



Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001
relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions
de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 30 mars 2000 sous le numéro A 301, par laquelle le Conseil d'État, en application de l'article L. 462-3 du code de commerce, a demandé l'avis du Conseil de la concurrence sur un litige opposant la société Cegedim à l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) et portant sur les conditions de commercialisation par l'INSEE des informations contenues dans le répertoire SIRENE ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion et de l'INSEE entendus lors de la séance du 19 septembre 2001 ;

Première partie : description du secteur d'activité

A. - LES PRODUITS ET LES OPÉRATEURS

1. Les fichiers d'informations sur les entreprises

A partir des années 1980, les activités utilisant des fichiers d'informations sur les entreprises ont connu une forte croissance en raison, notamment :

- du développement de techniques informatiques qui ont rendu possibles des traitements de base de données de plus en plus complexes ;
- du développement des techniques d'accès en ligne à l'information ;
- d'une demande en forte expansion de la part des entreprises pour leurs besoins en marketing direct mais aussi en matière de renseignement commercial et financier et de recouvrement de créance.

Le marketing direct peut se définir comme toute forme de communication et de vente s'adressant directement au client et recouvrant des prestations diverses comme le mailing, les éditions publicitaires, les prospectus, le marketing téléphonique. Il représente, selon une étude France Pub, réalisée par Havas et la Comareg, le premier moyen de communication des entreprises françaises. Selon cette étude les dépenses des entreprises pour le marketing direct en 1999 sont estimées à 55 milliards de francs, avec une progression de 6,2 % des investissements entre 1999 et 2000.

Les activités de diffusion de fichiers d'informations sur les entreprises regroupent notamment :

La location d'adresses

Il s'agit de listes de prospects extraits de bases de données informatisées établies à partir de critères de segmentation permettant de cibler un type de clientèle. Ces fichiers sont loués au client pour servir aux opérations de marketing direct par voie postale pour un usage unique (le fichier est le plus souvent remis directement au premier prestataire de la chaîne de routage).

La fourniture de produits de renseignements commerciaux

Il s'agit de fichiers d'informations économiques ou financières à haute valeur ajoutée destinés à satisfaire des besoins de renseignements commerciaux venant des entreprises. Ils sont le plus souvent consultables en ligne, sur cédérom (en lecture seulement) ou sur annuaire. Des entreprises comme Dun & Bradstreet et Coface-SCRL, notamment, sont actives dans ce secteur.

La mise à disposition de fichiers d'informations sur les entreprises

Les entreprises peuvent chercher à acquérir des bases de données sur les entreprises pour des besoins plus larges que celui de la réalisation immédiate d'une action commerciale (par exemple, pour servir de base à la constitution d'un fichier commercial ou de promotions). A la différence de la location, le fichier est alors mis à la disposition du client pour un usage multiple. Bien souvent, le client n'est alors pas seulement intéressé par une liste d'adresses mais également par un ensemble de rubriques (ainsi, distingue-t-on dans le cas du répertoire SIRENE, adresses et notices). La mise à disposition de fichiers s'accompagne en général de commandes de mises à jour. Il peut s'agir également d'enrichissement de fichiers détenus par un tiers. On peut distinguer dans ce secteur très hétérogène plusieurs catégories de fichiers, notamment :

- les fichiers généralistes : ces fichiers contiennent des informations moins riches que les fichiers spécialisés mais ils sont plus volumineux et plus exhaustifs. L'exhaustivité de ces fichiers en fait leur spécificité et leur confère un caractère non substituable avec des fichiers plus spécialisés. C'est le cas des fichiers publics tels que le répertoire SIRENE et le RNCS (registre national du commerce et des sociétés). Ces derniers ne couvrent pas strictement le même spectre d'entreprises et ne sont donc que partiellement substituables entre eux ;
- divers types de fichiers répondant à des critères thématiques divers : certaines sociétés sont spécialisées dans la constitution de fichiers dans un domaine particulier, sur un secteur d'activité notamment (la société Cegedim, par exemple, est spécialisée dans le secteur de la santé).

Pour alimenter leurs fichiers et effectuer les mises à jour nécessaires, les professionnels du secteur de l'information sur les entreprises doivent disposer d'un certain nombre de sources de renseignement. En effet, la multiplication des sources permet d'enrichir les fichiers, d'optimiser la mise à jour des données, et de confronter les données les unes aux autres. Outre les sources institutionnelles, les professionnels ont recours à des partenariats, notamment avec des assureurs, banques et autres organismes financiers et, à des enquêtes systématiques sur les dirigeants et les changements d'adresses.

Parmi les bases de données publiques évoquées ci-dessus, on peut citer :

- le fichier SIRENE de l'Institut national de la statistique et des études économiques (ci-après l'INSEE) ;
- l'annuaire pages jaunes de France Telecom ;
- le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) ;
- les données recueillies par les Centres de formalités des entreprises, accessibles auprès des chambres de commerce et des chambres de métier ;
- les informations détenues par les greffes de tribunaux de commerce, notamment les bilans des entreprises.

Le fichier SIRENE est une base de référence et constitue, selon les professionnels du secteur, la source de renseignements la plus sollicitée par les annonceurs intéressés par la clientèle des entreprises. L'INSEE a en charge dans ses missions légales les activités de production et de gestion du répertoire SIRENE. Il exerce également une activité de diffusion commerciale du répertoire. D'autre part, certaines entreprises, comme la société Cegedim, ont une activité de rediffusion du répertoire SIRENE.

2. Les activités de l'INSEE concernant le répertoire SIRENE

L'INSEE est une direction du ministère de l'économie des finances et de l'industrie, dont une des activités consiste en la production du "*Répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements*", appelé SIRENE, issu d'un fichier des établissements datant de 1942 et créé sous sa forme actuelle par un décret du 14 mars 1973. Ce répertoire a pour mission d'enregistrer "*l'état civil*" des entreprises et leurs principales caractéristiques économiques, sociales et juridiques. A chaque unité gérée, est attribué un numéro unique, appelé SIREN (pour les entreprises) ou SIRET (pour les établissements).

a) La gestion du fichier SIRENE

Le fichier de production brut obtenu à partir d'informations issues d'enquêtes ou provenant de fichiers d'origine administrative, doit faire l'objet d'opérations de contrôles, corrections et codification, visant à rendre les données utilisables. A ce stade, le fichier obtenu, dit "*fichier de production contrôlée*", permet de répondre aux besoins internes de l'INSEE relatifs à sa double mission : administrative et statistique. Créé à l'origine pour des besoins inter-administratifs, le répertoire SIRENE permet une normalisation des objets gérés et des variables de l'information transmise. De plus, l'attribution à chaque entreprise et à

chaque établissement d'un identifiant unique, dont l'usage s'impose à l'ensemble de l'administration et à l'entreprise elle-même, autorise un appariement simplifié des sources administratives, permettant d'obtenir de nombreuses informations sociales, économiques juridiques, sans recourir à des enquêtes. Il constitue de ce fait un outil et une source statistiques essentiels. Pour plus de détails, on peut se reporter aux articles suivants publiés dans la revue *Le courrier des statistiques* n° 75-76 de décembre 1995 : *Le répertoire SIRENE* et *Le système inter-administratif et SIRENE*.

b) La diffusion du répertoire SIRENE

Le décret n° 73-314 du 14 mars 1973 prévoit en son article 14 la communication des données contenues dans le répertoire SIRENE. L'application des alinéas 1 et 2 qui disposent que l'INSEE communique un certain nombre de données aux personnes inscrites et aux "*associés*" de SIRENE relève de la gestion administrative du répertoire SIRENE. Les dispositions de l'alinéa 3 qui prévoit que l'INSEE est autorisé à diffuser les données issues du fichier SIRENE à la demande d'organismes autres que les "*associés*" de SIRENE, recouvrent la diffusion dite commerciale de SIRENE.

- Les produits SIRENE mis à la disposition du public

Les produits SIRENE mis à la disposition du public sont issus d'une base de données spécifique, constituée à partir du répertoire principal et dénommée "*SIRENE diffusion*". En effet, les données brutes du répertoire ne peuvent pas être mises directement à la disposition du public car elles comportent des informations confidentielles (notamment les dates de naissance), ou des données relatives à des entreprises qui ont demandé expressément, comme la loi les y autorise, à ne pas figurer dans le fichier de diffusion ; par ailleurs, certaines données ne sont pas directement utilisables. Le fichier brut ou "*fichier de production contrôlée*" doit faire l'objet d'opérations complémentaires (mise aux normes, suppression des codes de gestion, application des règles de secret, d'opposition à la diffusion pour certaines unités, enrichissement, codifications supplémentaires, documentation) permettant d'aboutir au fichier "*SIRENE diffusion*". L'INSEE est ainsi amené à réaliser un important travail d'amélioration et d'enrichissement des informations.

- Les conditions de commercialisation du répertoire SIRENE

Tous les utilisateurs des produits SIRENE sont soumis aux conditions générales de commercialisation desdits produits. Ils n'acquièrent pas la propriété des données contenues dans ces produits mais seulement un droit d'usage. Des licences de deux types peuvent être souscrites : les unes pour usage final, les autres pour rediffusion.

L'organisme qui souscrit une licence d'usage final s'engage à n'utiliser les données que pour ses besoins internes propres (enrichissement ou constitution de fichiers de clients, de fournisseurs ou de prospects, opérations de marketing direct) et, donc, à ne pas communiquer ces données à des tiers. Les licences d'usage final peuvent être souscrites soit directement auprès de l'INSEE soit auprès des rediffuseurs. Les entreprises peuvent acquérir le droit d'usage de l'ensemble du répertoire ou seulement d'extraits, selon différents formats (variant selon la richesse des informations contenues). Ces licenciés peuvent s'abonner

aux mises à jour, selon une périodicité hebdomadaire, mensuelle, trimestrielle ou semestrielle. Ils peuvent acquérir soit un droit d'usage unique sur les données du répertoire (dans ce cas, les données ne peuvent être utilisées qu'une seule fois, par exemple pour une opération de marketing direct), soit un droit d'usage multiple (dans ce cas, le fichier est mis à disposition de l'utilisateur final).

La licence de rediffusion autorise au contraire son détenteur à céder les données du répertoire SIRENE à d'autres utilisateurs. La rediffusion suppose l'acquisition du répertoire France entière et la souscription d'un abonnement aux mises à jour. Les licences de rediffusion en vigueur sous le régime de l'arrêté du 16 avril 1996 autorisaient leur bénéficiaire à ne céder les données contenues dans le répertoire SIRENE que pour un usage unique. Les licences de rediffusion en vigueur sous le régime de l'arrêté du 11 août 1998 autorisent désormais aussi la communication à des tiers pour usage multiple.

Outre la mise à disposition des données issues du répertoire SIRENE, il existe une opération dite "sirenage" qui consiste à rapprocher du répertoire SIRENE un fichier d'entreprises ou d'établissements communiqué par le client afin de valider les informations contenues dans ce fichier, de les rectifier ou de les compléter. Cette opération, qui n'était pas autorisée par les licences en vigueur sous le régime de l'arrêté du 16 avril 1996, est désormais possible pour les rediffuseurs.

c) Le répertoire SIRENE au regard de la propriété intellectuelle

Selon les termes des conditions générales de commercialisation des produits SIRENE, les utilisateurs de ces produits n'acquièrent pas la propriété des données qui y sont contenues mais seulement un droit d'usage.

Dans un arrêt du 10 juillet 1996, le Conseil d'État, saisi par les sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion d'un recours en annulation des dispositions réglementaires portant sur la tarification de diffusion du répertoire SIRENE (notamment le décret n° 95-171 du 17 février 1995), a reconnu au profit de l'INSEE en ce qui concerne le répertoire SIRENE des droits relevant de la propriété intellectuelle : "*Considérant (...) que le répertoire SIRENE, (...), constitue non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises ; qu'en outre, l'INSEE ajoute aux données brutes qui lui sont fournies par les entreprises, des informations qu'il élabore, relatives notamment au chiffre d'affaires, au taux d'exportation et à l'implantation géographique des entreprises ; que l'ensemble ainsi susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes en vue de sa rediffusion par celles-ci, constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective pouvant légalement inclure des droits relevant de la propriété intellectuelle au profit de l'INSEE, donc de l'État*". Le Conseil d'État en déduit : "*Que l'article 8 de l'arrêté [NDRL : arrêté du 21 mars 1995 du ministre de l'économie relatif aux conditions de tarification s'appliquant à la diffusion des données du répertoire SIRENE] qui reconnaît au bénéfice de l'INSEE des "droits privatifs" "sur les produits informationnels tirés du répertoire SIRENE ainsi que sur les supports d'enregistrement qu'il utilise", et qui soumet, au titre de ces droits privatifs, les bénéficiaires d'une licence de rediffusion à l'obligation d'acquitter à l'INSEE une redevance de rediffusion, (...), ne méconnaît aucune disposition du code de la propriété intellectuelle*".

La notion de base de données fait aujourd'hui l'objet d'une définition légale posée par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 : "*On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen*". Cette loi apporte une extension de la protection des bases de données par rapport à celle prévue par le droit d'auteur. En effet, selon la jurisprudence communément admise, le droit d'auteur s'attache à la forme des créations, et requiert, s'agissant des bases de données, une structure originale, l'originalité devant résider dans la présentation ou la sélection des données. Le droit reconnu au producteur d'une base de données par la loi du 1^{er} juillet 1998 vise à protéger l'investissement, l'originalité n'étant pas être un critère requis. Dès lors que la présentation des données est structurée ("*systématique et méthodique*"), une base de données est éligible à la protection juridique du producteur. Le tribunal de commerce de Paris, dans un jugement rendu le 18 juin 1999, a ainsi considéré que les annuaires de France Télécom satisfont à ce critère et bénéficient de ce fait de la protection légale accordée par la loi du 1^{er} juillet 1998. Ce droit de propriété intellectuelle spécifique ne fait pas obstacle à l'existence éventuelle d'un droit d'auteur.

Il n'est pas douteux, dans ces conditions, que l'État détient un droit de propriété intellectuelle sur le fichier SIRENE. L'étendue de la protection ainsi reconnue est définie par les articles L. 342-1 à L. 342-5 du code de la propriété intellectuelle. En particulier, le détenteur de droits a la possibilité d'interdire l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle de la base. Les droits peuvent être cédés ou faire l'objet d'une licence. En vertu des règles de droit commun de la propriété intellectuelle, le détenteur des droits fixe en principe librement le prix de la cession et le niveau de la redevance.

3. Les rediffuseurs du répertoire SIRENE et leurs activités

Les rediffuseurs, au nombre desquels on compte la société Cegedim, doivent souscrire auprès de l'INSEE une licence de rediffusion qui les autorise, sous certaines conditions, à céder les données du répertoire SIRENE à d'autres utilisateurs. Ils préparent le fichier SIRENE de façon à le rendre plus opérationnel, notamment pour des opérations de marketing direct. Ils mettent en avant leur souplesse et leur rapidité de réaction, qualités qui sont appréciées par les annonceurs. A titre indicatif, les travaux effectués par Cegedim sur la base du répertoire SIRENE concernent les opérations suivantes :

- normalisation postale pour assurer aux clients les tarifs postaux les plus bas ;
- meilleure présentation des adresses, travaux de restructuration (adresses, raison sociale, abréviation type) afin de permettre une édition normalisée sur 6 lignes ;
- rachat et traitement des NPAI ("*n'habite pas à l'adresse indiquée*") afin d'améliorer la distribution postale ;
- collecte et traitement de radiations (constitue un point faible de l'INSEE selon la société Cegedim) ;
- enrichissement du fichier (notamment avec ajout des numéros de téléphone et de télécopie) ;
- mise en place des systèmes de gestion permettant de multiples segmentations croisées afin de mieux définir les cibles de prospection des clients finals.

Il est possible de classer les rediffuseurs en deux catégories suivant l'usage qu'ils font du répertoire

SIRENE :

- les professionnels du marketing direct, parmi lesquels se trouvent la société saisissante et dont un certain nombre sont affiliés au SNCD (syndicat national du marketing direct) ;
- les rediffuseurs d'informations commerciales, parmi lesquels on trouve Dun & Bradstreet, et Coface-SCRL.

Toutefois, la frontière entre ces deux catégories s'estompe de plus en plus. A la mi 2001, on compte 19 rediffuseurs du répertoire SIRENE.

La société Cegedim, qui a saisi le Conseil d'État de la requête ayant donné lieu à la présente demande d'avis, est une société anonyme au capital de 1 008 000 F qui intervient, notamment, dans trois secteurs d'activité : les services en informatique (la collecte, le traitement, et l'analyse des données, l'audit, la fourniture des matériels et des consommables informatiques, développement de logiciels), la santé (gestion des forces de vente des laboratoires, études de marketing, traitement des statistiques de vente du secteur) et la communication. Son département "*Communication directe*" commercialise depuis 1981 le fichier SIRENE. Elle indique que sur cette activité SIRENE, elle a réalisé un chiffre d'affaire de 2,74 MF pour l'année 1996, en régression par rapport au chiffre d'affaire des années précédentes (3,04 MF en 1993, 2,85 MF en 1994, 2,78 MF en 1995). La société Cegedim offre également à ses clients des prestations de marketing direct à service complet (incluant les opérations de colisage, distribution, routage).

B.- LA VENTE PAR L'INSEE DE PRODUITS DÉRIVÉS ISSUS DU RÉPERTOIRE SIRENE

La vente au public des produits issus du répertoire SIRENE est prévue par le décret en Conseil d'État n° 95-171 du 17 février 1995 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, selon lequel la communication par l'INSEE à des particuliers ou à des organismes privés ou publics autres que l'État de données extraites des fichiers qu'il détient, ainsi que la cession de droits de reproduction ou de diffusion desdites données, peut donner lieu à rémunération. L'article 2 du décret renvoie à un arrêté du ministre chargé de l'économie la fixation des tarifs correspondants. A ce jour, trois arrêtés, datés du 21 mars 1995, du 19 avril 1996 et du 11 août 1998, ont été pris en application du décret précité. Le dernier d'entre eux définit les conditions tarifaires objet du présent avis.

1. Les principes de tarification de l'INSEE

Dans un article intitulé "*la politique de cession et de tarification de l'INSEE*", paru dans la revue *Courrier des statistiques* (décembre 1993 numéro 67-68), l'INSEE expose le principe de base selon lequel les tarifs ont pour objet de concourir à la couverture des coûts de diffusion engagés, précisant que le coût de production des données a déjà été pris en charge par la collectivité nationale. Ce principe semble être en accord avec les recommandations adressées par le Premier ministre à toutes les administrations dans une circulaire en date du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques : "*Le principe général est que les coûts de collecte et de production des données ne sont pas à prendre en compte lorsqu'ils ont déjà été pris en charge par la collectivité au titre de ses tâches ordinaires*". La circulaire fixe ensuite certaines règles relatives aux composantes de coût pouvant être pris en compte.

Le système de tarification de l'INSEE comprend deux composantes : le droit d'accès et les coûts de mise à disposition.

a) Le droit d'accès

La composante "*droit d'accès*" de la tarification correspond aux coûts engagés pour passer du "*fichier de production contrôlé*" au fichier "*SIRENE diffusion*", comprenant les coûts de fonctionnement, et l'investissement initial amorti sur une certaine période (10 ans). Le droit d'accès s'applique à l'ensemble des utilisateurs finals des données, qu'ils se soient adressés à l'INSEE ou aux rediffuseurs pour se les procurer.

Le rediffuseur doit, à son tour, acquitter à l'INSEE, outre une rémunération initiale pour la communication du fichier SIRENE France entière et une rémunération annuelle pour l'abonnement aux mises à jour, une redevance de rediffusion. Le montant de cette redevance est calculé en fonction de la masse de données effectivement rediffusées. Afin de contrôler que les redevances perçues sont proportionnelles au volume des données SIRENE rediffusées, l'INSEE a mis en place, par l'intermédiaire d'une société d'audit, un système lui permettant de vérifier les déclarations faites par les rediffuseurs.

b) Les frais de mise à disposition

Ils couvrent les opérations réalisées pour délivrer le produit au client à partir de la base de diffusion, et comprennent :

- les éléments concernant l'outillage développé autour de la base pour faciliter les opérations de sélection, extraction, tabulation ;
- les coûts humains et informatiques liés au traitement de la demande dans le cas d'une demande spécifique ;
- les coûts du support ;
- les coûts de promotion et de commercialisation.

2. Historique des droits d'accès versés par les rediffuseurs à l'INSEE

On constate l'existence de trois phases dans l'application du système tarifaire de l'INSEE :

Avant l'entrée en application de l'arrêté du ministre de l'économie en date du 23 décembre 1992

Durant cette période, l'INSEE appliquait aux rediffuseurs une redevance forfaitaire correspondant au montant de l'abonnement aux mises à jour. On peut noter une forte augmentation de cette redevance entre 1981 et 1992.

Date	1981	1983	Arrêté du 14/08/87	Arrêté du 13/01/89
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (base semestrielle) :			
	2 x 25 000 soit	2 x 90 000 soit	2 x 136 000 soit	2 x 150 000 soit
	50 000 F / an	180 000 F / an	272 000 F / an	300 000 F / an

De l'entrée en application de l'arrêté du ministre de l'économie en date du 23 décembre 1992 à son annulation par le Conseil d'État par un arrêt du 6 janvier 1995 :

En 1992, l'INSEE a souhaité modifier les conditions de la tarification de la commercialisation des fichiers SIRENE. C'est ainsi que, par arrêté du 23/12/92, le ministre de l'économie et des finances a décidé de substituer à une tarification forfaitaire un système de redevance proportionnelle à l'importance de la rediffusion réalisée à partir des données SIRENE, renvoyant à une décision du directeur général de l'INSEE le soin de fixer le barème de la redevance applicable.

Date	Décision INSEE 31/12/92	Décision INSEE 08/07/93
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (base mensuelle)	- Mise à jour (base mensuelle)
	250 000 F / an	250 000 F / an
	- Redevance dégressive par adresse louée :	- Redevance fixe par adresse louée :
	n < 3 millions : 16 cF	du 31/12/93 au 31/12/95 : 8 cF
	3 < n < 10 millions : 11,7 cF	
	10 < n < 30 millions : 10 cF	
	30 < n < 60 millions : 7 cF	
	n > 60 millions : 5 cF	

A la suite d'une demande d'annulation formée par la société Direct Mail promotion, l'arrêté du 23 décembre 1992 a été annulé par un arrêt du Conseil d'État du 6 janvier 1995 au motif que le principe de la redevance "devait, en tout état de cause être fixé par décret en Conseil d'État" et cette annulation a donné lieu au remboursement par l'INSEE des dites redevances.

A partir de l'entrée en application du décret n° 95-171 du 17 février 1995

A la suite de l'annulation de l'arrêté du 23 décembre 1992, le Premier ministre a pris, le 17 février 1995, un décret en Conseil d'État relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, lequel

reconnait à l'INSEE, dans son article 1^{er}, le droit de se faire rémunérer au moyen d'une redevance pour la cession de droits de reproduction ou de diffusion de données extraites du répertoire SIRENE. Ce système tarifaire, fixé dans les formes voulues par la loi (à savoir un décret en Conseil d'État), n'introduit pas de changement notable sur le plan économique par rapport à la situation précédente. Une évolution importante interviendra cependant avec l'instauration, par l'arrêté du 11 août 1998, d'une redevance de 20 centimes pour les produits à usage multiple autorisés à la rediffusion.

Date	Arrêté du 21/03/95	Arrêté du 16/04/96	Arrêté du 11/08/98
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (périodicité mensuelle) : 250 000 F / an	- Mise à jour (périodicité mensuelle) : 250 000 F / an	- Mise à jour (périodicité mensuelle) : 225 000 F / an
	- Redevance par unité : location : 8 cF	- Redevance par unité : location : 8 cF	- Redevance par unité : location : 8 cF cession : 20 cF

La société Cegedim et la société Direct Mail Promotion, qui est également rediffuseur du répertoire SIRENE, ont saisi en avril 1995 le Conseil d'État d'un recours en annulation du décret du 17 février 1995 fondé sur le motif que la redevance de rediffusion ne satisfaisait pas aux conditions légales des redevances pour services rendus. Le Conseil d'État dans son arrêt du 10 juillet 1996 a estimé qu'il convenait d'apprécier la rémunération de l'INSEE "au regard des règles législatives régissant tant les services rendus que l'exercice de droits privatifs venant s'ajouter au coût des services" et n'a pas remis en cause dans son principe la légalité d'une telle redevance. Estimant par ailleurs qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que "le ministre de l'économie ait fixé des tarifs dont le montant serait manifestement disproportionné par rapport au coût des services rendus", il a rejeté les requêtes des deux sociétés.

3. Les conditions tarifaires définies par l'arrêté du 11 août 1998

Vente directe des produits SIRENE

- Fourniture du répertoire France entière (usage unique ou usage multiple) : 400 000 F ;
- Fournitures d'extraits du répertoire :

n = Nombre d'unités	Usage unique (prix en F)	Usage multiple (prix en F)
de 1 à 10000	400 + 0,36 n	400 + 0,59 n
de 10001 à 100000	900 + 0,31 n	1600 + 0,47 n
de 100001 à 500000	5900 + 0,26 n	9600 + 0,39 n
de 500001 à 1000000	45900 + 0,18 n	84600 + 0,24 n

plus de 1000000	175900 + 0,05 n	274600 + 0,05 n
-----------------	-----------------	-----------------

- Abonnements annuels aux mises à jour :

Mises à jour du répertoire SIRENE France entière

Type d'abonnement	Prix (en F) selon la périodicité des livraisons			
	semestrielle	trimestrielle	mensuelle	hebdomadaire
Mises à jour	145 000	180 000	225 000	sans objet
Événements	sans objet	sans objet	225 000	325 000

Mises à jour d'une sélection de notices

Montant de l'abonnement	Périodicité des livraisons		
	semestrielle	trimestrielle	mensuelle
% du prix de la sélection de notices	40 %	50 %	62,5 %
minimum de perception (en F)	400	800	2 400

- "Sirenage" : $3000 + 0,8 n$ F où n est le nombre d'enregistrements fournis par le client ;
- Modulation des tarifs en fonction du nombre de postes ayant accès aux données du SIRENE :

Nombre de postes	Multiplicateur du tarif de base	
	jusqu'au 30/06/99	A partir du 01/07/99
1 à 5 postes	1	1
6 à 50 postes	1,3	1,3
51 postes et plus	1,3	1,6

Tarifs pour la rediffusion

- Communication du répertoire SIRENE France entière : 400000 F ;
- Abonnement annuel aux mises à jour du répertoire France entière : 325 000 F (périodicité hebdomadaire) ou 225 000 F (périodicité mensuelle) ;
- Redevance par unité documentaire rediffusée : 8 cF (usage unique) ; 20 cF. (usage multiple).

Il y a lieu de noter qu'en pratique, l'INSEE opère un plafonnement des redevances pour usage multiple versées par les rediffuseurs. Bien que non prévu par l'arrêté du 11 août 1998, ce plafonnement est prévu par les licences de rediffusion accordées par l'INSEE. En effet, l'article 10 ("*conditions financières*") § 4 indique que pour les produits à usage multiple "*le montant de la redevance sera plafonné à celui obtenu en multipliant le prix du fichier France entière par le coefficient de la seconde tranche du barème multiposte prévu par le tarif*". Ce coefficient étant égal à 1,3, cette disposition induit un plafonnement de la redevance à 400 000 F x 1,3, soit 520 000 F, ce qui fait que le montant de la redevance pour les produits à usage multiple n'augmente plus au delà de 2,6 millions d'adresses cédées.

Deuxième partie : l'analyse concurrentielle

A.- LA CONTESTATION DES TARIFS

1. La saisine directe du Conseil de la concurrence

Les sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion ont saisi le Conseil de la concurrence des conditions de commercialisation du répertoire SIRENE fixées par l'INSEE. Dans sa lettre de saisine déposée le 4 juillet 1997, la société Cegedim dénonce les conditions définies dans l'arrêté du 19 avril 1996. Dans son mémoire complémentaire enregistré le 20 mai 1998, elle anticipe sur les conditions de tarification définies dans l'arrêté du 11 août 1998, qui selon elle, ne sont pas de nature à faire évoluer les pratiques reprochées à l'INSEE. La société Direct Mail Promotion, dans sa lettre de saisine en date du 19 février 1999, dénonce également les conditions définies dans l'arrêté du 11 août 1998. Les pratiques dénoncées par les deux sociétés sont les suivantes :

Le caractère discriminatoire de la tarification pratiquée par l'INSEE

La société Cegedim dénonce les conditions de tarification discriminatoires pratiquées par l'INSEE entre l'utilisateur final et le rediffuseur. Elle estime que l'INSEE profite de son monopole sur l'activité de constitution du répertoire SIRENE pour vendre directement à des utilisateurs finals, par le biais de licences d'usage final, des informations du fichier SIRENE à un prix inférieur à celui pratiqué par les rediffuseurs compte tenu de la redevance que doivent verser ces derniers. Elle dénonce :

- le coût de 8 centimes par unité documentaire diffusée pour usage unique et le coût de 20 centimes par unité documentaire diffusée pour usage multiple. Ces niveaux de coût révèlent, selon elle, l'absence de péréquation entre la redevance demandée aux rediffuseurs et celle perçue par l'INSEE lors de la vente aux utilisateurs finals ;
- l'absence de caractère dégressif de la redevance versée par le rediffuseur en fonction du nombre d'adresses rediffusées.

Le caractère prédateur des prix pratiqués par l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals

Selon la société Cegedim, le prix pratiqué par l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals ne répond à aucune

notion de prix de revient et présente un caractère abusivement bas, visant à écarter les rediffuseurs du secteur de la commercialisation des produits SIRENE.

Par décision en date de ce même jour (Cf. annexe I), le Conseil de la concurrence a déclaré ces saisines irrecevables, les pratiques en cause résultant d'arrêtés ministériels ayant pris la forme d'actes administratifs mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

2. La demande d'avis du Conseil d'État

La société Cegedim a formé devant le Conseil d'État, le 23 octobre 1998, un recours en annulation de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 11 août 1998. Le 15 mars 2000, la Haute Assemblée a sursis à statuer et demandé au Conseil de la concurrence de lui rendre un avis sur la qualification des pratiques tarifaires définies dans l'arrêté du 11 août 1998, en application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu L. 420-2 du code de commerce) : *"Avant-dire-droit sur les conclusions de la requête de la société Cegedim contre l'arrêté du 11 août 1998 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le Conseil de la concurrence sera invité par le Conseil d'État à lui fournir tous éléments d'appréciation susceptibles de lui permettre de déterminer si les tarifs que l'INSEE est autorisé à pratiquer pour la cession d'éléments du fichier SIRENE constituent des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986"*.

B.- LES ARGUMENTS DE LA SOCIÉTÉ CEGEDIM ET LA MÉTHODE QUI SERA SUIVIE PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Selon la société Cegedim, les conditions financières que lui impose l'INSEE pour l'accès au répertoire SIRENE ne lui permettent pas de vendre des fichiers à ses clients à des conditions aussi avantageuses que celles pratiquées par l'INSEE lorsqu'il vend ou loue des fichiers à des clients finaux : il s'agirait de ce que l'on appelle un *"effet de ciseau"*.

Il est exact que le droit de la concurrence s'intéresse aux effets de ciseau dans la situation suivante :

- Une entreprise en position dominante dispose seule d'un bien ou d'un service indispensable pour pratiquer une autre activité sur un marché concurrentiel ; ce bien ou ce service n'est ni substituable par un autre ni reproductible à un coût économique raisonnable ; on parle en général à son sujet de *"facilité essentielle"* ;
- L'entreprise en position dominante est également présente sur le marché concurrentiel, dit marché aval ;
- Elle accepte de céder le bien ou le service d'amont, aux entreprises qui en ont besoin pour être actives sur le marché d'aval ;
- Cependant, le niveau relatif des tarifs pratiqués par l'entreprise dominante sur le marché amont, d'une part, vis-à-vis de ses concurrents et sur le marché aval, d'autre part, vis-à-vis des clients finaux, est tel que les concurrents, une fois qu'ils ont acquis le bien ou service indispensable et supporté leurs charges propres, ne sont pas en mesure de vendre leur produit sur le marché aval à un prix compétitif par rapport à celui pratiqué par l'entreprise dominante sur ce même marché.

L'existence d'un tel effet de ciseau ne suffit pas à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle mais elle peut en être le symptôme. L'effet de ciseau peut en effet résulter :

- Soit du niveau excessif des charges propres du concurrent, qui est moins efficace que l'entreprise dominante pour produire le bien d'aval à partir du bien d'amont ; cette situation est indifférente aux autorités de concurrence ; c'est pourquoi il est généralement admis qu'un effet de ciseau au sens strict n'existe que si les tarifs d'aval de l'opérateur dominant ont un effet d'éviction sur tout opérateur concurrent au moins aussi efficace que l'opérateur dominant ;
- Soit du niveau artificiellement bas du prix pratiqué par l'entreprise dominante sur le marché d'aval, ce qui peut constituer une pratique anticoncurrentielle si ce prix est qualifiable de "*prix prédateur*" ;
- Soit du fait que l'entreprise dominante se cède à elle-même le produit essentiel qu'elle est seule à fournir sur le marché amont à des conditions plus favorables que celle qu'elle consent à ses concurrents, ce qui n'est interdit par le droit de la concurrence que lorsque la théorie de la "*facilité essentielle*" est applicable.

Dès lors que, dans la présente affaire, un effet de ciseau est invoqué, la démarche du Conseil sera la suivante :

- Vérification de la réalité de l'effet de ciseau apparent ; dans le cas où l'effet de ciseau apparent n'existe pas, il sera inutile de procéder à un examen approfondi des questions de concurrence ;
- Si un effet de ciseau est détecté, il sera vérifié si une pratique de prix prédateur peut être constatée ;
- Il sera également vérifié si la théorie des facilités essentielles est applicable et, en cas de réponse positive, si l'INSEE autorise l'accès à une telle facilité dans des conditions discriminatoires.

C.- IL N'APPARAÎT PAS QUE LA TARIFICATION PRATIQUÉE PAR L'INSEE, PRISE DANS SON ENSEMBLE, PROVOQUE UN EFFET DE CISEAU TARIFAIRE DE NATURE À GÊNER L'ACTIVITÉ DES OPÉRATEURS QUI LUI FONT CONCURRENCE

On supposera, pour le moment, que l'INSEE et les autres opérateurs qui cèdent à des clients finaux des fichiers de prospection sont en concurrence sur un ou plusieurs marchés et que tous ces fichiers ne peuvent être produits qu'en recourant aux informations contenues dans le fichier SIRENE. Par ailleurs, le niveau précis des coûts de l'INSEE n'ayant pas été mis en évidence par l'instruction, on se bornera à rechercher un éventuel effet de ciseau apparent : en son absence, l'impossibilité d'accéder au marché n'est pas établie et il est inutile de s'intéresser à l'efficacité relative de l'opérateur dominant et de ses concurrents.

Dans une telle configuration hypothétique, les opérateurs privés ne peuvent être durablement actifs sur le marché des fichiers de prospection que si le prix de vente de leurs produits est attractif par rapport à celui pratiqué par l'INSEE sur ce même marché aval. En outre, le chiffre d'affaires ainsi réalisé doit leur permettre de s'acquitter des diverses sommes demandées par l'INSEE en contrepartie de l'acquisition et de la rediffusion du fichier SIRENE. La combinaison des tarifs amont et aval pratiqués par l'INSEE peut produire un effet de ciseau si les opérateurs, en alignant leurs tarifs d'aval sur ceux de l'INSEE et en rémunérant ce dernier, ne sont pas en mesure de dégager une marge brute suffisante pour couvrir leurs

coûts propres et dégager une marge nette. Certes, lorsque les rediffuseurs procèdent à des opérations d'amélioration et d'enrichissement des unités figurant dans le répertoire SIRENE, il n'y a pas, par définition, de caractère strictement équivalent entre le produit fourni par l'INSEE et celui commercialisé par les rediffuseurs. Mais, dans une première étape, il est plus facile de rechercher l'existence d'un effet de ciseau en ne considérant que la seule activité d'extraction et de rediffusion du fichier extrait, sans enrichissement ni retraitement. Si, dans cette hypothèse, il n'y a pas d'effet de ciseau, il n'y aura pas *a fortiori* de difficulté pour les opérateurs qui pratiquent, en outre, de telles activités complémentaires.

Les coûts encourus par l'activité du rediffuseur peuvent être classés en trois catégories : le montant des redevances versées à l'INSEE, les coûts liés à l'acquisition et à la mise à jour du répertoire SIRENE et les autres charges propres à l'activité de rediffusion (coût du personnel, coût des moyens et coût de commercialisation), auxquelles il convient d'ajouter une marge raisonnable. Pour apprécier si les rediffuseurs peuvent fixer leur prix à un niveau compétitif avec celui de l'INSEE, il convient de déterminer le montant restant au rediffuseur supposé couvrir le coût de son activité, compte tenu de la déduction du montant des redevances et du coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE sur les tarifs pratiqués par l'INSEE.

Du fait de la structure des coûts répartis en coûts fixes et coûts variables, il est évident que de très petits opérateurs ont de fortes chances de ne pas pouvoir amortir par leurs ventes le coût d'acquisition du fichier. Il est donc nécessaire, pour rechercher s'il existe un effet de ciseau, de se baser sur un opérateur d'une taille suffisante, eu égard aux caractéristiques du marché.

Soit, par exemple, un opérateur hypothétique, réalisant un chiffre d'affaire inférieur à celui de la société Cegedim, et dont les ventes se répartiraient de la façon suivante (cette répartition est conforme à ce que l'on observe chez les opérateurs réellement actifs sur le marché) :

Nombre d'adresses fournies	Nombre de commandes	Nombre d'unités
5000	200	1 000 000
10 000	100	1 000 000
100 000	20	2 000 000
500 000	5	2 500 000
1 million	2	2 000 000
2 millions	1	2 000 000
Total :		10 500 000

Si cet opérateur hypothétique aligne ses prix sur ceux pratiqués par l'INSEE pour ses produits avals, il réalisera un chiffre d'affaires de 3,1 millions de francs. Cet opérateur doit payer à l'INSEE un certain nombre de charges :

- Des charges fixes, soit 400 000 F pour l'acquisition de répertoire et 325 000 F annuels pour sa mise à jour ; avec une hypothèse d'amortissement sur 10 ans de l'acquisition initiale, ces charges représentent un coût annuel de 365 000 F, soit, en arrondissant, 400 000 F ;
- Des charges variables correspondant aux redevances ; la structure des commandes envisagée pour l'opérateur hypothétique le conduiront à verser à l'INSEE 900 000 F de redevances annuelles.

La marge brute de l'opérateur serait donc de 1,8 MF. Dans l'hypothèse précédente, où les prix de vente des produits finis ont été alignés sur ceux pratiqués par l'INSEE sur le marché aval parce que ces produits seraient exactement de même nature que ceux vendus par l'INSEE (fichiers non enrichis), les charges propres que doit supporter l'opérateur pour être actif sur le marché sont les suivantes :

- coût du personnel nécessaire pour réaliser les opérations de lecture, extraction (opération consistant à sélectionner dans un fichier un sous-ensemble de données préexistantes), tri, et tabulation des fichiers ;
- coût des moyens machine, du développement des outils logiciels en prenant en compte une durée d'amortissement ;
- coût de commercialisation (marketing).

Dans ses observations, la société Cegedim évalue ses propres charges à 1,7 millions de francs de charges de rediffusion, déduction faite des charges d'enrichissement des produits SIRENE. Ces charges correspondent à un volume réel d'adresses louées égal à 12 millions d'unités, supérieur au volume de l'opérateur hypothétique ici considéré.

Ce niveau constitue donc un plafond pour l'opérateur hypothétique qui dégagerait tout de même, sur cette base, une marge annuelle nette de 0,1 MF.

Il résulte de ce qui précède que les opérateurs de taille raisonnable peuvent vendre des fichiers fabriqués par extraction de données à partir de répertoire SIRENE à des prix comparables à ceux pratiqués par l'INSEE pour des fichiers comparables tout en dégagant une marge nette significative. L'affirmation de base de la société Cegedim n'étant pas établie, il n'est donc pas nécessaire de se livrer à une analyse concurrentielle des pratiques invoquées dans la saisine.

D.- TOUTEFOIS, IL EXISTE DES DIFFICULTÉS PROPRES A CERTAINS TYPES DE PRODUITS

Sans qu'il soit nécessaire ici de reproduire tous les tests qui ont été effectués par le rapporteur du Conseil, et qui ont été soumis au contradictoire à l'occasion de la notification du rapport, le présent avis s'attachera à tirer les conséquences de la difficulté détectée par le rapporteur en ce qui concerne les fichiers d'entreprises de grande taille et qui justifie que soit menée une analyse concurrentielle complète.

1. La définition des marchés

Les fichiers d'informations sur les entreprises se trouvent au cœur d'activités variées comme le marketing

direct et les services de renseignement commerciaux. Il existe, d'ailleurs, deux types de rediffuseurs : les rediffuseurs de fichiers pour le marketing direct et les rediffuseurs d'informations commerciales. Le secteur concerné est ici celui des fichiers d'informations sur les entreprises à usage de marketing direct.

a) L'existence de marchés des fichiers de prospection sur les entreprises

La réalisation d'opérations de marketing direct suppose au préalable la constitution de listes de prospects extraits de bases de données informatisées par la mise en oeuvre de techniques plus ou moins élaborées, consistant, par exemple, en des extractions à partir de critères de segmentation ou en des opérations de déduplication (traitement permettant de rapprocher des adresses présumées identiques lors de la confrontation de fichiers différents). Pour alimenter leurs fichiers et effectuer les mises à jour nécessaires, les professionnels vont devoir disposer d'un certain nombre de sources de renseignement. En effet, la multiplication des sources permet d'enrichir les fichiers, d'optimiser la mise à jour des données, de confronter les données les une aux autres. Outre les sources institutionnelles, les professionnels ont recours, notamment, à des partenariats avec des assureurs, banques et autres organismes financiers, à des enquêtes systématiques sur les dirigeants et les changements d'adresses et cherchent à avoir accès à des fichiers clients d'entreprises, riches en information.

L'INSEE commercialise ainsi lui-même un certain nombre de produits ou services à partir du répertoire SIRENE, parmi lesquels se trouvent les produits de location (adresses extraites du répertoire SIRENE pour opération de marketing direct à usage unique), les produits de cession et mise à jour (mise à disposition d'extraits du répertoire pour usage multiple et livraison des mises à jour) et les prestations de "sirenage" (mise en concordance d'un fichier client avec le répertoire SIRENE). Les manipulations réalisées par l'INSEE sur le répertoire SIRENE pour élaborer les différents produits SIRENE consistent en des extractions à partir de critères de segmentation (standard ou personnalisés). Il convient de noter que l'INSEE ne commercialise pas le répertoire SIRENE brut. En effet, il a réalisé au préalable un certain nombre d'opérations préalable à la commercialisation : mise aux normes, suppression des codes de gestion, application des règles de secret, d'opposition à la diffusion pour certaines unités, enrichissement, codifications supplémentaires, documentation.

Les fabricants de fichiers de prospection qui souhaitent intégrer les informations issues du fichier SIRENE dans leurs fichiers doivent conclure avec l'INSEE une licence de rediffusion. Ils sont alors autorisés à proposer des produits de même type que ceux vendus par l'INSEE. En outre, ils procèdent à des améliorations (normalisation postale, radiations, notamment) et à des enrichissements (ajout de numéros de téléphone, fax, informations financières, notamment). Pour élaborer de tels produits, leurs activités ne se limitent donc pas à la seule rediffusion d'un produit existant, mais nécessitent, notamment, des opérations de traitement de données.

Les fichiers de prospection sur les entreprises résultent de l'application de critères de sélection destinés à cibler une catégorie d'entreprise pour la réalisation immédiate d'opérations de marketing direct ou bien pour servir de base de départ à l'élaboration d'un fichier de prospects. Ils sont équivalents à des listes d'adresses, éventuellement accompagnées d'informations supplémentaires permettant à l'utilisateur final de mieux cibler sa clientèle. Il existe différentes sources d'information sur les entreprises, plus ou moins

exhaustives et plus ou moins riches en informations. L'utilisation croisée de ces différentes sources d'information et le recours à d'autres moyens de recueil d'informations (enquêtes, centres d'appels) permettent aux professionnels de proposer des fichiers de prospection de plus en plus ciblés pour répondre aux demandes des utilisateurs finals pour le marketing direct. L'INSEE lui-même recourt à des enquêtes et à des croisements avec des fichiers d'origine administrative (notamment le Bodacc). Le fait que d'autres professionnels du secteur (notamment les rediffuseurs qui apportent des améliorations et des enrichissements au fichier SIRENE), proposent des fichiers plus ciblés que l'INSEE, plus enrichis et faisant appel à des outils de traitements de données plus sophistiqués, permet d'apporter une certaine diversité de l'offre, de mieux l'adapter aux besoins opérationnels des entreprises en marketing direct, mais n'empêche pas de reconnaître que l'INSEE, les rediffuseurs et les autres professionnels des fichiers de prospection sur les entreprises agissent sur le même marché.

Tous les fichiers de prospection ne sont pas substituables entre eux : ils diffèrent par leur taille et par certains éléments importants de leur contenu. Le marché fonctionne soit par l'élaboration de fichiers correspondant aux besoins spécifiques des utilisateurs finaux, soit, si leur besoin correspond à un fichier ne présentant pas d'originalité marquée, par la cession ou location de produits standards. Les fichiers de grande taille pour lesquels des problèmes ont été détectés, peuvent être considérés comme constituant un marché spécifique pour les raisons suivantes :

- Ces fichiers ont peu de chances d'être spécifiques dans la mesure où ils sont généralement fabriqués par extraction, sur la base d'un petit nombre de critères, à partir d'un répertoire exhaustif ;
- Du point de vue de l'offreur, l'élaboration de tels fichiers est, précisément, réalisée par extraction à partir d'un répertoire plutôt que par accréation d'informations recueillies à partir de sources limitées, opération qui serait coûteuse et difficile.
- L'usage de ces gros fichiers est également particulière : ils ne sont pas destinés à cibler une clientèle particulière mais au contraire à atteindre un très grand nombre d'entreprises ; en d'autres termes, les qualités recherchées seront d'abord l'exhaustivité et l'exactitude des informations, qui ne doivent pas avoir à être revérifiées ou recoupées ; dans le cas de petits fichiers, c'est l'adéquation des critères de sélection aux besoins commerciaux de l'utilisateur final qui constitue le point essentiel.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de définir un marché de la cession de fichiers de prospection de grande taille, sur lequel l'INSEE et des opérateurs privés sont en concurrence entre eux.

b) L'existence d'un marché de la cession du répertoire SIRENE

Exhaustivité, mises à jour et richesse des informations sont des critères majeurs de qualité des sources d'informations sur les entreprises qui sont utilisés pour élaborer les fichiers. Le fichier SIRENE, représente une source d'information unique pour les professionnels agissant sur le marché des fichiers de prospection sur les entreprises.

En effet, le répertoire SIRENE présente trois traits caractéristiques importantes qui tiennent à l'image de

marque de l'INSEE, à l'exhaustivité du fichier, et à ses mises à jour régulières.

En premier lieu, lors de l'élaboration du répertoire SIRENE, l'INSEE attribue aux entreprises ou aux établissements un identifiant numérique obligatoire appelé n° SIREN (entreprise) ou SIRET (établissement) et un code APE (Activité principale exercée). Ces codes s'imposent à l'ensemble de l'administration et aux entreprises et sont utilisés par les professionnels de fichiers pour effectuer des recoupements de fichiers ou des segmentations. Le fait que seul l'INSEE puisse attribuer ces codes contribue à conférer au fichier SIRENE une sorte de labellisation reconnue et exigée par de nombreux opérateurs économiques.

En deuxième lieu, il existe, ainsi que l'indique l'INSEE, plusieurs sources d'informations légales plus ou moins exhaustives sur les entreprises, notamment le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) géré par l'INPI et l'annuaire pages jaunes de France Télécom. Mais le RNCS, qui recense les entreprises inscrites au registre national du commerce et des sociétés, ne comporte pas les catégories suivantes : professions libérales, administrations, associations, artisans non commerçants et syndicats et la substituabilité avec le fichier SIRENE n'est donc que partielle et limitée au champ des entreprises ayant la qualité de commerçants. L'annuaire pages jaunes, du fait de sa structuration à partir des numéros de téléphone, présente l'inconvénient d'être moins complet (notamment les sociétés d'un groupe disposant d'un standard groupé ne seront pas référencées dans l'annuaire) et de ne pas comporter l'identifiant numérique SIREN ou SIRET. Le fichier SIRENE constitue donc le seul répertoire officiel exhaustif de toutes les entreprises immatriculées en France et de leurs établissements;

En troisième lieu, les données d'état-civil sont exclusivement mises à jour par les déclarations administratives obligatoires, traitées quotidiennement. En ce qui concerne les données de classification économique ou statistique (notamment l'effectif salariés, l'activité principale exercée, le chiffre d'affaires), l'INSEE a recours à des opérations particulières, notamment des enquêtes. Ces modes de constitution du fichier sont propres au répertoire SIRENE et lui confèrent une certaine garantie de qualité et de mise à jour des informations par rapport à d'autres produits informationnels.

Compte tenu de ce qui précède, il y a donc lieu de définir un marché du répertoire SIRENE.

c) L'existence de marchés connexes au marché de la cession du répertoire SIRENE

Les entreprises qui font l'acquisition du fichier SIRENE, que ce soit pour leur usage propre ou pour exercer une activité sur le marché des fichiers de prospection, ont généralement besoin de s'abonner à des mises à jour ; un marché de la mise à jour du fichier SIRENE peut donc être défini. Par ailleurs, les entreprises disposant de leur propre fichier et qui souhaitent le mettre en conformité avec les données contenues dans le fichier SIRENE, peuvent s'adresser soit à l'INSEE, soit, depuis 1998 à des licenciés de l'INSEE, pour faire réaliser une opération dite de "sirénage" de leur propre fichier. Un marché spécifique du sirénage peut donc être défini.

d) Sur la position de l'INSEE sur le marché de la cession du répertoire SIRENE et sur les marchés connexes

L'INSEE est, de fait, le seul producteur de ce répertoire. Il dispose de plus, du fait de ses missions légales, de moyens uniques pour assurer la collecte des données grâce à un réseau dense chargé de recueillir les informations (en l'occurrence les CFE ou centres de formalités d'entreprises). Aucun autre producteur n'est en mesure de proposer un produit qui serait substituable au fichier SIRENE. Il détient, de ce fait, une position dominante sur le marché du répertoire SIRENE.

e) Le fichier SIRENE peut être considéré, vis à vis des producteurs de fichiers de grande taille, comme une "facilité essentielle"

Dans beaucoup de cas, les offreurs de fichiers, même s'ils ont une préférence marquée pour la ressource SIRENE, peuvent recourir à d'autres sources d'information, comme le registre du commerce ou le répertoire téléphonique (annuaire "*feuilles jaunes*").

Cependant, cette affirmation n'est pas exacte lorsque les offreurs doivent répondre à une demande de très gros fichiers (de plusieurs centaines de milliers à plusieurs millions de notices).

En effet, l'élaboration de fichiers de prospection exhaustifs d'une telle taille à partir d'autres ressources demanderait des efforts considérables et le produit fini serait vraisemblablement trop coûteux pour être acheté par les demandeurs. Au contraire, l'extraction de gros fichiers à partir du fichier SIRENE est une opération relativement facile et peu coûteuse, dans la mesure où l'extraction est d'autant plus aisée que le fichier obtenu contient une plus grosse part des informations du fichier d'origine.

Ainsi, les opérateurs qui désirent vendre des fichiers de prospection de très grande taille ne peuvent le faire à un coût acceptable qu'en partant d'une "*matière première*" qui ne peut être que le fichier SIRENE. Non duplicable à un coût raisonnable, le fichier peut être considéré comme une "*facilité essentielle*" au sens de droit de la concurrence. Par ailleurs, l'INSEE est non seulement le producteur de cette facilité essentielle mais également un vendeur de fichiers fabriqués à partir de cette ressource, par extraction et, éventuellement, enrichissement.

Il résulte de la jurisprudence, tant française que communautaire, que l'entreprise en position dominante qui détient une "*facilité essentielle*", et qui est active sur le marché concurrentiel d'aval pour lequel le recours à la facilité essentielle est nécessaire, doit :

- Ouvrir l'accès à la facilité essentielle à ses concurrents ;
- Pratiquer, vis-à-vis des concurrents, des tarifs d'accès à la facilité essentielle qui ne soient pas discriminatoire par rapport à ce que l'entreprise dominante se facture à elle-même, fictivement le cas échéant, pour son propre accès à cette facilité.

Ainsi le Conseil est d'avis qu'il existe un marché de la cession du répertoire SIRENE sur lequel l'INSEE est en position dominante. Il existe également un marché de la cession des fichiers de prospection de grande taille ; ces fichiers sont fabriqués exclusivement à partir du répertoire SIRENE, lequel constitue pour les opérateurs du second marché une "*facilité essentielle*". La fabrication des fichiers de grande taille

comporte au minimum des activités d'extraction qui sont réalisées aussi bien par l'INSEE que par les opérateurs privés. L'INSEE et les opérateurs privés sont donc en concurrence sur ce marché aval, même si les fichiers peuvent aussi résulter d'activités d'enrichissement qui semblent davantage être le fait des opérateurs privés. En conséquence, l'INSEE est tenu d'offrir à ses concurrents un accès au répertoire SIRENE à des conditions non discriminatoires par rapport à celles qu'il s'impute à lui-même pour l'alimentation de ses activités d'aval. L'existence d'un effet de ciseau au sens strict, c'est-à-dire provoquant l'exclusion de tout opérateur au moins aussi efficace que l'opérateur dominant, peut constituer un indice déterminant de ce que cette condition n'est pas respectée.

2. Recherche d'effets de ciseau pesant sur la vente de fichiers de grande taille

L'INSEE pratique dans ses tarifs un plafonnement de la redevance à 520 000 F, ce qui fait que la redevance n'augmente plus au delà de 2 600 000 unités cédées. Ce plafonnement n'est pas prévu dans l'arrêté du 11 août 1998, mais il est stipulé au § 4, article 10 des licences de rediffusion (voir § B3 sur les conditions tarifaires de l'INSEE). Il convient donc de distinguer selon les conditions tarifaires définies dans les contrats et celles définies dans l'arrêté.

a) Les conditions tarifaires définies dans les contrats de l'INSEE

L'INSEE prend en compte l'intensité de l'usage des données par le client final par un système de facturation modulé en fonction du nombre de postes ayant accès au répertoire (application par l'INSEE, au delà de 5 postes, d'une majoration des tarifs de cession égale à 30 % et, au delà de 50 postes, d'une majoration de 60 %).

Sur cette base, le rapporteur s'est intéressé à la situation d'un opérateur actif sur les marchés des fichiers de prospection et dont l'activité consisterait à acquérir des droits d'accès au répertoire SIRENE pour céder ensuite des fichiers en limitant ses opérations propres à une simple extraction de même nature que celle à laquelle se livre l'INSEE pour répondre à la même demande. Les tableaux suivants reposent sur l'hypothèse d'un strict alignement des prix de revente des opérateurs privés sur ceux pratiqués par l'INSEE en direction de ses propres clients finaux.

Nombre d'unités cédées	Prix unité en cF			Recette hors redevance en cF		
	monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6	monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6
5 000	67	87	107	47	67	87
10 000	63	82	101	43	62	81
100 000	49	63	78	29	43	58
500 000	41	53	65	21	33	45
1 million	32	42	52	12	22	32

2 millions	19	24	30	-1	4	10
France entière (4,7 millions)	9	11	14	-3	0	3

Nombre d'unités cédées	Coût d'amortissement du répertoire SIRENE en cF	Montant restant en cF		
		monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6
5 000	7	40	60	80
10 000	6	37	56	75
100 000	5	24	38	53
500 000	4	17	29	41
1 million	3	9	19	29
2 millions	1	- 2	3	9
France entière	0,4	- 3	- 0,4	2

Il y a lieu de constater que le montant brut restant au rediffuseur va jusqu'à s'annuler et devenir négatif dans les cas suivants :

- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 1 million d'unités en utilisation monoposte ;
- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 2 millions d'unités en utilisation multiposte 1,3.

Dans ces zones de taille de fichier et d'intensité de l'usage (indiquées dans le tableau ci-dessus en caractère italique), un rediffuseur ne peut en aucune manière être présent de façon rentable sur le marché, même s'il est aussi efficace que l'INSEE dans ses activités d'extraction.

Dans les autres cas, concernant des fichiers de grande taille, l'existence d'une marge brute positive ne signifie évidemment pas une absence de problème : encore faut-il, pour qu'il n'y ait pas d'effet de ciseau, que les coûts propres d'un opérateur au moins aussi efficace que l'INSEE pour réaliser les activités d'extraction (et de commercialisation subséquentes) ne dépassent pas le montant de la marge brute. Dans l'ignorance des coûts réellement supportés par l'INSEE, il est difficile de mesurer avec précision l'étendue de la zone qui fait problème.

En revanche, dans les autres zones, les résultats semblent indiquer la possibilité d'une activité rentable pour les rediffuseurs, y compris pour certains fichiers de grande taille. En effet comme le montre le tableau ci-après, le rediffuseur dispose d'un montant de l'ordre de 50 % en moyenne supérieur au cas de la location pour couvrir les coûts engendrés par la cession d'extraits du répertoire. Cela semble suffisant dans

la mesure où la cession d'unités n'engendre pas significativement plus de frais techniques que la location d'unités.

Nombre d'adresses fournies	Montant restant cF cas de la location	Montant restant cF cas de la cession	Variation pourcentage
5000	29	40	38 %
10000	26	37	43 %
100000	19	24	25 %
500000	15	17	11 %
1 million	12	19	(1) 50 %
2 millions	5	9	(2) 80 %
France entière	1,6	2,1	(2) 30 %

(1) tarif multiposte 1,3 - (2) tarif multiposte 1,6

L'INSEE indique : "*La vente de gros extraits du répertoire, pour une utilisation monoposte est extrêmement rare voire purement théorique ; la plupart du temps ces achats sont le fait de grosses sociétés à succursales multiples qui rendent le répertoire accessible à l'ensemble de leur réseau*". Il y a lieu, en effet, de tenir compte du fait que les fichiers de grande taille sont la plupart du temps cédés à des clients (souvent des entreprises de grande taille notamment banques, assurances) qui souscrivent des licences d'usage final en multiposte, alors que les fichiers de petite taille sont plutôt cédés à des clients qui souscrivent une licence d'usage final en monoposte. Ainsi, les zones de taille de fichier et d'intensité de l'usage pour lesquelles les conditions d'existence d'une activité concurrentielle entre l'INSEE et le rediffuseur semblent réalisées, concernent la grande majorité des cas.

Cependant, on ne peut exclure le cas d'une commande portant sur la mise à disposition d'une grande quantité d'unités du répertoire SIRENE par une entreprise désirant en faire une utilisation centralisée sur un nombre limité de postes inférieur à 5 (utilisation monoposte). Les entreprises saisissantes avancent que certaines entreprises peuvent être amenées à réaliser des opérations de marketing direct sur un très grand nombre de prospects (maisons d'édition, vendeurs par correspondance) et que même si l'entreprise possède de nombreux établissements, l'accomplissement de ces opérations est centralisé au sein d'une entité commune chargée du marketing, dans le cadre d'une utilisation dite monoposte.

b) Les conditions tarifaires définies dans l'arrêté du 11 août 1998

Si l'on se fonde exclusivement sur les dispositions de l'arrêté, il faut tenir compte d'une redevance de 20 centimes par unité cédée, non plafonnée, ce qui fait que la redevance continue d'augmenter au delà de 2 600 000 unités cédées. Cela a pour conséquence d'accentuer l'effet de ciseau tarifaire pour la fourniture

du fichier France entière (4,7 millions d'unités). En effet, dans ce cas, le prix de cession par l'INSEE à un utilisateur final est de 400 000 F (utilisation monoposte), 520 000 F (utilisation multiposte 1,3) et 640 000 (utilisation multiposte 1,6), alors que le montant de la redevance reversé par un rediffuseur pour la fourniture d'un tel fichier s'élèverait à 940 000 F. Ainsi, quelle que soit l'intensité de l'usage par le client, il serait impossible pour le rediffuseur de réaliser une marge pour cette opération.

Ainsi, même en supposant que ses coûts propres soient nuls, hypothèse évidemment extrême, un opérateur privé n'est pas en mesure de pratiquer l'activité suivante : vendre des fichiers de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou un fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3. En réalité, l'étendue des activités économiques impossible est sensiblement plus grande puisque, même s'ils sont aussi efficaces que l'INSEE, les opérateurs doivent supporter un minimum de coûts d'extraction et de commercialisation.

c) Sur l'existence de difficultés propres à certains types de produits

Les raisonnements qui précèdent ont été effectués au niveau global de l'activité. Mais il convient, en fait, de distinguer quatre types de produits SIRENE : les produits de location, les produits de cession pour usage multiple, les produits de mise à jour et les produits de "sirénage". Par ailleurs, il se peut que l'ampleur d'un éventuel effet de ciseau soit différenciée suivant la taille des fichiers. Il convient donc de distinguer plusieurs tranches représentées chacune par une taille moyenne de fichier, à savoir 5 000, 10 000, 100 000, 500 000, 1 million, 2 millions d'unités et la totalité du fichier (4,7 millions d'unités) pour les produits de cession à usage multiple, le cas de la location du répertoire entier ne présentant aucune réalité pratique.

Si le montant de la redevance est proportionnel au nombre d'adresses rediffusées, le coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE est en revanche une charge fixe (indépendante du volume des données mises à disposition par le rediffuseur). Il convient donc d'en estimer l'allocation dans le prix de l'adresse cédée, autrement dit, le coût fixe unitarisé (exprimé par unité cédée) de l'acquisition du répertoire. Contrairement à ce qu'indique la société Cegedim dans ses observations, il n'y a pas de raison objective d'imputer un coût par adresse de l'acquisition du répertoire identique pour chaque commande. En effet, il semble plus approprié de répartir ces coûts proportionnellement au chiffre d'affaires suivant les différentes catégories de taille de fichiers rediffusés.

Les raisonnements qui suivent sont effectués sur la base de l'opérateur théorique précédemment défini.

Compte tenu d'un montant de chiffre d'affaires de 2,2 millions de francs, déduction faite des redevances proportionnelles, le coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE par adresse s'élève à moins de 20 % du prix de l'adresse hors redevance. Le montant restant au rediffuseur suivant les différents produits pour couvrir le coût de ses activités propres se détermine alors comme il suit :

- En ce qui concerne les produits de location :

Nombre d'adresses louées	Prix adresse en cF	Prix hors redevance en cF	Montant restant en cF
5 000	44	36	29
10 000	40	32	26
100 000	32	24	19
500 000	27	19	15
1 million	23	15	12
2 millions	14	6	5

- En ce qui concerne les produits de mise à jour :

Les redevances de cession (redevance perçue par l'INSEE en cas de cession d'unité par un rediffuseur soit 20 centimes par unité) et les redevances de mise à jour (redevance perçue par l'INSEE en cas de prestation de mise à jour effectuée par un rediffuseur) sont dans des proportions similaires avec les tarifs de cession des unités et les tarifs de mise à jour pratiqués par l'INSEE auprès des utilisateurs finals, ainsi que le montre le tableau ci-après.

Périodicité des mises à jour	Tarif de mise à jour en pourcentage du prix de cession	Redevance de mise à jour en pourcentage de la redevance de cession
Semestrielle	40 %	45 %
Trimestrielle	50 %	45 %
Mensuelle	62,5 %	75 %

Dans ces conditions, les conclusions développées dans le paragraphe précédent au sujet des tarifs de cession valent également pour les prestations de mise à jour.

La société Cegedim dénonce, en premier lieu, des effets de ciseau tarifaires qui se manifesteraient pour des quantités d'adresses plus faibles que celles mises en évidence ci-dessus. Ainsi, le rediffuseur ne pourrait maintenir son activité dans des conditions concurrentielles avec l'INSEE, pour des commandes portant sur la location de fichier au delà de 750 000 unités, et la cession de fichiers au delà de 300 000 unités en utilisation monoposte, 750 000 unités en utilisation multiposte 1,3 et 1 million d'unités en utilisation multiposte 1,6. Toutefois, ces données reposent sur l'hypothèse que les coûts de rediffusion propres supportés par le rediffuseur sont répartis uniformément par adresse cédée, pour un montant s'élevant à 16 centimes par adresse. Or cette hypothèse reviendrait à considérer que les coûts de rediffusion engagés à chaque commande sont proportionnels au nombre d'adresses demandées, ce qui ne tient pas compte du fait qu'il existe des coûts fixes par commande non proportionnels à la taille du fichier (notamment les coûts de commercialisation) et que l'extraction de fichiers de petite taille est souvent plus complexe car elle

nécessite l'application de plusieurs critères de segmentation. L'imputation d'un montant fixe par adresse ne semble donc pas reposer sur des considérations objectives. Elle aboutit, d'ailleurs, à des marges du rediffuseur importantes pour la fourniture de fichiers de petite taille, dépassant 40 % pour les fichiers de 5 000 unités. La société Cegedim reconnaît elle-même que cette répartition des coûts ne tient pas compte des coûts fixes supportés à chaque commande quelle que soit la taille du fichier. L'effet de ciseau tarifaire constaté pour la commercialisation des produits SIRENE ne saurait donc avoir l'ampleur exposée par Cegedim.

La société Cegedim, note d'autre part, que les utilisateurs finals qui s'adressent directement à l'INSEE afin de se procurer des produits SIRENE bénéficient d'un tarif dégressif en fonction de la quantité d'adresses achetées, alors que ceux-ci, lorsqu'ils s'adressent à un rediffuseur, supportent indirectement le coût de la redevance, qui n'a aucun caractère dégressif. Cette situation, selon la société Cegedim, aboutirait à un effet discriminatoire dans la mesure où elle créerait une charge financière supplémentaire pour les rediffuseurs.

Toutefois la dégressivité forte des tarifs de l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals s'explique par la dégressivité des frais de mise à disposition. Cette dernière, calculée entre le prix de 5000 unités et le prix de 2 millions d'unités, s'élève à 85 % pour la location et à 95 % pour la cession. Une forte dégressivité des frais de mise à disposition n'est pas surprenante dans la mesure où il y a pas de proportionnalité entre le coût des opérations informatiques réalisées à chaque commande et la taille du fichier traité. Dès lors, il est justifié que les frais de mise à disposition calculés par adresse diminuent fortement en fonction du nombre d'unités traitées. En revanche, aucun critère objectif ne semble imposer par principe une dégressivité de la redevance, sauf à considérer qu'elle est rendue nécessaire pour ne pas générer un effet de ciseau tarifaire. L'absence de dégressivité de la redevance ne saurait donc, à elle seule, être de nature à révéler l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Ce sont seulement ses conséquences éventuelles en terme d'effet de ciseau tarifaire, lesquelles sont, de fait, prises en compte dans l'analyse ici conduite, qui sont susceptibles de constituer une pratique prohibée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir l'existence d'un effet de ciseau tarifaire significatif localisé sur des prestations de cession de fichier de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou bien de cession de fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3, tout en considérant comme non exclue l'existence d'un effet de ciseau plus large dans les cas où la marge brute restant aux opérateurs ne serait pas suffisante pour couvrir leurs coûts propres d'extraction et de commercialisation, même s'ils sont aussi efficaces que l'INSEE.

3. La qualification juridique des dysfonctionnements détectés

a) Effet de ciseau et droit des facilités essentielles

L'affaire France Télécom c/Filetech, qui a donné lieu à la décision n° 98-D-60 dont les analyses ont été confirmées, après évocation, par la cour d'appel de Paris (CA Paris 29 juin 1999), offre un exemple classique des exigences pesant sur l'opérateur dominant dont le produit offert en amont est indispensable et non duplicable pour opérer en aval. Comme l'illustre cette dernière décision, il n'est pas toujours indispensable d'apporter la démonstration comptable de ce que l'entreprise en position dominante pratique

une discrimination en sa propre faveur ou encore que les tarifs qu'elle pratique ne sont pas orientés vers les coûts. La simple existence de pratiques commerciales interdisant aux concurrents du marché aval l'accès au marché peut suffire, à condition que l'impossibilité de l'accès ne résulte pas de faiblesses propres à ces concurrents, par exemple le fait qu'ils seraient moins efficaces, dans l'activité d'aval, que l'entreprise dominante.

En d'autres termes, l'existence de l'effet de ciseau peut dispenser de vérifier comptablement si l'entreprise dominante pratique des conditions d'accès discriminatoires dans le cas où il serait impossible même à un concurrent aussi efficace que le dominant d'être actif sur le marché : cette condition est bien satisfaite lorsqu'il est établi que même si les coûts afférents à l'activité d'aval sont considérés comme nuls -alors que cette activité a une existence propre indéniable-, la structure des tarifs de l'opérateur dominant aboutit à une marge négative.

b) En l'espèce, l'effet de ciseau tarifaire peut être qualifié d'anticoncurrentiel

Certes, rien ne permet de penser que l'effet de ciseau tarifaire détecté sur la cession des fichiers de grande taille constituerait un indice d'une stratégie prédatrice. En effet, d'une part, aucun autre indice d'une telle stratégie n'a été détecté ; d'autre part, dès lors qu'un problème n'existe, comme en l'espèce, que sur un segment de marché relativement marginal, toute tentative pour remonter les prix après élimination des concurrents sur ce segment serait vouée à l'échec puisque ces concurrents demeureraient actifs sur la majeure partie du marché et seraient donc prêts à intervenir sur le segment des gros fichiers si les prix pratiqués par l'INSEE venaient à augmenter.

En revanche, il est notable que les effets de ciseau tarifaire détectés concernent des produits d'aval dont il apparaît qu'ils ne peuvent être élaborés qu'en ayant recours aux informations contenues dans le fichier SIRENE, ce dernier n'étant pas duplicable à un coût économiquement raisonnable.

Or, les chiffres précédemment analysés montrent que, dans certaines situations, il est impossible à ces concurrents de dégager une marge brute sur une activité de vente après d'un extrait de grande taille du fichier SIRENE.. Les hypothèses retenues pour pratiquer le test de ciseau tarifaire sont telles qu'il n'est pas possible d'en imputer l'existence à une inefficacité particulière des concurrents privés ; les prix de vente pratiqués par l'INSEE sur le marché aval ne semblent pas davantage présenter de caractère anormal.

L'effet de ciseau semble donc bien n'avoir pour origine qu'une fixation des tarifs d'amont discriminatoire. Cependant, pour affirmer que cette situation est de nature à écarter les concurrents d'aval du marché, il convient d'être certain que l'acquisition du fichier SIRENE et d'une licence de rediffusion est indispensable pour être actif sur le marché des fichiers de prospection. Certes, l'accès aux informations contenues dans le fichier SIRENE est, comme cela a été exposé plus haut, indispensable à tout opérateur qui entend commercialiser des fichiers de prospection de gros volume. Mais, comme le fait valoir l'INSEE, les opérateurs peuvent agir sur le marché sans acquérir eux-mêmes le fichier SIRENE. Ils peuvent, par exemple, agir comme commissionnaires de l'INSEE.

L'entreprise commissionnaire est un commerçant agissant en son propre nom et pour le compte du

commettant, en l'espèce de l'INSEE. Dans ce cas, le prix facturé au client est celui pratiqué par l'INSEE et le commissionnaire est assuré d'une rémunération de 20 % sur le montant global de la transaction. Il y a lieu d'examiner si le statut de commissionnaire, auquel sont incités à se positionner les rediffuseurs pour la diffusion des fichiers de grande taille, constitue une solution pouvant se substituer, d'une manière satisfaisante sur le plan de la concurrence, au statut de rediffuseur, du moins pour des cas de cession de fichier de grande taille en utilisation monoposte ou faiblement multiposte.

Il y a lieu de noter à cet égard, en premier lieu, que c'est la concurrence exercée sur les prestations de segmentation et d'extraction de fichiers qui permet aux clients directs de disposer de produits mieux ciblés à des prix compétitifs. Or, le statut de commissionnaire ne permet pas d'instaurer une telle concurrence puisque, d'une part, l'entreprise commissionnaire ne peut plus effectuer elle-même les opérations de segmentation et d'extraction du fichier SIRENE qu'elle pouvait proposer en tant que rediffuseur, et que, d'autre part, ce statut ne lui permet pas de fixer librement ses prix.

En second lieu et surtout, la société Cegedim indique que le statut de commissionnaire ne permet pas d'acquérir des droits d'exploitation des fichiers afin de réaliser une plus value après les avoir modifiés et enrichis. L'INSEE précise cependant que le statut de commissionnaire n'empêche pas l'entreprise de proposer au client, une fois le produit livré, des prestations de service permettant d'apporter sa propre valeur ajoutée au produit et de le faire ainsi bénéficier des traitements qu'il opère lui-même sur son propre fichier mais cette affirmation est contestée par la société Cegedim qui indique qu'elle n'est pas en mesure de proposer des prestations additionnelles sans avoir à verser à nouveau des redevances à l'INSEE. L'article 6.1 du contrat de commissionnaire stipule : "*Le commissionnaire s'interdit expressément... de procéder lui-même, sur tout ou partie des produits, à des prestations additionnelles, sauf celles susceptibles d'être convenues entre le commissionnaire et l'utilisateur final pour les besoins propres de ce dernier dans le respect des conditions générales de commercialisation*". Il n'apparaît pas, au vu de cette disposition et des déclarations de l'INSEE en séance, que l'opérateur pourra, dans tous les cas, réaliser des prestations additionnelles dans des conditions équivalentes à celles permises par le statut de rediffuseur, sans versement de redevances (l'utilisateur final ayant déjà contribué au paiement des droits d'accès), et ce, tout particulièrement, pour les opérations de validation et améliorations sur les adresses issues du fichier SIRENE.

Ainsi, il n'est pas établi que le statut de commissionnaire constitue une solution alternative pouvant se substituer, d'une manière satisfaisante sur le plan de la concurrence, au statut de rediffuseur, notamment pour des cas de cession de fichier de grande taille en utilisation monoposte ou faiblement multiposte.

En conséquence, l'acquisition du fichier SIRENE et d'une licence de rediffusion constitue bien une condition indispensable à l'exercice de l'activité de vendeur de fichiers de prospection de grande taille. Dès lors qu'un effet de ciseau se manifeste chaque fois que l'opérateur entend vendre un fichier de prospection de grande taille en utilisation peu intensive, les tarifs de cession du fichier SIRENE combinés avec les tarifs de la licence de rediffusion présentent un caractère discriminatoire au regard de ce que l'INSEE se facture à lui-même et peuvent avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché des fichiers de prospection.

Avant de déduire de ces analyses une qualification au regard des dispositions qui répriment les abus de position dominante, il convient encore d'examiner les trois points suivants :

c) Il est nécessaire, en premier lieu, de s'interroger sur les conséquences à tirer de la détention, par l'INSEE, de droits de propriété intellectuelle

Le droit de la concurrence ne porte pas atteinte, en principe, aux droits reconnus au titre de la propriété intellectuelle, parmi lesquels figure, au premier chef, la liberté reconnue au détenteur du droit d'accorder ou de refuser d'accorder, discrétionnairement, des licences ainsi que de fixer, également de manière discrétionnaire, le montant des redevances. Cependant, le "*droit des facilités essentielles*", dont s'inspirent largement les développements ci-dessus, repose sur une logique qui semble incompatible avec les choix discrétionnaires reconnus aux détenteurs de droit de propriété intellectuelle, dans le cas où la mise à disposition de la facilité suppose également la cession d'un droit de propriété intellectuelle.

Cette contradiction a conduit à l'édification d'une jurisprudence communautaire dans les cas où l'opérateur dominant détient un droit de propriété intellectuelle sur le produit amont indispensable à l'exercice de l'activité concurrentielle d'aval et non duplicable. Dans l'affaire dite "*Magill*", la Commission, dont la décision a été confirmée par le TPI et la CJCE (C-241 et 242/91 RTE et ITPc/Commission [1995] ERR I – 743), a considéré qu'un refus de licence était interdit par le droit de la concurrence s'il était dépourvu de justification et conduisait à empêcher l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existait une demande. Il est généralement considéré que la jurisprudence ultérieure a précisé la portée de l'arrêt *Magill* en indiquant que le refus de licencier ou de vendre, fondé sur la détention d'un droit de propriété intellectuelle ne relève pas de la qualification prévue par l'article 82 du Traité sauf s'il concerne un produit ou un service qui doit être essentiel à l'activité d'aval, en ce qu'il n'y aurait pas de substitut réel ou potentiel, ou s'il empêche la naissance d'un nouveau produit malgré l'existence d'une demande potentielle spécifique, constante et régulière de la part des consommateurs (TPI T-904/93 *Tiercé Landbroke c/Commission*).

Il est clair que l'octroi d'une licence à des conditions ne permettant pas d'en faire une exploitation économique, comme c'est le cas en l'espèce, peut être assimilé à un refus de licencier.

En appliquant les principes dégagés par la jurisprudence ci-dessus à la présente affaire, il apparaît, en premier lieu, que des conditions de licence qui empêcheraient seulement les opérateurs d'aval d'exercer une simple activité de revente du répertoire SIRENE ne seraient pas constitutives d'un abus de position dominante. En effet, les utilisateurs finaux ont la faculté d'obtenir ce même produit auprès de l'INSEE, seul détenteur des droits de propriété intellectuelle. Aucune activité distincte de celle de l'INSEE, aucun produit nouveau ne se trouverait privé d'accès au marché du seul fait que l'activité de pure rediffusion n'est pas possible sur de gros fichiers.

En revanche, l'instruction de l'affaire et les débats en séance ont fait apparaître que les fichiers, même volumineux, demandés par les utilisateurs finaux différaient toujours sur un point, et pouvaient différer sur deux, du répertoire SIRENE :

- en premier lieu, dans tous les cas, une opération d'extraction des données, à partir d'un certain nombre de critères, a été opérée, soit par l'INSEE, soit par ses concurrents ; cette activité économique, quoique restreinte, est bien distincte de l'activité par laquelle l'INSEE a élaboré le répertoire ; toutefois, il est indéniable que l'INSEE continue à détenir des droits de propriété intellectuelle sur l'extrait ; de plus, dès lors que des extraits peuvent être achetés ou loués directement auprès de l'INSEE, il résulte des jurisprudences susrappelées que l'INSEE n'est pas tenue d'accorder des licences de rediffusion ; dans ces conditions, il ne saurait lui être faite obligation de les consentir dans des conditions garantissant la concurrence en aval ;
- cependant, et en second lieu, les fichiers proposés par les opérateurs privés ne sont pas seulement des extraits purs de fichiers SIRENE ; ils font généralement l'objet d'enrichissements et de traitements spécifiques de la part des opérateurs ; si ces enrichissements et traitements diffèrent de ceux proposés par l'INSEE et correspondent à une demande spécifique des utilisateurs de fichiers, la jurisprudence conduit bien à obliger l'INSEE à licencier l'accès au répertoire SIRENE de façon à permettre la naissance de ces activités spécifiques ; cette licence doit évidemment être accordée dans des conditions qui permettent aux activités en cause de se développer.

A deux reprises, selon des affirmations de la société Cegedim non démenties par l'INSEE, des demandeurs de gros fichiers ont expressément souhaité les obtenir auprès de Cegedim à cause des retraitements particuliers opérés par cette dernière. Cependant, les tarifs que Cegedim était obligé de pratiquer à cause des tarifs amont, ont dissuadé ces clients de procéder à ces acquisitions.

Il semble donc bien que la structure tarifaire de l'INSEE empêche les opérateurs privés de proposer des produits spécifiques et demandés sur le marché à un prix économiquement raisonnable. Dans ces conditions, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur le répertoire SIRENE ne fait pas obstacle à ce que l'INSEE soit tenu d'en prévoir l'accès à des conditions non discriminatoires par rapport à celles qu'il se consent à lui-même.

L'effet de ciseau n'a été mesuré que sur la production et la vente de simples extraits du fichier SIRENE, dont on a vu qu'ils ne diffèrent pas suffisamment du répertoire pour que la jurisprudence permette de surmonter l'obstacle constitué par le droit de la propriété intellectuelle. C'est, en revanche, dans les cas où les opérateurs offrent des fichiers enrichis ou retraités de manière spécifique, que, nonobstant son droit de propriété intellectuelle, l'INSEE est dans l'obligation de licencier le répertoire SIRENE dans des conditions permettant l'accès au marché. Mais, pour que cette dernière condition soit satisfaite, l'INSEE doit garantir un accès non discriminatoire : c'est précisément le non respect de cette condition que l'effet de ciseau a permis de détecter.

Il résulte de ce qui précède que l'existence d'un droit de propriété intellectuelle détenu par l'INSEE tant sur le répertoire SIRENE que sur ses extraits n'est pas un obstacle à l'application, en l'espèce, de la théorie des facilités essentielles.

d) Il convient, en deuxième lieu, de s'interroger sur les conséquences à tirer du fait que les problèmes détectés ne se posent que pour un segment relativement marginal du marché

Les deux cas invoqués en séance suffisent-ils à établir l'existence d'une demande potentielle spécifique, constante et régulière au sens de la jurisprudence Tiercé Landbroke ? En outre, ce petit nombre de cas permet-il de penser que la pratique a un effet anticoncurrentiel sensible ?

Le marché des fichiers de prospection existe ; une pluralité d'offres y est active et le nombre de détenteurs de licences de redistribution, aptes à exercer sur ce marché, est en augmentation. Dans son ensemble, ce marché n'est donc pas affecté par la pratique.

Mais, certains types de demandes adressées à ce marché, bien qu'apparemment peu nombreuses, débouchent sur un échec, les clients n'ayant le choix qu'entre acheter à l'INSEE de gros fichiers non enrichis ou bien payer, pour les fichiers enrichis élaborés par les opérateurs privés, un prix qu'ils semblent considérer comme hors de proportion avec les avantages liés à l'enrichissement. Ainsi, c'est bien un segment entier de marché, celui des gros fichiers, qui se trouve affecté puisque des produits demandés par les consommateurs (des gros fichiers plus riches en information que ceux vendus par l'INSEE) ne peuvent pas y être offerts à des conditions économiquement raisonnables.

Le fait que les pratiques en cause affectent un marché, et non des situations isolées ou disparates, conduit à considérer qu'elles ont un effet sensible.

Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit précédemment, la technique de détection des conditions d'accès discriminatoires au répertoire SIRENE sous-évalue les difficultés : les cas où les opérateurs privés dégagent une marge brute comportent vraisemblablement des situations où, une fois les coûts propres d'extraction et de commercialisation pris en compte, la marge nette serait négative. Comme le niveau des coûts à prendre en compte est celui de l'INSEE et que l'information est inconnue, ces situations ne peuvent être déterminées avec précision ; mais leur existence conduit à ne pas minimiser les conséquences résultant des pratiques constatées en raison de la petite taille du segment de marché où des perturbations ont été découvertes.

e) Enfin, les conséquences à tirer des différences entre les prévisions de l'arrêté ministériel et les tarifs réellement pratiqués

Le droit de la concurrence interdit des pratiques ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel. En l'espèce, les pratiques effectives de l'INSEE sont celles qui résultent des contrats de licence réellement signés, qui ne produisent d'effets de ciseau anticoncurrentiel que dans les cas suivants :

- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 1 million d'unités en utilisation monoposte ;
- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 2 millions d'unités en utilisation multiposte 1,3.

Les conditions tarifaires prévues par l'arrêté ministériel attaqué devant le Conseil d'État produisent, en outre, un effet de ciseau pour les reventes du fichier France entière (4,7 millions d'unités), quelle que soit l'intensité de son utilisation.

Comme aucun objet anticoncurrentiel n'a été mis en évidence par l'instruction, les seules pratiques susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence sont celles qui ont des effets, au moins potentiels : le Conseil de la Concurrence considère que les seules dispositions de l'arrêté constituant une violation du droit de la concurrence sont celles qui ont donné lieu ultérieurement à une mise en œuvre réelle ; l'effet de ciseau relatif à la cession du fichier France entière pour toute intensité d'utilisation qui ne pourrait résulter que d'une application de l'arrêté, ne paraît donc pas pouvoir être déclaré contraire au droit de la concurrence, sauf à ce que le juge administratif, dès lors qu'il examine *in abstracto* et à la date à laquelle il a été pris, la légalité d'un acte, développe une approche spécifique de l'application du droit de la concurrence à des pratiques prenant la forme d'un acte administratif.

CONCLUSION

L'analyse du secteur des fichiers informationnels sur les entreprises fait apparaître l'existence d'un marché du répertoire SIRENE, sur lequel l'INSEE détient un monopole qui lui confère une position dominante et révèle l'existence de plusieurs marchés en aval dont un marché de la location d'adresses sur les entreprises et un marché de l'élaboration de fichiers de prospection sur lesquels l'INSEE est en concurrence avec un certain nombre d'opérateurs privés. L'un de ces marchés d'aval est celui de la cession de fichiers de grande taille comportant au minimum plusieurs centaines de milliers d'adresses. Pour les opérateurs actifs sur ce marché, le répertoire SIRENE constitue une facilité essentielle à laquelle, nonobstant les droits de propriété intellectuelle qu'il détient, l'INSEE doit prévoir des conditions d'accès non discriminatoires. L'existence d'un effet de ciseau tarifaire privant de toute marge même des opérateurs dont le coût de l'activité propre serait nul, montre que cette condition n'est pas satisfaite pour les prestations de cession de fichier de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou bien de cession de fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3. Il n'est pas exclu que même dans d'autres cas, un effet de ciseau existe, mais sa détection supposerait une connaissance analytique des coûts de l'INSEE que celle-ci n'a pas été en mesure de produire. Enfin, les analyses précédentes ne portent que sur les pratiques réelles de l'INSEE. Si ce dernier avait vraiment appliqué l'arrêté ministériel au sujet duquel le Conseil d'État est saisi, l'effet de ciseau démontré aurait été plus large.

L'analyse des conditions tarifaires de commercialisation des données SIRENE fixées par l'arrêté du 11 août 1998 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, a permis de mettre en évidence les points suivants :

L'INSEE a abusé de la position dominante qu'il occupe sur le marché du répertoire SIRENE et enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Il est à noter que l'INSEE, dans ses observations adressées au Conseil de la concurrence, ne conteste pas en bloc la réalité de cet effet de ciseau tarifaire. En effet, même s'il estime que "*le point litigieux au regard du droit de la concurrence, ..., a été, selon toute vraisemblance, sans impact sérieux sur le marché de l'information relative aux entreprises*", il ajoute qu'il "*il est souhaitable, néanmoins, de mettre l'arrêté du 11 août 1998 en harmonie avec la réalité du marché en complétant ledit arrêté d'une disposition écartant clairement l'occurrence litigieuse*".

Délibéré, sur le rapport oral de M. Henry, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© *Conseil de la concurrence*