

# Test de marché

du 05/12/2016

Dans le cadre de l'instruction de saisines déposées par plusieurs opérateurs de fouilles archéologiques préventives, l'Institut national de recherches archéologiques préventives (l'INRAP) a transmis à l'Autorité une proposition d'engagements visant à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées lors de l'instruction de l'affaire.

L'Autorité les publie sur son site à l'attention des tiers potentiellement intéressés

L'Autorité de la concurrence dispose de la faculté, en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, d' « accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 », selon les modalités fixées par l'article R. 464-2 du même code.

Par courriers enregistrés le 25 septembre 2015 sous le numéro 15/0101 F et le 15 octobre 2015 sous le numéro 15/0102 F, plusieurs opérateurs de fouilles archéologiques ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives (ci-après INRAP) dans le secteur de l'archéologie préventive. L'INRAP est un établissement public national à caractère administratif chargé d'une mission de service public.

Les parties saisissantes reprochent en particulier à l'INRAP d'utiliser la situation qu'il tire de l'exercice de ses missions de service public sur l'activité des diagnostics archéologiques préalables pour fausser le jeu de la concurrence sur l'activité des fouilles archéologiques préventives ouverte à la concurrence.

L'INRAP s'est rapproché des services d'instruction afin d'envisager le traitement de cette affaire par la voie d'une procédure d'engagements.

## Le secteur de l'archéologie préventive

Les opérations d'archéologie préventive sont engagées, sur prescription des services de l'Etat, lorsque des travaux entrepris par un aménageur sont susceptibles de détruire ou d'endommager irrémédiablement un site pouvant contenir des vestiges archéologiques. Ces opérations comportent une succession d'interventions qui peuvent se répartir en deux catégories : d'une part, la phase de diagnostic préalable et, d'autre part, les fouilles proprement dites suivies d'opérations liées à l'analyse et à la diffusion de ses résultats.

La répartition de ces activités s'organise de la manière suivante :

- l'activité de diagnostic préalable relève d'un monopole public partagé : la compétence de l'INRAP<sup>1</sup> pour réaliser les diagnostics est partagée avec les services archéologiques de collectivités territoriales. Elle fait l'objet d'un financement public ;



- le secteur des fouilles est ouvert à la concurrence. C'est la loi du 1er août 2003 qui a consacré l'ouverture à la concurrence des opérations de fouilles sous réserve d'un agrément délivré par l'État (Ministère de la culture). Les opérations de fouilles sont financées au prix de marché par l'aménageur avec qui les opérateurs de fouilles contractent.

L'ouverture à la concurrence des fouilles d'archéologie préventive en 2003 a constitué une véritable opportunité pour les nouveaux opérateurs de fouilles dans la mesure où l'INRAP était alors dans l'incapacité opérationnelle de réaliser l'ensemble des opérations prescrites. Ainsi, jusqu'au début des années 2010, tous les opérateurs ont connu une progression financière forte et constante, sur fond d'augmentation du nombre de fouilles prescrites. Le nombre des opérateurs agréés (opérateurs privés et collectivités locales) intervenant dans le champ des fouilles archéologiques préventives a ainsi augmenté de manière constante entre 2005 (35) et 2013 (85).

Néanmoins, le retournement de la conjoncture économique et la diminution du nombre et de l'importance des chantiers d'aménagement ont eu, à partir de cette période et notamment depuis 2013, un impact sur le secteur de l'archéologie préventive. Cette activité restreinte a notamment eu pour conséquence un renforcement de l'intensité concurrentielle sur le marché des fouilles archéologiques préventives, marché sur lequel l'INRAP est, au-delà de sa situation de monopole public partagé avec les collectivités locales sur l'activité de diagnostic préalable, susceptible de détenir une position dominante.

## Les préoccupations de concurrence

Parmi les différentes pratiques dénoncées par les saisissantes, deux d'entre elles ont plus particulièrement appelé l'attention.

### L'existence d'une pratique liée à l'accès à des informations privilégiées

Les opérateurs de fouilles disposent d'un ensemble d'informations minimales diffusé par les services de l'Etat à l'occasion d'une prescription de fouilles. Ces informations reposent en particulier sur le rapport de diagnostic transmis obligatoirement par les opérateurs de diagnostic à l'Etat au terme de leur intervention préalable. Sur cette base, les opérateurs de fouilles peuvent ainsi candidater à des appels d'offres d'aménageurs publics ou privés.

En tant qu'opérateur de fouilles, l'INRAP accède également à ces informations. Il est néanmoins susceptible de disposer, en tant qu'opérateur de diagnostic préalable, d'informations plus complètes que celles dont peuvent disposer les autres opérateurs de fouilles et, ceci, selon des modalités d'accès parfois différentes, en particulier dans le temps. En tant qu'opérateur ayant réalisé un diagnostic, l'INRAP dispose ainsi, au-delà des éléments scientifiques retranscrits dans le rapport de diagnostic remis aux services de la préfecture, d'une première remontée d'expérience sur le site à travers la connaissance réelle du terrain et de ses principales caractéristiques concrètes. L'INRAP aura également eu l'occasion d'instaurer une relation humaine directe avec le personnel de l'aménageur, tant à l'occasion de l'organisation de l'opération de diagnostic que dans la gestion quotidienne du chantier.

Or, il ressort de l'instruction qu'il n'existe pas, au sein de l'INRAP, d'organisation fonctionnelle distinguant de manière étanche les activités de diagnostic et de fouilles. En



effet, les équipes de l'établissement public qui interviennent dans le cadre d'une fouille concernant une opération d'aménagement donnée peuvent également être intervenues sur le diagnostic préalable réalisé pour cette même opération d'aménagement et, par suite, sont en mesure de disposer directement des éléments d'informations recueillis dans ce cadre. Ce constat doit être mis en regard de la proportion importante du nombre de cas dans lesquels l'INRAP a assuré le diagnostic et les fouilles d'un même chantier.

Il ne peut donc être exclu que les équipes de l'INRAP chargées des opérations de fouilles accèdent à des informations plus complètes selon des modalités différentes et que leur utilisation leur confère un avantage compétitif indu. Cet avantage pourrait se manifester 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 tarifaire.

### L'existence de pratiques tarifaires intervenant dans un contexte de subventions croisées

Les risques concurrentiels identifiés dans le cadre du dossier découlent de la coordination de trois facteurs :

#### - **La part de financement public importante de l'INRAP**

Le financement de l'archéologie préventive instauré par la loi du 1er août 2003 repose sur le principe d'un financement public des activités non lucratives, en particulier des opérations de diagnostics, avec l'instauration de la redevance d'archéologie préventive (la RAP).

En complément du produit de cette redevance, il convient de souligner que l'Etat a versé régulièrement des subventions à l'INRAP, en particulier en raison du faible rendement de la RAP.

A côté des ressources dégagées au titre de son activité commerciale d'opérateurs de fouilles, le budget global de l'INRAP repose ainsi de manière significative sur le financement public de ses activités non lucratives, dont la part a eu tendance à croître ces dernières années.

#### - **L'absence d'outils de gestion pleinement satisfaisants**

Bien que le Conseil de la concurrence ait, dans son avis 98-A-07 précité, indiqué qu'il serait nécessaire que l'Afan dispose « d'une comptabilité appropriée permettant d'individualiser les coûts de ses différentes activités et de vérifier l'absence de subventions croisées dans le cadre de ses activités de diversification », force est de constater que l'INRAP qui lui a succédé ne dispose toujours pas en 2016 d'outils comptables pleinement satisfaisants à cet égard.

C'est le constat auquel parvenait également la Cour des comptes dans son référé n° 67181 de juin 2013 concernant l'INRAP en soulignant que « plusieurs actions apparaissent nécessaires de manière urgente pour garantir le respect du libre jeu de la concurrence ». Parmi ces actions devant ainsi « permettre de garantir un exercice transparent et non faussé du jeu de la concurrence », figure « le perfectionnement de la méthode de comptabilité analytique actuellement utilisée par l'INRAP ». Cette situation persiste encore aujourd'hui. Dans sa réponse au rapport public annuel 2016 de la Cour des comptes, le Ministère des finances souligne que « la mise en place de la comptabilité analytique des coûts reste à achever au sein de l'INRAP. Ce doit être un chantier prioritaire pour 2016 ».

S'agissant d'un établissement public financé en partie sur des deniers publics et menant aussi bien des activités lucratives que non lucratives, l'absence d'une véritable séparation comptable et financière étanche et fiable entre ces deux activités n'apparaît pas de nature à garantir un exercice transparent et non faussé du jeu de la concurrence. Ceci



est d'autant plus problématique que l'INRAP ne dispose pas d'organisation fonctionnelle distinguant de manière étanche les activités de diagnostic et de fouilles.

#### - La politique tarifaire de l'établissement

Le retournement de la conjoncture économique et la diminution du nombre et de l'importance des chantiers d'aménagement depuis le début des années 2010 a entraîné un renforcement de l'intensité concurrentielle sur le marché des fouilles archéologiques, en particulier sur le plan tarifaire.

Dans ce contexte de concurrence accrue, l'INRAP a cherché à adapter ses prix à la baisse pour faire face à la diminution de son activité. Cela s'est en particulier traduit depuis 2013 par une diminution de ses recettes moyennes par jour-homme facturé.

Il ressort de ces éléments, en particulier au vu de l'absence de comptabilité analytique satisfaisante, qu'un établissement public financé en partie sur des deniers publics et menant aussi bien des activités concurrentielles que sous monopole comme l'INRAP, ne présente pas les outils d'analyse suffisants, tant en termes de précision que de fiabilité, pour garantir l'identification des produits et des charges associés aux deux catégories d'activités. De même, la méthode retenue pour leur imputation ou leur répartition n'est pas satisfaisante. Au regard de la politique tarifaire mise en œuvre par l'INRAP ces dernières années, il ne peut dès lors être exclu un risque de subventions croisées entre ses activités de service public et ses activités commerciales susceptible de se traduire par la mise en œuvre de prix prédateurs ou par une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, serait de nature à entraîner une perturbation durable du marché.

### Conclusion

Les deux préoccupations de concurrence relevées dans le cadre de l'instruction de l'affaire pourraient être considérées comme étant constitutives d'abus de position dominante, pratiques contraires aux articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE.

### Les engagements proposés

L'INRAP a proposé des engagements visant à répondre, selon lui, à chacune des préoccupations de concurrence soulevées.

En ce qui concerne la préoccupation de concurrence liée à l'accès à des informations privilégiées, l'établissement public propose deux engagements :

- il s'engage d'abord, 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 (engagement n°1) ;
- il s'engage ensuite 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 (engagement n°2).



En ce qui concerne les préoccupations de concurrence tarifaires, l'INRAP propose un ensemble d'engagements (engagements 3 à 7) visant notamment :

- à mettre en place, en recourant à prestataire extérieur, une comptabilité analytique permettant de garantir une stricte séparation comptable et financière (étanche et fiable) entre ses activités non-lucratives et ses activités lucratives (engagement n° 3) et un processus permettant de déterminer le calcul de la marge par opération préalablement à la transmission des offres dans le cadre d'un marché de fouilles (engagement n°4) ;
- à prévoir un audit annuel de cette comptabilité par un expert indépendant qui sera transmis à l'Autorité (engagements n°5 et 7).

Si les engagements n°1, 2, 3 et 4 sont proposés pour une durée indéterminée, les engagements n°5 à 7 le sont pour une durée de 5 ans.

## Suite de la procédure

Si les engagements proposés par l'INRAP, éventuellement complétés et amendés, sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans le cadre de la procédure, l'Autorité de la concurrence constatant qu'il n'y a plus de raison d'agir, procédera à la clôture de l'affaire, en prenant acte des engagements qui prendront alors un caractère obligatoire.

Les tiers intéressés sont invités à présenter leurs observations sur cette proposition d'engagements en faisant référence aux numéros de dossier 15/0101F et 15/0102F, au plus tard le 9 janvier 2017 à 17h00.

**Bureau de la Procédure**  
**Autorité de la concurrence**  
**Affaire n°13/0025 F**  
**11 rue de l'Echelle**  
**75001 Paris**

<sup>1</sup> L'INRAP a succédé le 1er février 2002 à l'AFAN qui avait directement fait l'objet de l'avis 98-A-07 du Conseil de la concurrence. Les missions de l'INRAP, qui couvrent l'ensemble de la chaîne archéologique préventive, sont codifiées à l'article L. 523-1 du code du patrimoine : réalisation des diagnostics et des fouilles, exploitation scientifique des opérations d'archéologie préventive et diffusion de leurs résultats, concours à l'enseignement, à la diffusion culturelle et à la valorisation de l'archéologie.