RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise

Le Conseil de la concurrence (commission permanente)

Vu la lettre du 10 février 2004 enregistrée le même jour sous le n° 04/009A, par laquelle l'Institut Français des Experts-Comptables (IFEC) a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis sur les conséquences, au regard de la concurrence, du dispositif dit « *Titre emploi-entrepris e*» ;

Vu la lettre du 9 avril 2004 enregistrée le 13 avril 2004 sous le n° 04/0020A, par laquelle la Fédération des Experts-Comptables de France a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis sur les conséquences, au regard du droit de la concurrence, du « *Service emploi-entreprise* » ;

Vu la décision du 16 avril 2004, par laquelle le rapporteur général, en application des dispositions de l'article 31 du décret n° 2002-689, a procédé à la jonction de ces deux affaires ;

Vu les articles 81 et 82 du Traité des Communautés Européennes ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'IFEC et de la Fédération des Experts-Comptables de France entendus lors de la séance du 8 juin 2004 ;

Les représentants du Ministère de la santé et de la protection sociale, du GIP Modernisation des Déclarations Sociales (GIP MDS) et de l'ACOSS entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

I. Le cadre législatif et réglementaire du Service Emploi-Entreprise et sa mise en œuvre :

1. Le Service emploi-entreprise et le Titre emploi-entreprise sont régis par un ensemble de dispositions législatives et réglementaires. En premier lieu, la loi n° 2003-591 du 2 juillet

2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit prévoit, à son article 24, que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toutes mesures pour :

- « *2° Créer un dispositif simplifié pour les déclarations d'embauche ainsi que pour les déclarations relatives au paiement des cotisations et contributions sociales des personnes salariées ;*
- *3° Créer un dispositif simplifié pour les bulletins de paie ;*
- *4° Réduire le nombre des déclarations sociales et fiscales ainsi que leur périodicité et simplifier leur contenu, par la mise en œuvre de déclarations communes à plusieurs administrations ou services publics et accroître l'aide fournie par les organismes de protection sociale aux petites entreprises et aux associations pour l'accomplissement de leurs obligations déclaratives ; …* »

2. L'ordonnance n° 2003-1213 du 18 décembre 2003 traite, en second lieu, des mesures de simplification des formalités concernant les entreprises, les travailleurs indépendants, les associations et les particuliers employeurs. Elle prévoit, en son chapitre II « *Mesures de simplification relatives aux obligations sociales incombant aux employeurs et aux travailleurs indépendants* », la création du service emploi-entreprise avec deux dispositifs, la DUCSI et le titre emploi-entreprise. A cette fin, l'article 5 de l'ordonnance insère trois nouveaux articles dans le code de la sécurité sociale et crée deux procédures, l'une informatisée, l'autre manuelle.

3. L'article L. 133-5-1 prévoit, d'une part, que « *Toute entreprise répondant aux conditions fixées aux articles L. 133-5-2 et L. 133-5-3 peut adhérer à un service d'aide à l'accomplissement de ses obligations déclaratives en matière sociale proposé par des organismes agréés ou habilités par l'Etat* ». Ce service, dénommé « *service emploi-entreprise* », *comprend, soit l'accès à une procédure informatisée de déclaration, la* « *déclaration unifiée de cotisations sociales individualisée* » (DUCSI), soit la fourniture d'un «*titre emploi-entreprise* ».

4. Le recours à la « *déclaration unifiée de cotisations sociales individualisée* » *ou au* « *titre emploi-entreprise* » permet, notamment, à l'entreprise :

- 1° D'obtenir du service emploi-entreprise le calcul des rémunérations dues aux salariés en application du présent code et des conventions collectives ainsi que de l'ensemble des cotisations et contributions d'origine légale et des cotisations ou contributions conventionnelles rendues obligatoires par la loi ;
- 2° D'effectuer, dans les conditions mentionnées à l'article L. 133-5, les déclarations obligatoires relatives aux cotisations et contributions sociales qui doivent être adressées aux organismes gérant les régimes mentionnés au code de la sécurité sociale et aux articles L. 223-16 et L. 351-21 du code du travail.

5. L'article L.133-5-2. prévoit, d'autre part, que *« La déclaration unifiée de cotisations sociales individualisée peut être utilisée par toute entreprise employant moins de dix salariés ou employant des salariés dont l'activité, en son sein, n'excède pas cent jours consécutifs ou non, par année civile »*.

6. Enfin, l'article L. 133-5-3. dispose que : *« Le titre emploi-entreprise ne peut être utilisé qu'en France métropolitaine et par les seules entreprises, autres que celles relevant du régime des salariés agricoles :*

- *1° dont l'effectif n'excède pas un seuil fixé par décret, qui ne peut être supérieur à dix salariés ;*

- *2° Ou qui, quel que soit leur effectif, emploient des salariés dont l'activité dans la même entreprise n'excède pas cent jours, consécutifs ou non, par année civile. Dans ce cas, le titre emploi-entreprise ne peut être utilisé qu'à l'égard de ces seuls salariés…* ».

7. Le décret n° 2004-121 du 9 février 2004 précise, de son côté, les modalités de la mise en œuvre du titre emploi-entreprise en ce qui concerne : la définition des entreprises éligibles, en fixant le seuil de l'effectif à 10 salariés, les informations devant être transmises par les entreprises à l'aide du volet d'identification du salarié et du volet social, les organismes habilités à gérer le dispositif, à savoir l'Acoss, les Urssaf, les organismes de recouvrement du régime général désignés par arrêté, les fonctions des centres nationaux de traitement du titre emploi-entreprise qui consistent, notamment, en ce que : « *le centre national de traitement du titre emploi-entreprise compétent assure le calcul de l'ensemble des contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle ainsi que l'établissement des attestations d'emploi destinées à être remises aux salariés concernés* ». Il est prévu, pour le recouvrement que : *« Toutes les cotisations et contributions dues au titre de l'utilisation du titre emploi-entreprise sont recouvrées et contrôlées par l'organisme de recouvrement du régime général de sécurité sociale dont relève l'employeur* ».

8. L'arrêté du 11 février 2004 désigne les organismes de recouvrement du régime général habilités à gérer les centres nationaux de traitement du titre emploi-entreprise : les Urssaf de Lyon, de la Gironde et de Paris-région parisienne.

9. Aucune disposition législative ou réglementaire ne précise les modalités de financement des dispositifs ni ne prévoit une participation financière des entreprises.

10. La Déclaration Unifiée de Cotisations Sociales Individualisée, ci-après désignée par l'acronyme « *DUCSI* » est une application développée par le Groupement d'Intérêt Public « *Modernisation des Déclarations Sociales* », constitué en février 2000 par diverses institutions, notamment la Fédération nationale de la mutualité française, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), l'Union professionnelle artisanale (UPA), la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et des organismes du secteur social, dont les organismes des régimes généraux à l'exception de la branche famille. Le GIP souhaite « *créer les conditions permettant aux entreprises d'effectuer leurs déclarations sociales réglementaires et contractuelles au moyen de produits économiques, performants, simples d'installation et d'utilisation et intégrant le plus possible d'actes communs à ses différents membres, notamment en utilisant les technologies de l'information et de la communication* ». Le cadre juridique de ses missions a été défini par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, qui prévoit la possibilité, pour les entreprises, de transmettre par voie électronique leurs déclarations, soit directement à l'organisme social destinataire, soit à un organisme constitué par l'ensemble des organismes sociaux agréés et désignés par l'Etat.

11. Le GIP a d'abord développé la Déclaration Unifiée de Cotisations Sociales (DUCS), qui se substitue potentiellement à 4 déclarations préexistantes (Urssaf, Assedic, Retraites complémentaires, Prévoyance collective) et qui est opérationnelle, par télétransmission sur Internet, depuis avril 2002. Le système DUCS compte actuellement 400 000 établissements adhérents. L'utilisateur saisit sa masse salariale globale, le système lui indique le taux de cotisation applicable et calcule le montant des cotisations qui sont versées à la date d'échéance par télé-paiement.

12. Le GIP a ensuite développé la DUCSI qui permettra, toujours par télétraitement, le calcul, la déclaration et le paiement des cotisations, non plus par établissement, mais par salarié. L'ordonnance du 18 décembre 2003 a donné un caractère réglementaire à cette application

et a ajouté à ses objectifs initiaux, celui de remplacer également la déclaration unique d'embauche, la déclaration annuelle des données sociales et le bulletin de paie. La mise en œuvre du dispositif prévu pour être applicable à tous les secteurs d'activité sera progressive. Il doit, en effet, gérer de multiples paramètres, dont les spécificités de plus de 600 conventions collectives actuellement en vigueur en France. Le coût d'adaptation à une convention collective est estimé entre 30.000 euros et 100.000 euros selon la complexité de ses dispositions particulières. Le démarrage opérationnel de la DUCSI est prévu en septembre 2004 pour les travailleurs permanents des entreprises du BTP de moins de 10 salariés. Les organismes gérant le dispositif devraient être les caisses de compensation du bâtiment. La DUCSI sera ensuite proposée à tous les secteurs d'activité selon un calendrier qui n'est pas encore défini. Les organismes gestionnaires pourraient être ceux du régime UNEDIC/ASSEDIC.

13. La mise en œuvre du titre emploi-entreprise (TEE) a été confiée à l'ACOSS par une lettre de mission du mois d'août 2003. L'ACOSS bénéficie pour ce faire de l'expérience acquise avec des dispositifs antérieurs :

- Le chèque emploi-service, expérimenté à la fin de 1994 puis pérennisé par la loi du 29 janvier 1996. Il est utilisable par les particuliers pour assurer la rémunération et la déclaration, en vue du paiement, des cotisations sociales des salariés occupant des emplois de services au domicile des personnes physiques.
- Le TESA (titre emploi simplifié agricole), créé en 2000, est utilisable par les entreprises agricoles pour l'emploi de tout salarié en contrat à durée déterminée de moins de 3 mois.
- Le titre de travail simplifié a été institué par la loi du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer pour rémunérer et déclarer les employés des entreprises occupant moins de onze salariés et les personnes effectuant des travaux et services au domicile des particuliers.

14. Le TEE regroupe lui-même deux dispositifs distincts, l'un pour les salariés occasionnels, l'autre pour les salariés permanents. Ils sont conçus indépendamment l'un de l'autre. Le TEE pour les salariés occasionnels est bâti sur le modèle des chèques emploi-service et part de la rémunération nette versée au salarié pour recalculer les divers éléments de la rémunération et les cotisations sociales. Le TEE des salariés permanents part, comme les bulletins de paie traditionnels, de la rémunération brute pour calculer, suivant la logique de l'établissement de la paye, les différentes cotisations sociales et la rémunération nette. La mise en place des dispositifs sera progressive bien que cela ne soit pas prévu dans les dispositions réglementaires et législatives ci-dessus rappelées.

15. Le budget prévisionnel de lancement du TEE, financé par l'ACOSS, est de 4,5 millions d'euros, en 2004 et en 2005. L'opération s'inscrit dans le cadre de la convention d'objectifs et de gestion 2002-2005 conclue entre l'Etat et l'ACOSS.

16. Au 1er janvier 2004, les entreprises des secteurs bâtiment-travaux publics et cafés hôtels restaurants (CHR) des régions Aquitaine, Midi Pyrénées, Rhône-Alpes, Limousin et Auvergne ont pu adhérer au titre emploi-entreprise pour leurs seuls salariés occasionnels. Les centres nationaux désignés sont l'Urssaf de la Gironde pour le BTP, l'Urssaf de Lyon pour les CHR, celle de Paris pour le commerce de détail et les services aux entreprises. L'extension à de nouveaux secteurs d'activité : coiffure, services fournis aux entreprises, commerce de détail sur éventaires et marchés … et à l'ensemble des régions se fera au cours de l'année 2004. Le lancement du dispositif du TEE des salariés permanents est prévu en octobre 2004 pour un ou deux secteurs pilotes. Il n'est pas actuellement envisagé

d'étendre les deux titres emploi-entreprise à tous les secteurs d'activité. En effet, le coût de leur adaptation à des secteurs où le nombre de salariés susceptibles d'être concernés est faible, ne se justifie pas au regard des effets sur l'emploi. En outre, ces secteurs seront couverts par la DUCSI qui a vocation à être universelle.

17. Le fonctionnement du TEE des salariés occasionnels implique les étapes suivantes :

- L'entreprise fait connaître au centre de traitement compétent son intention d'adhérer au dispositif et remplit une demande d'adhésion.
- Le centre de traitement lui fait parvenir un carnet de volets sociaux personnalisés à son nom et un carnet de volets d'identification du salarié.
- L'entreprise transmet à l'Urssaf le volet d'identification du salarié qui remplace la déclaration unique d'embauche et le contrat de travail. Ce volet est signé par l'employeur et le salarié.
- L'entreprise paye son salarié, remplit le volet social, qui comprend les éléments de rémunération et notamment la rémunération nette versée, et l'envoie au centre de traitement dans les 8 jours qui suivent le paiement de la rémunération.
- Le centre saisit les informations communiquées puis adresse au salarié l'attestation d'emploi et à l'entreprise le décompte des cotisations qui doivent être payées le 8 du mois n+2. (Dans le régime commun, les entreprises de moins de 10 salariés doivent régler leurs cotisations trimestriellement le 15 du mois qui suit la fin du trimestre).

18. Au 31 mai 2004, après cinq mois de fonctionnement, 1700 entreprises du secteur CHR et 1000 du secteur BTP avaient adhéré au dispositif ; la progression est de 40 adhésions par semaine dans le BTP et de 60 dans l'hôtellerie-restauration, pour les seules régions ayant accès au dispositif.

II. Le secteur de la gestion de la paye

19. Deux marchés sont susceptibles d'être affectés par la mise en place du service emploi-entreprise. Celui du service externalisé de la gestion de la paye et des prestations associées et celui des logiciels de paye. Le TEE et la DUCSI pourront, en effet, se substituer tant à ce service qu'à ces logiciels sur le segment des entreprises de dix salariés et moins.

20. Les règles applicables à la conclusion du contrat de travail sont issues du droit civil et n'obligent pas à l'existence d'un écrit pour la validité de la convention. En revanche, le bulletin de paie est un document obligatoire dont la rédaction incombe à l'employeur. Cette obligation figure au deuxième alinéa de l'article L. 143-3 du code du travail : «*Lors du paiement de leur rémunération l'employeur doit remettre aux personnes ci-dessus mentionnées une pièce justificative dite bulletin de paie*».

21. Le bulletin de paie a une double fonction : de preuve et d'information sur l'établissement précis de la rémunération perçue par le salarié. Ce dernier peut se prévaloir des mentions figurant sur le bulletin. Ces mentions sont énumérées à l'article R. 143-2 du code du travail. Leur nombre, la complexité des calculs à effectuer et la fréquence des changements réglementaires, (quatre décrets modificatifs ont été pris entre 1994 et 2000), expliquent le

recours croissant à la sous-traitance et le coût relativement élevé du traitement : de 15 à 20 euros par bulletin pour une entreprise de moins de dix salariés.

22. Le marché de la gestion, pour le compte de tiers, de la paye et des déclarations sociales et fiscales qui lui sont attachées, s'est développé en France dans les années 1980 lorsque les entreprises ont choisi d'externaliser certains travaux de masse sans rapport avec leur cœur de métier. Externaliser la paye permettait également de ne plus avoir à gérer des applications informatiques qui devaient être actualisées lors des changements de législation du travail ou de la sécurité sociale.

23. En décembre 2001, sur 1 591 000 établissements recensés (agriculture exclue) employant des salariés, 50 % comptaient un ou deux salariés, 35 % de 3 à 9 salariés et 15 % plus de 20 salariés. 12 % de ces établissements travaillaient dans le secteur de l'hôtellerie et 12 % dans le bâtiment et les travaux publics. Les établissements de commerce de détail étaient les plus nombreux, représentant 19 % de l'ensemble. 30 % des établissements de moins de 10 salariés établissaient leurs paye en interne, 38 % la faisaient traiter en externe et 32 % par un autre établissement du groupe ou de l'entreprise. Les traitements externes étaient confiés dans 97 % des cas à un expert-comptable et dans 3 % seulement à une société de service. Effectuée en interne, la paye était établie dans 65 % des cas avec un logiciel de paye ; à défaut d'un tel logiciel, elle était établie à l'aide d'un tableur informatique ou à la main.

24. Approximativement 14 millions de bulletins de paie sont édités chaque mois en France pour le secteur privé ; 8 millions sont établis par des sociétés de service informatique et 3 millions par des experts-comptables ou des centres de gestion habilités ; 3 millions de bulletins concernent des entreprises de moins de 10 salariés. En prenant une facturation indicative de 15 euros par bulletin de salaire, le marché, pour les 3 millions de salariés potentiellement concernés, serait d'environ 500 millions d'euros par an.

25. Le directeur d'une importante société française d'édition de logiciels de gestion décrit ainsi la situation du marché : «*le marché de la paie des entreprises de 1 à 5 salariés est celui des experts-comptables (les éditeurs de logiciel n'ont que 16 % de ce marché). De 6 à 9, il se partage entre les éditeurs et les experts-comptables avec un avantage pour les premiers (selon les études et les interprétations, on peut considérer que les éditeurs détiennent entre 50 et 80 % de ce segment). Au delà de 10, l'expert-comptable commence à s'effacer au profit des éditeurs et des sociétés de service*». Les indications des experts-comptables confirment ces estimations. Ainsi, à titre d'exemple : un cabinet d'importance locale tient la paye de 250 clients sur 260 ; un cabinet d'importance nationale indique que 80 % de ses clients employant au moins un salarié lui confient leur gestion sociale.

26. Les experts-comptables constituent la première catégorie d'intervenants sur le marché des services de gestion de la paye. La profession comprend environ 9000 cabinets dont la taille varie du cabinet individuel, qui comprend un expert-comptable et quelques collaborateurs, au cabinet affilié à un réseau international avec des filiales diversifiées dans l'audit ou le conseil aux entreprises. Le chiffre d'affaires de la profession est de 7 milliards d'euros en expertise comptable.

27. L'établissement de la paye ne fait pas partie des missions que l'ordonnance du 19 septembre 1945 attribue expressément aux experts-comptables. Ils ont développé cette prestation en raison de la complexité croissante du droit du travail et grâce à l'informatisation de leur outil de travail qui leur a permis de baisser leur prix de revient, en dessous de celui des clients. La part du chiffre d'affaires de la profession réalisée en gestion sociale est d'environ 10 %. Toutefois une proportion significative des cabinets, 19 %, ne font pas de tenue de paye. Ceux qui proposent cette prestation utilisent des

applications multisociétés : soit des modules intégrés dans des systèmes globaux de gestion, soit des modules interfacés avec les logiciels de comptabilité. La gestion de la paye fait généralement l'objet d'une facturation et d'une lettre de mission distincte de la tenue de comptabilité. Le prix moyen de la prestation «*paye*» est de 15 à 20 euros par mois et par salarié. La marge brute dégagée sur cette activité serait d'environ 35 %.

28. Les autres prestataires de service, non expert-comptables constituent la seconde catégorie. Leur taille va de l'entreprise individuelle, qui gère la paye de quelques dizaines de clients, avec un logiciel multisociétés, au groupe international. Le plus important traite 2 millions de bulletins par mois et emploie 1800 personnes. Ils offrent généralement un service de base, l'établissement de la paye et des déclarations sociales, et des prestations facultatives : assistance en matière sociale et accomplissement des formalités d'embauche et de départ. Ces prestations facultatives peuvent être comprises dans un forfait ou facturées indépendamment. Les prix pratiqués sont compris dans une fourchette de 15 à 20 euros par bulletin, comme ceux des experts-comptables.

29. Depuis 2002, le développement de la transmission des informations par Internet en remplacement de la télécopie et du courrier amène une modification des services offerts. Les prestataires proposent désormais soit des formules de sous-traitance, soit des formules de traitement sur Internet.

30. Enfin, les sociétés de logiciels, au nombre de plusieurs dizaines, constituent une dernière catégorie. Les principales sont Ciel (groupe SAGE), EBP, CEGID, Segilog. Il existe des logiciels généralistes mais également des logiciels spécifiquement développés pour les très petites entreprises ou pour certaines professions. Le segment des très petites entreprises représente une part importante des ventes de logiciels de paye. Ainsi, un important éditeur de logiciels déclare réaliser, dans le domaine de la tenue de la paye, 33 % de son chiffre d'affaires avec des entreprises de moins de 5 salariés, 23 % avec des entreprises de 5 à 9 salariés.

31. Pour une entreprise d'une dizaine de salariés, le coût approximatif d'une solution logiciel est de 300 euros pour l'achat du produit, 800 euros pour la formation et l'installation, 200 euros pour la maintenance annuelle. Il faut y ajouter l'amortissement du matériel informatique et le coût du personnel en charge de la paye. La somme relativement élevée de ces coûts explique que, pour les effectifs de moins de cinq salariés, la plupart des gestions de paye, lorsqu'elles ne sont pas manuelles, sont sous-traitées.

32. Les éditeurs de logiciels proposent, avec leurs logiciels, des services d'assistance en ligne capables de répondre aux questions informatiques des clients mais aussi à celles portant sur les aspects légaux. Ces derniers se traduisent, d'ailleurs, souvent, dans les logiciels, par des paramètres utilisés pour le calcul de la paye, la production des bulletins ou des déclarations sociales. On assiste ainsi à une convergence des deux produits : service «*clé en main*» et logiciel de paye. L'intégration est déjà réalisée en ce qui concerne le créneau des entreprises de plus de 50 salariés auxquelles les S.S.I.I. ne vendent plus un logiciel mais un service complet. Elle est en cours pour les entreprises plus petites avec l'extension des notions d'assistance et de maintenance pour les clients ayant choisi une solution logiciel et avec le développement de la télétransmission pour les clients ayant choisi une solution de sous-traitance.

33. On peut globalement estimer que le marché du traitement de la paye remplit les conditions d'une concurrence effective. Il est atomistique, le nombre des demandeurs dépasse le million, celui des offreurs plusieurs milliers. Les prix sont d'une grande transparence pour les demandeurs, puisqu'ils peuvent être connus par simple appel téléphonique aux

fournisseurs ou par interrogation de leurs sites Internet. Les différentes solutions : logiciel et traitement à façon sont substituables.

III. Analyse concurrentielle des dispositifs :

34. A titre liminaire, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, dans le cadre de la réponse à une demande d'avis, de se prononcer sur la licéité de telle ou telle pratique d'opérateurs économiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique. Le présent avis, rendu en application de l'article L. 462-1 du code, sur une question de concurrence présentant un caractère de généralité suffisant, ne préjuge en rien des décisions qui pourraient être prises dans le cadre d'une saisine contentieuse mettant en oeuvre la procédure pleinement contradictoire prévue par la loi.

35. Le Conseil rappelle également qu'il dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité d'une pratique à d'autres dispositions que celles du livre IV du code de commerce et des articles 81 et 82 du Traité des Communautés européennes ; en conséquence, il n'a pas compétence pour se prononcer sur la conformité des aides qui seraient apportées aux entreprises entrant dans le champ du dispositif et aux organismes gérant le service au regard des règles communautaires sur les aides d'Etat. De même, il n'a pas à examiner, parmi les griefs invoqués dans la demande de l'IFEC, ceux qui n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence, notamment la méconnaissance alléguée du principe de spécialité des URSSAF et une éventuelle atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Les principes applicables en droit communautaire et en droit national

36. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé à de nombreuses reprises que « *dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement…* ». Ainsi, lorsqu'elles gèrent des prestations légales obligatoires, les caisses de sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social et ne rentrent pas dans le champ d'application des règles de la concurrence communautaire (arrêt Poucet et Pistre du 17 février 1993, Cisal du 22 janvier 2002 et avis du 16 mars 2004 sur une question préjudicielle de l'Oberlandesgericht Düsseldorf). En revanche, « *lorsqu'elles gèrent un régime d'assurance vieillesse complémentaire et que les intéressés peuvent choisir la solution qui leur garantit le meilleur placement, elles exercent une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie ; ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni l'absence de but lucratif, ni les exigences de solidarité n'enlèvent à l'activité exercée par l'organisme gestionnaire sa nature économique* » *(arrêts du 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance et du 21 septembre 1999 Albany).*

37. En droit national, les règles définies au livre IV du code de commerce sur la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent à « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Dans sa décision du 18 octobre 1999, Aéroport de Paris et Air France c/TAT European Airlines, le Tribunal des conflits a

énoncé que « *si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions, par lesquelles ces personnes assument la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par les personnes publiques...* ».

38. Ainsi le Conseil de la concurrence s'est déclaré incompétent pour connaître de la diffusion, par l'INSEE, du répertoire SIRENE qui s'inscrit dans le prolongement des missions de service public de cet organisme et dont le prix est fixé unilatéralement par arrêté ministériel. De même, dans sa décision 03-D-48 du 22.10.2003, il a rappelé que le recouvrement des cotisations par les URSSAF constitue l'exercice d'une prérogative de puissance publique, dans le cadre de leur mission de service public, et non l'exercice d'une activité économique. Mais lorsqu'une entreprise publique exerce à la fois une mission de service public et une activité de production, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des activités commerciales ne mettant en jeu aucune prérogative de puissance publique (cf décision 03-D-18 du 10 avril 2003 sur l'activité de cession de droits de diffusion du fonds audiovisuel de l'Institut National de l'Audiovisuel).

39. Le Conseil a indiqué dans sa décision n° 00-D-47, Citelum, qu'il est licite pour une entreprise publique, qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que la concurrence par les mérites. Toutefois une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce. En revanche, est susceptible de constituer un abus, le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire d'un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent de ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale, qui sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle. Le Conseil a ajouté qu'une "subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché", la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel sans contreparties financières étant équivalente à l'octroi de subventions.

40. Le Conseil a également rappelé le principe selon lequel : « *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 contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés* » (avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 sur le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence). La séparation des comptes constitue la condition minimale nécessaire au bon fonctionnement de la concurrence, le Conseil préconisant en général une séparation juridique complète.

41. Les principes rappelés ci-dessus amènent à considérer successivement les conséquences, au regard du droit de la concurrence, des deux fonctions remplies par le Service emploi-entreprise : permettre à l'entreprise d'effectuer ses obligations déclaratives en matière sociale, d'une part, calculer les rémunérations dues et éditer un substitut au bulletin de paie, d'autre part.

42. En ce qui concerne les obligations déclaratives, les Unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) assurent, en application de l'article L. 213-1 du code de la sécurité sociale, le recouvrement des diverses cotisations d'assurance sociale et d'une partie de la contribution sociale généralisée ainsi que le contrôle et le contentieux de ce recouvrement. Ces activités revêtent le caractère d'une mission de service public (Conseil constitutionnel, décision du 28 décembre 1990 90-285). En conséquence, le service qui consiste à proposer aux entreprises des solutions alternatives et simplifiées pour l'établissement des déclarations prévues à l'article L. 133-5 du code de la sécurité sociale et des articles L. 223-16 et L. 351-21 du code du travail s'inscrit dans le prolongement direct de cette mission de service public. En effet, la définition des formalités à accomplir par les entreprises en vue de l'établissement de l'impôt et des contributions obligatoires de sécurité sociale relève du pouvoir réglementaire. Seule, l'obligation déclarative incombe à l'employeur. Par suite, la simplification des procédures déclaratives, quand bien même la rédaction des déclarations constitue un service marchand, n'entre pas dans le champ du droit de la concurrence. Les calculs et traitements des données déclarées nécessaires à la détermination des cotisations d'impôt et de charges sociales dues doivent être regardés comme étant le prolongement de la mission de recouvrement lorsqu'un régime dérogatoire en dispense l'assujetti.

43. La situation est différente pour le calcul des rémunérations individuelles et les obligations de l'employeur au regard de la législation du travail. Le bulletin de salaire est l'expression de la relation existant entre l'employeur et son salarié du fait du contrat de travail. Les obligations résultant de l'exécution de ce contrat, comme le calcul des rémunérations, la délivrance d'un bulletin de salaire, le suivi des congés payés, sont des obligations de droit privé. Le Service emploi-entreprise ne saurait constituer une mission de service public, même pour le seul segment des entreprises de moins de dix salariés, dès lors que, réservé à certains secteurs d'activité, selon la mise en place prévue, il ne répond pas aux critères d'égalité et d'universalité. L'ordonnance le qualifie d'ailleurs de service d'aide à l'accomplissement des missions déclaratives et non de mission de service public ou de service d'intérêt général. Enfin, l'établissement de la paye ne met en œuvre aucune prérogative de puissance publique. C'est un service à caractère marchand pour lequel, comme il a été dit ci-dessus, un marché existe et fonctionne de manière concurrentielle.

44. Pour cette fonction, le service emploi-entreprise et les prestations des intervenants privés présentent de grandes similitudes. Les dispositions de l'article L. 133-5-2 du code de la sécurité sociale indiquent ainsi que l'attestation mensuelle d'emploi envoyée au salarié se substitue à la remise du bulletin de paie. Une comparaison entre les informations envoyées par un employeur à son prestataire de service et celles prévues dans le volet social du TEE montre l'identité entre les traitements d'une gestion de paye classique et le service emploi-entreprise. Dès lors, ce service, en tant qu'il concerne la gestion de la paye et l'application du contrat de travail, entre dans le champ de l'article L. 410-1 du code de commerce.

45. L'instauration du service emploi entreprise a pour objet premier la simplification des obligations sociales des employeurs. Elle vise également à faciliter la procédure d'embauche et la régularisation de travailleurs non déclarés et ainsi à créer des emplois. Relativement à ces objectifs, deux remarques doivent être faites. Premièrement, les coûts

après impôt d'un travailleur déclaré et d'un travailleur non déclaré payés à l'identique sont à peu près équivalents, l'économie d'impôt résultant de la déduction de la masse salariale compensant l'assujettissement du salaire aux charges sociales. Deuxièmement, à supposer que la complexité déclarative constitue la principale cause d'absence de déclaration des personnes employées, le service emploi-entreprise ne permettra, en tout état de cause, que la régularisation des seuls salariés en situation d'être déclarés et non celle des travailleurs en situation irrégulière ou cumulant illégalement un emploi avec des allocations sociales.

46. Pour les emplois révélés grâce aux dispositifs du service emploi-entreprise, celui-ci ne saurait être regardé comme concurrent des prestataires privés. Il n'en serait autrement que si le service emploi-entreprise accaparait une partie des gestions de paye assurées antérieurement à son instauration. A cet égard, il convient de distinguer le TEE des salariés occasionnels du TEE des salariés permanents et de la DUCSI.

47. Le TEE des salariés occasionnels a comme particularité de calculer les cotisations sociales dues et d'établir le bulletin de paie à partir de la rémunération nette et non de la rémunération brute. Pour pallier d'éventuels problèmes de mise en œuvre, le législateur a précisé que la remise au salarié et l'envoi à l'organisme habilité des éléments du TEE qui leur sont destinés, permet de satisfaire aux obligations du code du travail, exonérant l'employeur de la responsabilité d'éventuelles anomalies de traitement.

48. Le TEE des salariés occasionnels est ainsi bien adapté aux emplois temporaires, de quelques heures ou quelques jours, pour lesquels la négociation du salaire se fait souvent en salaire net. Aucun produit proposé par les intervenants privés n'offre de tels avantages. Les professionnels de la paye ne sont d'ailleurs pas intéressés par ce créneau, qui nécessite de respecter des délais très courts et ne permet pas d'amortir le coût fixe de création des données relatives à un salarié qui peut n'être employé qu'une seule fois. Jusqu'alors les entreprises, qui employaient ces personnels, soit recouraient à des sociétés d'intérim ou à des prestataires de service spécialisés dans la mise à disposition de main d'œuvre dans des métiers précis, soit omettaient souvent de déclarer les travailleurs concernés, la négociation d'un salaire net facilitant le paiement en argent liquide. Un besoin non satisfait par le secteur marchand existe donc auquel le TEE des salariés occasionnels répond. Par suite, il n'aura que peu ou pas d'effet anticoncurrentiel. Ce constat est d'ailleurs admis par les intervenants sur le marché de la paye.

49. Le TEE pour les salariés permanents et la DUCSI sont, en revanche, directement substituables aux produits et services proposés par les experts-comptables et les sociétés de service spécialisées dans la gestion de la paye. Les Urssaf et autres organismes publics qui proposeront ces dispositifs disposent d'une position dominante dans les domaines du recouvrement des cotisations sociales et du contrôle des déclarations, du fait de leur monopole légal ou de leur mission de service public. Par ailleurs, il ressort des indications fournies que les dispositifs seront mis en œuvre sans l'apport de moyens nouveaux. Les organismes publics concernés disposant de moyens humains, techniques ou financiers suffisants et disponibles pour proposer le service emploi-entreprise gratuitement. Cette gratuité et ce transfert de moyens disponibles peuvent s'analyser comme une subvention de l'activité sous monopole ou exercée dans le cadre de la mission de service public au profit de l'activité de marché. Toutefois cette subvention ne constituerait un abus de position dominante que si elle était utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou si elle entraînait une perturbation durable du marché.

50. Le Conseil rappelle que la prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous

quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément. En l'espèce, la gratuité du service emploi-entreprise exclut toute possibilité pour les opérateurs publics de récupérer à terme les pertes générées par leur mise en oeuvre. Le caractère prédateur des dispositifs DUCSI et TEE des salariés permanents doit donc être écarté.

51. Une perturbation durable du marché pourrait consister en l'élimination de concurrents plus efficaces ou aussi efficaces que l'opérateur public ou en l'augmentation de leur prix pour le traitement de la paye des entreprises qui, en droit ou en fait, seraient placées en dehors du dispositif du TEE.

52. Sur le premier point, des indications sur les différences d'efficacité des opérateurs peuvent être fournies par leur comptabilité analytique lorsqu'elle existe, mais les gains induits par le TEE sont, à ce stade de démarrage, difficilement mesurables par ce moyen. Les différences d'efficacité peuvent aussi être appréhendées en mettant en balance les coûts incrémentaux de l'activité de gestion de paye et les gains éventuellement induits par cette activité au regard de l'efficacité globale de l'entreprise. Il peut s'agir, par exemple, pour un expert-comptable qui assure à la fois la gestion de la paye et la tenue de la comptabilité d'une entreprise, de la suppression de saisies grâce au transfert automatique. De même, pour les organismes sociaux, gérer la paye pourrait entraîner une baisse du coût des missions de recouvrement et de contrôle des déclarations qui leur sont confiées.

53. Cependant aucune indication n'est fournie au Conseil qui lui permette d'évaluer l'efficacité respective des différents opérateurs ou de mesurer les risques d'éviction que font peser sur les intervenants actuels la mise en place de la DUCSI et du TEE des salariés permanents. Les organisations professionnelles et les organismes publics ont, en revanche, relevé que la complexité des législations du travail et sociales, rend, dans de nombreux cas, l'intervention d'un professionnel formé à l'application de ces législations nécessaire pour établir les données saisies dans l'application DUCSI ou communiquées dans le volet social.

54. Il apparaît, en effet, qu'il n'est pas possible de reconstituer un fichier de paye à partir des déclarations globales de cotisations sociales des entreprises, alors qu'il est naturel de calculer le montant global de cotisation par agrégation des bulletins de paye individuels. Ainsi, le dispositif envisagé conduit l'entreprise à effectuer un travail préalable de préparation de la paye pour pouvoir renseigner les formulaires TEE ou la DUCSI, ce qui revient à confier au gestionnaire de ces dispositifs l'étape la plus simple de l'établissement du bulletin de paye, et à conserver pour l'entreprise ou son prestataire de services l'étape la plus difficile, à savoir la validation pour chaque salarié et chaque mois, des montants corrects à inscrire dans la paye, étape qui jusqu'à présent, était en grande partie déléguée aux experts-comptables.

55. Sur le second point, il apparaît que les dispositifs seront d'abord développés pour des secteurs d'activité où les effectifs des entreprises de moins de dix salariés sont nombreux, bâtiment, cafés-hôtels-restaurants, commerce de détail. Si une partie importante de ces établissements choisit d'adhérer au service emploi-entreprise, les intervenants privés, qui pratiquent un tarif à peu près identique pour tous les secteurs d'activité, sont susceptibles de modifier leurs prix par suite de cette perte de clientèle. Ce rééquilibrage se ferait au détriment de certains secteurs dès lors que, selon les déclarations des gestionnaires du TEE et de la DUCSI, il est très probable que les entreprises qui dépendent de conventions collectives appliquées dans des secteurs d'activité plus spécialisés n'auront pas accès à court ou moyen terme au nouveau dispositif. De la même manière, la perte de la clientèle des entreprises de moins de dix salariés pourrait conduire à une modification des prix pratiqués par les intervenants privés à l'égard des entreprises de plus de dix salariés : Les

prix des prestations offertes par les intervenants privés aux entreprises de plus de dix salariés seraient susceptibles d'augmenter si ces intervenants devaient perdre la clientèle des entreprises de moins de dix salariés. En définitive, l'équilibre constaté sur le marché, qui se traduit dans le prix généralement pratiqué de 15 à 20 euros, pourrait ainsi être durablement perturbé, si un nouveau prix d'équilibre substantiellement plus élevé se dégageait.

56. Outre la pratique de gratuité, le Conseil relève que d'autres comportements sont susceptibles d'avoir potentiellement des effets anticoncurrentiels. Tel serait le cas si les organismes publics en charge des dispositifs utilisaient leur situation de monopole ou les moyens à leur disposition dans le cadre de leur mission de service public, pour mettre en œuvre des pratiques discriminatoires tendant à favoriser le Service emploi-entreprise. Pourrait ainsi être regardé comme anticoncurrentiel le fait pour les organismes publics d'utiliser les fichiers de cotisants pour proposer, par voie de circulaire, aux établissements entrant dans le champ d'application du dispositif le service emploi-entreprise. Un tel comportement ne correspondrait d'ailleurs pas à l'objectif du dispositif qui est de faciliter la déclaration de nouveaux employés et non d'y faire rentrer les salariés déjà déclarés et normalement gérés par les intervenants privés.

57. De même, dans les explications ou les promotions qu'ils diffusent, les organismes publics doivent s'attacher à ne pas entretenir une confusion entre les missions de service public qui leur sont dévolues et le service emploi-entreprise. Seraient ainsi à proscrire les argumentaires pouvant laisser croire aux entreprises que l'utilisation de la DUCSI ou du titre emploi-entreprise serait susceptible de leur procurer des avantages ou des facilités dans leurs rapports avec les organismes sociaux.

58. Enfin, une séparation des comptes des activités en monopole ou liées aux missions de service public de celles ouvertes à la concurrence apparaît comme une condition nécessaire au respect des règles de concurrence. Cette séparation consiste, au minimum, à mettre en place une comptabilité analytique auditée par activité. Le décret du 9 février 2004 précise que les organismes habilités à mettre en œuvre le titre emploi-entreprise sont : l'ACOSS, les URSSAF et les centres nationaux de traitement du titre emploi-entreprise gérés par des organismes de recouvrement du régime général de sécurité sociale. La mise en place de centre nationaux de traitement distincts des organismes de recouvrement, même gérés par ces organismes, permettrait une séparation claire entre l'activité de recouvrement et le service emploi-entreprise.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lerner, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vices-présidents.

La secrétaire de séance	La présidente,
Christine Charron	Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence