



**Avis n° 06-A-03 du 24 février 2006
sur un projet de décret modifiant les statuts
du bureau de recherches géologiques et minières**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie enregistrée le 20 octobre 2005 sous le numéro 05/0079 A, présentée en application de l'article L. 462-2 du code de commerce, relative à un projet de décret modifiant les compétences attribuées au Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) ;

Vu le code minier ;

Vu le décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 relatif à l'organisation administrative et financière du Bureau de recherches géologiques et minières ;

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 du ministre délégué à l'industrie, entendus lors de la séance du 1^{er} février 2006 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Le ministre chargé de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de texte modifiant le décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 relatif à l'organisation administrative et financière du Bureau de recherches géologiques et minières (ci-après BRGM) .
2. La saisine est présentée en application de l'article L. 462-2 du code de commerce, qui prévoit l'avis obligatoire du Conseil de la concurrence préalablement à l'adoption de tout texte réglementaire attribuant un droit exclusif.

I. Le mode de gestion des missions d'après-mine prévu par le projet de décret

3. La loi confère à l'Etat la responsabilité du suivi et de la sécurité des mines après l'arrêt de leur exploitation, d'une part, en prévoyant le retour à l'Etat des sites miniers après leur fermeture en application du paragraphe III de l'article 29 du code minier qui dispose que: *« En fin de concession et dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat : le gisement fait retour gratuitement à l'Etat, après la réalisation des travaux prescrits pour l'application du présent code, (...) l'ensemble des droits et obligations du concessionnaire est transféré à l'Etat en cas de disparition ou de défaillance de l'exploitant »*, et, d'autre part, en chargeant l'Etat de la surveillance et de la prévention des risques concernant les anciens sites miniers conformément à l'article 93 du même code : *« La fin de la validité du titre minier emporte transfert à l'Etat de la surveillance et de la prévention des risques [d'affaissement de terrain ou d'accumulation de gaz dangereux] »*.
4. Parallèlement, un opérateur doit être désigné pour se substituer aux établissements publics exploitants historiques, appelés à être dissous à brève échéance (Charbonnages de France en 2007, Mines de Potasse d'Alsace en 2009).
5. La solution retenue par le gouvernement consiste à faire appel à un opérateur chargé à titre exclusif d'assister l'Etat dans la réalisation de ses missions d'après-mine. Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil attribue ainsi des droits exclusifs au BRGM, établissement public national à caractère industriel et commercial.
6. L'article 4 du texte charge le BRGM à titre exclusif : *« (1°-) de gérer et d'entretenir les installations hydrauliques de sécurité et les équipements de prévention et de surveillance des risques miniers, appartenant à l'Etat ou qui lui ont été transférés ;
(2°-) de faire exécuter les ouvrages et travaux que l'Etat lui demande de réaliser en tant que maître d'ouvrage délégué, ainsi que les études préalables à ces travaux, sans préjudice des travaux que le BRGM pourrait faire exécuter par ses propres services »*.
7. Le projet de décret confie également au BRGM la responsabilité des installations hydrauliques de sécurité des sites de Charbonnages de France, dès son entrée en vigueur sans attendre la dissolution de l'opérateur programmée pour 2007.
8. L'article 86 du traité CE et l'article L. 462-2 du code de commerce reconnaissent, dans certaines conditions, la possibilité pour l'Etat d'accorder des droits exclusifs à une entreprise, mais cela ne signifie pas une exemption totale des règles de concurrence pour

l'entreprise bénéficiaire des droits exclusifs : « *La Cour [de justice] a eu l'occasion de préciser à cet égard que si le simple fait, pour un Etat membre, de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs n'est pas en tant que tel incompatible avec l'article [82], il n'en demeure pas moins que le traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition* » (CJCE, C. 320-91, 19 mai 1993, Corbeau).

9. De même, la jurisprudence du Conseil de la concurrence rappelle le caractère exceptionnel de l'octroi de droits exclusifs et vérifie dans chaque cas d'espèce leur nécessité et leur adaptation aux besoins à satisfaire : « *Les droits exclusifs permettent d'échapper aux règles de la concurrence. Ils ne peuvent être accordés que s'ils sont nécessaires à la réalisation de la mission d'intérêt général et proportionnés au but poursuivi* » (avis 04/A/12, 30 juin 2004, relatif à un projet de décret modifiant les missions de l'IGN).

II. Les missions de l'après-mine recouvrent des activités de nature juridique et économique différente

10. Les missions prévues par la loi consistent en des activités de police, de maîtrise d'ouvrage, ainsi que de travaux et de gestion, qui s'exercent dans des cadres juridiques spécifiques, conduisant à une appréciation différente au regard des règles de concurrence.
11. Les services de l'Etat (préfets et directions régionales de l'industrie) exercent le pouvoir de police, résultant du transfert à l'Etat par l'article 93 du code minier de la surveillance des sites après l'arrêt de leur exploitation et de l'obligation prévue à l'article 94 de mise en œuvre de plans de prévention des risques miniers.
12. Ce pouvoir de police, qui ne peut pas être transféré ou délégué à une autre entité, consiste à prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et à faire cesser les désordres éventuels en ordonnant au besoin des travaux d'urgence. Il se traduit par l'édition de prescriptions réglementaires, qui relèvent du rôle régalien de l'Etat.
13. L'article 93 prévoyant que les mines après leur fermeture reviennent dans le patrimoine de l'Etat, la maîtrise d'ouvrage des travaux ne peut être assurée que par une personne publique (l'Etat, une collectivité territoriale, ou un établissement public) comme l'impose l'article 2 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique.
14. En revanche, la gestion des installations de sécurité des anciennes mines, l'assistance à maîtrise d'ouvrage des travaux pour le compte de l'Etat et l'exécution de ces travaux, constituent des fonctions opérationnelles.
15. Ces activités ont, au moins en partie, une nature économique, c'est à dire qu'elles pourraient être exercées par une entreprise privée et dans un but lucratif. Elles seraient alors soumises aux règles de concurrence en application de l'article L. 410-2 du code de commerce.
16. Les fonctions opérationnelles de l'après-mine ne se situent pas dans un contexte comparable à celui de la jurisprudence Eurocontrol de la Cour de justice des communautés européennes : « *Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de*

prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité» (CJCE, C. 364-92, 19 janvier 1994).

17. Une pluralité d'indices vient étayer le caractère économique d'au moins une partie des activités de l'après-mine : le statut d'établissement public industriel et commercial du BRGM ; la réalisation d'activités concurrentielles par cet opérateur en France et à l'étranger ; l'existence à l'étranger d'entreprises privées partageant la même spécialité, mentionnée au dossier, ainsi que pour l'activité d'assistance à maîtrise d'ouvrage, la possibilité de délégation à une personne publique ou privée prévue par l'article 4/I de la loi de 1985.

III. Les restrictions apportées au jeu de la concurrence par le droit exclusif doivent être justifiées et proportionnées au besoin à satisfaire

A. LA JUSTIFICATION DES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE :

18. Les droits exclusifs prévus à l'article 4 du projet de décret font appel à des capacités juridiques, techniques et opérationnelles particulières, que le BRGM apparaît être le seul intervenant en mesure de réunir.
19. Au plan juridique, un même prestataire doit exécuter les décisions prises par les autorités administratives chargées du pouvoir de police des mines, c'est à dire concevoir les programmes de surveillance, d'entretien et de travaux correspondants à ces décisions, sélectionner les entreprises chargées de leur réalisation, gérer le financement et le déroulement des travaux et assurer leur réception.
20. Par ailleurs, l'efficacité de la politique d'après-mine recommande d'avoir un opérateur national unique pour assister les services de l'Etat.
21. Ce choix est motivé par la nécessité de réduire au minimum les délais d'exécution pour des tâches mettant en jeu la sécurité des biens et des personnes, la mise en place de personnels et de moyens suffisants afin de pouvoir intervenir sur l'ensemble des bassins miniers français et quel que soit le minerai en cause, ainsi que l'intérêt d'une mutualisation des compétences tant pour les agents que pour les connaissances propres à chaque minerai.
22. Ce type d'activités demande enfin des personnels expérimentés en ingénierie minière, qui sont très peu nombreux. Les compétences spécifiques en la matière du BRGM lui permettent de répondre à ces besoins et d'accueillir en complément les cadres aujourd'hui affectés à ces tâches dans les établissements publics miniers dont la dissolution doit intervenir dans les deux ou trois prochaines années.

B. LE CARACTÈRE PROPORTIONNÉ DES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE CONDUIT À LIMITER LA DURÉE ET L'ÉTENDUE DES DROITS EXCLUSIFS :

23. Le projet de décret ne fixe aucune durée d'application aux droits exclusifs accordés au BRGM, renvoyant seulement en fin d'article 4 à une future convention entre l'Etat et l'établissement pour définir « *les conditions d'exercice de ce droit exclusif* ». Le décret étant appelé à rester en vigueur jusqu'à son abrogation éventuelle, une succession de conventions reconduisant les droits exclusifs pourrait leur conférer une durée illimitée.
24. Une telle solution n'est pas satisfaisante pour le droit de la concurrence.
25. La jurisprudence du Conseil préconise une limitation dans le temps des droits exclusifs afin de permettre leur remise en cause périodique : « *L'attribution de droits exclusifs par le décret sans aucune condition de durée permet le renouvellement, sans limite dans le temps et sans publicité, du contrat passé entre la MFP et l'Etat pour la gestion des prestations déléguées, en méconnaissance des principes communautaires qui commandent que les marchés soient passés conformément aux règles fondamentales du traité, à savoir la proportionnalité, la non-discrimination et la transparence* » (avis [03-A-21](#), 31 décembre 2003, Mutuelles de la fonction publique, et [04-A-12](#), IGN, précité).
26. Un réexamen à intervalle régulier contribue aussi à l'efficacité de la dépense publique, en obligeant à revoir le dispositif au vu de ses résultats et de l'évolution possible du besoin auquel il répondait.
27. Dès lors, fixer une échéance à moyen terme (6 à 7 ans, par exemple) pour la validité des droits exclusifs, permet de concilier les intérêts de la concurrence et une durée d'application suffisante pour disposer d'un premier bilan des mesures prises et de l'état du patrimoine minier.
28. Le champ d'application du monopole attribué au BRGM par l'article 4 du projet de décret apparaît très étendu. Le droit exclusif porte en effet, d'une part sur la gestion et l'entretien des installations de surveillance et de sécurité des mines et, d'autre part, l'assistance à maîtrise d'ouvrage pour les travaux devant être effectués, ainsi que subsidiairement la réalisation en direct de certains de ces travaux.
29. Le BRGM devient l'opérateur de ces activités pour la totalité des mines fermées, actuelles et futures, existant sur le territoire national. Le financement est assuré intégralement par des crédits budgétaires, pour un montant annuel envisagé de 12 à 15 millions d'euros au cours des dix prochaines années.
30. Un tel dispositif comporte au moins trois risques potentiels pour le jeu de la concurrence tenant à : la fermeture durable du marché, la confusion entre les activités en monopole et celles ouvertes à la concurrence, et de possibles pratiques abusives sur des marchés proches économiquement ou géographiquement.
31. Le monopole accordé au BRGM, sans mise en concurrence préalable, a pour conséquence de fermer le marché de l'ingénierie de l'après-mine en France à tout autre opérateur, existant ou intéressé à développer ce type de services, sans limite dans le temps puisque le projet de décret ne comporte aucune durée d'application.

32. Concernant les activités confiées au BRGM, le deuxième de l'article 4 lui permet de cumuler la maîtrise d'ouvrage déléguée pour le compte de l'Etat avec la réalisation des travaux (« *sans préjudice des travaux que le BRGM pourrait faire exécuter par ses propres services* »).
33. Cette éventualité est d'une part interdite par l'article 4 de la loi MOP précitée : « *Le mandat [de maîtrise d'ouvrage], exercé par une personne publique ou privée, est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le mandat, exercée par cette personne directement ou par une entreprise liée* ».
34. D'autre part, la disposition envisagée crée un véritable risque concurrentiel, car le BRGM serait à la fois le seul prescripteur possible des travaux, détenant le monopole de la maîtrise d'ouvrage des travaux d'après-mine, et un opérateur venant concurrencer les entreprises de travaux et de construction. Cette potentielle confusion des rôles apparaît préjudiciable au jeu de la concurrence et demande que le projet de décret soit corrigé sur ce point.
35. Enfin, le rapprochement entre le monopole des activités d'après-mine sur le territoire français, et l'élargissement du principe de spécialité du BRGM sans restriction géographique prévu par l'article 2 du projet, ouvre le risque que les revenus retirés du marché captif français procurent au BRGM un avantage concurrentiel sans équivalent sur le marché européen des services similaires ou celui d'activités proches : « *La coexistence, au sein de l'AFAN, d'activités dont le financement est assuré par des subventions et d'activités qu'elle pourrait exercer dans le cadre d'une politique éventuelle de diversification dans des secteurs concurrentiels pourrait générer des subventions croisées entre activités, de nature à faciliter des pratiques de prix prédateurs à destination des clients situés sur ces marchés concurrencés, compensés par des surcoûts pesant sur ses clients dans le cadre de l'exécution des fouilles préventives et à interdire l'accès au marché de compétiteurs potentiels. De telles pratiques constitueraient également des infractions aux règles de la concurrence* » (avis [98-A-07](#), 19 mai 1998, secteur des fouilles archéologiques préventives).
36. La réalité de tels marchés connexes est étayée par l'existence d'entreprises spécialisées en Grande-Bretagne et en Allemagne, et par les propres interventions commerciales du BRGM, qui représentent déjà 20 % de son chiffre d'affaires et constituent une orientation déclarée de son développement.

IV. Le droit exclusif conféré doit avoir pour contreparties des obligations de transparence pour le BRGM en matière comptable et en tant que donneur d'ordre.

37. L'article 2 du projet de décret comporte l'obligation pour le BRGM de tenir une comptabilité séparée pour ses activités d'après-mine, telles que définies au huitième (modifié) de l'article 1 du décret statutaire du 23 octobre 1959.
38. Toutefois, l'extension des compétences du BRGM en matière d'après-mine n'est pas limitée par le projet de décret à un territoire donné. Fort de son expérience acquise en France, l'établissement public devrait développer des interventions similaires à titre commercial à l'étranger.

39. Prévenir toute atteinte à la concurrence demande donc de comptabiliser séparément les opérations françaises sous monopole et les autres opérations, au lieu de seulement isoler l'ensemble des activités après-mine dans la comptabilité générale du BRGM. Ce dispositif contribuerait également à obtenir un meilleur suivi de l'emploi des crédits publics.
40. Par ailleurs, les missions d'après-mine vont conduire le BRGM à passer des marchés de travaux et de services avec des tiers, pour un montant équivalent à environ les deux tiers des 12 à 15 millions d'euros de crédits que l'Etat prévoit de lui allouer annuellement au cours des dix prochains années.
41. La situation de monopole du BRGM pour l'après-mine et la nature des financements mis en place doivent avoir pour corollaire la soumission de ces marchés aux principes et règles de la commande publique, imposant une publicité préalable, une mise en concurrence et l'égalité d'accès et de traitement reconnue à toute entreprise intéressée.
42. Sous réserve de l'appréciation que portera le Conseil d'Etat sur le projet de décret, le BRGM n'apparaît pas a priori astreint à respecter ces règles en raison de son statut d'établissement public industriel et commercial. L'article 2 du code des marchés publics exclut en effet cette catégorie de personnes publiques de son champ d'application.
43. Le BRGM n'est pas non plus un « *pouvoir adjudicateur* » au sens de l'article 1, neuvièmement, de la directive 04/18 du 31 mars 2004 relative aux marchés publics, ni de l'article 3 de l'ordonnance de transposition 2005-649 du 6 juin 2005, qui ne concernent que les organismes publics « *créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». Le BRGM ne figure d'ailleurs pas sur la liste des établissements publics nationaux, communiquée par la France et reprise en annexe IV de la directive, auxquels la directive européenne est applicable.
44. Enfin, le décret statutaire de 1959 ne comporte pas de dispositions en ce sens, prévoyant seulement à son article 9 que « *les conditions générales de passation des contrats, conventions et marchés* » relèvent du conseil d'administration de l'établissement.
45. La mise en œuvre des règles du code des marchés publics pour les marchés passés par le BRGM dans le cadre de ses missions d'après-mine constituerait donc une contrepartie justifiée aux droits exclusifs, en garantissant une ouverture à la concurrence des marchés d'étude et de travaux conclus par l'établissement public pour ses activités d'après-mine.
46. Une disposition complémentaire en ce sens apparaît indispensable dans le projet de décret.

Conclusion :

47. Le Conseil rappelle le caractère exceptionnel de l'octroi de droits exclusifs à une entreprise. Dans chaque cas d'espèce, les pouvoirs publics doivent, conformément à la jurisprudence européenne et nationale, établir la nécessité de ces droits exclusifs en démontrant qu'en leur absence la mission confiée à l'entreprise ne pourrait pas être assurée.
48. De manière générale, le recours à une mise en concurrence pour sélectionner l'entreprise appelée à détenir les droits exclusifs est souhaitable, dès lors que des opérateurs privés disposent, au moins pour une partie des activités, des compétences recherchées. Mais le Conseil prend acte du fait que, selon l'administration, ces compétences privées ne seraient pas disponibles, aussi bien du côté des opérateurs privés nationaux du fait de la disparition prochaine d'exploitants historiques, comme Charbonnages de France, que du côté des

opérateurs privés étrangers du fait des différences entre les systèmes nationaux de surveillance des mines et de la variété des techniques minières en usage dans les différents pays qui ne permettraient pas de garantir des compétences équivalentes.

49. Concernant le projet de décret proposé, le Conseil préconise de modifier plusieurs points du texte :

- La durée d’application du droit exclusif reconnu au BRGM est un élément essentiel du caractère acceptable des restrictions de concurrence. Cette durée, qui pourrait être de l’ordre de 6 à 7 ans, doit donc figurer dans le projet de décret, au lieu d’être renvoyée à une convention conclue entre l’Etat et l’établissement public.
- Le cumul par le BRGM de l’assistance à maîtrise d’ouvrage avec la possibilité de réaliser les travaux en interne crée un risque concurrentiel et apparaît contraire aux dispositions de la loi de 1985 sur la maîtrise d’ouvrage publique, conduisant à recommander la suppression au deuxième de l’article 4 de la phrase suivante : « *sans préjudice des travaux que le BRGM pourrait faire exécuter par ses propres services* ».
- Les activités du BRGM dans le cadre du monopole accordé doivent faire l’objet d’une comptabilisation propre, qui soit distincte de la comptabilité séparée que l’établissement tient déjà pour ses activités commerciales.
- Le projet de décret doit expressément indiquer que les règles du code des marchés publics sont applicables aux marchés passés par le BRGM pour exécuter les missions de l’après-mine qui lui sont confiées à titre exclusif.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert, Perrot, et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence