

Faisabilité juridique d'un retour à un monopole public (INRAP et collectivités territoriales) en matière de fouilles archéologiques préventives

I. Le cadre juridique :

A. Sur le plan constitutionnel, le principal obstacle à un retour au monopole peut résider dans le principe constitutionnel de liberté d'entreprendre

La **liberté d'entreprendre** est consacrée à l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Si elle n'est « *ni générale, ni absolue* » selon une jurisprudence constamment réaffirmée depuis la décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982 Loi sur la communication audiovisuelle, la liberté d'entreprendre peut subir « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »¹.

Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel se limite le plus souvent à un contrôle d'erreur manifeste. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, la conciliation met en cause non pas un principe constitutionnel mais un motif d'intérêt général (puisqu'il a été explicitement jugé dans la décision n°2003-480 DC du 31 juillet que l'intérêt général attaché à la sauvegarde du patrimoine archéologique n'avait pas de valeur constitutionnelle), le contrôle du juge constitutionnel est un contrôle renforcé.

B. Les exigences tirées du droit communautaire s'appliquent pleinement à l'Inrap

Il ne fait aujourd'hui plus aucun doute que **l'INRAP constitue une entreprise au sens du traité communautaire** : le Conseil d'Etat l'a explicitement jugé dans sa décision du 30 avril 2003.

Si le droit communautaire admet des dérogations au droit de la concurrence pour les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), ce n'est que « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'application en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté* » (article 106§2 TFUE).

Quatre conditions sont ainsi posées :

- 1° La reconnaissance d'un service d'intérêt économique général ;
- 2° Un acte de puissance publique doit avoir investi l'entité de sa mission de service : cette condition est remplie si les droits exclusifs naissent d'une intervention législative ;
- 3° Une restriction aux règles de concurrence nécessaire et proportionnelle ;

¹ Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010 loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

4° La non affectation du développement des échanges communautaires.

Le juge communautaire vérifie également que l'existence du monopole ne crée pas *ipso facto* un abus de position dominante.

II. Conséquences sur la possibilité de rétablir un monopole public

A. En droit interne

En 2001, l'absence de concurrence privée avait facilité la création d'un établissement public doté de droits exclusifs.

Le Conseil Constitutionnel (DC n°2000-439) avait écarté le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre en relevant « *qu'eu égard à l'objectif d'intérêt général de l'objectif qu'il est assigné et des modalités choisies pour le poursuivre, le législateur a pu légitimement doter l'établissement public national créé par l'article 4 de droits exclusifs s'agissant de l'exécution des opérations de diagnostic et de fouilles d'archéologique préventive* ».

Toutefois, le Conseil constitutionnel n'avait pas tranché dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité la compatibilité avec les règles communautaires du droit de la concurrence.

Celle-ci a été examinée par le Conseil d'Etat dans le cadre de recours dirigés contre les décrets d'application de la loi (CE 30 avril 2003 *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction*, au recueil Lebon). Le Conseil d'Etat a considéré, après avoir relevé que les activités en cause constituaient bien des « activités d'entreprise », que le bon accomplissement de sa mission pouvait justifier l'octroi de droits exclusifs pour l'exécution des opérations de diagnostic et de fouille d'archéologie préventive, sans pour autant se référer dans sa décision à l'état du marché privé, alors inexistant.

B. En droit communautaire

Le droit communautaire, s'il admet des dérogations au droit de la concurrence, impose, pour justifier l'entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, que l'on **démontre de manière incontestable que la mission de SIEG ne peut être accomplie que par l'octroi d'un droit exclusif à une entité.**

Il conviendrait ainsi d'être en mesure de prouver que la mission en cause ne peut être accomplie de manière efficace et économique par aucun autre moyen technique que le monopole, alors même qu'existe aujourd'hui une réelle offre privée occupant une part non négligeable du marché des fouilles, ce qui n'était pas le cas en 2001.

Or, dans l'approche du juge communautaire, l'existence d'une offre privée qui s'est largement étendue fait *a priori* obstacle à l'octroi de droits exclusifs aux seuls opérateurs publics en matière d'exécution d'opérations de fouilles d'archéologie préventive, d'autant que les opérateurs privés font l'objet d'un agrément par l'Etat.

III. Conclusion

Au regard de la jurisprudence nationale, tant administrative que constitutionnelle, l'ouverture à la concurrence réalisée depuis 10 ans ne semble pas nécessairement constituer un obstacle dirimant pour justifier la restauration du monopole public.

En revanche, dès lors qu'il existe désormais – à l'inverse de la situation qui prévalait en 2001 - une réelle offre privée, qui s'est de surcroît développée depuis 10 ans, la place que le juge communautaire accorde à l'analyse du marché ne permet pas de démontrer la nécessité et la proportionnalité du recours au monopole public.