

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

La société Enfanconfiance, sise dans le département de l'Ain, est une entreprise de services informatiques qui conçoit, développe et gère des sites internet permettant à partir d'une adresse donnée de localiser les assistantes maternelles situées à proximité. Cette société a proposé ses services à plusieurs départements, qui l'ont choisie comme prestataire et ont ainsi ajouté sur leur site internet un lien vers une page spécifique, gérée par Enfanconfiance, qui permet aux parents résidant dans ces départements de trouver la ou les assistantes maternelles les plus proches de leur domicile.

Le 9 avril 2009, l'Etat et la Caisse nationale d'allocations familiales ont signé la convention d'objectifs et de gestion (COG) de cette caisse pour la période 2009-2012. Cette convention prévoit le développement d'un service existant depuis 2007 sur le site internet de la CNAF et dénommé « mon-enfant.fr ». Grâce à ce service, les parents peuvent rechercher quelles sont les possibilités de garde d'enfants à proximité de leur domicile, selon des modalités de garde collective (crèches, jardins d'enfants) ou individuelle (assistantes maternelles). Le site permet également aux parents de connaître le montant des prestations auxquelles ils peuvent prétendre en fonction de leur situation.

La société Enfanconfiance, qui estime que le développement de ce site gratuit crée une concurrence mettant en danger sa propre activité, vous demande d'annuler deux séries de décisions :

- la décision de l'Etat de signer la COG de la CNAF,
- et les clauses de cette convention relatives au développement du service mon-enfant.fr, dont la société estime qu'elles ont un caractère réglementaire.

La première question que pose la requête est celle de votre compétence en premier ressort pour en connaître. La question est clairement tranchée s'agissant de la décision de signer la convention : par votre décision de Section du 19 novembre 1999, Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et des télécommunications, n° 176261, au Recueil, vous avez expressément jugé que la décision de signer le contrat de plan conclu entre l'Etat et la Poste n'avait pas la nature d'un acte de tutelle – lequel ne produirait d'effet qu'au siège de l'établissement signataire ; vous avez estimé qu'une telle décision de signature avait, eu égard à l'objet du contrat, un champ d'application s'étendant au-delà du ressort d'un seul TA, et vous vous êtes donc estimés compétents pour en connaître en premier ressort. Ce raisonnement est applicable à la requête, qui a été introduite avant l'intervention du décret du

22 février 2010, lequel a supprimé ce chef de compétence en premier ressort du CE et prévoit qu'il s'applique aux requêtes introduites après le 1er avril 2010¹.

S'agissant des conclusions dirigées contre les clauses de la COG – que ces clauses aient un caractère contractuel ou réglementaire - vous pourrez vous reconnaître compétents par la voie de la connexité : il résulte en effet de la jurisprudence que pour assurer une unicité de règlement à l'ensemble des litiges qui mettent en jeu un même contrat, vous faites jouer largement la connexité lorsque vous êtes compétents pour connaître d'une décision relative à un contrat : il existe ainsi un tel lien de connexité entre les recours formés contre la décision de signer un contrat, le contrat lui-même et le décret d'approbation de ce contrat : Ass., 16 avril 1986, Cie luxembourgeoise de télévision et autres, n° 75040, au Recueil. Dès lors que vous êtes compétents pour connaître de la décision de signature de la COG de la CNAF, vous pourrez donc vous estimer compétents pour connaître par la voie de la connexité des clauses litigieuses de cette convention.

Eu égard au fait que le développement du site mon-enfant.fr vient clairement percuter l'activité économique de la société Enfencefnance, vous pourrez reconnaître sans difficulté à cette société un intérêt à contester les actes qu'elle attaque.

Précisons que la société requérante a demandé la suspension des décisions litigieuses, et que cette demande a été rejetée par ordonnance du 29 octobre 2009 du juge des référés du Conseil d'Etat.

Aucun des moyens soulevés par la présente requête ne nous paraît susceptible d'être accueilli.

Attachons-nous tout d'abord à la décision de signer la COG, qui est un acte détachable susceptible de recours pour excès de pouvoir (voir la décision de principe du 4 août 1905 Martin, p. 749).

¹ La réponse est différente s'agissant du recours dirigé contre les clauses du contrat. Si ces clauses ont une nature purement contractuelle, sont applicables les dispositions de l'art. R. 312-11 du CJA ; en vertu de ces dispositions, lorsque comme en l'espèce le contrat a un champ d'application excédant le ressort d'un seul TA, est compétent le tribunal dans le ressort duquel la première autorité publique dénommée dans le contrat a son siège ; le contrat ayant été signé par l'Etat et la CNAF, établissement public national, le tribunal compétent serait dans ce cas le TA de Paris. Toutefois dans le cas où les clauses contestées ont un caractère purement contractuel, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre elle est manifestement irrecevable, et vous pourriez alors, bien que n'étant pas la juridiction administrative compétente, opposer cette irrecevabilité sur le fondement de l'art. R. 351-4 du CJA (voir en ce sens : 18 février 2009, Ass. comité CSG, n° 295233, aux tables).

Si les clauses contestées ont un caractère réglementaire, les dispositions de l'art. R. 312-11 du CJA, qui visent les seuls recours de nature contractuelles, ne sont pas applicables : 14 janvier 1998, Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales, n° 189350, au Recueil. En l'espèce, la nature contractuelle des clauses d'une COG proviendrait de ce qu'elles ont pour objet l'organisation d'un service public ; serait alors applicable la règle de compétence définie à l'art. R. 312-15 du CJA, qui vise les « litiges relatifs à l'organisation ou au fonctionnement de toute collectivité publique autre que l'Etat et de tout organisme public ou privé » ; cet article prévoit qu'est compétent pour connaître de tels litiges le TA dans le ressort duquel a son siège « la collectivité ou l'organisme objet de la décision attaquée ». Cet organisme est en l'occurrence la CNAF, dont le siège est à Paris ; le tribunal compétent serait donc le TA de Paris.

Il est tout d'abord soutenu au titre de la légalité externe que cette convention aurait été signée, du côté de l'Etat, par deux autorités, le ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville et la secrétaire d'Etat chargée de la famille, qui n'auraient pas eu compétence pour ce faire. Il est soutenu que compte tenu des engagements financiers que prévoit la convention, seul le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, chargé en vertu de son décret d'attribution de piloter la préparation des lois de financements de la sécurité sociale, était habilité à signer la convention.

Les textes n'aident pas beaucoup à définir l'autorité habilitée à signer cette convention au nom de l'Etat car l'art. L. 227-1 du CSS se borne à disposer que les COG sont conclues avec les différentes caisses nationales par « l'autorité compétente de l'Etat ». Pour déterminer quelle est l'autorité compétente en vertu de dispositions de ce type, on doit se référer à l'objet de la décision prise d'une part, et aux textes définissant les attributions des autorités administratives d'une part. S'agissant du contenu de la convention, on constate que contrairement à ce qui est indiqué dans la requête, ce document n'a en lui-même aucune implication financière ; il se borne à définir des objectifs, lesquels conformément à ce que prévoit l'art. L. 227-1 du CSS devront être poursuivis dans le cadre des crédits alloués à la CNAF par les LFSS successives. Il en résulte nous semble-t-il que l'autorité compétente pour signer une telle convention est l'autorité responsable de la politique familiale et de la branche famille, et non l'autorité budgétaire. Or les autorités compétentes pour prendre les décisions relatives à la branche famille étaient à la date de signature de la décision attaquée le ministre du travail, qui était également en charge de la politique familiale en vertu de son décret d'attribution (n° 2007-1000 du 31 mai 2007) et le secrétaire d'Etat chargé de la famille (voir le décret n° 2008-304 du 20 juillet 2008).

Il est soutenu ensuite, au titre de la légalité interne, qu'en encourageant par la conclusion de la COG le développement du site mon-enfant.fr, les ministres signataires auraient méconnu la loi de deux façons : ils auraient confié à la CNAF une mission qui ne relèverait pas de ses compétences, et ils auraient utilisé l'instrument de la COG pour créer un nouveau service public, ce qui ne figurerait pas parmi les sujets que la loi a demandé à ces conventions de traiter. Ces moyens doivent être écartés car d'une part, les compétences dévolues par la loi à la CNAF lui permettent bien de gérer un service tel que celui ici en cause. L'art. L. 223-1 du CSS confie notamment à la CNAF le soin de « gérer un fonds d'action sanitaire et sociale dans le cadre d'un programme défini par arrêté ministériel ». L'arrêté du 3 octobre 2001, pris en application de ces dispositions, assigne notamment aux caisses d'allocations familiales la mission de faciliter grâce aux actions de ce fonds « la conciliation de la vie familiale, professionnelle et sociale des parents » (art. 3, I) en assurant « l'accompagnement collectif et individuel des familles... notamment afin de favoriser l'accès... aux dispositifs et services de droit commun ». Ces dispositions fondent tout à fait la gestion par la CNAF d'un service d'information en ligne des parents sur les possibilités de garde collectives et individuelles.

Quant à l'argument selon lequel une COG ne pourrait légalement prévoir le développement d'un tel service en ligne, il est contredit par l'art. L. 227-1 du CSS qui définit le contenu de ces conventions et indique qu'elle peuvent définir notamment « les objectifs liés à l'amélioration de la qualité du service aux usagers » et « les objectifs de l'action sociale », au nombre desquels, figure, on l'a vu, l'information sur les dispositifs existants.

Il est ensuite soutenu qu'en prévoyant le développement du site mon-enfant.fr, les signataires de la COG auraient illégalement empiété sur la compétence dévolue par la loi aux départements et aux communes. Ce moyen revient à dire que les dispositions législatives que nous avons évoquées précédemment ne permettraient à la COG d'agir en matière d'action sociale que pour autant que la CNAF ne pénétrerait pas sur un terrain relevant de la compétence des collectivités locales. La requête invoque à ce titre les dispositions de l'art. L. 421-8 du code de l'action sociale et des familles, qui font obligation au président du conseil général de tenir et mettre à la disposition des familles une liste à jour des assistants maternels agréés ventilée par commune, et sur les dispositions de l'art. L.214-2-1 du même code qui prévoit que les communes peuvent créer des services d'information dénommés « relais assistants maternels » ayant le même rôle. Mais ces dispositions n'empêchaient pas la CNAF de créer et développer le site internet en question. On voit en fait que les dispositions du CASF et du CSS ont pour effet, sur la question de l'information des parents, de créer une compétence concurrente entre les départements et les CAF – les communes ne se voyant quant elle donner que la faculté d'intervenir dans ce domaine.

Reste enfin un dernier moyen, le plus crucial pour le requérant, qui est tiré de ce que la signature de la COG, en prévoyant le développement d'un service gratuit concurrent de ceux sur lesquels Enfancenfiance a déployé son activité, porterait illégalement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence.

L'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie résulterait de ce que proposant un service gratuit d'information sur les possibilités de garde d'enfants, la COG empêcherait toute initiative privée sur ce marché.

L'atteinte au droit de la concurrence résulterait de ce que la CNAF, en proposant ce service gratuit et financé par des ressources publiques, serait mise en situation d'abus automatique de position dominante, ayant pour conséquence la perturbation durable du marché par l'élimination de concurrents qui auraient pu être aussi ou plus efficaces.

Vous avez déjà eu à examiner de tels moyens à propos de la création de services publics qui venaient concurrencer des activités privées. Depuis la fameuse décision de Section du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, GAJA n° 43, votre jurisprudence s'est affinée et stabilisée dans le sens d'une plus grande prise en compte à la fois de la nécessité de l'intervention des collectivités publiques et du respect du droit de la concurrence. La jurisprudence sur ces questions est désormais fixée par votre décision d'Assemblée du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, au Recueil². Les principes ainsi fixés peuvent être résumés comme suit : en cas de développement d'une nouvelle activité par un service public, il faut tout d'abord examiner si cette activité est une activité économique, autrement dit si elle intervient sur un marché ; si la réponse est positive, il faut ensuite déterminer si cette intervention sur le marché est justifiée par des considérations d'intérêt général suffisantes (voir p. ex. en ce sens une décision récente du 3 mars 2010,

² « (les collectivités publiques), si elles entendent, indépendamment de (leurs) missions, prendre en charge une activité économique, ... ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ».

Département de la Corrèze, n° 306911, à mentionner aux tables, à propos de la création par un département d'un service de téléassistance aux personnes pagées) ; enfin, si la réponse à cette deuxième question est également positive, il faut déterminer in fine si l'intervention de la personne publique n'a pas lieu selon des modalités qui la placeraient en situation d'abus de position dominante (voir p. ex. l'analyse sur ce point du Conseil de la concurrence dans son avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif au titre emploi-entreprise ; comp. sur le même sujet votre décision du 10 août 2005, Sté ADP GSI France et autres, n° 264739 aux tables sous une autre rubrique).

Au cas d'espèce, vous n'aurez pas à mener ce raisonnement dans son intégralité car il nous semble que le moyen doit être écarté dès la première étape : en créant le site mon-enfant.fr, la CNAF n'est pas intervenue sur un marché. Il ressort en effet du dossier qu'aucune entreprise privée n'a créé et ne gère un service internet permettant aux parents de connaître les possibilités de garde individuelles et collectives à proximité de leur domicile. Apparemment seuls certains départements ont décidé d'organiser sous forme d'un service en ligne l'obligation d'information qui pèse sur eux en vertu de la loi. Cette situation résulte sans doute de ce que le développement d'un tel service, eu égard aux coûts de collecte et de mise à jour de l'information qu'il impliquerait, ne pourrait sans doute être développé qu'en proposant un tarif d'abonnement relativement élevé qui en éloignerait les clients potentiels. Un tel service n'est donc, selon toute vraisemblance, pas viable économiquement.

D'ailleurs le service proposé par la société Enfenconfiance ne consiste pas à offrir ce service directement aux parents ; il consiste à apporter aux départements une prestation informatique de création et de mise à jour de sites, lesquels restent officiellement des sites des départements et sont alimentés par leurs données. Mais le fait que les départements fassent appel, pour offrir un service similaire à celui de la CNAF, à un prestataire après passation de marchés publics ne suffit pas à faire regarder l'activité en cause comme une activité économique, sans quoi c'est l'ensemble des services publics, qui souvent donnent lieu à achats de biens et de services auprès d'entreprises privées, qui seraient regardés comme des activités de marché.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen comme non fondé au motif que le service dont la COG prévoit le développement n'est pas un service de nature économique.

Vous devrez enfin statuer sur les conclusions en excès de pouvoir présentées par la société Enfanconfiance contre certaines clauses de la COG ; il s'agit des clauses qui portent sur le développement du site mon-enfant.fr, dont la société estime qu'elles ont un caractère réglementaire.

Ces clauses ne peuvent recevoir une telle qualification que si, selon les principes rappelés par votre décision d'Assemblée C... du 10 juillet 1996, n° 138536, au Recueil, elles ont trait à l'organisation d'un service public, ou si elles édictent des normes qui s'imposeraient au service et/ou à ses usagers. Or tel n'est pas le cas en l'espèce : l'art. 4 de la COG, s'il prévoit la création d'un service d'information des familles sur les modes d'accueil disponibles, est en lui-même trop lapidaire pour avoir une portée réglementaire, alors de surcroît que le service ainsi visé existait déjà dans les faits ; et si les annexes 2, 3, 5 et 6 évoquent les modalités d'évolution du service, elles le font soit de façon très générale (« déployer le site à l'échelle nationale... procéder à l'alimentation et à la mise à jour du site... »), soit sous l'angle technique (en prévoyant notamment, à l'annexe 5, les modalités informatiques permettant de faire évoluer le site). Au total, ces clauses comportent des

objectifs techniques que la CNAF s'engage à atteindre, ce qui est conforme à l'objet d'une COG, mais elles n'édicte pas de normes d'organisation ou de fonctionnement que l'on pourrait qualifier de réglementaires. Nous pensons donc qu'elles ont une portée purement contractuelle, ce qui conduit à rejeter comme irrecevables les conclusions en excès de pouvoir dirigées contre elles par un tiers au contrat (voir en ce sens le précédent Ass. Comité CSG du 18 février 2009, n° 295233, aux tables).

Compte tenu de ce que la société Enfancefiance va sans doute subir des conséquences négatives du développement du site mon-enfant.fr, nous vous proposons de ne mettre aucune somme à sa charge en application de l'art. L. 761-1 du CJA.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et à ce que vous jugiez qu'il n'y a pas lieu de faire droit conclusions à fins de frais irrépétibles présentées par l'Etat et par la CNAF.