

Autorité
de la concurrence



**Décision n° 10-D-24 du 28 juillet 2010
relative à des pratiques mises en œuvre par
la Caisse Nationale des Allocations Familiales**

L'Autorité de la concurrence ;

Vu la lettre, enregistrée le 26 août 2009 sous les numéros 09/104 F et 09/105 M par laquelle la SARL ENFenCONFIANCE a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la caisse nationale d'allocations familiales dans le secteur de la gestion de l'information relative aux assistants maternels par internet, et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu le code de la sécurité sociale et notamment son article L. 223-1 ;

Vu le code de l'action sociale et des familles et notamment ses articles L. 421-1 et suivants ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision n° 10-JU-02 du 8 juin 2010 du président de l'Autorité, désignant un vice-président pour statuer sur la saisine en application de l'article L. 461-3, 4^{ème} alinéa, du code de commerce ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, les représentants de la SARL ENFenCONFIANCE entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 15 juillet 2010, le commissaire du Gouvernement régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société ENFenCONFIANCE dénonce des pratiques mises en œuvre par la Caisse Nationale d'Allocations Familiales, ci-après CNAF, dans le secteur de la gestion de l'information relative aux assistants maternels par internet, qu'elle estime contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce.
2. ENFenCONFIANCE met en place et gère pour le compte des conseils généraux des sites internet « *enfenconfiance.com* », à destination des familles, afin de les informer sur les disponibilités en places d'accueil auprès des assistants maternels.
3. Elle se plaint que la mise en place et l'exploitation par la CNAF du site « *mon-enfant.fr* », qui a un objet similaire aux sites « *enfenconfiance.com* » qu'elle met en œuvre, ne permet plus aux opérateurs présents sur le marché de s'y maintenir, et caractérise une pratique d'abus de position dominante.
4. A l'appui de sa saisine, ENFenCONFIANCE fait état de la suspension ou de l'abandon de relations commerciales qu'elle avait engagées avec différents conseils généraux, d'une raréfaction des marchés et d'une baisse de son chiffre d'affaires.
5. En conséquence, elle demande que les mesures conservatoires ci-après soient prises :
« *Enjoindre d'urgence la CNAF, sous astreinte :*
 - « *de suspendre l'accessibilité du site mon-enfant.fr ou tout site de substitution tant que n'auront pas été respectées les conditions d'une saine concurrence entre opérateur public et opérateurs privés ;*
 - *de cesser tout financement du service mon-enfant.fr ou tout service de substitution sur fonds publics ;*
 - *de cesser de pratiquer une politique incitative sur fonds publics auprès des assistants maternels ;*
 - *de cesser d'exiger des CAF et par leur intermédiaire, des conseils généraux, qu'ils lui fournissent les renseignements nécessaires au fonctionnement du site ;*
 - *de cesser d'entretenir une confusion entre ses missions de service public et ses activités à caractère marchand ».*

B. L'ACTIVITÉ EN CAUSE

6. En matière d'action sociale, le département dispose d'une compétence générale dans le respect des compétences propres attribuées par la loi aux organismes de sécurité sociale (article L. 121-1 du code de l'action sociale et des familles).

7. Les articles L. 421-1 et L. 421-3 du code précité définissent le rôle de l'assistant maternel et prévoient un agrément préalable obligatoire par le président du conseil général pour l'exercice de l'activité. L'assistant maternel accueille « *habituellement et de façon non permanente des mineurs à son domicile (...). Il exerce sa profession comme salarié de particuliers employeurs ou de personnes morales de droit public ou de droit privé après avoir été agréé à cet effet* ». Cet agrément « *est délivré par le président du conseil général du département où le demandeur réside* ».
8. Le suivi de l'exercice de l'activité des assistants maternels est confié au département. Le président du conseil général doit établir et tenir à jour la liste, dressée par commune, des assistants maternels agréés du département, qui est mise à la disposition des familles (article L. 421-8 du même code). En particulier, le président du conseil général informe le maire de la commune de résidence de l'assistant maternel et le président de la communauté de communes concernée de toutes les décisions d'agrément, de suspension, de retrait ou de modification du contenu de l'agrément concernant ce professionnel.
9. Ces informations concernant les assistants maternels, sont consultables par les familles recherchant un lieu d'accueil pour leur enfant sur les sites internet « *enfenconfiance.com* » et « *mon-enfant.fr* ».

C. LES OPÉRATEURS CONCERNÉS

1. LA SARL ENFENCONFIANCE

10. Cette société propose la création et l'administration de sites internet de publication d'informations concernant les assistants maternels, et un service de mise à jour de ces informations. Le site s'appuie sur un système d'informations géographiques et un moteur de recherche multicritères des places disponibles : recherches par types d'accueil, jours, heures ; recherches prévisionnelles dans le temps ; recherches par critères spécifiques (horaires atypiques, enfants malades, enfants présentant un handicap, ...).
11. Dans le cadre de marchés publics de services passés avec les conseils généraux, la société ENFenCONFIANCE a installé et gère pour le compte de ces derniers des sites internet, « *enfenconfiance.com* » destinés au public. Le site recense à destination des familles, à partir des informations transmises par les conseils généraux, les disponibilités de places d'accueil auprès des assistants maternels du département, ainsi que la liste des autres structures d'accueil de la petite enfance.
12. Au travers du service de collecte, de gestion et de diffusion de l'information qu'elle anime, ENFenCONFIANCE participe à la mise en relation des assistants maternels et des familles, pour le compte des conseils généraux qui rémunèrent cette prestation dans le cadre des marchés publics qu'ils concluent.
13. Elle exerce son activité depuis 2002.

2. LA CAISSE NATIONALE DES ALLOCATIONS FAMILIALES (CNAF)

14. La CNAF, est un établissement public national à caractère administratif, qui a notamment pour rôle aux termes de l'article L. 223-1 du code de la sécurité sociale :

« 1° d'assurer le financement de l'ensemble des régimes de prestations familiales ;
2° de gérer un fonds d'action sanitaire et sociale dans le cadre d'un programme fixé par arrêté ministériel après avis de son conseil d'administration ; (...) ».

15. Elle gère la branche « famille » de la sécurité sociale avec l'appui du réseau des caisses d'allocations familiales (CAF). Selon l'article L. 263-1 du code de la sécurité sociale, les CAF « exercent une action sanitaire et sociale en faveur de leurs ressortissants et des familles de ceux-ci ». La branche famille est soumise au contrôle de la Cour des comptes et de l'inspection générale des affaires sanitaires et sociales.
16. La politique familiale a pour finalité essentielle d'aider les familles dans leur vie quotidienne dans un certain nombre de domaines, comme le logement, les loisirs, l'éducation, la garde des enfants.
17. Le site internet « *mon-enfant.fr* » créé par la CNAF à partir de la fin de l'année 2007, et généralisé sur l'ensemble du territoire en mars 2009, a pour objectif d'informer les familles et les professionnels de l'enfance et de la jeunesse sur les différents modes d'accueil existants sur le territoire national. Il recense 9 000 structures d'accueil, 600 lieux d'accueil enfants-parents, 33 000 accueils de loisirs, 2 000 relais assistantes maternelles et 250 000 assistantes maternelles en activité.

3. LES AUTRES OPÉRATEURS

18. Selon la société ENFenCONFIANCE, il n'existerait qu'un seul autre opérateur sur le marché, la société Media Projet, qui a remporté un appel d'offres pour assurer la prestation de gestion d'informations relatives aux assistants maternels dans le cadre du site web du conseil départemental de la Haute Vienne.

D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

19. La société ENFenCONFIANCE indique qu'à la suite du Plan Petite Enfance du Gouvernement, et dans le cadre de la loi n° 2005-706 du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et aux assistants familiaux, la CNAF a mis en place une passerelle informatique, le site « *mon-enfant.fr* » ayant le même objet que les sites qu'elle a installés pour les départements.
20. Elle prétend que la CNAF se trouve en position dominante sur le marché de la gestion des informations concernant l'assistance maternelle offerte au public en raison tout d'abord, des prérogatives dont elle dispose. Elle cite deux d'entre elles : d'une part, la tutelle exercée par la CNAF sur les CAF, qui lui permet de collecter les données dont elle a besoin, et d'assurer via les CAF la promotion de son action auprès du public, et d'autre part, le pouvoir de conclure des conventions ayant pour objet l'octroi de subventions aux assistants maternels.
21. Par ailleurs, la CNAF dispose d'un soutien budgétaire de l'État pour le financement du site « *mon-enfant.fr* », et profite de celui-ci pour développer un service sur le marché.
22. Enfin, les établissements publics administratifs jouissent d'une réputation favorable auprès du public. L'absence de but lucratif les fait apparaître comme des interlocuteurs de confiance.

23. Selon la société ENFenCONFIANCE, trois comportements de la CNAF constitueraient un abus.
24. En premier lieu, la CNAF aurait usé de ses prérogatives pour imposer la mise en place de son site internet. Elle a chargé de manière autoritaire les CAF de collecter les informations nécessaires auprès des conseils généraux, puis de les lui transmettre directement, et a mené une action de persuasion en s'appuyant sur son pouvoir de financement auprès des assistantes maternelles. En agissant de la sorte, la CNAF aurait pénétré un marché concurrentiel en utilisant de manière abusive les facilités tirées de son statut d'établissement public.
25. En second lieu, la CNAF en offrant sur le marché un service concurrent à titre gratuit, engendrerait un risque de perturbation du marché.
26. En troisième lieu, la CNAF entretiendrait une confusion entre les missions de service public lui incombant et les activités concurrentielles. La partie saisissante produit une lettre du 17 septembre 2008 envoyée aux CAF par la direction des politiques familiales et sociales de la CNAF qui indique : « *Je sais pouvoir compter sur votre mobilisation pour œuvrer à la réussite de ce site et au respect du calendrier dont j'ai conscience qu'il est restreint mais qui permettra à la branche Famille de démontrer sa capacité à faire émerger une offre de service très améliorée pour connaître l'offre disponible en matière d'accueil du jeune enfant sur l'ensemble du territoire* ».
27. Elle ajoute que les agissements de la CNAF seraient favorisés par la signature de la convention d'objectifs et de gestion 2009-2012 conclue le 9 avril 2009 entre l'État et la CNAF, qui a entériné la mise en œuvre du site « *mon-enfant.fr* ».
28. Concomitamment à la présente saisine, la société ENFenCONFIANCE a d'ailleurs déposé un recours en annulation de cette convention devant le Conseil d'État.
29. La partie saisissante soutient que ces pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

II. Discussion

30. L'article L. 462-8, alinéa 1 du code de commerce énonce que : « *L'Autorité de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Elle peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

A. SUR LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

31. L'article L. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies notamment au titre II du livre IV du code de commerce relatif aux pratiques anticoncurrentielles, « *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 ».

32. Dans sa décision du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, le Tribunal des conflits a jugé que *« si dans la mesure où elles exercent 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 assurent 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 (...) »*. La décision reconnaît en revanche la compétence du Conseil de la concurrence pour les pratiques *« susceptibles de constituer un abus de position dominante »* qui *« sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif »*.
33. Le Tribunal des conflits a précisé cette jurisprudence dans une décision du 4 mai 2009, société Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux. Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner les pratiques, susceptibles d'être anticoncurrentielles, d'une personne publique, mais en la subordonnant à la double condition que ces pratiques interviennent dans le cadre d'une activité économique exercée par la personne publique, et qu'elles ne concernent pas des *« décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique »*.
34. Dans sa décision n° [09-D-10](#) du 27 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, le Conseil de la concurrence a rappelé, en ce qui concerne la dévolution d'un service public à un opérateur, le critère de distinction entre les actes détachables de la puissance publique de ceux qui ne le sont pas : *« Il convient de faire le départ, s'agissant de l'activité des personnes publiques, entre : d'une part, les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique : leur légalité, et notamment leur conformité au droit de la concurrence, ne peut être appréciée que par le juge administratif ; d'autre part, les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire qui le contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante »*.
35. Le Conseil de la concurrence a ainsi considéré que les comportements de la collectivité territoriale de Corse et de l'Office des Transports de la Corse qui *« auraient, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la SNCM (l'entreprise de transport maritime à laquelle était confiée la délégation de service public) cherché à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu "sur mesure" pour elle et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les "boycottant", n'étaient pas détachables des actes de puissance publique »*. En revanche, il a retenu *« sa compétence pour apprécier les abus de position dominante reprochés à la SNCM, y compris celui ayant consisté à déposer une offre globale (...) »* au motif que ces comportements, qui constituaient une activité économique entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce, étaient détachables de l'appréciation de la légalité de l'appel d'offres.
36. Le recours de la SNCM contre la décision susvisée a été rejeté par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 9 mars 2010. L'arrêt précise : *« (...) à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché pour une délégation de service public, il appartient au juge*

administratif de se prononcer sur la légalité des actes de la puissance publique, tandis qu'il revient le cas échéant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier le comportement de l'entreprise qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offres ; que peu importe que l'un et l'autre, chacun dans son rôle, soit amené à se pencher sur les mêmes faits et sur le même contexte (...) ».

B. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE À LA SAISINE

1. LES ARGUMENTS DE LA SARL ENFENCONFIANCE

37. Dans un courrier du 25 mars 2010, la société ENFenCONFIANCE soutient que l'Autorité de la concurrence est compétente pour connaître de ses demandes.
38. Elle prétend que la mise en place et la gestion d'un site internet d'information est un service à caractère marchand. Les prestations assurées par la CNAF sont perçues par les utilisateurs comme se substituant aux prestations d'ENFenCONFIANCE. Ce service entrerait donc bien dans le champ des activités « *de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* » prévues à l'article L. 410-1 du code de commerce.
39. De plus, même à supposer qu'il soit admis que l'information faite aux familles sur la disponibilité des assistantes maternelles soit rattachable à la mission de service public de la CNAF en matière d'aide aux familles, la mise en place et la gestion d'un site internet constitueraient par nature une activité marchande détachable de cette mission. Ce caractère détachable serait établi par le fait que les conseils généraux aient eu recours à l'offre privée dans le cadre de marchés publics pour cette prestation.
40. Entendue le 19 mai 2010, la gérante de la société ENFenCONFIANCE a déclaré : « (...) *si la CNAF intervient en matière de financement des prestations des assistants maternels, elle n'est investie d'aucun rôle d'agrément, de contrôle ou de surveillance des assistants maternels ni d'information les concernant et donc d'aucun rôle de gestion de l'information en la matière. A supposer que l'action qu'elle développe par la mise en œuvre du site mon-enfant.fr soit autorisée par son statut - ce qui n'est manifestement pas le cas (...), elle se trouve au mieux dans la même situation juridique que n'importe quelle entreprise qui voudrait intervenir sur le marché de l'information du public et de l'intermédiation pour le compte des conseils généraux* ».

2. LES ARGUMENTS DE LA CNAF

41. La CNAF, entendue le 17 mai 2010, a déclaré que ses missions générales sont prévues à l'article L. 223-1 du code de la sécurité sociale. Elle a ajouté que sur le fondement du deuxième de cet article est intervenu un arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité du 3 octobre 2001 relatif à l'action sociale des caisses d'allocations familiales.
42. C'est sur ces bases juridiques « *que la CNAF et les CAF assurent une mission d'information en direction des familles en matière de petite enfance et de jeunesse. Cette mission de service public est nécessaire à la fois pour informer les familles et assurer l'optimisation de fonds publics (...)* ». Le site « *mon-enfant.fr* » a pour « *vocation de remplir cette mission de service public d'information* » (procès-verbal de l'audition précitée).

3. APPRÉCIATION

43. En séance, ENFenCONFIANCE a soutenu que dans le cas présent, la CNAF ne gère pas un service public. Elle a fait valoir que l'article L. 223-1, deuxièmement, du code de la sécurité sociale lui donne seulement mission de gérer un fonds d'action sanitaire et sociale. Quant aux autres dispositions de l'article L. 223-1, elles lui octroient un rôle uniquement budgétaire et financier.
44. Le deuxièmement de l'article L. 223-1 dispose en effet que la CNAF est chargée de gérer un fonds d'action sanitaire et sociale dans le cadre d'un programme fixé par arrêté ministériel après avis de son conseil d'administration.
45. Mais l'arrêté du 3 octobre 2001, pris en application de ces dispositions et relatif à l'action sociale des CAF, prévoit à son article 3.I. que : « *L'action des caisses d'allocations familiales en faveur de la petite enfance a pour objectif de favoriser le développement et l'épanouissement du jeune enfant et de permettre la conciliation de la vie familiale, professionnelle et sociale des parents. (...)* ». Son article 4 précise : « *Les caisses mènent une action sociale territorialisée et partenariale qui s'inscrit dans une démarche de recensement des besoins sociaux et familiaux, de programmation, de suivi et d'évaluation de la réalisation des objectifs fixés et des résultats à atteindre* ». Quant à son article 5, il indique les modalités d'intervention des CAF en matière d'action sociale avec en particulier « *l'accompagnement collectif et individuel des familles et des jeunes, notamment afin de faciliter l'accès aux droits légaux et aux dispositifs et services de droit commun* ».
46. La CNAF, assure donc avec les CAF, sur le fondement de ces textes, une mission d'information en direction des familles en matière de petite enfance et de jeunesse, que le site « *mon-enfant.fr* » a pour but de mettre en œuvre.
47. En outre, la convention d'objectifs et de gestion 2009-2012 passée entre l'État et la CNAF, énonce parmi les priorités pour cette période : « *Article 4 : Développer l'offre d'accueil des jeunes enfants : (...) L'État appuie également la branche Famille afin que celle-ci se voit reconnaître une mission générale de suivi des structures dont elle assure le financement et une mission d'information. A ce titre, elle crée un service d'information aux familles sur les modes d'accueil disponibles* ».
48. Ainsi, la CNAF exerce une mission générale d'information, alors que les conseils généraux assurent cette mission au niveau du département (article L. 421-8 du code de l'action sociale et des familles précité).
49. La création du site « *mon-enfant.fr* » par la CNAF ne constitue qu'un moyen d'exercice de cette mission : il a pour vocation d'informer les familles et les professionnels de l'enfance et de la jeunesse sur les différents modes d'accueil existants sur l'ensemble du territoire national. Son utilisation et sa consultation sont destinés à informer les parents. Toute exploitation des données est interdite. Le comité de pilotage du site est composé de membres issus des différents services et directions de la CNAF ainsi que de représentants des CAF.
50. En créant ce site qui est alimenté en partenariat et sur la base du volontariat par les CAF, la CNAF n'a exercé aucune activité de production, de distribution et de services au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du code de commerce.
51. C'est ce que vient de juger le Conseil d'État qui, par une décision du 28 mai 2010, a considéré que l'activité correspondant à l'exploitation par la CNAF d'un site internet d'information sur les structures d'accueil destinées à la petite enfance, ne constitue pas

l'exercice d'une activité économique : « *La convention d'objectifs et de moyens du 9 avril 2009 se borne à inciter la CNAF à diffuser gratuitement sur l'ensemble du territoire national, par le biais du site « mon-enfant.fr », les informations relatives aux structures d'accueil recueillies par celle-ci auprès des collectivités territoriales et des acteurs de la petite enfance ; qu'ainsi, elle ne la charge pas d'exercer une activité économique emportant intervention sur un marché ; que, par suite, et en admettant même que cette convention ait pu inciter certains départements à ne pas créer ou développer leur propre site d'information ni, en conséquence, à faire appel à cette fin à des prestataires extérieurs, elle n'est contraire ni au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ni, en tout état de cause, au droit de la concurrence* ».

52. L'ensemble des faits invoqués dans la saisine échappent ainsi à la compétence de l'Autorité. La saisine doit donc être déclarée irrecevable en application de l'article L. 462-8, 1^{er} alinéa, du code de commerce, et par voie de conséquence la demande de mesures conservatoires doit être intégralement rejetée.

DÉCISION

Article 1 : La saisine au fond enregistrée sous les numéros 09/0104 F et 09/105 M est déclarée irrecevable.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires constituant l'accessoire de la saisine au fond est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Simone de Mallmann et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

La vice-présidente,
Françoise Aubert