiques,..) mais il n'en est plus de même pour des fonds ou des données plus élaborés susceptibles de constituer des produits dérivés à valeur ajoutée, concurrents des produits d'autres sociétés du marché

(cartes à thèmes,..). Or l'IGN produit et édite quantité de cartes et plusieurs bases de données qui sont comprises dans ses activités de diffusion, lesquelles ont représenté, en 2002, un chiffre d'affaires d'environ 30 millions d'euros, selon le rapport d'activité 2002.

79. L'objet du projet de décret est, en effet, de limiter la mission de production et de mise à jour de l'IGN aux seuls bases de données géographiques et fonds cartographiques de base répondant à un service d'intérêt général. Cependant, en ne spécifiant pas ce que recouvrent ces produits de base et en réservant leur définition à un arrêté, le projet de texte ne met pas le Conseil de la concurrence en mesure de vérifier que l'IGN mène, au titre du 2.c) une simple mission de service public susceptible de financements sur fonds publics.
80. Si cette définition ne peut être inscrite dans un texte du niveau du décret, en raison de son caractère technique qui la rend évolutive, il conviendrait, à tout le moins, que l'arrêté du ministre chargé de l'équipement visé au 2.c soit pris après avis du Conseil national de l'information géographique (CNIG). Au cours de son audition par le rapporteur le jeudi 8 avril 2004, le Directeur général de l'IGN a d'ailleurs indiqué que le CNIG serait saisi pour avis de l'arrêté pris en application de l'article 2.c.
81. En conséquence, le Conseil est d'avis que le décret prévoit la saisine pour avis du CNIG en vue de l'élaboration de l'arrêté visé à l'article 2.c.
82. Enfin, une des conditions de la clarification entre activités purement commerciales et missions d'intérêt général est la tenue d'une comptabilité analytique distinguant les unes des autres. Or il apparaît que l'article 3 III prévoit seulement de distinguer, au plan comptable, les charges et recettes du référentiel à grande échelle, mais n'impose pas une comptabilité séparée pour l'ensemble des activités de service public de l'IGN. Il convient donc que cette obligation soit imposée à l'IGN afin qu'il dispose, si ce n'est déjà fait, d'une comptabilité permettant en toute clarté de suivre l'affectation des subventions qui lui sont accordées.
83. Lors de la séance, le directeur général de l'IGN a indiqué que l'IGN disposait d'ores et déjà d'une telle comptabilité. Il est cependant souhaitable que l'obligation de mettre en place et de maintenir une comptabilité analytique auditée par une autorité tierce, concernant l'ensemble des activités de service public de l'IGN, soit expressément prévue dans le décret.

CONCLUSION

84. Le Conseil considère que la constitution, la mise à jour et la diffusion du référentiel à grande échelle constituent un service d'intérêt économique général et que ce service peut être confié à l'IGN.
85. Le Conseil est, en revanche, défavorable à l'exclusivité accordée à l'article 3 I. alinéa 2 du projet de décret.
86. Le Conseil recommande que les spécifications du référentiel à grande échelle, qui seront définies par arrêté, garantissent que le référentiel sera un instrument simple et adaptable susceptible de laisser se développer le marché aval le plus dynamique possible.
87. Le Conseil estime pertinentes les dispositions III et IV de l'article 3 relatives à la définition des tarifs et des conditions de mise à disposition et de réutilisation du référentiel à grande échelle.
88. Le Conseil est d'avis que la mention de la marque déposée « RGE » devrait être supprimée du décret .

89. Le Conseil de la concurrence considère que la distinction, essentielle, entre missions d'intérêt général et missions commerciales doit se faire après avis du CNIG dont la consultation au titre de l'article 2 c devrait être prévue et qu'une comptabilité analytique auditée et séparée doit être imposée à l'IGN pour l'ensemble de ses activités de service public.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Oppelt-Reveneau, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents, Mme Perrot et M. Robin, membres.

La secrétaire de séance

Christine Charron

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence