



Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM)

Avis 20141556 - Séance du 30/10/2014

Maître X, conseil de la société X, a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 9 avril 2014, d'une demande d'avis portant :

- 1) sur la licéité du barème de redevance institué par le Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM) en 2013 pour la réutilisation des informations publiques qu'il détient ;
- 2) sur le refus du directeur général de ce service de lui communiquer tout élément de la comptabilité analytique du SHOM permettant de vérifier que les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 sont respectées.

A. Compétence de la commission

La commission note, à titre liminaire, que le Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM), établissement public de l'Etat à caractère administratif placé sous la tutelle du ministre de la défense et régi par les articles R3416-1 à R3416-30 du code de la défense, a pour mission de connaître et de décrire l'environnement physique marin, d'en prévoir l'évolution et d'assurer la diffusion des informations correspondantes.

La commission en déduit que revêtent le caractère d'informations publiques, au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, les informations contenues dans les documents produits par le SHOM dans le cadre de cette mission, sur lesquels les tiers ne détiennent pas de droits de propriété intellectuelle et qui ont fait l'objet d'une diffusion publique par le SHOM, notamment du fait de leur commercialisation directe par ce dernier (cf. conseil CADA n° 20070934 du 5 avril 2007 ; avis n° 20071023 du 3 mai 2007) ou sont communicables à toute personne qui le demande, tant en application de l'article 2 de la même loi qu'en application des articles L124-1 à L124-8 du code de l'environnement, sauf lorsque des motifs tirés du secret de la défense nationale, de la

conduite de la politique extérieure de la France, de la sûreté de l'État ou de la sécurité publique font obstacle à cette communication.

En vertu de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 déjà mentionné, toute personne qui le souhaite peut réutiliser ces informations publiques à d'autres fins. Cette réutilisation peut donner lieu au versement par le réutilisateur de redevances à l'établissement public dans les conditions fixées à l'article 15 de cette loi et aux articles 38 et 48-1 du décret du 30 décembre 2005 pris pour son application.

La commission estime que la décision du 8 janvier 2014 par laquelle le SHOM a refusé d'appliquer à la société X, au-delà du 28 février 2014, des conditions tarifaires de réutilisation plus favorables que celles que prévoient ses nouveaux barèmes publics constitue une décision défavorable en matière de réutilisation des informations publiques, au sens de l'article 21 de la loi, sur laquelle elle est compétente pour émettre un avis, notamment pour en apprécier la légalité (avis n° 20104684 du 21 décembre 2010).

B. Légalité des redevances contestées

1. Maintien du régime de redevance antérieur au 1er juillet 2011

La commission rappelle qu'aux termes de l'article 48-1 du décret du 30 décembre 2005, les redevances instituées au bénéfice de l'État ou de l'un de ses établissements publics à caractère administratif avant le 1er juillet 2011 demeurent soumises au régime en vigueur avant cette date, sous réserve que les informations ou catégories d'informations concernées soient inscrites, avant le 1er juillet 2012, sur une liste publiée sur un site internet créé sous l'autorité du Premier ministre. À défaut, les redevances instituées deviennent caduques et les titulaires de licences peuvent réutiliser les informations en cause gratuitement.

La commission constate qu'un avis publié au Journal officiel du 29 juin 2012, disponible sur le site internet Légifrance (www.legifrance.gouv.fr [<http://www.legifrance.gouv.fr>] ou www.legifrance.com [<http://www.legifrance.com>]), a rendu publique l'adresse électronique sécurisée à laquelle cette liste, ainsi que l'a vérifié la commission, reste accessible à tous sur l'internet : www.data.gouv.fr/fr/Redevances [<http://www.data.gouv.fr/fr/Redevances>]. Elle constate également qu'y figure, au titre du ministère de la défense, le régime de redevances de réutilisation institué par le conseil d'administration du SHOM par des délibérations des 17 novembre 2008 et 23 juin 2011.

La commission estime que si cette liste ne mentionne pas de manière individualisée les « produits cartographiques à usage AEM », le « Scan littoral », les « atlas de courants de marée en 2 D », les « courants de marée 2D » et les « courants de marée 3D », qui font l'objet de « tarifs de référence » propres dans les barèmes publics contestés, les informations correspondantes relèvent, selon le cas, et bien que la société X le conteste, de la catégorie des « données numériques vectorielles des cartes marines », de celle des « images numériques géoréférencées des cartes

marines », ou de celle des « données numériques de courants de marée », toutes inscrites sur la liste publiée le 29 juin 2012.

La commission considère par ailleurs que le maintien, grâce à l'inscription de ces catégories d'informations sur cette liste, du régime de redevance institué avant le 1er juillet 2011, ne fait pas obstacle à ce que, comme en l'espèce, l'autorité compétente révise par la suite le taux des redevances prévues dans le cadre de ce régime.

2. Principes de tarification applicables

La commission rappelle que la fixation des redevances de réutilisation par une autorité administrative autre que les établissements et institutions d'enseignement et de recherche et les établissements, organes ou services culturels, mentionnés à l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978, est régie par l'article 15 de la même loi, et non pas seulement par les principes qui se dégagent de la jurisprudence du Conseil d'État relative à la fixation des redevances pour service rendu.

Les dispositions de cet article assurent la transposition de celles de l'article 6 de la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, dans sa rédaction antérieure à sa modification par la directive 2013/37/UE du 26 juin 2013, dont l'échéance de transposition est fixée au 18 juillet 2015.

a) Facteurs à prendre en compte dans le calcul des redevances

Tout d'abord, malgré ce qui précède immédiatement, la commission observe qu'alors que l'article 6 de la directive ne fixe qu'une règle de plafonnement du total des recettes produites par les redevances de réutilisation, en fonction de coûts dont elle précise les modalités d'évaluation comptable et d'un « retour sur investissement raisonnable », l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 précise certaines des règles mêmes selon lesquelles les redevances doivent être établies, dans le respect du plafond.

Il ressort à cet égard des termes mêmes de cet article que « pour l'établissement des redevances l'administration (...) tient compte des coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes. /

L'administration peut aussi tenir compte des coûts de collecte et de production des informations et inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle ».

La commission en déduit que, pour l'établissement des redevances, l'administration peut combiner trois types de facteurs :

- une contribution aux coûts de mise à disposition, de collecte ou de production des informations qu'elle a effectivement supportés ;
- une rémunération des investissements afférents qu'elle a effectivement consentis, raisonnablement proportionnée à ces investissements ;
- lorsque l'administration détient sur les documents contenant les informations susceptibles d'être réutilisées des droits de propriété

intellectuelle à caractère patrimonial, une rémunération de ces droits, qui doit elle-même rester raisonnable.

La commission estime que, dans ce cadre, l'administration, qu'elle opte pour une tarification forfaitaire, pour une tarification à l'unité ou pour une tarification variant selon d'autres facteurs, ne peut légalement établir une redevance de réutilisation sur des bases étrangères aux trois séries de facteurs qui viennent d'être énumérées. Ainsi, contrairement à la faculté que la jurisprudence relative aux redevances pour services rendus (Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique, décision n° 293229-293254 publiée au Recueil Lebon), ouvre aux établissements et institutions d'enseignement et de recherche et aux établissements, organismes ou services culturels, auxquels ne s'imposent pas les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 (avis CADA n° 20111743 du 25 mai 2011 ; n° 20122417 du 5 juillet 2012), les autres autorités administratives ne peuvent établir une redevance de réutilisation des informations qu'ils fournissent en fonction de la valeur économique de cette prestation pour son bénéficiaire, si ce n'est, le cas échéant, au titre de la rémunération de droits de propriété intellectuelle, pour l'établissement de laquelle la loi ne donne aucune indication autre que l'obligation qu'elle reste raisonnable.

b) Non-discrimination et concurrence

La loi impose ensuite, conformément au droit de l'Union européenne et en harmonie avec l'ensemble du droit français, que les redevances soient fixées de manière non discriminatoires. En cohérence avec ce principe, elle dispose que lorsque l'administration utilise les informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même.

L'article 38 du décret du 30 décembre 2005 rappelle d'ailleurs que les conditions de réutilisation des informations publiques doivent être équitables, proportionnées et non discriminatoires pour des catégories comparables de réutilisation. Ces principes s'imposent notamment aux conditions tarifaires de réutilisation.

La commission rappelle elle-même que, d'une manière générale, le principe d'égalité s'oppose à ce que des réutilisateurs se trouvant dans une situation comparable soient traités de manière différente, et les principes généraux du droit de la concurrence interdisent la mise en place de conditions tarifaires de réutilisation qui ne seraient pas transparentes et orientées vers les coûts. Conformément à l'article L410-1 du code de commerce, la fixation des redevances doit se conformer aux dispositions de ce code relatives à la liberté des prix et à la concurrence, notamment celles qui, à l'article L420-2, prohibent les abus de position dominante.

c) Plafonnement du produit des redevances

Conformément, enfin, à la directive, la loi impose que le produit total des redevances, évalué sur une période comptable appropriée en fonction de l'amortissement des investissements, ne dépasse pas le total formé par les différents facteurs qui peuvent être pris en compte dans l'établissement des redevances. La commission considère que cette règle contribue également à assurer le principe d'une tarification orientée vers les coûts.

La commission estime aussi que, en accord avec le principe de non-discrimination et la règle d'égal traitement des activités commerciales de l'administration et des réutilisations des informations publiques par les tiers, le coût que l'administration s'impute à elle-même comme si elle se facturait le prix de l'utilisation commerciale de ses propres données doit être inclus dans l'évaluation du produit total des redevances et, puisqu'il ne correspond pas à un coût de collecte, de production ou de mise à disposition des informations, ne doit pas être pris en compte dans la détermination du plafond applicable à ce produit.

La commission estime également que ce plafond doit être respecté tant globalement que pour chaque type de réutilisation faisant l'objet d'une tarification distincte.

S'agissant enfin de la période appropriée d'évaluation des coûts, la commission considère que, dans le cas d'informations collectées, produites et mises à disposition moyennant des investissements récurrents faisant l'objet d'un amortissement linéaire, les coûts peuvent légitimement être évalués sur la durée de l'exercice comptable.

3. Application au cas d'espèce

En vue d'apprécier le respect par le SHOM des règles qui viennent d'être rappelées, la commission s'appuie sur l'ensemble des éléments fournis par cet établissement et par la société X, ainsi que sur les résultats de l'enquête à laquelle ont procédé sur place, auprès de l'établissement, l'un de ses membres et le rapporteur de l'affaire, conformément aux dispositions des articles 18 et 37 du décret du 30 décembre 2005 et à son avis du 3 juillet 2014.

a) Respect des règles d'établissement des redevances

La commission constate que, dans le cas d'une réutilisation commerciale des informations fournies par le SHOM, cet établissement demande l'acquittement de « redevances correspondant aux droits suivants : droit d'usage, droit de réutilisation commerciale, coût de mise à disposition », selon l'annexe C au modèle de licence de réutilisation commerciale des produits numériques du SHOM qui figure en annexe 8 aux barèmes publics 2014.

Ces trois composantes appellent les précisions suivantes :

– Le montant facturé au titre du coût de mise à disposition, dont le deuxième alinéa de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que l'administration tient compte pour l'établissement des redevances, est fixé forfaitairement à 300 euros H.T. par commande (page 52 des barèmes publics 2014).

L'analyse de la comptabilité du SHOM fait apparaître que ce tarif ne couvre qu'une partie des coûts effectivement supportés pour la mise à disposition des données, le coût des plates-formes de diffusion, notamment, n'étant pas inclus dans cette catégorie ni dans les deux autres composantes de la redevance définies par le SHOM.

L'établissement de cette redevance se conforme donc à la règle posée au deuxième alinéa de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978.

– Le « droit d'usage », également dénommé « tarif de référence » (page 47 des barèmes publics), est fixé par document, ou « produit » fourni au réutilisateur, selon les tarifs précisés pages 5 à 35 des barèmes publics, qui comportent près de 170 références de prix différentes. Il s'agit, selon le cas, soit d'un prix forfaitaire par produit, facturé une fois lors de la souscription de la licence de réutilisation et pour toute la durée de celle-ci – c'est-à-dire une année renouvelable deux fois par tacite reconduction – soit du prix fixe d'une période déterminée d'abonnement à la fourniture par le SHOM des données correspondantes. Le SHOM a indiqué à la commission que ces tarifs de référence tendent à la prise en charge des coûts de collecte et de production des informations réutilisées.

La commission constate, en rapprochant les barèmes publics et les éléments issus de la comptabilité analytique du SHOM, que les « tarifs de référence » sont fixés à des niveaux n'assurant qu'une faible récupération, auprès des réutilisateurs, des coûts de collecte et de production des informations correspondantes. En particulier, s'agissant des images numériques géoréférencées des cartes marines, au format GéoTIFF, et des données vectorielles au format S-57, couvertes par la licence délivrée à la société X, le tarif de référence, fixé à 29,70 euros HT et 39,70 euros HT par carte marine respectivement, n'assure, par les produits qu'il permet au SHOM de collecter, qu'une compensation minimale des coûts de collecte et de production que font apparaître les coûts d'exploitation par produits correspondants pour les années 2011, 2012 et 2013.

Cette redevance est donc établie dans des conditions conformes aux dispositions de la première phrase du troisième de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978.

– Le « droit de réutilisation commerciale » est facturé annuellement selon une formule de calcul qui revient à asséoir le montant de cette redevance sur le chiffre d'affaires du réutilisateur pour le produit dérivé dans lequel il incorpore des données fournies par l'établissement public, en proportion de la part des données ainsi fournies et pour une quotité de cette valeur dont l'établissement a décidé de porter le taux de 15 à 35 % :

$$R = P \times T \times V \times D,$$

où R est le montant du droit de réutilisation commerciale, P le prix de gros unitaire, hors taxe, du produit dérivé, V, le volume des ventes de ce produit, en nombre d'exemplaires, D, le pourcentage de données empruntées aux produits du SHOM contenues dans le produit dérivé et T le taux fixé par le SHOM.

La commission considère qu'en l'absence, dans cette formule de calcul, de tout facteur lié aux coûts supportés par l'établissement ou aux

investissement qu'il a consentis, cette redevance ne peut être regardée comme établie en prenant en compte les coûts de production, de collecte ou de mise à disposition des données, ou une rémunération raisonnable des investissements de l'établissement. Le directeur général du SHOM a informé la commission qu'elle correspondait à la rémunération des droits de propriété intellectuelle que détient l'établissement sur les documents dont sont issues les données réutilisées.

La commission estime que le SHOM détient effectivement, en premier lieu, des droits d'auteur sur les cartes marines qu'il dresse. Elle note, à cet égard, que les 11° et 12° de l'article L112-2 du code de la propriété intellectuelle mentionnent les cartes géographiques et les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie et à la topographie parmi les œuvres de l'esprit au sens de ce code. Elle estime, en l'espèce, que ces cartes marines portent la marque, exigée par la jurisprudence, de l'originalité des choix opérés par leur auteur tant parmi les données brutes à représenter, que quant au mode de représentation adéquat, et à la disposition des représentations d'informations retenues. Elle considère que ces cartes présentent le caractère d'œuvres collectives de l'esprit qui, étant créées sur l'initiative de l'établissement public, qui les édite, les publie et les divulgue sous sa direction et son nom et alors que la contribution personnelle des divers auteurs participant à leur élaboration se fond dans l'ensemble que chacune forme, sont la propriété de l'établissement, conformément aux articles L113-2 et L113-5 du code de la propriété intellectuelle.

En second lieu, la commission estime que le SHOM possède également sur ses bases de données des droits de propriété intellectuelle à caractère patrimonial, conformément à l'article L341-1 du code de la propriété intellectuelle, du fait du caractère substantiel de l'investissement financier, matériel et, s'agissant des agents intervenant à cette fin en son sein et pour son compte, humain, qu'exigent – indépendamment des moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu de ces bases de données, que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation regarde comme ne pouvant être pris en compte – la constitution, la vérification et la présentation de ces bases de données, notamment au fil de leur actualisation permanente, et que font apparaître les comptes d'exploitation par produit 2011, 2012 et 2013.

La commission constate que, pour l'établissement d'une redevance assurant la rémunération de droits de propriété intellectuelle, l'utilisation d'une formule de calcul exclusivement assise sur le chiffre d'affaires du réutilisateur imputable à la revente des informations fournies par l'administration correspond à l'une des modalités de rémunération prévues par l'article L131-4 du code de la propriété intellectuelle en faveur de l'auteur qui cède tout ou partie de ses droits, consistant en une participation proportionnelle aux recettes venant de la vente ou de l'exploitation de son œuvre, et n'est pas prohibée par l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978.

La commission estime que pour apprécier le caractère raisonnable de cette redevance, il n'y a pas lieu, contrairement à ce que soutient le SHOM,

d'en rapporter le montant acquitté par le réutilisateur au chiffre d'affaires total correspondant aux produits dérivés dans lesquels sont incorporés des données fournies par l'administration, sans tenir compte de la proportion de ces données par rapport à toutes celles qu'intègre le produit dérivé. En effet, l'administration n'est fondée à percevoir de recettes que sur les ventes à la réalisation desquelles contribuent les données qu'elle a fournies, et dans la seule mesure de cette contribution.

Aussi la commission estime-t-elle qu'il y a lieu en l'espèce d'apprécier le caractère raisonnable du taux de royalties de 35 % sur les ventes auquel équivaut la formule de calcul retenue par le SHOM, par comparaison avec les prix pratiqués sur le marché pertinent.

À cet égard, la commission précise, en premier lieu, qu'elle n'a connaissance d'aucune contestation de ce taux qui émanerait de réutilisateurs effectifs ou potentiels des cartes et données produites par le SHOM autre que la société X. Elle relève, en deuxième lieu, que le SHOM justifie, par la production de l'accord qu'il a passé avec le service hydrographique britannique (United Kingdom Hydrographic Office), que ce taux de 35 % est pratiqué pour leurs échanges réciproques de données. Il ressort par ailleurs d'une décision de la cour suprême du Danemark en date du 6 février 2014, produite par le SHOM, que l'établissement danois homologue (Geodatastyrelsen, ou Danish Geodata Agency) demande des royalties au taux de 40 %, et que l'organisme suédois selon un modèle de licence également produit par le SHOM (Sjöfartsverket, ou Swedish Maritime Administration) demande soit des royalties de 25 %, complétées par un droit fixe, soit des royalties de 35 %, pour un droit fixe réduit de moitié. Enfin, la commission note, d'un point de vue plus large, englobant le marché des données hydrographiques dans le contexte plus général de l'exploitation des résultats de prestations intellectuelle, que le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, approuvé par arrêté ministériel du 16 septembre 2009, qui ne s'impose pas aux collectivités publiques mais qu'il leur est loisible de rendre applicable aux marchés qu'elle passe et y a effectivement largement vocation, prévoit, dans l'hypothèse où le titulaire du marché conserve des droits d'exploitation sur les résultats de ses prestations, le versement au pouvoir adjudicateur d'une redevance calculée sur la base d'une assiette de 30 % des sommes hors taxes qu'il encaisse du fait de cette exploitation.

La commission déduit de ces éléments que le taux de royalties demandé par le SHOM correspond aux prix pratiqués sur le marché des données hydrographiques, et n'est donc pas déraisonnable.

Cette troisième redevance est donc établie sans méconnaître les dispositions de la première phrase du troisième alinéa de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978.

b) Respect des règles de non-discrimination et de concurrence

La commission constate que les barèmes publics établis par le SHOM pour la réutilisation commerciale de ses données s'appliquent à tous les réutilisateurs, sans distinction, et que l'établissement s'impute à lui-même

des coûts calculés selon les mêmes modalités. Ces redevances ne sont donc pas fixées de manière discriminatoire et sont également conformes aux dispositions du dernier alinéa de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978.

La commission considère, par ailleurs, compte tenu des considérations qui précèdent, et en l'absence d'élément que la société X ferait valoir distinctement de ceux sur lesquels elle se fonde pour contester la conformité aux autres règles applicables des redevances demandées par le SHOM que ces redevances ne procèdent pas d'un abus de position dominante de sa part.

c) Respect du plafonnement légal du produit des redevances

Il ressort des documents de la comptabilité analytique du SHOM portés à la connaissance de la commission que pour chacun des deux types de produits au format GéoTIFF et S-57 fournis par le SHOM à la société X, le produit total des redevances perçues, dans leurs trois composantes décrites ci-dessus, de la part des réutilisateurs ou imputées par le SHOM à la commercialisation directe, par lui-même, de ses propres produits est très largement inférieure, à la somme, telle qu'elle ressort de ses comptes d'exploitation par produit, des coûts de collecte, de production et de mise à disposition des données qui y sont contenues, déterminés sans y inclure ni les redevances que le SHOM s'impute à lui-même pour la commercialisation directe de ces produits, ni le coût des bâtiments hydrographiques de la marine utilisés pour la collecte des données, non supporté par le SHOM : le produit des redevances couvre de l'ordre de 22 % du coût des données au format GéoTIFF et de l'ordre de 4 % du cout des données au format S-57.

La commission en déduit, sans même qu'il soit besoin de déterminer le niveau effectif du plafond légal en ajoutant à la somme des coûts de production, de collecte et de mise à disposition des données une rémunération raisonnable des investissements et une rémunération raisonnable des droits de propriété intellectuelle, que le produit total des redevances perçues des tiers ou imputables à l'activité commerciale propre du SHOM reste très inférieur à ce plafond.

d) Conclusion

La commission conclut de l'ensemble de ce qui précède que le tarif des redevances demandées par le SHOM à la société X est conforme aux dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 comme à l'ensemble des autres règles applicables.

La commission émet donc un avis défavorable à la révision, en faveur de la société X, du montant des redevances dues au SHOM.

C. Communicabilité des éléments tirés de la comptabilité analytique de l'établissement

La commission estime que la comptabilité analytique du SHOM, qui retrace les conditions dans lesquelles celui-ci assure l'exécution de ses missions de service public et est donc établie dans le cadre de ces

missions, présente le caractère d'un document administratif, au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978. Contrairement à ce qu'indique le directeur général de cet établissement, cette comptabilité ne peut être regardée comme présentant un caractère préparatoire à une décision administrative qui n'aurait pas encore été prise. Elle est donc, en l'absence d'autre motif de refus de communication invoqué par l'établissement et admis par la loi, communicable à toute personne qui le demande, en application de l'article 2 de cette loi du 17 juillet 1978.

La commission émet donc un avis favorable à la communication des documents comptables sollicités par la société X.

RETOUR