

DECKER & ASSOCIÉS
Cabinet d'Avocats

Toulouse, le 27 août 2015

**Institut National de Recherches
Archéologiques Préventives
7, rue de Madrid
75008 Paris**

Lettre Recommandée Avec Accusé de Réception

**AFF. : HADES / CONSULTATION ABONNEMENT
N / Réf. : 350344
V/Réf. :**

Bernard DECKER †
Jérôme MARFAING-DIDIER ⁽¹⁾
Christine LESTRADE ⁽²⁾
Anne MARIN ⁽³⁾
Mathieu SPINAZZÉ ⁽⁴⁾
Avocats à la Cour Associés

Romain GOURDOU
Sylvie BEZIAT
Sophie GUIZIOU (*)
Helene ANSELME
Audrey FABRE
Cynelle LEGAIN
Odile DUBURQUE
Marion CASANOVA
Julie RESNIER
Muriel SABARROS
Anne FERNANDES-LOPES
Léa CAMPAN
Coralie MARIN
Déborah BERGER-GAUTHIER
Florence SIMÉON
Justine FRADIN
Avocats à la Cour

Alexandra SEIZOVA
Avocat à Paris

A l'attention de M. Dominique GARCIA, Président

**OBJET : MISE EN DEMEURE D'AVOIR A CESSER LES PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES MISES EN ŒUVRE PAR L'INRAP**

Monsieur le Président,

J'interviens en ma qualité de Conseil de la SAS HADES, 9 Rue de Vidailhan 31130 BALMA, agissant par son directeur général M. Jean-Luc PIAT.

Ma cliente est un acteur du secteur de l'archéologie, composée d'un effectif d'une soixantaine de personnes, agréé depuis le 2 mai 2005 par le ministère de la Culture en qualité d'opérateur en archéologie préventive, couvrant les périodes de la Protohistoire, de l'Antiquité, du Moyen Âge et les époques moderne et contemporaine avec, en outre, une compétence particulière en matière d'études archéologiques des élévations.

(*) En partenariat

(1) Docteur en droit
(2) DEA Droit européen et international
(3) DEA Droit privé général
(4) DESS Droit immobilier, urbanisme et construction - Diplômé de l'EJUC

Ma cliente fait régulièrement acte de candidature dans le cadre d'avis d'appels publics à la concurrence publiés par les administrations et collectivités territoriales pour des fouilles préventives.

Il s'avère que l'INRAP répond lui aussi à de tels appels d'offre et qu'il en remporte un nombre significatif, au moyen soit de prix plus bas que la concurrence du secteur privé, soit de la connaissance du chantier ou du client qu'ont pu lui donner les investigations réalisées en amont.

Tout ceci est constitutif de pratiques anticoncurrentielles et d'abus de position dominante, que la présente vise à vous demander de cesser sans délai.

Tout d'abord, par rapport aux opérateurs privés, l'INRAP détient indéniablement une position dominante sur les différents marchés de l'archéologie préventive dans la mesure où elle détient la prérogative d'établissement des diagnostics (81 % des diagnostics réalisés en 2013 l'ont été par l'INRAP d'après le rapport de la députée Martine Faure).

Cette situation donne à l'INRAP une connaissance et du chantier et du client, ce qui la favorise incontestablement pour concourir à un éventuel appel d'offre qui serait lancé pour la phase de travaux de fouilles préventives.

On pourra objecter que le monopole du diagnostic résulte de la Loi, ce qu'il n'est évidemment pas dans le propos de ma cliente de dénoncer.

Par contre, ce qui est effectivement anticoncurrentiel et constitutif d'abus de position dominante, c'est que l'INRAP ne se limite pas à cette prérogative de diagnostic, mais qu'il se permette ensuite de concourir pour obtenir les marchés de fouilles préventives.

Devant pareille situation, le Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence), avait déjà, dès 1998, mis en garde l'Association pour les Fouilles Archéologiques Nationales (l'« AFAN »), entité à laquelle s'est substitué l'INRAP, sur les abus de position dominante.

Je vous cite l'extrait de cet avis ci-après :

« Position dominante de l'AFAN et règles de concurrence :

Compte tenu de son importance dans l'exécution des fouilles archéologiques préventives et du poids de ses concurrents éventuels, l'AFAN pourrait être regardée comme disposant d'une position dominante sur le marché des fouilles archéologiques préventives. Par ailleurs, l'Etat lui a confié certaines missions spécifiques, notamment la réalisation de la carte archéologique de la France, pour lesquelles elle reçoit des subventions.

L'AFAN, exerçant une activité de production et de services, est, comme toute entreprise, soumise au droit de la concurrence et particulièrement aux dispositions de l'article 86 du traité de Rome et de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 réprimant les abus de position dominante, quelles que soient la

spécificité et les particularités de ses activités et notamment les missions de service public qui lui ont été ou qui peuvent lui être confiées. Dès lors, sa situation ne doit pas la conduire à abuser de sa position dominante, tant sur le marché sur lequel elle occupe une telle position, que sur des marchés connexes ou voisins, sur lesquels elle aurait décidé d'intervenir.

De ce point de vue, la Commission européenne a souligné, dans son rapport pour l'année 1994 : " Comme tous les monopoleurs détiennent par définition une position dominante, il leur appartient tout particulièrement de veiller à ne pas agir de façon abusive. A titre d'exemple (...) ils doivent prendre soin de ne pas utiliser les recettes qu'ils tirent de leurs activités soumises à monopole pour subventionner leurs ventes dans d'autres secteurs, défavorisant ainsi de manière artificielle les concurrents ".

Ainsi, 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 (par exemple : chantiers relatifs à des monuments historiques, activités pédagogiques, culturelles, animations, publications...) 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, qui seraient sans doute contraires à sa mission de service public, constitueraient également des infractions aux règles de la concurrence.

Lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché du fait de ses droits exclusifs exerce à la fois des activités liées à ses missions de service public et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés. Les autorités de concurrence considèrent généralement que la séparation des comptes constitue une condition nécessaire à l'exercice du contrôle du respect des règles de concurrence. Au cas d'espèce, il serait donc nécessaire que l'AFAN dispose, le cas échéant, 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.

Le Conseil relève également que la mission confiée à l'AFAN pour la réalisation de la carte archéologique de la France peut lui octroyer, sur le marché des fouilles préventives ouvert à la concurrence, par sa connaissance des dossiers, un avantage qu'elle pourrait utiliser pour évincer ses concurrents. Une telle pratique pourrait faire l'objet d'une qualification d'abus de position dominante et il conviendrait donc de la prévenir.

De même, si les opérations de diagnostic doivent demeurer une prérogative de l'Etat, leur réalisation peut donner à l'entreprise qui en est chargée une connaissance du terrain et de la teneur des fouilles qui seront à exécuter, ce qui peut, dans ce cas également, lui conférer, en aval, un avantage de nature à fausser le jeu de la concurrence. Il conviendrait donc également de garantir que le fait, pour une entreprise, d'avoir été choisie pour effectuer des investigations préalables ne conduise à lui assurer quasi automatiquement le marché de l'exécution des fouilles préventives ultérieurement définies, faisant ainsi échec à toute mise en concurrence.

D'une façon générale, le Conseil estime qu'il y a lieu de garantir la mise en œuvre des principes de la concurrence, au premier rang desquels sont la transparence, l'interdiction des subventions croisées entre activités et la séparation des fonctions exercées dans le cadre des missions de service public et des activités de nature économique.

Par ailleurs, le Conseil considère qu'il y aurait lieu de modifier la structure des CIRA dans la composition desquelles est notamment prévue la présence d'un " archéologue bénévole ou un archéologue salarié d'une association ayant une activité dans le domaine de l'archéologie et ayant passé une convention avec l'Etat ", l'AFAN, seule, répondant à cette dernière définition et étant, de fait, représentée dans quatre de ces commissions sur six. La présence d'un représentant de l'association dans l'instance chargée de donner un avis sur les chantiers auxquels l'association postulera ultérieurement est, en effet, de nature à fausser le jeu de la concurrence. » (Nous soulignons)

Or les pratiques décrites par le Conseil de la Concurrence comme potentiellement anticoncurrentielles ou relevant d'abus de position dominante n'ont pas cessé, et ont au contraire été maintenues voire développées par l'INRAP au préjudice des opérateurs privés.

Deux aspects doivent être évoqués : l'avantage de l'INRAP tiré de l'exécution des diagnostics en amont (1) et l'avantage de l'INRAP tiré de la perception de subventions et subsides de l'État (2).

1°/

S'agissant en premier lieu de l'avantage tiré de la position dominante sur le marché du diagnostic faussant la concurrence sur le marché aval des fouilles, et malgré la mise en garde du Conseil de la concurrence, il est patent que l'INRAP utilise de façon déloyale les informations dont il dispose au titre du diagnostic (et dont ne disposent pas ses concurrents) pour concurrencer les opérateurs privés sur le marché des fouilles.

La phase de diagnostic permet en effet à l'INRAP de bénéficier d'une antériorité décisive dans la relation commerciale avec l'aménageur lors de la phase des fouilles, qui lui donne une connaissance des données techniques et scientifiques dont le niveau de restitution, réalisé dans le cadre du rapport de diagnostic (unique source d'information pour ses concurrents), demeure très variable (étude en cours, simple décompte, notice de site).

Le seul fait que l'INRAP concoure à un marché public de fouilles après avoir établi les diagnostics est donc à lui seul constitutif de pratique anticoncurrentielle et d'abus, par l'avantage conféré en amont.

En outre, une confusion existe manifestement quant aux missions de service public liées au diagnostic et les activités de fouilles soumises à concurrence, aboutissant à ce que les opérateurs retiennent l'INRAP comme opérateur de fouilles, constituant un abus de position dominante.

Cette confusion est entretenue par la communication officielle des services de l'État qui, lors d'une prescription de fouille, tendent à orienter préférentiellement l'aménageur vers l'INRAP (ou à défaut un service de collectivité particulier) et à cantonner la mention des autres opérateurs agréés par le renvoi à un document annexe constitué d'une simple liste organisée par régions des sièges sociaux.

Dans le cas d'Hadès, seul le siège toulousain est mentionné alors que les établissements secondaires implantés en région, pourtant déclarés au registre du commerce et des sociétés, ne sont pas listés et ne sont donc pas connus des aménageurs.

2°/

S'agissant ensuite des avantages conférés par la perception de subventions de l'État, le jeu de subventions croisées, et l'absence de comptabilité séparée, force est de constater que les mises en garde du Conseil de la concurrence de 1998 n'ont pas été suivies de faits.

Il n'est pas contestable que l'INRAP est une entité publique subventionnée et qui n'est pas soumise aux règles de la comptabilité privée, ce qui lui donne par définition une position favorisée pour concourir à des marchés publics.

En tant qu'établissement public, l'INRAP bénéficie aussi d'une publicité nationale soutenue et encouragée par les missions de promotion qui lui sont déléguées par l'État, les journées nationales de l'archéologie par exemple, renforçant sa position dominante par l'image promotionnelle qu'elle s'approprie au détriment des autres acteurs qui concourent pourtant eux aussi à ces manifestations.

Par ailleurs, en tant qu'établissement public de recherche, l'INRAP peut faire bénéficier ses clients de réduction d'impôts via le mécénat et les crédits impôts recherches, pouvant faciliter la conclusion des contrats avec certains aménageurs éligibles.

Il est manifeste que ce faisceau d'avantages donne à l'INRAP une situation favorisée par rapport aux opérateurs privés, ce qui est de nature à fausser le jeu de la concurrence.

Là encore, le simple fait pour l'INRAP de se présenter à un marché public est déjà en soi abusif.

L'article 1^{er} II du Code des marchés publics dispose :

« II. Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code. »

Si par principe, une personne publique peut se porter candidate à un marché public le Conseil d'Etat estime en revanche que **« pour que soient respectés les exigences tant de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement public administratif suppose d'une part, que le prix proposé par cet établissement public soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des couts directs et indirects et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part que cet établissement public n'ait pas bénéficié pour déterminer les prix qu'il a proposé d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de la mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié »**. (CE sect. Avis 8 nov. 2000, CAA BORDEAUX 5 nov. 2010 SIERS et Cne de Bussière Dunoise)

La seule manière de satisfaire à ces exigences est de mettre en place une comptabilité séparée au sein de la personne publique, permettant d'identifier les moyens mobilisés pour l'activité concurrentielle et les comptabiliser à leur cout réel (Rep. Min. n°21011 JO Sénat 1^{er} juin 2006).

C'est ce que le Conseil recommandait en 1998, permettant de vérifier l'absence de subventions croisées.

Or il est patent de constater que l'INRAP, qui bénéficie de la Redevance d'archéologie préventive, (RAP) n'a jamais satisfait à ces exigences et qu'il continue à s'adonner à des pratiques faussant le jeu de la concurrence et relevant de l'abus de position dominante.

C'est ce que la Cour des comptes, amenée à contrôler la gestion de l'INRAP concernant les exercices 2002 à 2011, mettait en évidence dans un rapport remis le 6 juin 2013 à Mme FILIPETTI, Ministre de la Culture de la communication et à Mme FIORASO, ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche.

La Cour des comptes relève en effet :

- Que de 2002 à 2011 l'INRAP a bénéficié du « *versement récurrent de subventions exceptionnelles d'équilibre et de mesures ponctuelles de reconstitution du fonds de roulement pour un montant cumulé de 175 millions d'Euros* » p. 3/7
- Que le niveau de la RAP (qui finance l'INRAP) s'élève à 122 millions d'Euros
- Que l'INRAP « **dispose d'importantes marges de productivité pour desserrer la contrainte financière qui pèse sur lui. Leur mobilisation suppose d'abord le déploiement d'un système d'information permettant notamment d'établir une véritable comptabilité analytique des coûts au niveau de chaque opération. La méthode actuelle n'assure pas en effet la valorisation fiable des frais de personnel par opération.** »

La Cour des comptes en finit en relevant :

- que « *la révision du régime du temps de travail des agents s'impose également, le dispositif actuel conduisant à une présence effective sur site trop faible et entraînant d'importants surcoûts en terme de récupération.* »,
- que « *les conditions de prise en charge des frais de déplacement doivent être modifiées pour maîtriser le coût global* »
- et qu'enfin « *la rémunération du président de l'établissement apparaît hautement contestable en l'absence de fonctions exécutives exercées par celui-ci* »

Donc ce rapport démontre que :

- l'INRAP n'a pas mis en place de double comptabilité permettant d'analyser les coûts comme le lui prescrivait le Conseil de la concurrence,
- que l'INRAP dont les comptes sont déficitaires de manière endémique, est régulièrement renfloué par l'Etat, pour un montant cumulé de 175 M€ en 10 ans,
- que l'INRAP bénéficie en outre de la RAP
- que ne pouvant individualiser les comptabilités propres à l'activité subventionnée et à l'activité concurrentielle, l'INRAP bénéficie de subventions croisées qui faussent le jeu de la concurrence,
- que contrairement aux candidats relevant de la comptabilité privée, l'INRAP n'est donc pas soumis aux notions de coût d'équilibre, de marge, de coût de revient, ce qui ne le met pas à égalité des autres candidats dans les procédures de passation de marchés publics, que la notion de rentabilité lui est étrangère puisqu'il suffit d'être renfloué par l'Etat lorsque les comptes ne sont pas à l'équilibre

- qu'au regard des 175 millions d'euros renfloués par l'Etat depuis 10 ans, l'INRAP est en situation de faillite depuis longtemps, circonstance qui lui aurait interdit de concourir aux marchés à égalité avec les autres candidats,
- que selon la Cour des comptes, l'INRAP peut même se permettre de rémunérer un président qui n'assume pas de fonctions exécutives, ce qui atteste encore d'une absence totale de contrôle sur les comptes de l'Institut
- **Que malgré ces distorsions flagrantes de concurrence, l'INRAP continue à concourir et prendre des marchés de façon totalement déloyale, anticoncurrentielle et abusive aux opérateurs privés.**

Il est donc avéré que l'INRAP a un comportement anticoncurrentiel et qu'il est en situation d'abus de position dominante. Pour preuve de cette position dominante, la part financière de l'INRAP sur le marché national de l'archéologie est évaluée à 58 % pour l'année 2013 dans le rapport de la députée Martine Faure.

De telles pratiques ne peuvent perdurer.

Dès lors, je suis amené à vous mettre en demeure, sous 15aine à réception de la présente, de cesser toute candidature à des marchés publics ou privés de fouilles d'archéologie préventive.

A défaut d'un engagement ferme de votre part en ce sens dans le délai requis j'ai reçu mandat de saisir, sur le fondement des articles L.462-5 et L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence afin qu'elle se prononce sur les agissements de l'INRAP et la situation concurrentielle dans le secteur de l'archéologie préventive, au regard notamment des mises en garde du Conseil de la concurrence déjà émises en 1998.

La présente mise en demeure fait courir tous délais, intérêts ou autres conséquences que la Loi et les Tribunaux y attachent.

Nous adressons une copie de ce courrier aux autorités de tutelle de l'INRAP, afin que celles-ci puissent accompagner l'INRAP dans sa mise en conformité avec le droit de la concurrence.

Conformément à nos règles déontologiques, je vous invite à transmettre la présente à votre conseil habituel.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mes salutations distinguées.

JMD/RG **Romain GOURDOU**

Jérôme MARFAING-DIDIER