

Autorité
de la concurrence



Avis n° 22-A-04 du 15 mars 2022
relatif à un décret concernant l'organisation administrative et
financière du Bureau de recherches géologiques et minières

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 22 novembre 2021 sous le numéro 21/0089 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de la relance, a saisi l'Autorité d'une demande d'avis, en application du 2^{ème} alinéa de l'article L. 462-2 du code de commerce, concernant le renouvellement d'un droit exclusif accordé au Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) pour la réalisation, pour le compte de l'État, d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée en matière d'après-mine ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment les articles 101, 102 et 106 ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code minier ;

Vu le décret n° 2006-402 du 4 avril 2006 modifiant le décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 relatif à l'organisation administrative et financière du BRGM et portant dispositions transitoires relatives à Charbonnages de France ;

Vu le décret n° 2016-933 du 7 juillet 2016 modifiant le décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 relatif à l'organisation administrative et financière du BRGM et portant dispositions transitoires relatives à Charbonnages de France;

Vu la décision du 11 février 2022 par laquelle le président de l'Autorité de la concurrence a désigné M. Savinien Grignon-Dumoulin, membre, pour compléter le quorum et examiner l'affaire enregistrée sous le numéro 21/0089 A lors de la commission permanente du 7 mars 2022 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, les représentants du ministère de la Transition écologique et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 7 mars 2022 ;

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

Résumé¹

L'Autorité a été saisie le 22 novembre 2021 par le ministère de l'économie, des finances et de la relance d'une demande d'avis concernant un projet de décret portant renouvellement d'un droit exclusif au profit du BRGM pour la maîtrise d'ouvrage déléguée des travaux de sécurisation d'après-mine. Il s'agit de la troisième demande d'avis concernant ledit droit exclusif, après les avis rendus en 2006 et 2016 par le Conseil puis l'Autorité de la concurrence.

En premier lieu, l'Autorité constate que les circonstances qui avaient conduit le Conseil en 2006 à émettre un avis favorable à l'octroi du droit exclusif au profit du BRGM pour une durée maximale de 6 ans, puis l'Autorité en 2016 s'agissant de son renouvellement pour une même durée, n'ont pas évolué au cours des dernières années et n'apparaissent pas susceptibles de justifier au cours des prochaines années une remise en cause du principe de ce droit au bénéfice du BRGM.

En second lieu, l'Autorité constate que le projet de décret soumis à son appréciation maintient les garde-fous déjà mis en place afin de limiter les risques concurrentiels, à tout le moins de pouvoir en exercer le contrôle, tels que la séparation comptable entre les activités en monopole et les activités commerciales, le non-cumul des maîtrises d'œuvre et d'ouvrage et enfin le recours à une mise en concurrence par appel d'offres pour sélectionner le maître d'œuvre.

L'Autorité considère, à l'instar des avis de 2006 et 2016, qu'il apparaît nécessaire de permettre un réexamen périodique de la situation concrète de marché justifiant l'octroi du droit exclusif au BRGM et préconise ainsi de limiter la durée de renouvellement à une nouvelle période de 6 années plutôt que les huit années demandées par le saisissant.

Elle estime enfin qu'un audit des coûts des missions de maîtrise d'ouvrage et des modalités de rémunération du BRGM soit réalisé avant, le cas échéant, la prochaine demande de renouvellement du droit exclusif concerné.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis numérotés ci-après.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
I. CONSTATATIONS	4
A. LES MISSIONS DU BUREAU DE RECHERCHES GEOLOGIQUES ET MINIERES	5
1. LES MISSIONS DU BRGM RELATIVES A LA PREVENTION DES RISQUES MINIERES	5
2. LES AUTRES MISSIONS DU BRGM	6
B. L'ACTIVITE DU BRGM EN TANT QUE MAITRE D'OUVRAGE DELEGUE	6
II. ANALYSE CONCURRENTIELLE	9
A. PRINCIPES APPLICABLES QUANT A L'OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS AUX OPERATEURS ECONOMIQUES	9
B. APPLICATION AU RENOUELEMENT DU DROIT EXCLUSIF DU BRGM ..	9
1. SUR LA JUSTIFICATION DU MAINTIEN DU DROIT EXCLUSIF DU BRGM	10
a) Sur la nécessité d'un droit exclusif	10
b) Sur l'octroi du droit exclusif au BRGM	11
c) La durée du renouvellement du droit exclusif	11
2. LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DU BRGM	13
a) L'exclusion de la réalisation des études et travaux par le BRGM et la mise en concurrence de la maîtrise d'œuvre	13
b) La séparation comptable des activités exercées en concurrence et celles en monopole	14
CONCLUSION	14

Introduction

1. Par lettre du 19 novembre 2021, enregistrée le 22 novembre 2021 sous le numéro 21/0089 A, le ministre de l'économie, des finances et de la relance a saisi l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à l'actualisation du 11^{ème} alinéa de l'article 1^{er} du décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959, créé par le décret n° 2006-402 du 4 avril 2006 puis modifié par le décret n° 2016-933 du 7 juillet 2016 et octroyant au Bureau de recherches géologiques et minières (ci-après « BRGM ») le droit exclusif d'exercer, en matière d'après-mine², la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée pour le compte de l'État jusqu'au 4 avril 2022.
2. Cette disposition réglementaire prévoit que « *le BRGM est chargé : (...) 11. Jusqu'au 4 avril 2022 de faire exécuter, notamment en application des articles 87, 91, 92, 93 et 95 du code minier, les ouvrages et travaux que l'Etat lui demande de réaliser en tant que maître d'ouvrage délégué ; lorsqu'il agit en tant que maître d'ouvrage délégué au titre de ces dispositions, le BRGM ne peut réaliser d'autres études que celles nécessaires à l'exécution de cette mission, à l'exclusion des études de maîtrise d'œuvre et des travaux.* »
3. Le Conseil de la concurrence (ci-après « le Conseil ») a examiné l'exclusivité conférée au BRGM pour la réalisation d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée dans le secteur de l'après-mine dans son avis n° [06-A-03](#) du 24 février 2006 relatif à un projet de décret modifiant les statuts du BRGM. À la suite de cet avis, le projet de décret modificatif du décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 avait été amendé afin de limiter la durée du droit exclusif du BRGM en matière de maîtrise d'ouvrage déléguée à une durée de 10 ans, renouvelable après avis de l'Autorité.
4. L'Autorité a ensuite examiné le renouvellement de l'exclusivité dans son avis n° [16-A-08](#) du 25 mars 2016 relatif à un décret concernant l'organisation administrative et financière du BRGM. À la suite de cet avis, le droit exclusif du BRGM en matière de maîtrise d'ouvrage déléguée a été prolongé jusqu'au 4 avril 2022.
5. Ce délai arrivant bientôt à expiration, l'avis de l'Autorité est sollicité sur les implications, au regard du droit de la concurrence, d'un renouvellement de l'exclusivité conférée au BRGM pour une nouvelle période de 8 ans.

I. Constatations

6. S'agissant de la prévention des risques miniers, notamment relatifs à l'après-mine, l'Autorité a rappelé, dans son avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016³, la nécessité de distinguer, les obligations qui incombent à l'État, définies dans le code minier, d'une part, et, les fonctions opérationnelles liées à la mise en œuvre et l'exécution de ces obligations, d'autre part.

² Période ouverte par « [l]arrêt de l'exploitation des grands bassins miniers en France, et la liquidation progressive des entreprises publiques minières (...) », voir cote 6.

³ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016 relatif à un décret concernant l'organisation administrative et financière du Bureau de recherches géologiques et minières, paragraphes 5 à 12.

7. Dans son avis précité, l'Autorité a relevé que « *la maîtrise d'ouvrage des travaux dans les mines revenues dans le patrimoine de l'État ne peut être assurée que par une personne publique comme l'impose l'article 2 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage public* » (soulignement ajouté), mais, à l'inverse, que « *la gestion des installations de sécurité des anciennes mines, l'assistance à maîtrise d'ouvrage des travaux pour le compte de l'État et l'exécution de ces travaux, constituent des fonctions opérationnelles. 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* »⁴.
8. L'analyse du droit exclusif confié dans ce cadre au BRGM, établissement public industriel et commercial qui dispose de 92 agents travaillant au sein de quatre unités territoriales après-mine et d'une unité de direction à Orléans, nécessite de préciser ses missions (A) et son activité en tant que maître d'ouvrage délégué (B).

A. LES MISSIONS DU BUREAU DE RECHERCHES GEOLOGIQUES ET MINIERES

9. Les missions du BRGM recouvrent à la fois la gestion des risques miniers (1) et des missions d'une autre nature (2).

1. LES MISSIONS DU BRGM RELATIVES A LA PREVENTION DES RISQUES MINIERES

10. Le décret précité n° 59-1205 du 23 octobre 1959 relatif à l'organisation administrative et financière du BRGM, modifié par les décrets précités du 4 avril 2006 et du 7 juillet 2016, désigne le BRGM pour remplir les missions de prévention des risques miniers suivantes (article 1^{er}, alinéas 8 à 11) :
 - une mission de recherche, d'étude, d'expertise, de surveillance et de travaux dans le cadre de l'arrêt définitif des travaux miniers et de la prévention des risques miniers (alinéa 8) ;
 - une mission de gestion, de remise en état et de surveillance d'installations minières (alinéa 9) ;
 - une mission de gestion et d'entretien des installations hydrauliques de sécurité et des équipements de prévention et de surveillance des risques miniers appartenant ou ayant été transférés à l'État (alinéa 10) ;
 - une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée pour l'exécution des ouvrages et travaux imposés par l'État (alinéa 11).

⁴ *Ibid*, pages 10 et 11.

11. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l’Autorité a rappelé que l’exclusivité conférée au BRGM, pour l’exercice de ses missions, constituait un droit exclusif au sens de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006⁵ et de l’article 106 du TFUE.

2. LES AUTRES MISSIONS DU BRGM

12. Les autres missions du BRGM sont listées aux alinéas 1 à 7 de l’article 1^{er} du décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959 modifié précité.
13. Il s’agit principalement de missions d’expertise et de recherche fondamentale concernant le sol et le sous-sol, telles que : l’exécution de recherches en sciences de la Terre (1^{er} alinéa) ; la collecte de données géologiques et le développement d’outils d’analyse pour les exploiter (alinéas 2 à 4) ; la contribution, dans son domaine de compétences, à la mise en œuvre des politiques de l’État sur le plan international (alinéa 5) ; la participation à l’expertise publique (alinéa 6) ; ou enfin, une contribution à la formation dans l’enseignement supérieur (alinéa 7).
14. L’activité du BRGM en dehors du territoire national consiste principalement en la prestation de services dans le domaine des infrastructures géologiques, ainsi qu’en des missions relatives à l’inventaire des ressources minérales, des eaux souterraines et de la prévention des risques⁶. À titre illustratif, alors que les produits d’exploitation du BRGM se sont élevés en 2020 à 138,6 millions d’euros, dont près de 43,5 millions d’euros de chiffre d’affaires hors subventions⁷, les activités internationales ont généré des revenus atteignant, en 2019 et 2020, respectivement 7,2 et 4,5 millions d’euros⁸.

B. L’ACTIVITE DU BRGM EN TANT QUE MAITRE D’OUVRAGE DELEGUE

15. Pour justifier l’exclusivité de la maîtrise d’ouvrage déléguée dans le secteur de l’après-mine, la saisine pour avis avance « *une nécessité impérieuse d’intérêt général* [de sécurité publique] ». Elle souligne aussi son caractère « *limité au strict nécessaire et pour une durée limitée* »⁹. En outre, le BRGM dispose d’une comptabilité analytique et d’une comptabilité séparée¹⁰ pour toutes les activités relevant du droit exclusif susvisé, regroupées, au sein du BRGM, dans le Département Prévention et Sécurité Minière.
16. La saisine justifie la désignation du BRGM par le fait que les missions concernées nécessiteraient « *des compétences rares et spécifiques dans différents domaines techniques, différentes des travaux de génie civil courants, mission qui ne peut pas être prise en charge* ».

⁵ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu’à la transparence financière dans certaines entreprises, OJ L 318, 17.11.2006, pages 17–25.

⁶ Cote 252.

⁷ BRGM, Rapport d’activité 2020, pages 64 et 65.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cote 3.

¹⁰ Cote 10.

par les services de l'État »¹¹, qui « constituent historiquement le cœur de métier du BRGM »¹². Par ailleurs, la saisine fait valoir que le BRGM « dispose, de longue date, d'une notoriété et d'une implantation dans les bassins miniers, notamment à travers sa mission liée à la base sols et sous-sols »¹³.

17. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l'Autorité a relevé à cet égard que « les travaux d'après-mine mobilisent des connaissances en géologie, géotechnique, hydrogéologie, dégagement de gaz dangereux, pollution des eaux et des sols anciens ainsi qu'une bonne connaissance des sites miniers français »¹⁴.
18. Le BRGM a bénéficié, dès 2006, du renforcement de ses compétences par la mise à disposition d'agents des anciens exploitants miniers publics, tels que Charbonnages de France. Aujourd'hui, compte tenu du départ progressif à la retraite de ces agents, le BRGM a mis en place un programme de compagnonnage afin de transférer ces savoirs spécifiques au sein de ses équipes¹⁵. Ce programme est en cours puisqu'il restait 22 agents des anciens exploitants miniers publics au sein du BRGM à la fin de l'année 2020 et que leurs départs vont s'échelonner jusqu'en 2027¹⁶. Comme l'a indiqué l'Autorité dans son avis n° 16-A-08 précité, « il semble aujourd'hui particulièrement nécessaire que l'ensemble de leur savoir-faire soit maintenu et transféré afin que le BRGM puisse effectivement continuer à exercer ses missions sur tous les sites miniers en France »¹⁷.
19. Depuis le 1^{er} janvier 2016, le BRGM a réalisé 178 opérations de travaux en tant que maître d'ouvrage délégué, auxquelles s'ajoutent 87 opérations toujours en cours au 31 décembre 2021¹⁸. Sur les 178 opérations de travaux précitées, 50 opérations correspondent à des travaux d'urgence (*i.e.*, non planifiés) et ont visé une mise en sécurité immédiate (pour 8 opérations) ou rapide (pour 42 opérations)¹⁹.
20. Selon la saisine, le BRGM est rémunéré pour ces missions à hauteur de 8 % du montant des marchés de travaux réalisés, taux qui n'a pas évolué depuis 2016²⁰ et qui a pour objectif de couvrir les frais de fonctionnement du BRGM sans que celui-ci réalise de marge résultant de sa mission de maîtrise d'ouvrage déléguée²¹. Selon la direction générale de la prévention des risques du ministère de la Transition écologique (« le Ministère »), cette rémunération s'élève, en moyenne à 500 000 euros par an sur la base d'un conventionnement moyen de 6 millions d'euros et d'une trentaine de missions annuelles²². Entre 2016 et 2021, le montant total des marchés de travaux passés par le BRGM a atteint 35,5 millions d'euros, dont

¹¹ Cote 3.

¹² Cote 9.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016 précité, paragraphe 24.

¹⁵ Cote 9.

¹⁶ Cote 9.

¹⁷ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016 précité, paragraphe 26.

¹⁸ Cote 250.

¹⁹ Cote 250.

²⁰ Cotes 265 et 266.

²¹ *Ibid.*

²² Cote 239.

12 millions d'euros en 2021 en raison d'un nombre restreint d'opérations importantes débutées dès 2020 et devant se terminer en 2022²³.

21. Selon le Ministère, l'activité du BRGM devrait se maintenir, en termes de budgets et d'effectifs jusqu'en 2028/2030, puis sera « *en probable baisse progressive pour aboutir à une diminution d'environ 30 % par rapport au niveau d'aujourd'hui à une échéance de huit à dix ans* »²⁴, soit autour de 2036/2040. Il précise que cette évolution résulte des éléments suivants :
- la fin des travaux importants prévus dans les dossiers d'arrêt des exploitations de Charbonnages de France ;
 - le traitement progressif d'anciens sites miniers sans responsable solvable qui nécessitent des travaux permettant le plus souvent une mise en sécurité pérenne et n'impliquant pas de nouvelles opérations sur le même site ;
 - les dépenses marginales attendues pour les travaux découlant de la mise en œuvre de la directive 2006/21CE du 15 mars 2006 sur les déchets de l'industrie extractive (« directive DDIE »)²⁵.
22. Ainsi, le Ministère estime que les montants des travaux relatifs au secteur de l'après-mine au cours des prochaines années seront les suivants :
- pour la réalisation des travaux récurrents, le Ministère anticipe un montant total de 4,5 millions d'euros en 2022 et de 2,8 millions d'euros en 2030. Cette variation s'explique, selon le Ministère, par la décroissance globale des actions à mener, compensée par la stabilité des deux principaux postes de travaux, à savoir l'entretien des stations de relevage des eaux dans le bassin Nord Pas de Calais et la remontée de la nappe dans le bassin houiller lorrain²⁶ ;
 - pour la réalisation des travaux de mise en sécurité des dépôts de résidus de traitement en réponse à la directive DDIE, il prévoit un montant total de 2,4 millions d'euros en 2022 et de 500 000 euros en 2030 (le Ministère estime, qu'à partir de 2030, les interventions pour de tels travaux ne devraient concerner que des points résiduels)²⁷ ;
 - pour la réalisation des travaux ponctuels, il anticipe un montant total de 6,9 millions d'euros en 2022 et de 1 million d'euros en 2030²⁸.

²³ Cote 253.

²⁴ Cote 10.

²⁵ Directive 2006/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive et modifiant la directive 2004/35/CE.

²⁶ Cote 237.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Cote 238.

II. Analyse concurrentielle

23. Le présent avis présentera d'abord les principes applicables aux droits exclusifs confiés à certains opérateurs pour l'exercice d'activités d'intérêt économique général (A) puis leur mise en œuvre dans le cas de la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée du BRGM (B).

A. PRINCIPES APPLICABLES QUANT A L'OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS AUX OPERATEURS ECONOMIQUES

24. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l'Autorité a rappelé que si le droit de l'Union rend possible l'octroi, par un État membre, de droits exclusifs à une entreprise pour la gestion de services d'intérêt économique général, il convient de vérifier d'abord que la restriction, voire l'exclusion, de concurrence qui en découle est nécessaire et proportionnée. En d'autres termes, il doit être établi qu'il n'y a pas d'autres moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre l'objectif général identifié (paragraphe 32 à 36).
25. Dans le même avis (paragraphe 37), l'Autorité a également souligné que « *la durée d'un droit exclusif doit être limitée et proportionnée à l'évolution du marché* » (soulignement ajouté). Ce principe a notamment été dégagé par l'avis du Conseil de la concurrence n° [04-A-12](#) du 30 juin 2004, qui indiquait que « *S'il est vrai que le droit de la concurrence est favorable aux limitations dans le temps des droits exclusifs, encore faut-il que la durée retenue soit justifiée du point de vue de l'atteinte au marché. En général, la limitation temporelle a pour objet de permettre une remise en concurrence périodique pour l'attribution des droits exclusifs. Dès lors, la périodicité retenue pour cette remise en concurrence doit être fixée après examen de la situation concrète du marché.* »²⁹

B. APPLICATION AU RENOUVELLEMENT DU DROIT EXCLUSIF DU BRGM

26. Au cas d'espèce, l'application des principes visés ci-dessus implique d'examiner les points suivants : la justification de l'octroi d'un droit exclusif pour la maîtrise d'ouvrage déléguée dans le secteur de l'après-mine, l'étendue de ce droit, la pertinence du choix du BRGM comme entreprise bénéficiaire et enfin les garde-fous mis en place pour s'assurer du respect des règles de concurrence.
27. Dans les parties qui suivent, l'Autorité procédera donc à l'examen des conditions actuelles aux fins de vérifier si elles justifient le renouvellement du droit exclusif accordé au BRGM, et le cas échéant, pour quelle durée (1), puis à la vérification de la mise en œuvre effective des actions de prévention des risques anticoncurrentiels identifiés (2).

²⁹ Avis n° 04-A-12 du 30 juin 2004 relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut Géographique National, paragraphe 60.

1. SUR LA JUSTIFICATION DU MAINTIEN DU DROIT EXCLUSIF DU BRGM

a) Sur la nécessité d'un droit exclusif

28. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l'Autorité a rappelé les raisons qui ont conduit le Conseil, lors de l'examen des droits exclusifs confiés au BRGM en 2006, à considérer cette exclusivité comme étant justifiée, au premier rang desquelles la carence de l'initiative privée et la nécessité de ne recourir qu'à un seul opérateur sur le territoire français³⁰ afin de réduire les délais d'exécution et de mutualiser les connaissances. Elle a ensuite constaté que les circonstances particulières de l'espèce justifiaient le renouvellement du droit exclusif.
29. Le Ministère reprend cette analyse et avance que « le maintien des processus et des équipes dédiées mis en place au sein du BRGM semble pertinent. Cette pertinence est encore accrue dans le cadre de déploiement d'installations ou de programmes de travaux sur plusieurs années, nécessitant une capitalisation des connaissances et un suivi des choix techniques. »³¹ (soulignement ajouté)
30. En outre, les ministères concernés avancent dans la saisine les éléments suivants au soutien de l'exclusivité :
- la garantie d'un important volume de missions sur une longue période pour pouvoir maintenir les compétences et les personnels dédiés à la réalisation de la mission de sécurité publique sur le territoire³² ;
 - le recours à un unique maître d'ouvrage délégué permet de cumuler un retour d'expérience sur la réalisation des travaux d'après-mine, et d'optimiser la rédaction des cahiers des charges ainsi que la définition des critères de sélection des maîtres d'œuvre³³ ; il permet également de mettre en place de manière optimale des dispositifs complexes, compte tenu des champs techniques multiples sur lesquels intervient le BRGM dans le cadre de sa mission de maîtrise d'ouvrage déléguée³⁴ ;
 - l'assurance d'une égalité et d'une uniformité de traitement des problématiques de l'après-mine sur l'ensemble du territoire national, y compris en termes de maîtrise de coûts³⁵ ;
 - la dissociation des missions de maîtrise d'ouvrage déléguée entraînerait une hausse de leurs coûts³⁶.
31. À l'instar de ce que l'Autorité avait constaté en 2016, il apparaît que les circonstances retenues par le Conseil en 2006 pour justifier le recours à un opérateur unique pour la maîtrise d'ouvrage déléguée sur l'ensemble du territoire français n'ont pas été modifiées lors des six dernières années et n'apparaissent pas susceptibles de l'être au cours des prochaines années.

³⁰ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016, précité, paragraphes 41 à 43.

³¹ Cote 11.

³² Cote 239.

³³ Cote 265.

³⁴ Cotes 9, 11 et 265.

³⁵ Cote 11.

³⁶ Cote 266.

b) Sur l'octroi du droit exclusif au BRGM

32. S'agissant de la procédure de sélection de l'opérateur exclusif, le BRGM confirme aujourd'hui ce qu'il affirmait en 2016, à savoir qu'aucune entreprise n'a la capacité de prendre en charge l'ensemble des missions de maîtrise d'ouvrage déléguée du BRGM, en ce inclus les opérateurs étrangers³⁷. Il explique en effet que « *seules quelques grosses entreprises d'ingénierie (exemple : ANTEA, EGIS...) pourraient exercer ces missions, mais dans des champs techniques très particuliers (amenant à fractionner la MOD [maîtrise d'ouvrage déléguée] selon ces champs techniques sur les territoires), sans le support de l'historique des sites et avec un réseau régional et dans des conditions financières pas forcément adaptées* »³⁸. Par ailleurs, compte tenu de la moindre rentabilité des missions de maîtrise d'ouvrage déléguée, les quelques sociétés susceptibles d'assurer certaines de ces missions préfèrent intervenir en tant que maîtres d'œuvre sur les chantiers liés à l'après-mine³⁹.
33. Ce constat est partagé par le Ministère, qui considère que « *le BRGM est capable de mobiliser des connaissances depuis la recherche, jusqu'à la mise en œuvre concrète des travaux pour spécifier les appels d'offres nécessaires à la mise en œuvre des travaux nécessaires, et ensuite savoir sélectionner les entreprises les mieux à même de réaliser ces travaux* »⁴⁰.
34. L'Autorité constatait par ailleurs en 2016 qu'il était peu probable que des opérateurs étrangers puissent soumettre une offre en réponse à un appel d'offres pour une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée, en raison « *des différences entre États membres dans l'organisation administrative de l'après-mine, les spécificités des techniques minières françaises et la nécessité de disposer d'implantations locales pour intervenir rapidement* ». Aucun élément recueilli dans le cadre du présent avis n'est de nature à remettre en cause ce constat⁴¹.
35. Enfin, si l'Autorité relevait en 2016 que la croissance attendue des travaux de dépollution ouvrirait possiblement un espace concurrentiel, les éléments versés au dossier indiquent que tel n'a pas été le cas, et que, s'agissant des années à venir, au-delà de la baisse des montants totaux de travaux (voir *supra*), une baisse de la part des travaux de dépollution est aujourd'hui anticipée par le Ministère⁴².
36. Au vu de ce qui précède, le droit exclusif au profit du BRGM pour l'exercice de missions de maîtrise d'ouvrage déléguée peut être à nouveau confirmé.

c) La durée du renouvellement du droit exclusif

37. L'Autorité rappelle, dans son avis n° 16-A-08 précité, la recommandation du Conseil de « *limiter le droit exclusif du BRGM à une durée permettant de faire un bilan des mesures prises et de l'évolution du patrimoine minier, soit 6 à 7 ans* ». En raison d'une convention décennale de gestion opérationnelle des anciens sites miniers passée avec l'État lorsque le

³⁷ Cote 251.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cote 236.

⁴¹ Cotes 236 et 251.

⁴² Cote 239.

BRGM a été désigné en tant qu'opérateur exclusif, le décret avait toutefois accordé, en 2006, un droit exclusif au BRGM d'une durée de 10 ans⁴³.

38. En 2016, le droit exclusif a été renouvelé pour 6 années (*i.e.* jusqu'au 4 avril 2022), conformément aux préconisations de l'Autorité dans son avis n° 16-A-08 précité.
39. Dans le projet de décret annexé à la saisine du ministre de l'économie, des finances et de la relance, il est proposé que le droit exclusif accordé au BRGM soit renouvelé jusqu'au 4 avril « 2030 »⁴⁴, soit pour une durée supplémentaire de huit années.
40. Cette durée étant supérieure à celle préconisée dans les avis du Conseil puis de l'Autorité respectivement en 2006 et 2016, l'Autorité examinera les raisons avancées par la saisine pour justifier une telle durée.
41. Dans une note du Ministère annexée à la saisine, il est indiqué que l'activité du BRGM devrait se maintenir, en termes de budgets et d'effectifs jusqu'en 2028/2030, puis sera « *en probable baisse progressive pour aboutir à une diminution d'environ 30 % par rapport au niveau d'aujourd'hui à une échéance de huit à dix ans* »⁴⁵, soit autour de 2036/2040, en raison des événements visés au paragraphe 21 et dont les montants sont précisés au paragraphe 22.
42. Cependant, bien qu'une baisse de l'activité de maîtrise d'ouvrage déléguée du BRGM soit anticipée, le Ministère ajoute que « *les besoins en termes d'opérations de travaux persisteront notamment pour entretenir les installations de relevage des eaux du bassin Nord/Pas de Calais ainsi que pour déployer et entretenir le dispositif de maîtrise de remontée de la nappe dans le bassin houiller lorrain* »⁴⁶. Comme indiqué par le Ministère, les travaux de sécurisation des mines fermées en France s'étaleront sur plusieurs décennies, voire même pour certains travaux devront être réalisés sur une longue durée⁴⁷.
43. En premier lieu, eu égard aux prévisions portées à la connaissance de l'Autorité relatives à la baisse en valeur des travaux d'après-mine à compter de 2028 au plus tôt, une durée plus courte que les huit années prévues dans le projet de décret permettrait de mieux faire coïncider l'octroi de droits exclusifs avec l'évolution de l'importance et de la nature des missions du BRGM. Une durée inférieure à huit ans permettrait également de s'assurer que d'autres opérateurs que le BRGM ne seraient pas indûment empêchés de rentrer sur le marché de la maîtrise d'ouvrage déléguée d'après-mine.
44. En second lieu, compte tenu du caractère durable d'un certain nombre de travaux d'après-mine (voir paragraphe 42 *supra*), il apparaît nécessaire de permettre un réexamen périodique de la situation concrète de marché justifiant l'octroi du droit exclusif au BRGM.
45. Par conséquent, l'Autorité est d'avis de renouveler la mission du BRGM pour une nouvelle période de 6 années.

⁴³ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016 précité, paragraphes 55 et 56.

⁴⁴ Cote 208.

⁴⁵ Cote 10.

⁴⁶ Cote 242.

⁴⁷ *Ibid.*

2. LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DU BRGM

46. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l'Autorité a souligné, citant la Cour de justice⁴⁸, que l'octroi d'un droit exclusif était anticoncurrentiel seulement si ce dernier conduisait à l'exploitation abusive d'une position dominante, ou « *lorsque [ce] droit [est] susceptible [...] de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus [de position dominante]* ». À cette fin, l'Autorité a premièrement vérifié que, conformément aux recommandations formulées par le Conseil en 2006, le BRGM, prescripteur, n'était pas en mesure de réaliser lui-même les travaux qu'il ordonnait, risque identifié par le Conseil en 2006, et, s'agissant des modalités de contrôle, qu'il opérait une stricte séparation comptable entre ses activités sous monopole et celles ouvertes à la concurrence⁴⁹.
47. Il revient à l'Autorité de vérifier si ces constats sont toujours d'actualité.

a) L'exclusion de la réalisation des études et travaux par le BRGM et la mise en concurrence de la maîtrise d'œuvre

48. Dans son avis n° 16-A-08 précité, l'Autorité a rappelé, outre le principe légal d'interdiction du cumul des missions de maîtrise d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre, qu'il convenait d'éviter toute confusion entre les activités de monopole du BRGM et celles ouvertes à la concurrence. Elle a également rappelé les deux recommandations émises en 2006 par le Conseil pour prévenir tout risque concurrentiel, à savoir : (i) la transposition, dans le décret, du principe d'interdiction de cumul ci-dessus rappelé ; (ii) la soumission des marchés passés par le BRGM au code des marchés publics (paragraphes 64 à 66).
49. S'agissant du non-cumul, l'Autorité, dans ce même avis, a indiqué que le décret du 29 octobre 1959 modifié prévoyait expressément que le BRGM, en tant que maître d'ouvrage délégué, ne pouvait réaliser ni études de maîtrise d'œuvre ni travaux, expliquant que cette séparation d'activités « *permet effectivement de prévenir toute confusion entre, d'une part, les activités confiées en exclusivité au BRGM et, d'autre part, celles qui sont ouvertes à la concurrence* ». Elle a ajouté qu'il « *appartient donc à l'État de décider la réalisation des travaux, le BRGM assurant la définition précise de leur périmètre et la sélection des entreprises qui en auraient la charge* » (paragraphes 68 à 71). Ces principes ne sont pas remis en cause par le projet de décret objet du présent avis.
50. S'agissant de la sélection du maître d'œuvre, l'avis précité de 2016 relevait que le Conseil d'État avait estimé qu'il n'était pas nécessaire de préciser le régime juridique applicable aux marchés de travaux passés pas le BRGM dans la mesure où celui-ci était soumis soit au code des marchés publics en tant que mandataire de l'État, soit aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (paragraphe 72).
51. L'Autorité note que les travaux de sécurisation d'après-mine en cours en 2019 et 2020 ont nécessité, selon les informations transmises par le Ministère, le recours à 46 entreprises différentes⁵⁰. Ces éléments confirment le constat établi par l'Autorité en 2016 selon lequel

⁴⁸ CJUE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori*, aff. C-451/03, Rec. 2006 I-02941, point 23.

⁴⁹ Avis n° 16-A-08 du 25 mars 2016, précité, paragraphes 62 à 76.

⁵⁰ Cote 241.

la recommandation du Conseil de la concurrence permet un fonctionnement concurrentiel du marché aval des travaux d'après-mine.

b) La séparation comptable des activités exercées en concurrence et celles en monopole

52. Dans son avis n° 16-A-08 précité (paragraphe 73 à 75), l'Autorité rappelait que « *le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre [les activités en monopoles et les activités commerciales]* », et constatait en l'espèce que « *le décret du 29 octobre 1959 prévoit désormais que " les opérations mentionnées aux 8, 9, 10 et 11 font l'objet d'une comptabilité séparée "* ».
53. Le projet de décret soumis à l'appréciation de l'Autorité dans le cadre du présent avis ne comporte aucune modification sur ce point, et s'accompagne donc du maintien de la séparation comptable.
54. L'Autorité rappelle que la séparation comptable constitue une condition nécessaire pour permettre notamment de contrôler d'éventuelles subventions croisées entre activités relevant du droit exclusif et activités concurrentielles. À cet égard, le renouvellement étant sollicité pour un droit octroyé depuis 2006, et eu égard au fait que certains travaux de sécurisation des sites miniers doivent être réalisés sur une longue durée (voir *supra*, paragraphe 44), l'Autorité estime qu'il serait souhaitable qu'un audit régulier des coûts de maîtrise d'ouvrage déléguée et des modalités de rémunération du BRGM soit réalisé afin de s'assurer que l'octroi d'un droit exclusif ne s'accompagne ni de la création d'une rente ni de subventions croisées au profit d'autres activités.

Conclusion

55. L'Autorité émet un avis favorable au renouvellement du droit exclusif du BRGM pour l'exécution d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée dans le secteur de l'après-mine.
56. Il apparaît toutefois souhaitable de réduire la durée de l'exclusivité à 6 ans et de réaliser un audit régulier des coûts de maîtrise d'ouvrage déléguée et des modalités de rémunération du BRGM.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Fanny Giroud et M. Laurent Meunier, rapporteurs, et l'intervention de Mme Lauriane Lépine, rapporteure générale adjointe, par M. Henri Piffaut, vice-président, président de séance, Mme Irène Luc, vice-présidente, et M. Savinien Grignon-Dumoulin, membre.

La secrétaire de séance,

Le président de séance,

Caroline Orsel

Henri Piffaut

© Autorité de la concurrence