



**Avis n° 03-A-21 du 31 décembre 2003  
relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique  
sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics**

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 10 février 2003 sous le numéro 03/0011 A, par laquelle le Conseil d'État a transmis au Conseil de la concurrence sa décision n°s 235176, 238290, 238291 du 13 janvier 2003 invitant le Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-3 du code de commerce et avant dire droit sur les conclusions des requêtes de la Mutuelle générale des services publics, de l'Union Fédérale des Cadres des Fonctions Publiques CFEC-CGC et de la Fédération générale CFTC des syndicats chrétiens de fonctionnaires, agents de l'État et assimilés (FGF-CFTC) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2001-371 du 27 avril 2001 relatif aux modalités de la gestion des prestations d'action sociale interministérielles, à lui fournir un avis lui permettant de déterminer "*si la Mutualité fonction publique est placée, par l'effet de ce décret, en situation d'abuser d'une position dominante, en particulier sur le marché des prestations sociales aux agents publics*" ;

Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la communauté européenne ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations écrites présentées par la Mutuelle générale des services publics, l'Union Fédérale des Cadres des Fonctions Publiques CFEC-CGC et de la Fédération générale CFTC des syndicats FGF-CFTC, le ministre de l'économie des finances et de l'industrie et le ministre de la fonction publique de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire, la Mutualité fonction publique services (MFP), le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants du ministre chargé de la fonction publique, de la Mutuelle générale des services publics, de l'Union Fédérale des Cadres des Fonctions Publiques CFEC-CGC et de la Fédération générale CFTC des syndicats FGF-CFTC, de la Mutualité fonction publique services (MFP), entendus lors de la séance du 29 octobre 2003,

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

# I. Constatations

## A. LE CADRE DE LA SAISINE

### 1. LE DÉCRET DU 27 AVRIL 2001

1. Le décret n° 2001-371 du 27 avril 2001 relatif aux modalités de la gestion des prestations d'action sociale interministérielles constitue la décision attaquée devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.
2. Ce décret confie, à titre exclusif, à la Mutualité fonction publique (MFP) la gestion de quatre prestations d'action sociale interministérielles :
  - les chèques-vacances destinés aux personnels civils et militaires de l'État et à leurs ayants cause ;
  - l'aide et les prêts à l'installation des personnels de l'État ;
  - l'aide ménagère à domicile des fonctionnaires retraités et de leurs ayants cause ;
  - l'aide à l'amélioration de l'habitat des fonctionnaires retraités et de leurs ayants cause ;
3. Cette attribution de gestion à titre exclusif à la Mutualité fonction publique, union de mutuelles regroupant 29 mutuelles de fonctionnaires, est intervenue sans mise en concurrence préalable, sur le fondement de la loi 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire laquelle a modifié l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires en y introduisant les dispositions suivantes : *"L'Etat, les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent confier à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents à des organismes à but non lucratif ou à des associations nationales ou locales régies par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association"*.
4. Les débats parlementaires témoignent de ce que cette disposition répond à l'intention du législateur de *"donner une base légale à la gestion de l'action sociale en consacrant le principe d'une gestion partenariale et la possibilité pour l'Etat ou la collectivité employeur de confier cette gestion à un organisme à but non lucratif"* (Sénat, séance du 24 novembre 2000, page 6512).

### 2. L'OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

5. Trois requêtes dirigées contre le décret du 27 avril 2001 ont été présentées devant le Conseil d'Etat. Ces requêtes émanent d'une mutuelle concurrente de la MFP : la Mutuelle Générale des Services Publics (MGSP) et de deux syndicats : l'Union fédérale des cadres des fonctions publiques CFEC-CGC d'une part, la Fédération générale CFTC des syndicats chrétiens de fonctionnaires et agents de l'État ou assimilés, d'autre part.
6. A l'appui de ces trois requêtes qui ont été jointes, plusieurs moyens étaient articulés ; cinq d'entre eux ont d'ores et déjà été écartés par la Haute Assemblée, dans sa décision du 13 janvier 2003, dont l'un tiré de l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable à l'intervention du décret attaqué ; ce moyen consistait plus précisément à soutenir que l'auteur du décret aurait méconnu à la fois le code des marchés publics et la directive

n° 92/50 CEE du Conseil des Communautés européennes du 13 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service en confiant la gestion des prestations d'action sociale à la MFP sans mise en concurrence préalable. Pour écarter ce moyen, le Conseil d'Etat a considéré que l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 modifié permettait une dérogation aux obligations de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics et que cette dérogation n'était pas incompatible avec les objectifs de la directive du 18 juin 1992 dans la mesure où la gestion des prestations sociales ne fait pas partie des services dits prioritaires mentionnés à l'annexe I-A de cette directive, seule catégorie de services pour l'attribution desquels, à la date du décret attaqué, des règles de mise en concurrence devaient être instituées.

7. Les requérants font également valoir que le décret placerait la Mutualité fonction publique dans une situation d'abus de position dominante, en violation tant du droit national que du droit communautaire. Il est soutenu en particulier qu'en "confiant le monopole de la gestion des chèques vacances, de l'aide ménagère à domicile, de l'aide à l'amélioration de l'habitat et de l'aide à l'installation à la Mutualité fonction publique, qui gère déjà les prestations légales de sécurité sociale en application des articles L 712-6 et suivants du code de la sécurité sociale au bénéfice des fonctionnaires de l'Etat et des magistrats et, directement ou pour le compte des vingt-neuf mutuelles qu'elle regroupe, des prestations complémentaires facultatives en matière de santé et de vieillesse au profit des agents de l'Etat, des collectivités locales et des hôpitaux, le décret attaqué a placé cette mutuelle en position d'abuser de sa position dominante, notamment à l'égard des autres mutuelles sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics"
8. C'est pour l'appréciation de ce dernier moyen, que par sa décision du 13 janvier 2003, le Conseil d'Etat, avant dire droit sur la demande d'annulation du décret du 27 avril 2001 et sur le fondement de l'article L 462-3 du code de commerce, a invité le Conseil de la concurrence à lui fournir tous éléments d'appréciation susceptibles de lui permettre de déterminer "si la Mutualité fonction publique est placée, par l'effet de ce décret, en situation d'abuser d'une position dominante en particulier sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics".

## **B. VUE D'ENSEMBLE DES PRESTATIONS D'ACTION SOCIALE VERSÉES PAR LES ADMINISTRATIONS EN FAVEUR DES AGENTS PUBLICS**

9. Les bénéficiaires potentiels directs (hors ayant droits et retraités) de l'action sociale en faveur des agents publics comprennent l'ensemble des effectifs des trois fonctions publiques, lesquels s'élevaient, au 31 décembre 2000, à 4 825 800 dont 2 547 600 pour la fonction publique de l'Etat, 1 435 400 pour la fonction publique territoriale et 842 800 pour la fonction publique hospitalière.

### **1. L'ACTION SOCIALE EN FAVEUR DES AGENTS DE L'ÉTAT**

10. Aucun texte réglementaire n'a jusqu'à présent donné de définition claire de l'action sociale en faveur des agents publics
11. Ces missions peuvent être rapprochées de l'action couverte, pour les salariés du secteur privé, par les comités d'entreprise même si, à la différence de ce qui a lieu pour le secteur public, la compétence et le statut de ces derniers sont clairement et précisément définis par la loi

(le comité d'entreprise est doté par l'article L. 431-6 du code du travail de la personnalité morale et il gère son patrimoine).

12. A la différence des prestations du régime de base de sécurité sociale, l'action sociale en faveur des agents de l'Etat présente un caractère facultatif, ce qui a conduit l'Etat à l'instituer et à en définir les conditions d'attribution par voie de circulaire. Afin de faciliter la concertation avec les fonctionnaires, un comité interministériel consultatif d'action sociale des administrations de l'Etat (CIAS) a également été créé par un arrêté du 7 septembre 1994 (succédant au comité interministériel consultatif des services sociaux initialement institué par un arrêté du 19 juin 1970).
13. Le rapport d'activité établi chaque année par le ministre chargé de la fonction publique permet de disposer d'une vision globale du contenu et du montant de l'action sociale de l'Etat laquelle comprend les crédits gérés par les départements ministériels et les prestations interministérielles gérées par la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP). Le juge administratif étant tenu, dans le cadre du recours pour excès de pouvoirs d'apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard des éléments de fait existant à la date de sa décision, il est fait référence, lorsqu'elles sont disponibles, aux données connues à la date du décret du 27 avril 2001 ; c'est pourquoi, les chiffres indiqués ci-dessous sont ceux figurant dans le rapport d'activité sur la fonction publique relatif à l'année 2000.
14. Pour l'année 2000, l'ensemble des prestations d'action sociale versées par l'Etat à ses agents s'élève à 494,7 millions d'euros dont :
  - 118,2 millions d'euros au titre des prestations interministérielles (aides au logement, aide ménagère à domicile en faveur des retraités, chèques vacances, crèches, équipements logements, insertion des travailleurs handicapés) ;
  - 376,5 millions d'euros au titre des crédits gérés par les ministères (subventions repas, aide aux familles, secours, colonies et centres de vacances, subventions aux mutuelles).
15. Ces prestations se sont élevées à 518 millions d'euros en 2001 (dont 130,2 millions d'euros pour les prestations interministérielles) et à 524 millions d'euros en 2002 (dont 132 millions d'euros au titre des prestations interministérielles). Rapporté à la masse salariale, le pourcentage des dépenses consacrées par l'Etat à l'action sociale s'élèverait à 0,84 % hors prise en compte des coûts de personnel.

## **2. L'ACTION SOCIALE EN FAVEUR DES AGENTS DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE ET DE LA FONCTION PUBLIQUE HOSPITALIÈRE**

16. Les prestations d'action sociale en faveur des agents des collectivités territoriales sont moins bien connues que celles de l'Etat, chaque collectivité déterminant librement sa politique en la matière et les modalités de sa mise en œuvre, qui peuvent faire intervenir les services des ressources humaines de chaque collectivité, les centres de gestion, les associations locales (notamment comité des œuvres sociales) ainsi que deux associations nationales : le comité national d'action sociale (CNAS) (9200 collectivités adhérentes, 277.000 agents) et le fonds national d'action sanitaire et sociale (FNASS) (26 000 agents concernés).
17. Le CNAS est une association régie par la loi de 1901 à laquelle peuvent adhérer les collectivités territoriales intéressées moyennant une cotisation de 0,74 % de la masse salariale. Le site internet du CNAS indique que cet organisme a versé en 2002 : 34 893 000 euros dont 19 700 000 au titre des aides, 148 000 au titre du ticket emploi domicile, 12 800 000 au

titre des prêts, 1 475 000 au titre des plans épargne chèque vacances, 770 000 au titre des séjours et voyages.

18. Le financement du FNASS est également assuré au moyen d'une cotisation des collectivités adhérentes laquelle s'élève à 1 % des salaires nets imposables des personnels de la collectivité.
19. Quant à la politique d'action sociale en faveur des agents hospitaliers, elle est déterminée par les établissements hospitaliers et mise en œuvre par les organismes agréés auxquels ils sont tenus d'adhérer. L'article 59 de la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle prévoit, en effet, que la prise en charge de l'action sociale des personnels des établissements hospitaliers est assurée par une contribution annuelle de ces établissements. Cette contribution est versée à l'un des organismes agréés par l'Etat chargés de la gestion et de la mutualisation de cette contribution et dont la gestion associe obligatoirement des représentants du personnel et des représentants de l'administration hospitalière. La quasi totalité des établissements (2517 soit environ 943 000 agents actifs et retraités) ont recours à une association de la loi de 1901 : le comité de gestion des œuvres sociales des établissements hospitaliers publics (CGOS).
20. Le CGOS a pour objet de mettre en œuvre et de gérer paritairement entre les représentants des administrations hospitalières et les représentants des personnels l'activité socioculturelle, sportive et de loisirs en faveur des personnels relevant des établissements adhérents, actifs ou retraités. Les prestations du CGOS sont articulées autour de trois pôles : aides individuelles (maladie, aide aux études, départ à la retraite, décès, aides remboursables), activités socioculturelles et services (les chèques vacances notamment), retraite complémentaire des personnels hospitaliers.
21. Le financement du CGOS représente 1,5 % de la masse salariale des personnels hospitaliers (hors corps médical) soit environ 252 millions d'euros en 2001.

### **3. LES DÉLÉGATIONS DE GESTION DES PRESTATIONS SOCIALES**

22. Les collectivités publiques ne gèrent pas directement la totalité de l'action sociale en faveur de leurs agents, une partie des crédits sociaux faisant l'objet de délégations de gestion, lesquelles sont confiées à des prestataires extérieurs, notamment à des associations sans but lucratif ou, dans la cas des prestations interministérielles, à la Mutualité Fonction Publique :

#### **a) les délégations de gestion des prestations interministérielles**

23. Le montant des crédits interministériels délégués à la MFP s'élève à environ 50 % de l'ensemble des crédits effectivement consacrés à l'action sociale interministérielle : Au titre de l'année 2000, ont été confiés à la MFP 61,9 millions d'euros sur une enveloppe globale de 118,2 millions d'euros, soit 52 % des crédits. Pour 2001, le pourcentage de crédits délégués à la MFP est de 42 % des crédits inscrits en loi de finances mais de 53 % des crédits effectivement utilisés.
24. Un seul autre organisme s'est également vu confier, par la DGAFP, la gestion d'une prestation interministérielle : il s'agit de la caisse nationale d'allocation familiale (CNAF) pour la prestation service crèche (40 millions d'euros en 2000).
25. La MFP est donc le gestionnaire extérieur des prestations d'action sociale interministérielle qui reçoit la plus grande partie des crédits consacrés à ces prestations.

## **b) Les délégations de gestion des prestations ministérielles**

26. Une partie des crédits d'action sociale ministérielle est déléguée à des organismes de gestion : association, fondation ou établissement public. Ces délégations semblent assez répandues et pourtant mal connues, aucune étude ne permettant d'avoir une vision exhaustive des montants concernés.
27. Le champ d'intervention de ces institutions est varié : restaurants administratifs, loisirs, centres de vacances, aide et secours, prêts, dispensaires, équipements sociaux, crèches, prestations spécifiques (arbre de Noël).
28. La part des crédits délégués par rapport aux crédits totaux varierait, suivant les ministères, de 6 à 69 % et, selon le rapport établi par M. Baffray à la demande du comité interministériel consultatif d'action sociale, représentait globalement, en 1998, la somme de 733 000 000 F, soit environ 25 % du montant total des crédits ministériels d'action sociale (évalués à 2 883 100 000 F comprenant les crédits sociaux figurant au chapitre 33-92 et hors 33-92).
29. C'est ainsi qu'au ministère de l'éducation nationale, dont les crédits sociaux (chapitre 33-92) se sont élevés à 63 991 038 euros en 2003, ont été délégués à la MGEN, par convention, la gestion de l'aide aux orphelins et de certaines aides en faveur des personnes handicapées. Le montant des crédits délégués par le ministère de l'éducation nationale à la MGEN est de 2 458 000 euros soit 3,84 % des crédits du chapitre 33-92.
30. Au ministère de l'économie des finances et de l'industrie, un arrêté du 18 décembre 2001 pris en application de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 a confié à quatre associations des droits exclusifs pour la gestion d'un certain nombre de prestations sociales : il s'agit de l'association pour le logement du personnel des administrations financières (l'ALPAF), l'association Plein Air Finances (EPAF) qui organise, notamment, des séjours de vacances familiales et des colonies de vacances, l'association pour la gestion des restaurants des administrations financières (AGRAF) et l'association pour les titres-restaurants des administrations financières (ATRAF). L'ALPAF a, en 2000, versé 4 471 448 euros d'aide et de prêt à l'installation (3,87 % des crédits du chapitre 33-92 qui s'élevaient cette même année à 116 764 363 euros). L'association Plein air Finances a reçu 29 061 832 euros soit 24,9 % du même chapitre 33-92.
31. Au ministère de l'agriculture, dont le budget social s'élevait à 9,9 millions d'euros en 2002, 611 593 euros ont été versés à l'ASMA (association d'action sociale, culturelle sportive et de loisirs du ministère chargé de l'agriculture) pour gérer les colonies de vacances des agents du ministère et 2 360 000 euros à cette même association pour financer des prestations variées (culture formation, actions en faveur des retraités, aides et prêts).

## **c) Les délégations de gestion des prestations d'action sociale en faveur des agents des collectivités territoriales et hospitalières**

32. Les prestations d'action sociale destinées aux agents des collectivités territoriales et des hôpitaux font l'objet de délégations de gestion à des associations tels le CNAS, le FNASS et le CGOS, déjà mentionnées ci-dessus.

## **d) Les délégations de gestion des prestations du régime obligatoire de sécurité sociale**

33. En vertu de l'article L 712-1 du code de la sécurité sociale, les mutuelles de fonctionnaires ou leurs unions sont compétentes pour le service des prestations en nature des assurances obligatoires maladie, maternité et invalidité. Le régime juridique du remboursement aux

mutuelles des prestations légales versées aux fonctionnaires est fixé par l'article L 712-7 du code de la sécurité sociale. Les prestations proprement dites sont directement remboursées aux mutuelles par la caisse nationale d'assurance maladie sur la base de conventions types. Quant aux frais de gestion, ils sont couverts par les remises de gestion dont les modalités de calcul et la répartition sont définies sur la base de l'article R 712-1.

34. La MFP gère, pour le compte de 22 de ses mutuelles adhérentes, le service des prestations obligatoires de sécurité sociale des fonctionnaires et de certains agents de l'Etat. Mais, elle n'assure pas cette gestion pour le compte de la MGEN (éducation nationale), de la mutuelle Générale (Poste) ainsi que des mutuelles des personnels militaires et des pompiers. En 2002, le montant des prestations versées par la MFP au titre du régime obligatoire s'est élevé à 1, 225 milliards d'euros.

### **C. LES PRESTATIONS D'ACTION SOCIALE DE L'ETAT CONFIEES À LA MFP PAR LE DÉCRET DU 27 AVRIL 2001**

35. La délégation de gestion d'une partie des prestations interministérielles à la MFP remonte à une époque antérieure au décret du 27 avril 2001 : c'est, en effet, à partir de 1974 que la MFP s'est vu confier par la direction de la fonction publique la gestion d'une première prestation : l'aide à l'amélioration de l'habitat des retraités, puis, à partir de 1979, celle de l'aide ménagère à domicile. Ont suivi, en 1986, la délégation de gestion des chèques-vacances et en 1990 celle du dispositif d'aide à l'installation des jeunes fonctionnaires. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002, ces prestations interministérielles qui, auparavant donnait lieu pour chacune d'entre elles à une convention passée entre l'Etat et la MFP, font désormais l'objet d'une convention unique d'une durée de trois ans fixant leurs modalités de gestion.

#### **a) Description des prestations déléguées à la MFP par le décret du 27 avril 2001**

36. Les conditions d'attribution des quatre prestations déléguées à la MFP sont précisément définies par circulaire conjointe du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé des finances de telle sorte que la MFP ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière.
- **L'aide à l'amélioration de l'habitat** permet aux fonctionnaires retraités de bénéficier de subventions destinées à favoriser leur maintien à domicile. Elle est attribuée sous condition de ressources aux retraités âgés de plus de 60 ans pour les travaux destinés à l'amélioration de la résidence principale. Pour 2000, le plafond de ressources mensuelles était fixé à 7649 francs pour une personne seule et 11 733 francs pour un ménage. Cette prestation a bénéficié à 1128 personnes et touche principalement la tranche d'âge allant de 60 à 80 ans, le montant moyen de la subvention s'établissant à 9508 francs. Les conditions d'attribution de cette prestation sont similaires à celles mise en place par la caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAVTS) au profit de ses ressortissants ;
  - **La prestation aide ménagère** autorise une prise en charge partielle des frais d'aide ménagère afin de permettre aux personnes retraitées de subvenir aux besoins de la vie courante et d'éviter l'hospitalisation ou l'hébergement dans des structures collectives pour personnes âgées. Le montant de l'aide est déterminé à partir de plusieurs critères faisant notamment intervenir le niveau de ressources. Les ¾ des bénéficiaires ont plus de 75 ans. Le nombre de bénéficiaires s'est élevé à 28 .640 en 2000. Cette prestation est similaire à celle servie par la CNAVTS ;

- **Le chèque-vacances** a été créé par l'ordonnance 82-283 du 26 mars 1982 pour favoriser le départ en vacances de tous les salariés disposant de revenus modestes. Il s'agit d'un titre nominatif qui repose sur une épargne mensuelle du bénéficiaire abondée d'une participation de l'employeur. Cette prestation est attribuée sous condition de ressources (en 1998 les bénéficiaires devaient justifier d'une cotisation d'impôt au plus égale à 11.450 francs pour un ménage ; depuis 2000, leurs ressources ne doivent pas excéder un revenu fiscal de référence fixé par la loi de finances). Chaque bénéficiaire constitue un plan d'épargne (de quatre à douze mois d'un montant mensuel de 4 à 20 % du SMIC). A l'issue du plan, l'intéressé reçoit son épargne et une bonification de 15 à 25 % de l'épargne constituée (en fonction des revenus du foyer). 159 136 dossiers ont été servis par la MFP en 2000, 30 % des bénéficiaires sont âgés de 31 à 40 ans et 37 % de 41 à 50 ans. Le volume des chèques émis au profit des agents de l'Etat représente (en 1999) 30 % du total des chèques vacances distribués par l'Agence Nationale des chèques vacances (ANCV). L'ANCV est un établissement public industriel et commercial créé par une ordonnance du 30 mars 1982 et chargé par la loi d'émettre les chèques-vacances. Initialement, de 1983 à 1986, c'est l'ANCV qui gérait la prestation chèque-vacances pour le compte de l'Etat, mais la gestion en a depuis 1986, été confiée par l'Etat à la MFP. Les chèques sont émis par l'ANCV à qui la MFP doit reverser 1 % de la valeur des chèques vacances édités ;
- **L'aide et les prêts à l'installation** sont destinés à faciliter l'accès des agents de l'Etat affectés en Ile-de-France ou en Provence Alpes Côte d'azur à un logement locatif. 2.237 agents ont bénéficié de cette prestation en 2000. L'aide est d'un montant maximum de 4000 francs et le prêt de 8000 francs sans intérêt. Ils sont accordés aux agents ayant réussi un concours, justifiant d'un domicile antérieur dans une commune extérieure aux deux régions ci-dessus et dont le salaire ne dépasse pas l'indice brut 423.

#### **b) Montant des prestations d'action sociale interministérielles déléguées à la MFP**

37. Le montant des crédits effectivement versés par le ministre chargé de la fonction publique (DGAFP) à la MFP au titre des quatre prestations déléguées par le décret du 27 avril 2001 s'est élevé, pour l'année 2000, à 61,9 millions € (dont 3,3 M€ au titre de l'aide à l'amélioration de l'habitat, 1,8 M€ au titre de l'aide et prêts à l'installation, 18,9 M€ au titre de l'aide ménagère à domicile et 39,6 M€ au titre des chèques vacances) et, pour l'année 2001, à 54,4 millions €
38. Il faut relever que le montant des crédits effectivement délégués à la MFP est inférieur aux crédits votés en loi de finances comme à ceux qui sont inscrits dans le rapport annuel du ministre chargé de la fonction publique, cette discordance s'expliquant par la circonstance que les crédits sont versés à la MFP selon les besoins des usagers de la prestation. Les différences sont plus marquées pour l'année 2001, qui accuse une diminution sensible de la prestation chèque-vacances : 27,4 M€ versés à la MFP contre 41,1 M€ inscrits en loi de finances.

#### **c) Rémunération servie par l'Etat à la MFP en contrepartie des activités de gestion exercées par cette dernière**

39. En vertu de la convention passée entre l'Etat et la MFP pour chacune des prestations déléguées, la MFP reçoit, en contrepartie de son activité de gestionnaire, une rémunération comprenant des frais de dossier ainsi qu'une partie des produits financiers résultant du placement des fonds destinés à assurer le paiement des prestations.

40. S'agissant des frais de dossier, la MFP est rémunérée à raison de :
- 13,72 €par dossier chèque-vacances
  - 54,88 €par dossier d'aide ménagère à domicile
  - 28,97 €par dossier d'aide à l'amélioration de l'habitat des retraités
  - 28,97 €par dossier d'aide ou prêt à l'installation
41. Les écarts entre le montant des frais de gestion s'expliquent, selon la MFP, par la différence de travail nécessaire à l'instruction et à la gestion de chaque type de prestation (l'aide ménagère à domicile impliquant plus de travail que les autres prestations en raison de la nécessité d'assurer le conventionnement des prestataires de service à domicile et le suivi de la prestation ainsi que des démarches auprès d'autres organismes).
42. Globalement, la MFP a perçu au titre de la rémunération par dossier : 3,9 millions € en 2000 (dont 2,1 M€ pour les chèques vacances, 1,6 M€ pour l'aide ménagère à domicile, 85 216 € pour l'aide à l'installation des jeunes fonctionnaires et 32 007 € pour l'aide à l'amélioration de l'habitat) ; 3,6 millions € en 2001 (dont 1,8 M€ pour les chèques-vacances, 1,7 M€ pour l'aide ménagère à domicile, 107 000 € pour l'aide à l'installation et 31 000 € pour l'aide à l'amélioration de l'habitat) ; 4 millions € au titre de 2002 (dont 1,7 M€ pour les chèques vacances et 2 M€ pour l'aide ménagère).
43. Quant aux produits financiers dégagés par les placements, ils sont répartis entre l'Etat et la MFP de la façon suivante : si le rendement annuel moyen des supports monétaires achetés par la MFP est égal ou inférieur au taux de 5 %, la MFP perçoit 25 % des produits financiers, si ce même rendement est supérieur au taux de 5 %, la MFP perçoit 25 % des produits financiers jusqu'au taux de 5 % et 20 % au-delà. En pratique, la DGAFP indique que la rémunération moyenne des fonds n'a jamais dépassé 5 %.
44. La part des produits financiers revenant à la MFP s'est élevée à 713 244 € en 2000 (dont 660 000 € pour le chèque vacances), 722 000 € en 2001 (dont 647 000 € pour le chèque vacances) et 371 707 € en 2002 (dont 324 1000 € pour le chèque-vacances).
45. Au total, l'ensemble de la rémunération servie par l'Etat à la MFP pour la gestion des quatre prestations qui lui sont déléguées s'est donc élevée à :
- 4,67 millions € en 2000 (dont 2,8 millions € pour les chèques-vacances)
  - 4,40 millions € en 2001 (dont 3,6 millions € pour les chèques-vacances)
  - 4,37 millions € en 2002 (dont 2,1 millions € pour les chèques-vacances)

#### **d) Subdélégations**

46. Certaines des prestations déléguées à la MFP, sont en fait, subdélégées par elle, notamment à la MGEN, pour l'aide ménagère à domicile et les chèques-vacances ou, à la Mutuelle Générale et à la Mutuelle aviation marine pour les chèques-vacances. En contrepartie des subdélégations, la MFP reverse aux mutuelles concernées environ 50 % de la rémunération qui lui est servie par l'Etat au titre de son activité de gestion.
47. Ces subdélégations sont mentionnées par la convention passée entre l'Etat et la MFP, qui prévoit qu'*"une partie des prestations dont la gestion est confiée à la MFP peut être effectuée, par exception, par des mutuelles affiliées à celle-ci. La MFP doit en informer le ministre chargé de la fonction publique (DGAFP) et obtenir son accord"*.

## **D. PRÉSENTATION DE LA MFP ET DU MARCHÉ DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE**

48. En complément du régime de base obligatoire de sécurité sociale, les mutuelles peuvent offrir à leurs membres une protection complémentaire, notamment en matière de santé, à laquelle ils sont libres d'adhérer ou non. La protection sociale complémentaire peut être définie comme la couverture, à titre facultatif et en complément du régime de base de sécurité sociale, des risques sociaux liés à la personne : maladie, maternité, incapacité, invalidité, dépendance, décès.

### **a) La MFP est une union de mutuelles régie par le code de la mutualité**

49. Les mutuelles ont le statut de personne morale de droit privé à but non lucratif. Elles disposent aujourd'hui d'un cadre juridique rénové, notamment destiné à assurer la transposition des directives européennes relatives aux assurances. En effet, si les mutuelles ne sont pas soumises aux dispositions du code des assurances, elles effectuent néanmoins des opérations qui entrent dans le champ des directives européennes d'assurance. Les mutuelles avaient jusqu'au 31 décembre 2002 pour se mettre en conformité avec les nouveaux textes.
50. Les mutuelles ont pour objet de mener, dans l'intérêt de leurs membres et principalement au moyen des cotisations de ceux-ci une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide (art L 111-1 du code de la mutualité).
51. Le nouveau code de la mutualité introduit davantage de sécurité financière pour les adhérents avec un renforcement des règles prudentielles (constitution de provisions techniques, garantie d'une marge de solvabilité, fonds national de garantie) et favorise une plus grande transparence avec la séparation de certaines activités (complémentaire santé, gestion d'établissements sanitaires, prévoyance), l'obtention d'un agrément spécifique pour les activités d'assurance en matière de complémentaire santé et de prévoyance et le renforcement de l'obligation d'information des adhérents.
52. Il reconnaît également la particularité de l'activité mutualiste et la distingue de l'activité d'assurance. La solidarité et la non discrimination sont réaffirmées ainsi que le fonctionnement démocratique du mouvement mutualiste. A la différence des assurances, les mutuelles sont fondées sur le principe d'égalité de traitement des adhérents ; les cotisations ne sont pas uniquement fixées en fonction du risque mais en fonction du revenu, de l'âge ou de la durée d'appartenance à la mutuelle.
53. L'activité des mutuelles est limitée à la gestion des risques liés à la personne (ce qui les distingue aussi des assurances) mais elles peuvent également intervenir dans de nouveaux secteurs d'assurance : protection juridique, assistance aux personnes, cautionnement.
54. Elles peuvent également assurer la gestion d'activités et de prestations sociales pour le compte de l'Etat ou d'autres collectivités publiques (art L 111-1 du code de la mutualité).
55. Par ailleurs, en vertu de l'ancien article R 523-2 du code de la mutualité, l'Etat peut accorder aux mutuelles de fonctionnaires et d'agents de l'Etat des subventions destinées notamment à développer leurs actions sociales et à participer à la couverture des risques sociaux qu'elles assurent. Le montant des subventions ministérielles allouées aux mutuelles représente, pour celles qui sont concernées, 25 % des cotisations versées par les adhérents selon les données citées par l'avis 98-A-03 du Conseil de la concurrence. L'enveloppe globale des subventions ministérielles aux mutuelles s'est élevée à 43,8 millions d'euros en 2001.

56. Les mutuelles sont soumises au contrôle de la commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance.

### **b) Organisation de la MFP et liens avec les mutuelles adhérentes**

57. La MFP regroupe 29 mutuelles de fonctionnaires et agents publics. Depuis la mise en œuvre du nouveau code de la mutualité, en 2002, elle s'est scindée en quatre entités qui ont chacune le statut de mutuelle :

- une union d'intérêt collectif, la MFP, qui regroupe les 29 mutuelles adhérentes et gèrent les établissements sanitaires et sociaux. Son objet est, notamment, d'assurer la représentation des mutuelles auprès de l'Etat, des partenaires de la gestion du régime obligatoire, des professionnels de santé et de définir la politique commune à toutes les mutuelles adhérentes ;
- une union opérationnelle : "MFP services" qui assure la gestion déléguée des prestations obligatoires et complémentaires de sécurité sociale ainsi que la gestion des prestations interministérielles. Les relations entre MFP services et les mutuelles adhérentes sont régies par les statuts de MFP services et par le code de la mutualité ;
- deux unions d'assurances : MFPPrévie et MFPrécaution proposent aux fonctionnaires des services de prévoyance (garantie décès, invalidité dépendance) et de caution fédérale (facilitant l'accès aux prêts immobiliers).

58. Dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence d'une mutuelle, la MFP noue des partenariats pour répondre à certaines demandes spécifiques : Banque fédérale mutualiste, l'Union mutualiste retraite (UMR), l'AMF (assurance de biens et protection juridique), MFP Catalogue Camif (vente par correspondance).

59. La MFP et ses mutuelles agissent ensemble et adoptent une ligne de conduite unique en de multiples occasions puisque la MFP est chargée d'assurer la représentation des mutuelles auprès de l'Etat, des partenaires de la gestion du régime obligatoire, des professionnels de santé et de définir la politique commune à toutes les mutuelles adhérentes. Ainsi que le prévoient ses statuts, elle assure, notamment, la coordination de l'activité des missions d'intérêt commun et la défense des intérêts des groupements adhérents, en particulier dans les domaines suivants : relations internationales et promotion de la mutualité, relations avec l'Etat, les collectivités publiques.

60. Les intérêts des mutuelles affiliées à la MFP sont à tel point imbriqués que c'est la MFP qui parle d'une seule voix et agit pour le compte de ses mutuelles lorsqu'il s'agit de négocier avec l'Etat ou les partenaires sociaux, les conditions des délégations de gestion. C'est aussi elle qui définit les critères communs de choix de partenaires et gère des services communs, par exemple, les établissements sanitaires et sociaux. Elle a également créé un groupement d'intérêt économique MF-GAN regroupant les mutuelles de fonctionnaires gestionnaires de l'assurance maladie obligatoire dans le but de favoriser la gestion de la sécurité sociale de ses membres, la mise en place de la carte Sésame-Vitale, le développement de leurs activités dans le domaine des cartes à microprocesseur et des réseaux électroniques d'échanges.

61. Ces éléments témoignent de l'existence de liens structurels et économiques forts entre la MFP et ses mutuelles adhérentes qui les conduisent à agir ensemble comme une entité collective tant sur le marché de la délégation de gestion des prestations interministérielles que sur celui de la protection sociale complémentaire.

### **c) Rôle et place de la MFP sur le marché de la protection sociale complémentaire**

62. La MFP n'est pas opérateur direct sur le marché de l'assurance complémentaire santé, seules ses mutuelles adhérentes le sont et disposent de l'agrément prévu par le code de la mutualité pour opérer sur ce marché.
63. La MFP intervient, en revanche, directement sur le marché des assurances décès et invalidité ; elle était, à ce titre, assureur direct de 1,2 millions de personnes physiques en 2001 ayant encaissé 17 millions d'euros de cotisations au titre des garanties décès, invalidité. Elle a, par ailleurs, cautionné 5.887 dossiers de prêts immobiliers en 2002 pour un montant de 41 millions d'euros. Ces deux activités ont, depuis la mise en œuvre de la réforme du code de la mutualité, été transférées à ses deux unions assurantielles MFPrévie et MFPrécaution.
64. Elle assure, de plus, par l'intermédiaire de "MFP services", la gestion des prestations complémentaires de santé pour le compte de 22 de ses mutuelles adhérentes. Mais, de même que pour le régime obligatoire de sécurité sociale, elle n'assure pas cette gestion pour le compte des plus grosses mutuelles, à savoir la MGEN (éducation nationale) et la mutuelle générale (Poste) ainsi que des mutuelles couvrant les régimes spéciaux (militaires).
65. MFP services gère deux millions de bénéficiaires sur les 9 millions que comptent ses mutuelles ; elle a, en 2002, versé 460,2 millions d'euros de prestations au titre du régime complémentaire.

### **d) Part de marché détenue par les mutuelles de la MFP sur le marché de la protection sociale complémentaire**

66. L'ensemble des mutuelles du code de la mutualité (y compris les mutuelles des salariés du secteur privé) occupe, tant en volume qu'en valeur une part de marché égale à 60 % de l'assurance complémentaire santé de l'ensemble de la population française. Au total, elles ont versé 9,6 milliards € de prestations, sur un total des prestations complémentaires santé s'élevant à plus de 16 milliards €. Les sociétés d'assurance privées détiennent quant à elles 22 % du marché et les institutions de prévoyance 18 %.
67. La part de l'activité des mutuelles membres de la MFP par rapport à l'ensemble des opérateurs d'assurance complémentaire s'élève, selon la MFP, à 15,72 % et représente 26 % de l'activité totale des seules mutuelles.
68. Le nombre de cotisants détenus par les mutuelles les plus importantes affiliées à la MFP se répartit entre elles comme suit :
  - La MGEN (éducation nationale) : 1 658 031 cotisants (961,5 millions € de cotisations au titre de 2001, 925 millions € versés au titre des prestations complémentaires, 2 120 405 181 au titre des prestations obligatoires) ;
  - Mutuelle générale (poste) : 702 241 cotisants (cotisations 2001 : 563 millions €) ;
  - Mutuelle des hospitaliers et des personnels de santé : 504 200 cotisants (cotisations 2001 : 351,8 millions €) ;
  - Mutuelle nationale territoriale : 349 700 adhérents (cotisations 2001 : 258,3 millions €) ;
  - Mutuelles finances (impôt et trésor) : 290 406 cotisants ;
  - Mutuelle générale de la police : 148 471 cotisants.
69. Par comparaison, le nombre d'adhérents de la MGSP, mutuelle concurrente de la MFP, est d'environ 2000.

70. Au total, les mutuelles de la MFP comptent 4,65 millions d'adhérents et plus de 9 millions de bénéficiaires qui peuvent être rapprochés du nombre total des agents des trois fonctions publiques, actifs et retraités, évalué à 7,3 millions, dont 4,8 agents actifs. Selon le rapport public 2002 de la Cour des comptes, la MFP compte 75 % des cotisants de l'ensemble des mutuelles de fonctionnaires. La MFP avance un autre chiffre et soutient que sur l'ensemble des trois fonctions publiques, les adhérents de ses mutuelles représentent 57 % des fonctionnaires actifs et retraités.

## II. Analyse concurrentielle

71. Le droit de la concurrence est opposable aux actes pris par les personnes publiques même lorsque ces dernières agissent dans le cadre de leur activité normative et alors même qu'une telle activité ne peut être assimilée à "*une activité de production, de distribution ou de services*" au sens de l'article L 410-1 du code de commerce (rapport public 2002 du Conseil d'Etat). C'est pourquoi, bien que le code de commerce ne vise que les comportements des entreprises et non les actes pris par les autorités publiques, le Conseil d'Etat a jugé qu'un acte administratif ne peut légalement avoir pour effet de placer une entreprise en situation de contrevenir aux dispositions du droit de la concurrence prohibant l'abus de position dominante (CE 8 nov. 1996 FFSA).
72. Cette jurisprudence est directement inspirée des dispositions du droit communautaire et, en particulier, de l'article 86 du traité des communautés européennes, aux termes duquel : "*Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité..*". Parmi les mesures contraires au traité, figure, notamment, celle visée à l'article 82, suivant lequel "*Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci*".
73. Si le simple fait pour un Etat membre de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs n'est pas en tant que tel incompatible avec l'article 82, il y a incompatibilité, en revanche, lorsque, par l'octroi de tels droits, l'entreprise est amenée à abuser de sa position dominante. La Cour de justice des communautés européennes a, notamment, jugé incompatibles avec le traité l'instauration de redevances inéquitables (CJCE 10 février 2000 Deutsche Post) ou discriminatoires (29 mars 2001 République Portugaise), le cumul de droits exclusifs plaçant l'entreprise en situation de conflit d'intérêts (Ert 18 juin 1991), des droits exclusifs accordés à une entreprise qui n'est pas en mesure de satisfaire la demande de produits ou de services pour lesquels elle dispose de tels droits (Höfner et Elser 23 avril 1991).
74. La Cour de justice fait, en particulier, usage de la théorie dite de "*l'abus automatique*", qui permet de présumer l'existence d'un abus lorsqu'une mesure législative ou administrative crée une situation dans laquelle l'entreprise est nécessairement amenée à abuser de sa position dominante.
75. De la même manière, une mesure étatique ayant pour conséquence l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou

une partie substantielle de celui-ci méconnaît l'article L 420-2 du code de commerce (CE 2002 société CEGEDIM).

76. Dans le cadre du présent avis, le Conseil de la concurrence considère qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le caractère "automatique" d'un éventuel abus, ni de répondre aux observations présentées sur ce point par les parties, mais qu'il lui revient d'examiner comme le lui demande le Conseil d'Etat, si le décret du 27 avril 2001 confiant des droits exclusifs à la MFP place cette entreprise en situation d'abuser d'une position dominante.

#### **A. DROIT DE LA CONCURRENCE ET PRESTATIONS SOCIALES**

77. Par sa demande d'avis, le Conseil d'Etat interroge le Conseil de la concurrence sur la position de la MFP sur "le marché des prestations sociales au profit des agents publics". La notion de prestations sociales au profit des agents publics peut recouvrir trois types de prestations :
- les prestations d'action sociale versées par les administrations
  - les prestations obligatoires du régime de sécurité sociale
  - les prestations sociales complémentaires versées par les mutuelles, les sociétés d'assurance ou les institutions de prévoyance.
78. Parmi ces prestations, les deux premières ne peuvent être regardées comme se rattachant par elles-mêmes à une activité économique susceptible d'être incluse dans la définition d'un quelconque marché.
79. En effet, le droit de la concurrence s'applique exclusivement aux organismes qui peuvent être qualifiés d'entreprises, c'est à dire aux organismes exerçant une activité de nature économique ( CJCE 23 avril 1991 Höfner et Elser).
80. Or, les prestations d'action sociale versées par les administrations s'apparentent à des subventions ou à des aides à la personne et le simple fait pour l'Etat d'allouer ces prestations aux agents concernés ne fait pas entrer pour autant cette activité dans la catégorie des activités économiques relevant du droit de la concurrence tant au sens du droit communautaire (article 82 du traité) que du droit interne (art L 410-1 du code de commerce).
81. De même, ne relève pas du champ d'application des règles de concurrence, l'activité des organismes chargés de la gestion des régimes de sécurité sociale obligatoire ( CJCE 17 février 1993 Poucet et Pistre ).
82. En revanche, sont considérés comme des entreprises assujetties au droit de la concurrence, les organismes à but non lucratif gérant des régimes complémentaires d'assurance vieillesse (CJCE 16 nov 1995 FFSA) ou maladie (Conseil de la concurrence, décision 01-D-55 du 21 septembre 2001).
83. Toutefois, est en cause ici non pas l'activité consistant, pour l'Etat, à allouer des prestations sociales à des agents, mais celle consistant pour la MFP à gérer pour le compte de l'Etat, et contre rémunération, certaines de ces prestations. Une telle activité constitue une prestation de service à caractère économique.
84. Par suite, la MFP se trouve assujettie au droit de la concurrence tant au titre de ses activités propres qu'au titre de ses activités de prestataire exercées pour le compte de l'Etat.

## **B. DÉFINITION DU MARCHÉ PERTINENT ET POSITION DE LA MFP SUR CE MARCHÉ**

85. En confiant à la seule MFP la gestion de quatre prestations d'action sociale, le décret du 27 avril 2001 a accordé à cette institution des droits exclusifs sur la gestion de chacune des prestations concernées.
86. Si le marché de la gestion des prestations d'action sociale en faveur des agents publics est potentiellement susceptible d'englober les prestations de gestion effectuées par d'autres opérateurs que la MFP, le fait pour l'Etat d'avoir accordé des droits exclusifs à cet organisme a eu pour effet de créer un marché spécifique correspondant à la gestion extérieure des prestations visées par les droits exclusifs. Il en résulte que le marché pertinent doit être défini comme étant celui de la gestion des quatre prestations citées par le décret du 27 avril 2001.
87. Dans la décision "Climespace" 99-D-51, le Conseil a relevé que *"lorsqu'une entreprise bénéficie du monopole légal d'une activité et que celle-ci se confond avec la production d'un bien ou d'un service alimentant à lui seul un marché, il est légitime de déduire de ce seul monopole l'existence d'une position dominante puisque, d'une part, l'entreprise n'a pas de concurrent de fait sur le marché et que, d'autre part, la protection légale du monopole la met à l'abri de toute concurrence potentielle"*. Pour les mêmes raisons, la MFP se trouve en situation de monopole sur le marché de la gestion déléguée des prestations visées par le décret du 27 avril 2001.
88. Dès lors et sans qu'il soit nécessaire de déterminer quelle est la position détenue par cette institution sur le marché de la protection sociale complémentaire, il y a lieu, pour le Conseil de la concurrence d'examiner si les droits exclusifs qui lui ont été conférés peuvent la conduire à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles.

## **C. EFFETS DU DÉCRET DU 27 AVRIL 2001**

89. Le décret attaqué apparaît susceptible d'entraîner des répercussions, d'une part, sur le marché concerné par les droits exclusifs, c'est à dire celui de la gestion des prestations d'action sociale, d'autre part, sur le marché connexe de la protection sociale complémentaire.
90. Contrairement à ce que soutient la MFP, la possibilité pour le Conseil de la concurrence de prendre en compte les effets du décret attaqué sur le marché de la protection sociale complémentaire ne peut être exclue.
91. En effet, un abus de position dominante sur un marché peut être sanctionné à raison des effets qu'il produit sur un autre marché (CJCE Tetra Pak du 14 novembre 1996 ou TPI Aéroport de Paris 12 décembre 2000). Il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui abuse de sa position dominante et l'entreprise victime de cet abus soient présentes sur le même marché. Il suffit qu'il existe un lien de causalité entre les pratiques dénoncées sur un marché et la position dominante d'une entreprise sur un autre marché. Un tel lien est apprécié au cas par cas ; il a été admis, par exemple, dans le cas d'une société disposant d'une position dominante sur le marché de l'approvisionnement des diffuseurs de presse ayant mis en œuvre des pratiques abusives sur le marché de l'agencement des magasins de presse (Conseil de la concurrence décision 87-D-8 du 28 avril 1987 SNMPP), d'une société ayant abusé de sa position dominante dans le transport aérien pour entraver le fonctionnement normal de la production avicole (Cour de cassation, com. 19 février 1991) ; il peut également s'induire du seul comportement de l'entreprise dominante qui, titulaire d'un monopole légal, finance, grâce aux revenus que lui procure ce monopole, une activité exercée sur un autre marché ouvert à la

concurrence (Conseil de la concurrence, décision n° 2000–D-50 du 5 mars 2001, Française des jeux).

*Les effets sur le marché de la gestion extérieure des prestations interministérielles :*

92. Le décret du 27 avril 2001 confie à la MFP des droits exclusifs sans mise en concurrence préalable et sans aucune condition : le décret ne contient, en effet, aucune limite de durée, ne renvoie à aucun cahier des charges et ne précise aucune condition de rémunération.
  - *Le cadre légal place la MFP en situation de percevoir une rémunération non proportionnée aux services rendus.*
93. Lorsqu'une entreprise détenant un monopole se trouve en position dominante, les prix qu'elle pratique, peuvent être manifestement excessifs par rapport à la valeur du service rendu.
94. En l'espèce, les prix pratiqués s'apprécient en comparant la rémunération perçue par la MFP (sous forme de frais de gestion et de produits financiers), qui se sont élevés à 4,6 millions € en 2000 et à 4,4 millions € en 2001, à la masse des crédits gérés, soit 61,9 M€ en 2000 et 54,4 M€ en 2001 (voir paragraphe 37).
95. En l'absence d'informations comptables probantes, il est difficile de dire *a priori* si cette rémunération globale, qui représente 7 à 8 % de l'ensemble des crédits délégués, peut être considérée comme manifestement excessive par rapport à la valeur du service rendu. Il reste, qu'en dépit des affirmations de la MFP, selon lesquelles la gestion des prestations sociales ne dégagerait aucun excédent, la rémunération qu'elle perçoit apparaît susceptible de lui procurer une marge importante, en particulier grâce au jeu des subdélégations.
96. En effet, alors que des droits exclusifs lui ont été accordés, la MFP n'est pas en mesure de les assumer seule en totalité car elle n'effectue pas la gestion des prestations sociales pour le compte de ses mutuelles les plus importantes (dont la MGEN et la Mutuelle générale). Il en résulte qu'elle est conduite, avec l'accord du ministre de la fonction publique, à subdéléguer partiellement la gestion des prestations de l'Etat dans des conditions telles que finalement elle encaisse des frais de gestion pour des dossiers qu'elle ne gère pas.
97. C'est ainsi que près de 40 % des dossiers de chèques vacances (soit environ 60 000 dossiers) concernent des agents du ministère de l'éducation nationale qui relèvent de la gestion de la MGEN. Si, pour la gestion des dossiers subdélégués, la MFP rétrocède à la MGEN la moitié de la rémunération qui lui est versée par l'Etat, elle conserve pour elle la moitié restante si bien que cette situation laisse apparaître à son profit un gain de 50 % sur la rémunération de dossiers pour lesquels elle ne supporte pas de frais de gestion. Il en est de même pour les dossiers d'aide ménagère à domicile subdélégués à la MGEN (19 000 dossiers d'aide ménagère sur 35 000 concernent des personnels de l'éducation nationale). Certes, la MFP soutient qu'en dépit de la subdélégation, elle continue d'assurer "*une gestion globale des prestations concernées ainsi qu'une mission d'audit et de contrôle*" (PV d'audition du 16 mai 2003). Mais il n'est pas démontré que le coût de cette activité, qui n'est d'ailleurs pas évalué, atteint, à lui seul, la moitié des frais de gestion. Il s'ensuit que la MFP pourrait être amenée à percevoir une rémunération disproportionnée aux services rendus dans le cas des dossiers subdélégués.
98. Si cette situation peut, pour partie, être imputée au comportement de l'entreprise ou à la convention conclue entre l'Etat et la MFP (qui fixe les conditions de rémunération et permet les subdélégations), elle résulte également du décret lui-même lequel confère des droits exclusifs à une institution qui n'est pas en mesure de les assumer dans leur intégralité, situation critiquée par la CJCE dans l'arrêt précité "Höfner et Elser", du 23 avril 1991, sans

prévoir de disposition susceptible d'orienter la rémunération vers les coûts, ni de manière générale, ni dans le cas de subdélégation.

- *L'attribution, par le décret, de droits exclusifs à la MFP pour une durée illimitée comporte en elle-même un risque d'atteinte à la concurrence.*

99. Les tâches de gestion confiées à la MFP présentent, ainsi qu'il ressort des conventions conclues avec l'Etat, toutes les caractéristiques d'un marché public de services tant au regard de leur objet que de leur mode de rémunération (prix fixé et versé par l'administration).
100. Si l'exemption législative (article 9 de la loi du 13 juillet 1983) permet le choix discrétionnaire du co-contractant par l'autorité publique en dehors des règles du code des marchés publics, le décret attaqué, qui effectue le choix de la MFP, se borne à prévoir que la gestion des prestations fait l'objet de conventions entre cet organisme et l'Etat sans autre précision. Ce faisant, le texte exclut pour une période indéterminée toute possibilité, pour un concurrent éventuel, d'offrir ses services sur le marché concerné.
101. Cet inconvénient n'est nullement compensé par la circonstance que la durée de la dernière convention de gestion conclue entre l'Etat et la MFP a été fixée à trois ans dès lors que le renouvellement de la convention est possible indéfiniment à l'initiative des parties (article 2), sans aucune mesure de publicité préalable. Un tel mécanisme favorise la reconduction des relations contractuelles sans renégociation véritable et dans la plus grande discrétion faisant ainsi obstacle à ce que des concurrents éventuels soient avertis de l'arrivée à échéance du contrat et aient la possibilité de se manifester pour présenter leurs services. Aussi bien, il faut relever que depuis 1974, les conventions de gestion conclues entre la MFP et l'Etat ont été régulièrement renouvelées.
102. Or, même lorsqu'un contrat se trouve couvert par une exemption, les entités adjudicatrices sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité (CJCE C 324/ 98 du 7 décembre 2000 Telaustria), notamment les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité. Ce dernier principe impose, en particulier, que les mesures adoptées soient à la fois nécessaires et appropriées au but recherché et comportent le moins de perturbation possible pour l'exercice d'une activité économique (CJCE 17 mai 1984 Denkavit).
103. La Commission a souligné, à plusieurs reprises, que l'attribution d'un droit exclusif pour une période trop longue est restrictive de concurrence (décision de la Commission 1999/242/CE du 3 mars 1999 concernant TPS) et que le principe de proportionnalité impose de limiter la durée des concessions (communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000), la CJCE contrôlant, au nom de ce même principe, la durée de l'exclusivité (CJCE du 23 mai 2000 FFAD, point 79). Le même raisonnement est applicable aux marchés publics. Le respect du principe de transparence commande également que les marchés, même s'ils ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence découlant des directives communautaires sur les marchés publics, soient néanmoins passés avec un degré de publicité adéquat.
104. En droit interne, s'agissant des délégations de service public qui pouvaient être conclues pour des durées très longues, le législateur a, depuis la loi du 29 janvier 1993, posé le principe de la limitation de leur durée, laquelle est désormais fixée sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.
105. De même, l'instruction du ministre des finances du 8 septembre 2001 prise pour l'application du code des marchés publics précise, en ce qui concerne les marchés faisant l'objet de droits exclusifs : *"Il faut que l'acte qui attribue des droits exclusifs soit compatible d'une part avec le Traité de Rome et d'autre part avec les règles du droit de la concurrence. (...). Enfin, le*

*contenu, la durée et le territoire concerné doivent être précisément définis*". Le choix de renvoyer une éventuelle limitation de durée à un acte contractuel ultérieur ne répond pas à cette exigence.

106. Par conséquent, l'octroi de droits exclusifs à la MFP par un décret qui ne prévoit aucune limite de durée paraît contraire aux objectifs fondamentaux du Traité, en empêchant toute concurrence pendant une durée indéterminée, et place cette entreprise en situation d'abuser de sa position dominante.

*Les effets sur le marché de la protection sociale complémentaire :*

- *Le choix de la MFP par l'État apparaît comme étant de nature à provoquer une distorsion de concurrence :*

107. Le dispositif législatif, tel qu'il résulte de l'article 9 du titre I du statut général des fonctionnaires dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 2001, permet à l'État de choisir de façon discrétionnaire de déléguer la gestion de tout ou partie des prestations d'action sociale à un organisme à but non lucratif.

108. La loi dispose en effet : "*L'Etat, les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent confier, à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents à des organismes à but non lucratif ou à des associations nationales ou locales régies par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*". Le fait d'attribuer des droits exclusifs à une entreprise active sur un secteur concurrentiel, plutôt qu'à une entreprise sans activité commerciale ou à un organisme ad hoc soumis au principe de spécialité, n'est pas indifférent du point de vue du droit de la concurrence.

109. En l'espèce, si le décret attaqué fait bien porter le choix de l'Etat sur un organisme à but non lucratif, ce choix induit des conséquences particulières en matière de concurrence, dans la mesure où l'organisme à but non lucratif retenu exerce par ailleurs une activité économique sur le marché de la protection sociale complémentaire. En effet, la MFP est à la fois producteur direct de services sur ce marché, car elle assure les agents publics au titre des garanties invalidité et décès, et opérateur indirect, au titre de l'assurance complémentaire santé, par l'intermédiaire des mutuelles qu'elle regroupe.

110. Or, par le fait même de désigner la MFP comme l'organisme choisi par l'État pour gérer une partie de ses propres prestations d'action sociale, le décret introduit une différence entre les opérateurs présents sur le marché connexe de la protection sociale complémentaire car il distingue, aux yeux des agents publics, c'est à dire des clients potentiels, un opérateur parmi les autres comme étant celui bénéficiant de l'aval des autorités publiques pour servir de relais à l'administration dans l'exercice de son action sociale. Ce choix renforce ainsi la notoriété de la MFP, au détriment de ses concurrents, en la faisant apparaître comme le partenaire de l'État en matière d'action sociale.

- *Le décret attaqué peut conduire la MFP à pratiquer une confusion entre les prestations sociales de l'État et les prestations mutualistes :*

111. En effet, les prestations financées par l'État sont distribuées par la MFP ou dans le cas des prestations subdéléguées, directement par les mutuelles du groupe. Les agents de l'État sont amenés à s'adresser à la MFP pour obtenir leurs prestations et l'administration elle-même est obligée de renvoyer ses agents vers la MFP pour le service de ses propres prestations.

112. Même si l'absence de tout pouvoir réglementaire de la MFP sur les conditions d'octroi des prestations interministérielles (celles-ci étant fixées par l'État) permet d'écarter les risques de pratique discriminatoire entre agents mutualistes et non mutualistes, cette gestion conjointe entraîne, si ce n'est un conflit d'intérêts au sens de la jurisprudence ERT

(CJCE 18 juin 1991), à tout le moins une certaine confusion des rôles plaçant la MFP et ses mutuelles en situation de faire apparaître l'aide sociale de l'État comme partie intégrante des prestations mutualistes.

113. Or, la confusion entre prestations libres et prestations sous monopole est susceptible de constituer un abus de position dominante ainsi que le Conseil de la concurrence l'a déjà relevé, par exemple dans sa décision 97-D-92 du 16 décembre 1997 relative aux services de l'état civil et au service municipal des pompes funèbres.
114. Plus précisément s'agissant de la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance, le Conseil de la concurrence dans un avis n° 98-A-03 du 24 février 1998 estimait qu'il pourrait y avoir utilisation abusive d'une position dominante dans le cas "d'un opérateur exerçant par ailleurs une mission d'intérêt général comme la gestion d'un régime obligatoire, du fait de ne pas dissocier suffisamment dans son offre les services en concurrence de ceux qui ne le sont pas. Lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le respect des règles de concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence puissent bénéficier, pour leur développement, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés, des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général"
115. En l'espèce, plusieurs pièces du dossier semblent témoigner de la confusion entre prestations : par exemple, les relevés de remboursement de soins adressés par la MFP aux assurés sociaux comportent systématiquement au verso, à la suite du rappel du sigle MFP, un encart sur l'aide ménagère à domicile, qui peut laisser penser que cette aide (qui est l'une des prestations interministérielles) est liée à l'adhésion à l'une des mutuelles de la MFP.
116. De même, le site de la MFP sur internet fait état, parmi les services rendus par la MFP, de "services à la personne" comprenant les chèques-vacances, l'aide ménagère à domicile, l'aide et prêts à l'installation, l'aide à l'amélioration de l'habitat. Les sites internet de la MGEN et de celui de la mutuelle générale présentent également les chèques-vacances comme un service mutualiste.
117. Dans le cas des mutuelles à qui la MFP a subdélégué la gestion de certaines prestations interministérielles, la confusion entre les prestations de l'État et les prestations concurrentielles est d'autant plus forte qu'il n'y pas de séparation entre les activités d'assurance et de gestion puisque ces mutuelles sont assureurs directs sur le marché de la protection complémentaire notamment en matière de santé.
118. Certes, la nature de deux des prestations interministérielles en cause, aide ménagère à domicile et de aide à l'amélioration de l'habitat, si elle est valorisante en termes d'image, limite la possibilité pour la MFP de tirer directement parti du versement de ces prestations en vue du recrutement de jeunes adhérents dans la mesure où ces deux prestations concernent des personnes âgées lesquelles ont, en règle générale, effectué le choix de leur mutuelle depuis longtemps. Mais cette dernière observation ne peut être étendue aux deux autres prestations : l'aide aux jeunes agents qui bénéficie à 93 % aux agents de 18 à 30 ans, mais dont il est vrai que les bénéficiaires sont peu nombreux, et les chèques vacances dont 30 % des bénéficiaires sont âgés de 31 à 40 ans et 8 % de 18 à 30 ans et qui sont, eux, beaucoup plus nombreux, cette prestation représentant les deux tiers des versements de l'action sociale.
119. En tout état de cause, même si l'impact direct des pratiques incriminées sur le recrutement de nouveaux adhérents peut être nuancé, il n'en demeure pas moins que la confusion entre prestations d'État et prestations concurrentielles peut contribuer à renforcer la notoriété des mutuelles de la MFP au détriment des opérateurs concurrents.

- *La confusion peut s'étendre aux coûts de gestion car la MFP est placée en situation d'utiliser la rémunération qui lui est versée par l'État au titre de la gestion des prestations interministérielles pour financer ses propres coûts de gestion :*

120. La MFP assure, au sein de son union opérationnelle "MFP Services", la gestion des prestations obligatoires de sécurité sociale, des prestations complémentaires dues par ses mutuelles et des prestations d'action sociale de l'État. Si la convention du 2 mai 2002 passée entre l'État et la MFP prévoit que cette dernière doit individualiser dans ses écritures comptables les opérations portant sur les crédits budgétaires afférents aux prestations d'action sociale, les coûts des activités de gestion assurées à la fois pour le compte de l'État et du secteur concurrentiel ne sont pas séparés. Il est donc actuellement impossible d'isoler les coûts afférents à chacune des trois activités de gestion (des prestations obligatoires, des prestations complémentaires, des prestations d'action sociale ) prises en charge par la MFP.
121. Le fait que, comme l'indique la MFP, l'utilisation des fonds délégués soit comptablement identifiée et suffisamment contrôlée de manière à garantir aux pouvoirs publics que ces fonds ne peuvent servir à financer des activités concurrentielles, est sans pertinence pour apprécier l'efficacité de la séparation comptable, puisque seuls sont en cause ici les fonds définitivement acquis à la MFP en rémunération du service rendu et les coûts de gestion qui y sont attachés.
122. Dès lors que les différentes activités de gestion, assurées à la fois pour le compte de l'État et pour le compte du secteur concurrentiel, ne sont pas séparées et que rien ne garantit que la rémunération servie par l'État ne laisse pas une marge importante à la MFP, il existe un risque qu'une partie de la rémunération versée par l'État aboutisse à subventionner la gestion des prestations concurrentielles et donc, au bout du compte, les prestations mutualistes elles-mêmes, ce d'autant plus que, du fait de son statut de mutuelle, la MFP ne peut procéder à la distribution de ses excédents.
123. Ce risque est d'autant plus sérieux que, comme il a été indiqué ci-dessus, la MFP reçoit des frais de gestion pour des dossiers qu'elle ne gère pas elle-même, en particulier pour les dossiers de chèques-vacances dont la gestion est subdéléguée à la MGEN.
124. La MGSP se plaint, à juste titre, à cet égard, de la double économie de gestion réalisée, d'une part, par la MFP qui ne supporte pas les frais de gestion des prestations déléguées et, d'autre part, par les mutuelles adhérentes qui profitent des facilités accordées par les administrations, comme la mise à disposition de personnels et de locaux ou des subventions, pour réduire leurs coûts.
125. S'agissant des remises de gestion des prestations de sécurité sociale, le risque de transfert de coût a déjà été souligné, dans son rapport public 2002, par la Cour des comptes qui, après avoir constaté que le coût de la gestion du régime obligatoire est mal connu en l'absence de comptabilité analytique permettant de distinguer le coût de la gestion des prestations légales de celui des prestations complémentaires, rappelait les conclusions du rapport d'enquête de l'inspection générale des affaires sociales de janvier 2000 selon lesquelles les remises de gestion accordées à chaque mutuelle excèdent le coût réel du traitement des prestations du régime obligatoire dans tous les cas examinés (sauf celui de la mutuelle générale) et que les autres aides publiques accordées à certaines mutuelles majorent fortement cet excédent.

126. La MFP fait d'ailleurs valoir, dans ses observations, qu'une comptabilité analytique permettant de séparer les activités du régime obligatoire et du régime complémentaire, imposée par une convention "*objectif de gestion*" conclue avec la CNAMTS, devrait être opérationnelle en février 2004 ;
127. Cette exigence ne fait que mettre en relief l'absence actuelle de transparence dans la gestion des différentes catégories de prestations. Celle-ci est de nature à permettre un financement des coûts de gestion des prestations ouvertes à la concurrence par les frais de gestion versés par l'État, situation susceptible de procurer à la MFP comme à ses mutuelles un avantage par rapport à ses concurrents

#### *Evaluation des effets*

128. Il est vrai, ainsi que le souligne la MFP, que l'importance économique des quatre prestations d'action sociale confiées à la MFP est limitée tant au regard des volumes financiers que du nombre des agents concernés. Néanmoins, l'influence du décret sur la concurrence en tant qu'il aboutit à renforcer la notoriété de la MFP ne peut être analysée au vu du seul volume des prestations d'action sociale.
129. De même, la baisse récente de 3,2% du nombre des adhérents des mutuelles membres de la MFP, entre 2000 et 2002, est susceptible de provenir de causes diverses, telles qu'une mauvaise conjoncture économique ou une évolution du niveau des recrutements dans la fonction publique, et ne peut être considérée comme une preuve suffisante que le dispositif mis en place est dépourvu d'effet anticoncurrentiel. Au surplus, une pratique anticoncurrentielle peut avoir aussi bien pour objet ou pour effet de limiter une diminution de part de marché que de permettre son augmentation.
130. Au surplus, la MFP et ses mutuelles continuent de bénéficier d'une implantation considérable sur le marché de la protection sociale complémentaire des agents publics puisqu'elles comptent 4 650 000 adhérents et que leurs relations privilégiées avec l'État, confortées par le décret attaqué, leur confèrent un avantage concurrentiel de nature à entraver le développement ou l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents.
131. Lorsque la loi, comme en l'espèce, a pour conséquence de permettre la passation d'un marché public sans mise en concurrence préalable, situation qui peut produire des effets anticoncurrentiels graves, l'acte attribuant des droits exclusifs devrait comporter le moins de perturbation possible à l'exercice des activités économiques. En l'occurrence, aux effets propres de l'exception à la règle de mise en concurrence préalable s'ajoutent ceux produits par le choix du prestataire qui exerce une activité économique sur le marché connexe à celui sur lequel des droits exclusifs lui ont été conférés et s'y trouve en mesure de pratiquer une confusion entre ses activités exercées à titre exclusif pour le compte de l'État et celles exercées pour le compte du secteur concurrentiel.

#### *Exemptions éventuelles*

132. En vertu de l'article L 420-4-1 du code de commerce, ne sont pas soumises aux dispositions de l'article L 420-2 prohibant les abus de positions dominantes, les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire.
133. Ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire du texte invoqué.
134. Si la loi du 13 juillet 1983 permet à l'État de confier à titre exclusif à des organismes à but non lucratif la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents publics, elle ne peut être regardée comme ayant nécessairement pour conséquence directe que l'organisme

à qui les droits exclusifs sont ainsi conférés, soit exempté du respect des règles de concurrence et puisse ainsi être placé en situation d'abuser de sa position dominante.

135. L'article L. 420-4-2° permet également d'exempter les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique. En l'espèce, et en l'état du dossier soumis au Conseil dans le cadre d'une procédure consultative, un tel progrès n'a pas été allégué, et encore moins établi.
136. Enfin, l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux peut être justifiée même lorsqu'elle constitue une infraction au paragraphe 1 de l'article 86 du traité des communautés européennes dans le cas où la soumission des entreprises concernées au droit de la concurrence est de nature à compromettre l'accomplissement du service d'intérêt général dont elles sont chargées. Mais, l'interprétation de cet article est d'application stricte, et suppose qu'il soit démontré que l'application du droit de la concurrence (article 86 § 1) rendrait impossible l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise concernée. Au cas d'espèce, en admettant que le service confié à la MFP consistant à gérer des prestations d'action sociale pour le compte de l'Etat puisse être qualifié de mission d'intérêt général, il n'est pas démontré en quoi l'application du droit commun de la concurrence rendrait impossible l'accomplissement de la mission impartie à l'entreprise.

## CONCLUSION

137. Le Conseil de la concurrence rappelle, que contrairement à ce que soutient la MFP, il n'a pas à se prononcer sur le caractère "automatique" de l'abus éventuellement imputé à la MFP, mais à répondre à la demande d'avis du Conseil d'Etat portant seulement sur le point de savoir si la MFP "est placée par l'effet du décret, en situation d'abuser d'une position dominante".
138. Il constate que la MFP assure avec ses mutuelles plus de 4 650 000 fonctionnaires et agents publics au titre de la protection sociale complémentaire, qu'en application des articles L 712-6 et suivants du code de la sécurité sociale, elle détient des droits spéciaux sur la gestion des prestations obligatoires de sécurité sociale au bénéfice des fonctionnaires de l'État et que le décret attaqué lui confie des droits supplémentaires en lui attribuant, à titre exclusif, la gestion de quatre prestations d'action sociale de l'État, créant ainsi un marché connexe de la gestion extérieure desdites prestations sur lequel elle se trouve en monopole.
139. Sur ce marché, le décret attaqué a pour effet d'exclure toute possibilité de concurrence pour une durée illimitée alors que les tâches de gestion confiées sans mise en concurrence préalable à la MFP présentent toutes les caractéristiques d'un marché public de service. L'attribution de droits exclusifs par le décret sans aucune condition de durée permet le renouvellement, sans limite dans le temps et sans publicité, du contrat passé entre la MFP et l'État pour la gestion des prestations déléguées en méconnaissance des principes communautaires qui commandent que les marchés soient passés conformément aux règles fondamentales du traité, à savoir la proportionnalité, la non discrimination et la transparence. Le décret, en l'absence de toute disposition précise sur ce point, place, en outre, la MFP en situation de percevoir une rémunération non proportionnée aux services rendus dès lors qu'il confie des droits exclusifs à cette entreprise, alors qu'elle n'est pas en mesure d'assurer seule la gestion de ces droits et subdélègue, avec l'accord des pouvoirs publics, une partie de cette gestion à certaines de ses mutuelles, dont la MGEN, tout en encaissant 50 % des frais de gestion versés par l'Etat. La MFP se trouve ainsi placée en situation d'abuser de sa position dominante sur le marché de la gestion extérieure des prestations d'action sociale interministérielles.

140. Le décret attaqué peut également produire des effets sur le marché de la protection sociale complémentaire car il renforce la notoriété de la MFP en la faisant apparaître comme le partenaire de l'Etat en matière d'action sociale ; il conduit, en outre, les agents publics et les administrations concernées à s'adresser à la MFP pour le service des prestations étatiques dont elle a la gestion, entraînant cette union de mutuelles à susciter une confusion entre les prestations versées pour le compte de l'État et celles versées au titre d'une activité concurrentielle. A cette confusion entre prestations, s'ajoute une confusion entre les coûts, les activités de gestion exercées pour le compte de l'État et pour le compte des mutuelles étant effectuées par la MFP au sein de la même structure (MFP Services) sans comptabilité analytique permettant d'individualiser les coûts de gestion afférents à chaque activité. Cette absence de transparence, cumulée avec les économies de gestion procurées à la MFP par les subdélégations, peut placer cette dernière en situation d'utiliser les fonds publics pour subventionner ses activités concurrentielles. L'existence d'une telle confusion entre prestations financées par l'Etat et prestations concurrentielles, exercée au détriment des autres mutuelles et opérateurs présents sur le marché de l'assurance sociale complémentaire, pourrait, dès lors qu'elle émane d'une entreprise en position dominante, constituer une exploitation abusive de cette position. La MFP se trouve donc placée, par l'effet du décret, en situation d'abuser de sa position dominante sur le marché de la gestion extérieure des prestations d'action sociale interministérielles sur le marché de la protection sociale complémentaire qui lui est connexe.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Colombani, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents, Mme Perrot, Messieurs Charrière-Bournazel, Piot et Robin, membres

Le rapporteur général,  
Thierry Dahan

La Présidente,  
Marie-Dominique Hagelsteen

---

© Conseil de la concurrence