

# L'interdiction de la collusion dans les marchés publics

Guide à l'attention des entreprises

**Les marchés publics désignent les contrats par lesquels un État se fournit en biens et en services.**

## Table des matières

<b>Introduction</b>	5
<b>I. La collusion au sein des marchés publics</b>	7
A. Les soumissions concertées : notion et exemples	7
B. Les effets des soumissions concertées	9
1. Les effets en cas de participation autonome à l'appel d'offres	9
2. Les effets en cas de participation collusoire à l'appel d'offres	9
<b>II. Le principe de l'interdiction de collusion dans les marchés publics</b>	11
A. Le principe de concurrence	11
B. Les différentes sanctions encourues par les soumissionnaires	11
• Les sanctions propres à la législation sur les marchés publics	11
• Les sanctions prévues par la législation relative à la concurrence	12
• Les autres catégories de sanctions	13
• Les conséquences de ces sanctions	13
<b>III. Soumissions concertées : actions à disposition des entreprises</b>	15
A. Comment prévenir les soumissions concertées ?	15
B. Que faire en cas de soumissions concertées ?	15



# Les pouvoirs adjudicateurs englobent l'État, les ministères et leurs administrations, les communes, les organismes de droit publics.



## Introduction

Les marchés publics désignent les contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fournissent en biens et en services. Les marchés publics jouent un rôle essentiel dans une stratégie de croissance nationale et garantissent l'utilisation optimale des fonds publics. À cette fin, les règles de passation des marchés publics figurent principalement dans la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics<sup>1</sup>, transposée en droit national par la Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (ci-après : « loi sur les marchés publics »)<sup>2</sup>. Cette loi est complétée par son règlement d'exécution du même jour<sup>3</sup>.

Ces marchés sont attribués à l'issue d'une procédure d'adjudication. Le but de la procédure d'adjudication est de créer une relation contractuelle entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires, afin d'obtenir soit la fourniture d'un bien ou d'un service, soit la réalisation de travaux, et ce, en échange d'une contrepartie financière.

### Qui sont les pouvoirs adjudicateurs ?

La notion de pouvoirs adjudicateurs englobe l'État, les ministères et leurs administrations, les communes et les organismes de droit public.

### Qui sont les soumissionnaires ?

Il s'agit de toute personne (physique ou morale), entité publique ou association temporaire d'entreprises qui offre sur un marché la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

En 2016, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (« OCDE ») chiffrait les marchés publics à environ 13% du produit intérieur brut de ses pays membres et à 29% des dépenses publiques. Au vu de l'importance des marchés publics à l'échelle de l'économie, des principes spécifiques (loi sur les marchés publics) encadrent les procédures de passation des marchés. Un de ces principes est celui de la concurrence.

La concurrence sert les intérêts des entreprises. Elle permet de stimuler l'esprit d'entreprise et la productivité, d'élargir et de diversifier l'offre pour les consommateurs, de faire baisser les prix ou encore d'améliorer la qualité des biens et services.

Il n'y a concurrence que si les soumissionnaires déterminent eux-mêmes, de manière autonome, individuelle et honnête, leurs prix et leurs offres.

Cette concurrence se trouve limitée ou faussée lorsque :

- un pouvoir adjudicateur favorise ou défavorise un ou plusieurs soumissionnaires dans la procédure d'attribution qu'il a lancée ;
- des soumissionnaires – en se concertant – cherchent à contrecarrer les évolutions normales du marché et les stratégies autonomes de leurs concurrents afin de maximiser leurs profits (comportements dits « anticoncurrentiels »)<sup>4</sup>.

Ces comportements anticoncurrentiels, désignés également par les termes « cartel » ou « entente », sont interdits tant au niveau européen que national. Par leurs effets néfastes sur l'économie et les consommateurs, ils constituent une violation grave des règles de concurrence.

Pour garantir le bon fonctionnement des marchés au Grand-Duché de Luxembourg, le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») s'est vu attribuer diverses missions par la loi, dont celle de veiller à l'application correcte des règles de concurrence. Au-delà de la recherche de violations au droit de la concurrence, il sensibilise les entreprises aux règles de concurrence.

L'objet de ce guide est de fournir des éléments clés pour comprendre ce que sont les soumissions concertées, pour éviter les comportements à risque et pour permettre leur détection.

Il convient de préciser que les termes « entente », « collusion » et « soumission concertée » sont à considérer comme synonymes.

<sup>1</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242.

<sup>2</sup> Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, Mémorial A n°243, 2018.

<sup>3</sup> Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, Mémorial A n°244, 2018.

<sup>4</sup> La collusion entre soumissionnaires lors d'un appel d'offres, ou *bid rigging*, est le fait pour des soumissionnaires de s'entendre dans le but d'éliminer la concurrence lors d'une procédure de passation de marchés, avec pour conséquence une augmentation des prix, une baisse de la qualité et/ou une répartition de l'offre.

... un accord,  
une décision  
d'association  
d'entreprises  
ou une pratique  
concertée.

## I. La collusion au sein des marchés publics

### A. Les soumissions concertées : notion et exemples

De manière générale, la concurrence suppose que les entreprises actives sur un marché donné établissent de manière autonome leur politique commerciale. Cette autonomie permet d'obtenir la juste valeur des biens et services et d'assurer le bon fonctionnement des marchés.

Une collusion entre entreprises est la situation dans laquelle les entreprises vont porter atteinte à cette autonomie, en déterminant de manière concertée leur politique commerciale sur un marché déterminé. La collusion anti-concurrentielle désigne ainsi une coordination de comportements entre entreprises concurrentes. Aux termes de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « *TFUE* »), dont l'équivalent national sont les articles 3 et 4 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « *loi relative à la concurrence* »), cette coordination peut revêtir trois formes différentes : un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée.

En matière de marchés publics, cette coordination s'exprime par la détermination conjointe du comportement à adopter dans le cadre d'une procédure d'adjudication. Cette collusion peut prendre plusieurs formes particulières :

#### Les offres de couverture

Généralement, l'offre de couverture comporte au moins une des caractéristiques suivantes :

- l'offre est plus élevée que celle de l'entreprise censée remporter le marché ;
- l'offre est trop élevée pour être acceptée par l'acheteur public ;
- l'offre est assortie de conditions spéciales à caractère notoire inacceptables par l'acheteur.

Grâce à l'illusion créée par les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur va accepter un prix supérieur à celui qui aurait pu être présenté dans un contexte de libre concurrence.

#### EXEMPLE 1

Deux entreprises vont convenir ensemble des prix de leurs offres. L'une d'entre elle fournira un prix plus élevé pour avantager l'autre entreprise. Le pouvoir adjudicateur sera en apparence gagnant, puisqu'il choisira l'offre la moins chère. Il aurait toutefois pu dépenser moins si les deux entreprises n'avaient pas convenu entre elles des prix proposés : l'offre gagnante propose un prix plus élevé que le prix qu'aurait pu proposer le soumissionnaire en situation normale de concurrence.



## Les suppressions d'offres

Dans ce cas, certaines entreprises vont convenir de ne pas soumettre d'offre ou de la retirer. Cette pratique permet d'avantager l'offre d'un soumissionnaire.

### EXEMPLE 2

Sur un marché donné, 3 entreprises se font concurrence. Elles décident conjointement de s'entendre sur le déroulement des soumissions. L'entreprise A choisit de ne pas soumissionner, afin d'avantager l'entreprise B. Pour les mêmes raisons, l'entreprise C choisit de soumettre une offre avec un prix élevé, après avoir fixé les prix avec l'entreprise B. Cet exemple montre que plusieurs schémas de collusion peuvent intervenir lors d'une même procédure : offre de couverture et suppression d'offres.

## La rotation des offres

Par ce mécanisme, les entreprises conviennent que chacune remportera le marché à tour de rôle tout en continuant de soumissionner. Les entreprises vont ainsi alterner le gagnant des procédures.

La rotation des offres peut prendre des formes variables.

### EXEMPLE 3

Les vendeurs A, B et C entrent en ligne de compte pour trois contrats différents et ils conviennent que A va présenter l'offre la plus basse pour le premier contrat, l'offre de B sera la plus basse pour le deuxième contrat et l'offre de C sera la plus basse pour le troisième contrat. Aucun vendeur ne remportera les trois contrats mais chaque vendeur s'assure ainsi de remporter au moins un contrat. Une planification commune à l'avance permettra en outre de convenir d'augmenter les prix.

## La répartition de marché

Cette forme de collusion se caractérise par le fait que les entreprises conviennent entre elles de ne pas se faire concurrence pour une certaine catégorie de clients, de produits/de services ou pour une zone géographique déterminée.

Lorsque l'appel d'offres est organisé en lots séparés, les entreprises peuvent également s'entendre afin de ne soumissionner que pour le lot qui leur a été désigné au sein de l'entente.

### EXEMPLE 4

Pour les procédures de passation des marchés publics, les entreprises vont se partager les zones géographiques d'un pays. L'entreprise A se verra s'attribuer le Nord, l'entreprise B l'Est, l'entreprise C le Sud et l'entreprise D l'Ouest.

Lors d'un appel d'offres, ces différentes formes de collusion peuvent être combinées. Ainsi par exemple, les entreprises peuvent prévoir une répartition de marchés avec une offre de couverture et une suppression d'offres, pour garantir que soit retenue l'offre de l'entreprise prévue pour remporter le marché.

L'idée derrière ces différents mécanismes de collusion est celle d'éviter que les entreprises soumissionnent librement. De ce fait, leurs efforts de coordination, conditionnés par la volonté de tromper le pouvoir adjudicateur, impacteront la concurrence en portant atteinte aux principes d'autonomie des comportements et de liberté des prix.



## B. Les effets des soumissions concertées

Les soumissions concertées visent avant tout à fausser le jeu de la concurrence en dégagant un profit supérieur à celui que les acteurs auraient réalisé dans des conditions de concurrence équitables et saines. Dans ces conditions, une utilisation optimale des fonds publics n'est plus garantie (voir à cet effet l'avis n°2016-AV-09 du Conseil de la concurrence<sup>5</sup>).

### 1. Les effets en cas de participation autonome à l'appel d'offres

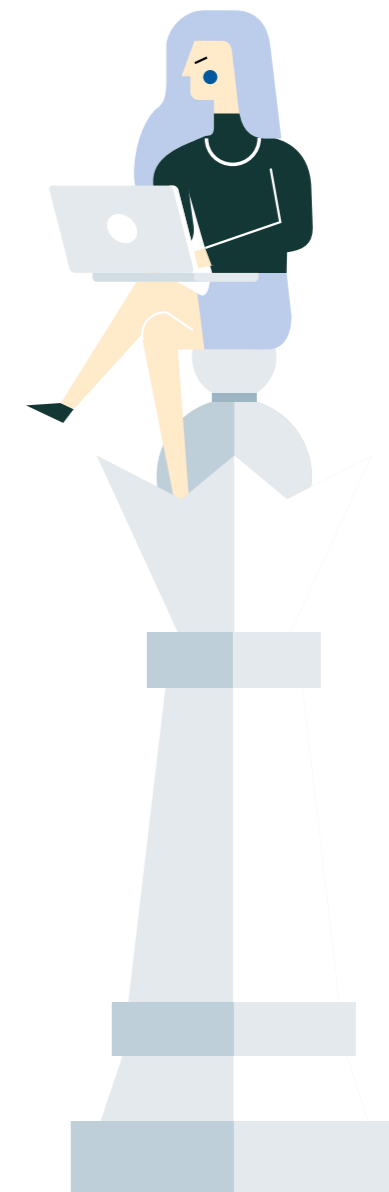
Les soumissions concertées dans les marchés publics favorisent un soumissionnaire, au détriment des autres. Dans le cas où une entreprise membre de l'entente remporte le marché, un sentiment d'injustice peut se faire sentir auprès des soumissionnaires qui participent de manière autonome à l'appel d'offres sachant que, si la concurrence avait été respectée, ils auraient eu de meilleures chances de remporter le marché.

Ainsi, les soumissionnaires « honnêtes » peuvent être victimes de la collusion et subir un préjudice, que ce soit via des pertes de recettes ou via une perte de renommée. Ceci est d'autant plus problématique pour les petites et moyennes entreprises, qui sont plus fragiles que les autres entreprises.

### 2. Les effets en cas de participation collusoire à l'appel d'offres

Si l'ensemble des entreprises soumissionnaires trichent en concertant leurs offres, une entreprise remportera le marché à l'issue de la procédure d'adjudication. Elle va ainsi récolter des gains collusoires, pouvant être de nature pécuniaire ou de toute autre nature<sup>6</sup>.

A côté de ces gains collusoires, les soumissionnaires responsables de collusion encourent des sanctions, lesquelles seront développées dans le titre suivant.



<sup>5</sup> <https://concurrence.public.lu/fr/avis-enquetes/avis/2016/2016-av-09.html>

<sup>6</sup> Exemple : le fait de participer à la construction d'un bâtiment pour le compte d'un pouvoir adjudicateur augmentera la renommée d'un soumissionnaire, ce qui lui permettrait d'augmenter la liste de ses clients.



**Le fait de fausser la concurrence au cours d'une procédure d'adjudication constitue un motif d'exclusion.**

## II. Le principe de l'interdiction de collusion dans les marchés publics

### A. Le principe de concurrence

Les dispositions de la loi relative à la concurrence ainsi que celles du TFUE prohibent les accords, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Le droit de la concurrence veille ainsi à ce que la concurrence ne soit pas faussée par les entreprises, au détriment des consommateurs. Partant, la collusion entre entreprises est interdite, tant par la législation européenne que par la législation nationale.

Une collusion entre entreprises peut directement impacter la concurrence et constituer, par exemple, une entente ayant un objet et/ou des effets anticoncurrentiels qui a pour but :

- de fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- de limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d'appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Ces pratiques restrictives de concurrence sont nulles de plein droit, aucune décision préalable n'est nécessaire pour les interdire.

Les législations européennes et nationales sur les marchés publics qualifient ce principe de concurrence de principe directeur d'une procédure d'adjudication.

Les soumissionnaires doivent respecter ce principe. En cas de comportements anticoncurrentiels de la part des soumissionnaires, la législation sur les marchés publics et la législation relative à la concurrence prévoient diverses sanctions.

### B. Les différentes sanctions encourues par les soumissionnaires

#### Les sanctions propres à la législation sur les marchés publics

Le fait de fausser la concurrence au cours d'une procédure d'adjudication constitue un **motif d'exclusion**. Il est en effet prévu qu'un pouvoir adjudicateur puisse exclure un soumissionnaire dans le cas où il « dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le soumissionnaire a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser le jeu de la concurrence ».



La durée maximale de la période d'exclusion est fixée à trois ans, sauf si un délai différent est prévu par une décision judiciaire. Cette exclusion peut être prononcée à tout moment de la procédure. Elle peut également concerner des actes antérieurs à l'ouverture de la procédure d'adjudication.

En cas de concertation sur les prix, la loi offre également aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité d'**annuler** la procédure d'adjudication<sup>7</sup>.

### Les sanctions prévues par la législation relative à la concurrence

Le Conseil veille à l'application correcte des règles relatives aux ententes entre entreprises. Il surveille le comportement des entreprises et est attentif au fonctionnement des marchés. Il peut agir sur plainte ou s'autosaisir.

Afin de rechercher des violations, le Conseil dispose de plusieurs pouvoirs d'enquête. Il peut, par exemple, demander des renseignements aux entreprises, entendre des témoins et effectuer des inspections, des perquisitions et des saisies dans les locaux professionnels et privés des entreprises.

Le Conseil peut également compter sur la collaboration des pouvoirs adjudicateurs qui doivent dénoncer toute suspicion de pratiques anticoncurrentielles lors d'un appel d'offres.

En cas de violation du droit de la concurrence, le Conseil dispose d'un pouvoir de sanction, permettant d'infliger une **amende** aux entreprises responsables. Celle-ci peut atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise en cause et impacter sa situation financière, ainsi que sa réputation.

Le Conseil a eu l'occasion de sanctionner, à plusieurs reprises, des comportements anticoncurrentiels survenus dans le cadre d'une procédure d'adjudication. Par sa décision du 5 mars 2010, le Conseil avait en effet condamné sept entreprises à des amendes pour une entente de répartition de marchés et de fixation de prix dans le secteur de la pose et la vente de carrelages. Par ailleurs, dans sa décision en date du 23 octobre 2013, le Conseil avait infligé une amende à deux entreprises dans le secteur de la production et de la vente d'aiguillages pour une entente illicite et secrète qui avait pour objet de fausser les marchés publics organisés par les CFL durant six années consécutives. Le montant total de ces amendes s'élevait à 1 438 227€.

La Commission européenne peut également, agissant d'office ou saisie d'une plainte, sanctionner des entreprises ayant leur activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg lorsque leurs pratiques sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur. La Commission européenne dispose à cette fin de pouvoirs d'enquête et de sanction similaires à ceux du Conseil.

D'une manière générale, les autorités de concurrence sont particulièrement attentives à ce type de pratiques dans la mesure où ces marchés présentent bien souvent une valeur monétaire considérable, pouvant atteindre plusieurs millions d'euros.

À titre d'exemple, voici une liste d'amendes infligées par certaines autorités de concurrence au sein de l'Union européenne :

Autorité de concurrence	Décision	Montant des amendes	Secteur économique
Autorité belge de la concurrence (Belgique)	Décision n°17-IO-16-AUD	1,7 millions €	Transport - Logistique
Autorité de la concurrence (France)	Décision n°10-D-39	52,7 millions €	Signalisation routière
Autoridade da concorrência (Portugal)	Décision n° PRC/2014/02	831.810,72€	Construction - structures métalliques



Les entreprises responsables de comportements anticoncurrentiels peuvent dénoncer les faits au Conseil afin de bénéficier, sous certaines conditions, d'une **immunité totale** ou d'une **réduction d'amende**.

### Les autres catégories de sanctions

De manière générale, toute personne lésée par un comportement anticoncurrentiel d'une ou de plusieurs entreprises peut agir devant les juridictions civiles afin d'obtenir des **dommages et intérêts**. Le soumissionnaire responsable peut donc être condamné au paiement de dommages et intérêts à la partie requérante.

Par ailleurs, lorsqu'un soumissionnaire a entravé la liberté des soumissions par violences ou par menaces, le Code pénal prévoit une **peine d'emprisonnement** de quinze jours à six mois et une amende de 500 à 15.000€.

### Les conséquences de ces sanctions

Certes, les entreprises responsables de collusion peuvent obtenir des gains en se concertant dans le cadre d'une procédure d'adjudication, mais il est important de souligner l'importance du revers de la médaille : des sanctions pécuniaires peuvent être imposées et ces sanctions peuvent sérieusement impacter l'avenir de ces entreprises.

<sup>7</sup> Article 39 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.



## Les entreprises peuvent dénoncer au Conseil des ententes conclues entre concurrents.



## III. Soumissions concertées : actions à disposition des entreprises

### A. Comment prévenir les soumissions concertées ?

Le Conseil recommande aux entreprises de veiller à garantir leur indépendance dans l'établissement de leurs offres. Les offres et les éléments qu'elles contiennent ne doivent pas faire l'objet d'un échange entre entreprises soumissionnaires. En principe, les entreprises doivent veiller à ne pas entrer en contact avant ou durant la procédure d'attribution de marché. Néanmoins, dans certaines conditions, afin d'être en mesure de soumissionner, il peut s'avérer nécessaire de remettre une offre commune. Partant, une certaine prise de contact, qui doit toutefois demeurer restreinte, pourra se faire.

Le fait de soumettre une offre commune, par le biais d'une association momentanée d'entreprises par exemple, n'est pas automatiquement prohibé par le droit de la concurrence. L'examen des raisons justifiant cette soumission conjointe permettra d'évaluer les risques anticoncurrentiels.

L'évaluation des offres communes fait l'objet d'un guide séparé publié par le Conseil sur son site internet, « *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres - Conformité au droit de la concurrence* ».

#### Contactez le Conseil sur :

<https://concurrence.public.lu/fr.html>.

#### Le programme de clémence :

<https://concurrence.public.lu/fr/regles-concurrence/procedures-negociees.html>.

#### L'évaluation des offres communes :

« *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres - Conformité au droit de la concurrence* ».

### B. Que faire en cas de soumissions concertées ?

#### Le programme de clémence

Les entreprises peuvent dénoncer au Conseil des ententes conclues entre concurrents. Cette dénonciation peut se faire à tout moment de la procédure d'adjudication. Il est préférable qu'elle reste secrète, pour éviter une destruction des preuves. Elle peut se faire sans formes, avec ou sans le concours d'un avocat.

Les entreprises peuvent obtenir, sous respect de certaines conditions, une réduction, voire une immunité d'amende, en contrepartie d'une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure.

#### Dénoncer le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise

Toute entreprise peut dénoncer un comportement suspect dont elle a connaissance. Si le Conseil ouvre une affaire sur base de cet élément, il pourra enquêter sur la procédure d'adjudication litigieuse et rechercher tout élément permettant de prouver la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. Comme mentionné précédemment, un soumissionnaire victime de comportements anticoncurrentiels peut obtenir des dommages et intérêts. La constatation d'une violation du droit de la concurrence, par décision définitive du Conseil, prouve la pratique anticoncurrentielle dans le cadre d'une demande d'obtention de dommages et intérêts.

Les soumissionnaires ont tout intérêt à dénoncer un comportement suspect survenu lors de la procédure d'adjudication.

Les soumissionnaires peuvent également faire part de leurs doutes au(x) pouvoir(s) adjudicateur(s) responsable(s) du marché à attribuer.





34-38, avenue de la Liberté  
L-1930 Luxembourg  
Tél. : (+352) 247-84174  
[info@concurrence.public.lu](mailto:info@concurrence.public.lu)

Adresse postale :  
B.P: 856  
L-2018 Luxembourg

