

23 NOV. 2016
Courrier Arrivée

**Saisines N°15/0101 F et N°15/0102 F – Pratiques mises en œuvre par l'INRAP
dans le secteur de l'archéologie préventive**

**Proposition d'engagements par l'INRAP en application des articles L.464-2, I°
et R.464-2 du Code de commerce**

Le 23 novembre 2016,

Par lettre enregistrée le 25 septembre 2015 sous le numéro 15/0101 F, la société Hades a saisi l'Autorité de la concurrence [ci-après : « ADLC »] de pratiques anticoncurrentielles qui auraient été mises en œuvre par l'INRAP dans le secteur de l'archéologie préventive.

Par lettre enregistrée le 15 octobre 2015 sous le numéro 15/0102 F, les sociétés Etudes et Valorisation Archéologiques [ci-après « Eveha »], Mosaïques Archéologie et Paleotime ont également saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles qui auraient été mises en œuvre par l'INRAP dans le secteur de l'archéologie préventive.

Les saisines précitées dénoncent les pratiques anticoncurrentielles suivantes que l'INRAP aurait prétendument commises :

- accès et utilisation d'informations privilégiées (saisines 15-0101F et 15-0102F) ;
- utilisation de sa notoriété et de son image de marque (saisine 15-0102F) ;
- confusion entre ses missions de service public et ses activités exercées en concurrence (saisines 15-0101F et 15-0102F) ;
- possibilité de recevoir des dons et des legs dans le cadre du mécénat (saisine 15-0101F) ;
- pratiques tarifaires liées à la perception de financements publics et à l'absence de comptabilité analytique (saisines 15-0101F et 15-0102F) ;
- dénigrement (saisine 15-0102F).

Par décision du 11 février 2016, Monsieur Franck Bertrand a été désigné pour rapporter cette affaire et procéder aux investigations nécessaires dans les formes et conditions prévues par le Livre IV du Code de commerce. Par une décision du 1^{er} juin 2016, il a été procédé à la jonction de l'instruction des deux affaires précitées.

Par courriel en date du 15 juin 2016, l'INRAP a manifesté son intention de recourir à la procédure d'engagements prévue aux articles L.464-2, I° et R.464-2 du Code de commerce, dans le but de mettre fin à la procédure en cours devant l'Autorité de la concurrence¹.

¹ Cotes 2398 et 2399.

Conformément à l'article R.464-2 du Code de commerce, Monsieur le Rapporteur Franck Bertrand a établi une note d'évaluation préliminaire des pratiques en cause, datée du 4 octobre 2016 et reçue par l'INRAP le 6 octobre 2016.

Il ressort de la note d'évaluation préliminaire deux préoccupations de concurrence :

- ***Première préoccupation de concurrence : L'INRAP accéderait à des informations privilégiées dans le cadre de son activité de service public de diagnostic archéologique prévue par la loi***

La note d'évaluation préliminaire constate, tout d'abord, que l'INRAP serait susceptible de disposer, en tant qu'opérateur bénéficiant d'un monopole public partagé sur les activités de diagnostic archéologique, d'un ensemble d'informations plus complet que celui dont pourraient disposer les autres opérateurs de fouille, pour les raisons exposées ci-après :

- l'INRAP figure, au titre de l'article R.523-24 du Code du patrimoine, comme l'un des destinataires de droit des arrêtés de prescription de diagnostic, cette communication n'étant pas notifiée à l'ensemble des opérateurs de fouille ;
- L'INRAP, en sa qualité d'opérateur de diagnostic, disposerait directement d'un certain nombre d'informations au titre de la réalisation même du diagnostic et d'une connaissance exhaustive, en temps réel, de l'intégralité du contenu des rapports de diagnostic qu'ils établissent et qu'ils transmettent aux services de l'Etat.
- les informations recueillies par les agents de l'INRAP lors du déroulement des prestations de diagnostic iraient au-delà de ce qui est strictement nécessaire, ce qui pourrait lui donner (i) une avance dans le cadre d'une opération de fouilles ultérieure en ce qui concerne la connaissance du projet dès lors que l'ensemble des données recueillies ne serait pas intégralement retranscrit dans le rapport de diagnostic et (ii) un avantage concurrentiel dans la mesure où le coût s'y afférant pourrait, dans cette hypothèse, être transféré de son activité en concurrence vers son activité sous monopole public.
- L'INRAP, en sa qualité d'opérateur de diagnostic, disposerait d'une connaissance réelle du terrain et d'une remontée d'expérience dans la zone d'aménagement concernée par l'opération d'archéologie préventive.

L'évaluation préliminaire précise ensuite qu'il n'existe pas, au sein de l'INRAP, d'organisation fonctionnelle qui distinguerait, de manière étanche, les activités de diagnostic et celles de fouilles de sorte que des équipes de l'INRAP, intervenant dans le cadre d'une opération de fouille concernant une opération d'aménagement donnée, peuvent être amenées à intervenir sur le diagnostic préalable réalisé pour cette même opération d'aménagement et, par suite, à connaître des éléments d'informations recueillis dans ce cadre.

L'Autorité de la concurrence en conclut qu'en l'absence d'association ou de dissociation préétablie et organisée entre les personnes qui ont réalisées le diagnostic et les personnes qui seraient ensuite susceptibles de réaliser les fouilles au sein de l'INRAP, il ne pourrait être exclu, au stade de l'évaluation préliminaire, « que les équipes chargées des opérations de fouilles accèdent à ces informations et que leur utilisation leur confère un avantage compétitif indu, tant en ce qui concerne le déroulement du dialogue compétitif susceptible de s'instaurer entre l'aménageur et les opérateurs de fouilles, que pour la formulation de leurs offres commerciales, en particulier sur le plan technique et tarifaire² ».

- ***Deuxième préoccupation de concurrence : les conséquences de l'absence d'outils de gestion de l'activité de l'INRAP suffisamment performants pour permettre de dissocier pleinement ses activités lucratives et ses activités non-lucratives***

L'évaluation préliminaire évoque les risques concurrentiels associés à la situation d'un organisme public ayant à la fois des activités de service public et des activités marchandes et, notamment, la possible mise en œuvre d'une subvention croisée, c'est-à-dire le fait pour une entreprise disposant d'un monopole légal, monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des 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 Rapporteur précise que dans pareille hypothèse des mesures doivent être prises par ce type d'organisme public afin de limiter les risques inhérents à cette situation, notamment la mise en œuvre d'une comptabilité analytique, voire, dans des cas extrêmes, une séparation juridique, fonctionnelle et patrimoniale des activités.

S'agissant de l'INRAP, l'Autorité de la concurrence estime que les risques concurrentiels pourraient résulter de la coordination de trois facteurs que sont :

- les ressources financières de l'INRAP qui proviennent en partie de la mise en œuvre d'activités non-lucratives protégées, lesquelles sont financées uniquement, par voie de subvention de l'Etat ;
- l'absence d'outils comptables et financiers de gestion pleinement satisfaisants, et à ce titre une comptabilité analytique permettant de dégager un résultat pour chaque opération de fouille ;
- la politique tarifaire de l'INRAP qui serait, depuis 2013, plus « agressive » à l'égard de ses concurrents sur le marché des opérations de fouille.

De l'analyse de ces trois critères, le Rapporteur conclut de la façon suivante :

² Note d'évaluation préliminaire, point 129.

- au vu de la persistance de difficultés inhérentes aux outils utilisés pour la mise en œuvre de la méthode d'évaluation de l'activité de l'INRAP et de l'absence d'outil de comptabilité analytique permettant de dégager un résultat pour chaque opération de fouille, l'INRAP, financé en partie sur des deniers publics et menant aussi bien des activités lucratives et des activités non-lucratives, ne présenterait pas les outils d'analyse suffisants, tant en termes de finesse que de fiabilité, pour garantir l'identification des produits et des charges associés aux deux catégories d'activités et la méthode retenue pour leur imputation ou leur répartition.
- en l'absence de comptabilité analytique permettant de justifier pleinement la répartition des revenus et des charges affectés respectivement aux activités lucratives et non-lucratives de l'INRAP, un risque de subvention croisée ne pourrait être écarté, pratique qui pourrait se manifester depuis 2013 dans un contexte concurrentiel sensible.

De l'analyse de ces deux préoccupations de concurrence et en l'état actuel du dossier, les services d'instruction considèrent que « *l'INRAP est susceptible de mettre en œuvre différentes pratiques contraires à l'article L.420-2 du code de commerce* » sur le « *marché des fouilles archéologiques préventives* ».

Sous le bénéfice des observations liminaires ci-après, l'INRAP confirme par la présente qu'elle souhaite mettre un terme à la procédure en cours par le biais d'engagements, conformément à l'article L.464-2, I du code de commerce. A cette fin, l'INRAP présente des engagements qui apportent une réponse pertinente, crédible, proportionnée et vérifiable aux préoccupations de concurrence exprimées ci-dessus.

Il est également précisé que la présente proposition d'engagements de l'INRAP ne vaut ni implique de sa part aucune constatation ni reconnaissance de l'existence d'une quelconque infraction au droit de la concurrence telle qu'exprimée dans la note d'évaluation préliminaire de concurrence du 4 octobre 2016.

A titre liminaire, l'INRAP observera que :

- L'INRAP est un établissement public national à caractère administratif chargé d'une mission de service public. Il est l'héritier des droits et obligations de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN) et en reprend également les missions, lesquelles sont prévues et énumérées par la loi (article L. 523-1 et suivants du Code du patrimoine). Il tient son monopole légal sur les activités de diagnostic (partagé avec les collectivités territoriales agréées) des dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables en vue de préserver le patrimoine archéologique français.
- C'est en raison de ce statut particulier que l'INRAP accède à certaines informations concernant le diagnostic archéologique : (i) soit parce que ses agents en prennent connaissance lorsqu'ils interviennent dans le cadre des opérations de diagnostic ; (ii) soit par l'application de l'article R.523-24 du Code du patrimoine qui fait de l'INRAP

l'un des destinataires de droit de l'arrêté de prescription archéologique de diagnostic. L'INRAP tient néanmoins à préciser que les opérateurs privés intervenant sur le marché des fouilles archéologiques ne sont pas exclus de l'accès aux informations relatives au diagnostic. Ils peuvent ainsi demander aux services administratifs compétents que leur soient communiqués les arrêtés de prescription de diagnostic, lesquels constituent des documents administratifs communicables à tout usager qui en ferait la demande. En outre, s'agissant du rapport complet de diagnostic, l'article R.523-36 du Code du patrimoine prévoit sa transmission au Préfet de Région qui le porte à la connaissance de l'aménageur et du propriétaire du terrain. A ce titre, le rapport de diagnostic fait partie intégrante du dossier de consultation constitué par l'aménageur à destination des opérateurs agréés à réaliser des fouilles. Les opérateurs de fouilles peuvent donc facilement accéder au rapport de diagnostic en en faisant la demande à l'aménageur.

- L'INRAP est confronté actuellement à un contexte économique défavorable, notamment une diminution du nombre de chantiers d'aménagement. La part des opérations d'archéologie préventive (diagnostics et fouilles) réalisées par l'établissement public est en baisse, du fait notamment de l'ouverture des opérations aux collectivités territoriales et aux structures privées. La position de l'INRAP sur le secteur des fouilles s'est dégradée depuis 2010, passant sous le seuil des 50 % pour la première fois en 2013. La progression de l'INRAP, en nombre de fouilles attribuées sur la période, n'est que de 19,6 %, quand les opérateurs privés et les collectivités territoriales renforçaient leur position de 34,3 % et 39,2 % respectivement³.
- Depuis 2010, l'INRAP a mis en œuvre des mesures de perfectionnement de son dispositif de contrôle interne comptable et financier, lesquelles ont été explicitées dans ses comptes financiers et soulignées par la Cour des comptes qui, dans son Rapport annuel de 2016, a précisé que « l'établissement a accompli quelques progrès notables en se dotant d'outils de pilotage et de gestion ».

Cela étant précisé, l'INRAP est résolument décidé à s'inscrire dans le cadre des dispositions du Code de commerce lui permettant de souscrire des engagements devant l'Autorité de la concurrence, à savoir :

1. Engagement n°1 : Sur la faculté de proposition accordée à l'INRAP par l'article R.523-46 du Code du patrimoine quant à la désignation par l'Etat du responsable scientifique chargé des fouilles

Conformément à l'article L.522-1 du Code du patrimoine, c'est à l'Etat que revient le soin d'exercer la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive. A ce titre, il désigne, notamment, le responsable scientifique de toute opération (diagnostic ou de fouilles).

³ Rapport de Madame Martine Faure, « Pour une politique publique équilibrée de l'archéologie préventive » du mois de mai 2015, p. 15.

Lorsque le Préfet de Région autorise la mise en œuvre d'une fouille, l'article R.523-46, *in fine*, du Code du patrimoine dispose que « *L'arrêté d'autorisation comporte le nom du responsable scientifique des fouilles, désigné par le Préfet de région, sur proposition de l'opérateur* ». En vertu de ce texte, l'opérateur chargé du diagnostic sur un site (c'est-à-dire l'INRAP ou les collectivités territoriales agréées) est tenu de proposer au Préfet de Région le nom du responsable scientifique qui interviendra pour les opérations de fouilles, sur ce même site.

Enfin, l'article R.523-22 du Code du patrimoine indique que le responsable scientifique des opérations en archéologie préventive « *peut être différent pour la réalisation du diagnostic et pour la réalisation des fouilles* », ce qui signifie qu'il n'est pas interdit à un responsable scientifique ayant réalisé une opération de diagnostic sur un site d'intervenir postérieurement, en cette même qualité, dans les opérations de fouilles mises en œuvre sur ce même site.

Ceci étant rappelé, l'INRAP s'engage, dans le cadre de la désignation par l'Etat du responsable scientifique des fouilles (l'Etat étant le seul compétent pour désigner ce responsable scientifique), à ne pas proposer, dans le cadre de la prérogative qui lui est accordé par l'article R.523-46 du Code du patrimoine, le nom d'un agent ayant déjà assumé la responsabilité de la conduite du diagnostic préalable effectué sur le même site.

L'INRAP entend souscrire cet engagement dans le mois suivant le prononcé de la décision de l'Autorité de la concurrence adoptant les engagements.

2. Engagement n°2 : Sur la retranscription des informations recueillies par les agents de l'INRAP dans le rapport de diagnostic

Afin de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité de la concurrence, l'INRAP s'engage à ce que l'ensemble des données scientifiques concernant les opérations de diagnostic, recueillies par ses agents lors des opérations de diagnostic qu'ils effectuent, soient retranscrites intégralement et de manière exhaustive dans le rapport de diagnostic remis aux services de l'Etat (DRAC/Service régional de l'Archéologie de la région concernée).

L'INRAP entend souscrire cet engagement dans le mois suivant le prononcé de la décision de l'Autorité de la concurrence adoptant les engagements.

3. Engagement n°3 : Instauration et mise en œuvre d'une comptabilité analytique assurant la stricte séparation comptable des activités de l'INRAP

La note d'évaluation préliminaire estime que l'INRAP ne justifie pas d'outils de gestion pleinement satisfaisants et qu'il ne dispose pas, à ce jour, d'un outil de comptabilité analytique permettant de dégager un résultat pour chaque opération de fouille. Dans cette situation, l'absence d'une véritable séparation comptable et financière étanche et fiable entre les activités lucratives et non-lucratives de l'INRAP n'apparaît pas, selon l'Autorité de la

concurrence, de nature à garantir un exercice transparent et non faussé du jeu de la concurrence⁴.

Les comptes financiers de l'INRAP font mention de cette absence de comptabilité analytique dans son mode de fonctionnement interne⁵ même si, depuis 2010, des mesures ont été prises en vue de perfectionner son dispositif de contrôle⁶.

L'INRAP s'engage donc à faire évoluer rapidement sa comptabilité analytique en vue d'instaurer une stricte séparation comptable et financière (étanche et fiable) entre ses activités non-lucratives, relevant de sa mission de service public, et ses activités lucratives (ouvertes à la concurrence).

L'INRAP s'engage à faire évoluer sa comptabilité analytique afin qu'elle présente les caractéristiques suivantes :

- L'INRAP s'engage à mettre en place une comptabilité analytique propre à chacune de ses activités (activités lucratives, d'une part, et activités non-lucratives, d'autre part) laquelle reposera sur une délimitation fine et précise de chacune des activités précitées exercées par lui. L'INRAP s'engage en outre à faire apparaître, dans le détail de sa comptabilité analytique, chaque prestation offerte au titre de ses activités lucratives et chaque prestation offerte au titre de ses activités non-lucratives et ce, afin d'identifier précisément chaque prestation rendue dans les deux types d'activités.
- L'INRAP s'engage à mettre en place une comptabilité analytique faisant ressortir les produits et les charges associés à ces deux catégories d'activités (lucratives et non-lucratives) ainsi que la méthode retenue pour l'imputation ou la répartition des produits et des charges entre ces deux catégories d'activités.
- L'INRAP s'engage à mettre en œuvre une comptabilité analytique justifiant de la non-affectation à ses activités lucratives des subventions publiques perçues dans le cadre de ses activités non-lucratives et ce, afin de s'assurer que les ressources et moyens alloués à l'INRAP pour l'exercice de sa mission de service public ne soient pas utilisés pour financer ses activités lucratives.
- L'INRAP s'engage à mettre en place une comptabilité analytique permettant de connaître la rentabilité de ses activités (lucratives et non-lucratives) et la part des subventions publiques perçues et affectées à ses activités non-lucratives.

⁴ Note d'évaluation préliminaire, p. 35, n°157

⁵ V. les Rapports financiers de l'établissement entre 2010 et 2015

⁶ <https://www.ecomptes.fr/content/download/89498/2121057/version/2/file/RPA2016-Tome-2-integral.pdf>

S'agissant de la mise en place de cette comptabilité analytique, l'INRAP s'engage à respecter le calendrier suivant :

- L'INRAP s'engage à désigner un prestataire externe qui sera sélectionné conformément aux conditions du Code des marchés publics [ci-après : « *le Prestataire* »] et qui sera chargé de la mise en œuvre de la comptabilité analytique (répondant aux caractéristiques exposées ci-avant), dans les deux (2) mois suivant le prononcé de la décision de l'Autorité de la concurrence adoptant les engagements.
- L'INRAP s'engage à ce que le Prestataire procède ainsi à une mise en œuvre progressive de la comptabilité analytique avant la fin de l'année 2017 de telle sorte que celle-ci soit pleinement effective au plus tard le 1^{er} janvier 2018.

4. Engagement n°4 : Processus de détermination du calcul de la marge par opération

L'INRAP s'engage à mettre en place un processus permettant une détermination du calcul de la marge par opération, préalablement à la transmission de ses offres dans le cadre du marché des fouilles.

A cette fin, l'INRAP demandera au Prestataire chargé de la mise en œuvre de la comptabilité analytique et mentionné à l'engagement n°3, de créer et de mettre à disposition un outil de calcul de marge et d'établir un document de synthèse permettant de valider le calcul des marges sur la base des résultats de la comptabilité analytique et de l'exhaustivité des coûts complets. Ces coûts complets intégreront les coûts directs affectés à chaque opération et une quote-part de coûts indirects.

L'INRAP entend souscrire cet engagement dans un délai de 8 mois à compter de la notification au Prestataire – visé à l'engagement n°3 et qui sera sélectionné conformément aux dispositions du Code des marchés publics – du marché de mise en œuvre de la comptabilité analytique.

5. Engagement n°5 : Désignation d'un auditeur indépendant

Afin que sa comptabilité analytique réponde aux exigences de fiabilité et de transparence, L'INRAP s'engage à désigner un auditeur indépendant [ci-après : « *l'Auditeur Missionné* »] dans les conditions définies par les dispositions du Code des marchés publics dans les trois (3) mois suivant le prononcé de la décision de l'Autorité de la concurrence adoptant les engagements et qui devra procéder à l'audit de la comptabilité analytique exposée à l'engagement n°3.

6. Engagement n°6 : Audit de la comptabilité analytique

L'INRAP s'engage à prévoir un audit annuel de sa comptabilité analytique telle que présentée à l'engagement n°3.

Compte tenu de la date de désignation du Prestataire (mentionnée à l'engagement n°3), du délai des travaux de mise en œuvre de la comptabilité analytique et de l'absence de clôture infra-annuelle, l'Auditeur Missionné ne pourra effectivement procéder à cet audit qu'au titre de l'exercice comptable 2018 et pour les exercices comptables suivants.

L'Auditeur Missionné devra contrôler, vérifier et certifier que la comptabilité analytique visée à l'engagement n°3 (i) est cohérente avec la comptabilité générale et en reprend l'ensemble des coûts, (ii) répond aux principes généraux de la comptabilité générale et notamment aux principes de causalité, sincérité, transparence, et (iii) respecte le principe de séparation comptable.

La comptabilité analytique résultant de ce processus sera appelé ci-après « *comptabilité analytique auditée* ».

Cet audit aura ainsi pour objet de faire contrôler par l'Auditeur Missionné que les ressources et moyens alloués par l'Etat à l'INRAP pour l'exercice de sa mission de service public ne sont pas utilisés pour financer ses activités lucratives (opérations de fouilles archéologiques).

7. Engagement n°7 : Restitution annuelle à l'Autorité de la concurrence d'une synthèse de la comptabilité analytique de l'INRAP

L'INRAP s'engage à transmettre annuellement à l'Autorité de la concurrence :

- un état synthétique de la comptabilité analytique auditée.
- l'attestation de conformité du système de comptabilité analytique de l'INRAP établie par l'Auditeur Missionné par rapport aux critères définis aux engagements précédents. Celle-ci devra notamment faire état (i) de la nature et du périmètre des diligences, (ii) des principales modifications apportées, le cas échéant à la comptabilité analytique de l'INRAP et, (iii) de toute observation que l'Auditeur Missionné estimerait nécessaire.

La première restitution annuelle concernera l'exercice comptable 2018. Les restitutions annuelles ultérieures concerneront les exercices comptables des années suivantes.

Cette restitution annuelle interviendra au plus tard dans le mois qui suit la réunion du Conseil d'administration de l'INRAP statuant sur les comptes financiers de l'année N-1 et, pour la première fois, le 1^{er} mai 2019.

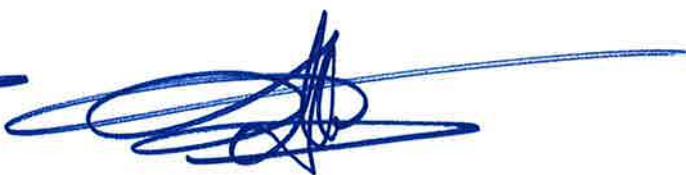
8. Durée des engagements

Les engagements seront souscrits pour une durée de cinq (5) ans à compter de l'adoption de la décision de l'Autorité de la concurrence acceptant les engagements et les rendant obligatoires à l'exception des engagements n°1, 2, 3 et 4 qui seront souscrits pour une durée indéterminée.

Conformément au point 46 (a) du communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, les Parties seront en droit de solliciter la révision ou la résiliation de leurs engagements avant leur terme si l'un des faits sur lesquels la Décision repose subit un changement important. Dans ce cas, les Parties et l'Autorité de la concurrence se rapprocheront pour déterminer si et dans quelles conditions les présents engagements seront interrompus.



Jean-Christophe Grall
Avocat à la Cour



Guillaume Mallen
Avocat à la Cour