

Projet de loi n°8062 relative au financement de l'exploitation des transports scolaires par
autobus

Projet de loi n°8124 relative au financement de l'exploitation des services de transports
spécifiques réguliers spécialisés

Avis de l'Autorité de la concurrence du Grand-Duché de Luxembourg

N° 2023-AV-01

(20/02/2023)

1. Contexte général

Aux termes de l'article 64 de la loi du 30 novembre 2022 relative à la concurrence (ci-après : la « loi du 30 novembre 2022 »), l'Autorité de la concurrence (ci-après : l'« Autorité ») détient une mission consultative, libellée de la manière suivante :

« Art. 64. Missions consultatives

(1) L'Autorité émet un avis, de son initiative ou à la demande d'un ministre, sur toute question concernant le droit de la concurrence.

(2) L'Autorité est obligatoirement demandée en son avis pour tout projet de loi ou de règlement :

1° portant modification ou application de la loi ;

2° portant transposition ou exécution d'un instrument supranational touchant à des questions de concurrence ;

3° instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

(3) L'Autorité est obligatoirement consultée sur toute action judiciaire intentée par ou contre l'État ainsi que lorsque l'État intervient dans une procédure devant les juridictions de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la concurrence.

(4) Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations de l'Autorité prévues par d'autres lois ou règlements. »

Dans la mesure où les deux projets de loi traitent tous deux du financement de marchés publics de transport, l'Autorité émet un avis unique sur les deux projets.

L'Autorité se saisit de sa mission consultative au regard des dispositions des deux projets de loi. D'une part, celui qui vise à attribuer un contrat de concession d'exploitation de transport scolaire par autobus à une entreprise exploitante. D'autre part, celui qui vise à attribuer un contrat de concession d'exploitation des services de transports spécifiques réguliers spécialisés.

2. **Projet de loi n°8062 relative au financement de l'exploitation des transports scolaires par autobus et Projet de loi n°8124 relative au financement de l'exploitation des services de transports spécifiques réguliers spécialisés**

2.1 **Objet des projets de loi**

Selon son exposé des motifs, le projet de loi n°8062 a pour objectif d'établir un cadre légal pour la prise en charge financière de l'exploitation des services réguliers spécialisés de transports scolaires par route à destination des campus et des établissements scolaires.

Selon son exposé des motifs, le projet de loi n°8124 a quant à lui pour objectif d'établir un cadre légal pour la prise en charge financière de l'exploitation des services de transports spécifiques réguliers spécialisés.

2.2 Commentaires de l'Autorité

Les deux projets de loi rappellent que les contrats régissant l'exploitation de ce type de transports ont toujours été des contrats de concession conclus par voie d'attribution directe et à la suite de négociations de gré à gré entre l'Etat et les exploitants.

Le commentaire de l'article 1^{er} des deux projets de loi précise également que la loi visera à financer des contrats qui seront passés selon la procédure de marchés publics et conformément à la législation sur les marchés publics.

L'Autorité souhaite rappeler les principes généraux qui gouvernent l'attribution d'un marché public de transports (2.2.1) pour ensuite alerter sur les risques de collusion dans les marchés publics (2.2.2) et mettre en lumière les leçons à tirer d'une précédente affaire devant l'autorité de concurrence (2.2.3). Enfin, cet avis sera également l'opportunité pour l'Autorité de rappeler la nécessité de financer des marchés publics dont le cahier des charges valorise des critères environnementaux et sociaux (2.2.4).

2.2.1 Les principes de la commande publique

L'Autorité tient à rappeler les principes qui gouvernent la commande publique au Luxembourg que le pouvoir adjudicateur devra scrupuleusement appliquer et surveiller lors de l'attribution des marchés.

Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence et de concurrence constituent des principes fondamentaux du droit de la commande publique. La mise en œuvre de ces principes généraux s'applique à l'ensemble des contrats de la commande publique.

En outre, il importe que les critères de sélection soient publiés de manière claire et transparente et laissent un délai suffisamment long pour laisser le temps aux potentiels soumissionnaires de soumettre une offre :

« Afin de garantir des conditions loyales et équitables aux soumissionnaires potentiels, la période comprise entre le lancement de la procédure de mise en concurrence et la soumission des offres, de même que la période comprise entre le lancement de la procédure de mise en concurrence et le moment où doit débiter l'exploitation des services de transport, doit être de longueur raisonnable et appropriée. »¹

L'Autorité estime qu'un bref rappel de ces principes était nécessaire sans vouloir les développer davantage, ces derniers étant largement connus tant par les pouvoirs adjudicateurs que par les soumissionnaires.

¹ Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) no 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (2014/C 92/01).

2.2.2 Risques d'atteinte au droit de la concurrence dans les procédures de passation de contrats issus de la commande publique

La finalité de la législation sur les marchés publics est de permettre aux pouvoirs publics de passer des contrats de réalisation de travaux, de fournitures ou de services avec des entreprises à la suite d'une mise en concurrence, dans le but d'obtenir un résultat optimal en termes de prix et de qualité.

Il n'est cependant pas rare que les entreprises soumissionnaires tentent de se soustraire à cette concurrence en ayant recours à des ententes, le plus souvent secrètes. Les ententes constituent des violations parmi les plus graves du droit de la concurrence et sont sanctionnées au titre de l'article 4 de la loi du 30 novembre 2022 et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »).

L'entente conduit à désigner un soumissionnaire qui n'aura pas remporté le marché en raison des prix proposés, de ses facultés d'innovation et de la qualité de ses services ou produits par rapport aux autres soumissionnaires. L'efficacité économique de la passation de marché est donc effacée, au profit des entreprises parties à l'entente et ainsi au détriment des pouvoirs adjudicateurs et de la collectivité. Ces infractions sont d'une extrême nocivité pour le bien commun car elles procurent aux tricheurs des rentes injustifiées tout en appauvrissant l'Etat qui se voit amputé de son rôle d'octroi efficace de ses ressources et de poursuite de certaines de ses politiques au profit de la communauté.

Il est donc crucial que les pouvoirs publics mettent tout en œuvre pour surveiller de près l'organisation de leurs marchés afin de détecter les violations et de les réprimer avec force.

2.2.3 L'affaire TUL : les leçons tirées de l'attribution du marché CAPABS

L'Autorité tient à rappeler sa décision n°2017-E-01, « *Affaire Transport Union Lëtzebuerg* » dans laquelle elle a accepté des engagements présentés par les entreprises Sales-Lentz Group et Voyages Emile Weber, dans une affaire de marché public relatif au « *transport Complémentaire d'Accessibilité pour Personnes à Besoins Spécifiques* » (connu sous la dénomination « CAPABS »), à la suite de soupçons de pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi qu'il a été évoqué dans le projet de loi², en 2014, le Ministère du Développement Durable et des Infrastructures a annulé une soumission publique relative au marché du Transport CAPABS.

L'ancien Conseil de la concurrence avait alors ouvert une enquête sur la régularité des offres soumises dans le cadre de ce marché, au regard du droit de la concurrence.

² Projet de loi n°8024, p.3.

Une seule offre conforme au cahier des charges avait été présentée : celle de l'entreprise Transport Union Lëtzebuerg S.à.r.l (ci-après : « TUL »), entreprise commune, formée à parts égales par les deux opérateurs les plus importants sur le marché du transport de personnes, à savoir Sales-Lentz Group et Voyages Emile Weber.

L'enquête avait révélé que TUL n'employait pas de personnel, n'avait pas de bureau ou de numéro de téléphone et ne générait aucun chiffre d'affaires. L'offre de TUL avait fait appel à plusieurs sociétés de sous-traitance représentant la quasi-totalité des entreprises opérant sur le marché en cause.

Les entreprises ont fait valoir devant le Conseil qu'une telle organisation était l'unique moyen de réunir les capacités nécessaires exigées par le cahier des charges et de réduire au maximum les coûts grâce à la réduction du kilométrage à vide.

L'enquête a cependant révélé que l'offre soumise visait également pour chacune des entreprises soumissionnaires le maintien du chiffre d'affaires des entreprises sur le marché du transport de personnes à besoins spécifiques et la conservation d'un maximum de lignes déjà assurées dans le cadre des précédents marchés, lesquels étaient jusqu'en 2014 attribués de gré à gré, sans recours à une soumission publique.

La soumission de cette offre a été précédée par un nombre important d'échanges d'informations entre les différentes entreprises engagées dans l'offre, pour la plupart initiés par les représentants de la société TUL.

Le Conseil de la concurrence a finalement accepté trois engagements proposés par les entreprises Sales-Lentz Group et Voyages Emile Weber pour remédier aux problèmes de concurrence soulevés :

- Le premier engagement consistait pour les deux entreprises à dissoudre l'entreprise TUL, au plus tard avant le 1^{er} juillet 2017 ;
- Le deuxième engagement, d'ordre comportemental, consistait en l'organisation annuelle par chacune des deux entreprises, de séances d'information, de formation et de sensibilisation en matière de droit de la concurrence destinées aux dirigeants, cadres et employés dits à risque. Cet engagement devait être appliqué sur une durée de deux années consécutives ;
- Le troisième et dernier engagement, d'ordre comportemental également, imposait aux deux entreprises de conserver pendant une durée de cinq années les données et informations relatives aux négociations et échanges commerciaux avec des concurrents dans le cadre de la prochaine soumission CAPABS.

À la lumière de cette affaire, il appartiendra au pouvoir adjudicateur de s'assurer tant pour le marché des transports scolaires par autobus que des transports spécifiques réguliers spécialisés qu'une véritable concurrence entre les opérateurs soumissionnaires soit effective.

2.2.4 Une valorisation de la durabilité pour la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse

Outre les nombreux critères qui permettront de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse tels que le prix, la qualité, la rentabilité, le coût d'utilisation, l'assistance technique etc., l'Autorité attire l'attention des pouvoirs adjudicateurs, sur la pertinence de prévoir un cahier des charges où les caractéristiques environnementales et l'aspect social de la prestation viendront apporter une pondération plus fine des autres critères susmentionnés.

Le considérant 17 du règlement (CE) n° 1370/2007 indique que « *les autorités compétentes peuvent établir des critères sociaux et qualitatifs afin de maintenir et d'élever les normes de qualité pour les obligations de service public, par exemple en ce qui concerne les conditions de travail minimales, les droits des voyageurs, les besoins des personnes à mobilité réduite, la protection de l'environnement, la sécurité des passagers et des travailleurs ainsi que les obligations de conventions collectives et autres règles et accords concernant le lieu de travail et la protection sociale sur le lieu où le service est fourni. Afin de garantir des conditions de concurrence transparentes et comparables entre les opérateurs et conjurer le risque de dumping social, les autorités compétentes devraient pouvoir imposer le respect de normes spécifiques sur le plan social et de la qualité du service* ».

Il importe qu'une concurrence effective ne se conçoive pas exclusivement en termes de prix mais qu'elle englobe et serve des considérations plus larges susceptibles de maximiser à long terme, par un haut degré de durabilité des prestations de service public, le bien-être de la communauté dans son ensemble³.

3. Recommandations de l'Autorité

Dans une optique de bon usage des deniers publics, l'Autorité recommande que les principes fondamentaux de la commande publique, et plus particulièrement ceux relatifs à la concurrence soient pleinement mis en œuvre.

L'Autorité invite les pouvoirs adjudicateurs à redoubler de vigilance face aux risques de collusion sur ces marchés lors de la passation des futurs contrats.

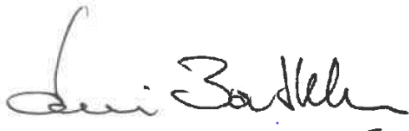
Enfin, l'Autorité souhaite également sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs au fait que la commande publique peut être un puissant levier pour stimuler la concurrence et l'innovation dans une perspective de développement durable.

³ <https://www.eesc.europa.eu/fr/news-media/news/une-politique-de-concurrence-adaptee-aux-nouveaux-defis-doit-tenir-compte-des-problemes-de-durabilite-met-en-garde-le>

4. Conclusion

L'Autorité marque son accord avec le projet de loi susvisé, sous réserve des précisions soulevées ci-avant.

Ainsi délibéré et avisé en date du 20 février 2023.



Pierre Barthelmé
Président



Mattia Melloni
Conseiller



Tom Mannes
Conseiller



Théa Harles-Walch
Conseillère suppléante

Anick Wolff
Conseillère suppléante

