

Collusion dans les marchés publics

Prof. em. Dr. Jacques Steenbergen
Président
Autorité belge de la Concurrence

GTI - Groupe de Travail et d'Information sur les marchés publics

8.11.2016

“Il est rare que des gens du même métier se trouvent réunis, ne fût-ce que pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation ne finisse par quelque conspiration contre les pouvoirs publics, ou par quelque machination pour faire hausser les prix.”

Adam Smith, *La Richesse des Nations*, 1776

Objectifs de la présentation

- Autorité belge de la Concurrence (ABC)
- Cartels dans le cadre de marchés publics
- Collaboration future

L'ABC est une autorité administrative indépendante

- Contribuer à la définition et à la mise en œuvre d'une **politique de concurrence** en Belgique
- Contrôler les principales **opérations de concentration et de fusion**
- Détecter et sanctionner les **cartels** : des accords entre entreprises visant à restreindre la concurrence
- Rechercher et sanctionner les **abus de position dominante**
- Exécuter la politique de concurrence européenne et coopérer avec les autres autorités de concurrence

Les avantages d'une concurrence libre et ouverte

- Rapport qualité-prix – les entreprises se font concurrence sur les prix et la qualité
- Plus de choix – un plus large éventail de biens et services
- Innovation et productivité – les entreprises créent des nouveaux produits / services et réduisent les coûts pour gagner des clients → croissance économique

L'accent est mis sur le client, plutôt que sur les concurrents

Le client peut être le secteur public ou le client privé

Une concurrence libre et ouverte?

Pas évident

- Ne fonctionne que lorsque les concurrents déterminent honnêtement et indépendamment leurs prix et offres
- ! Quand les entreprises concluent certains accords entre elles, le client est trompé et volé

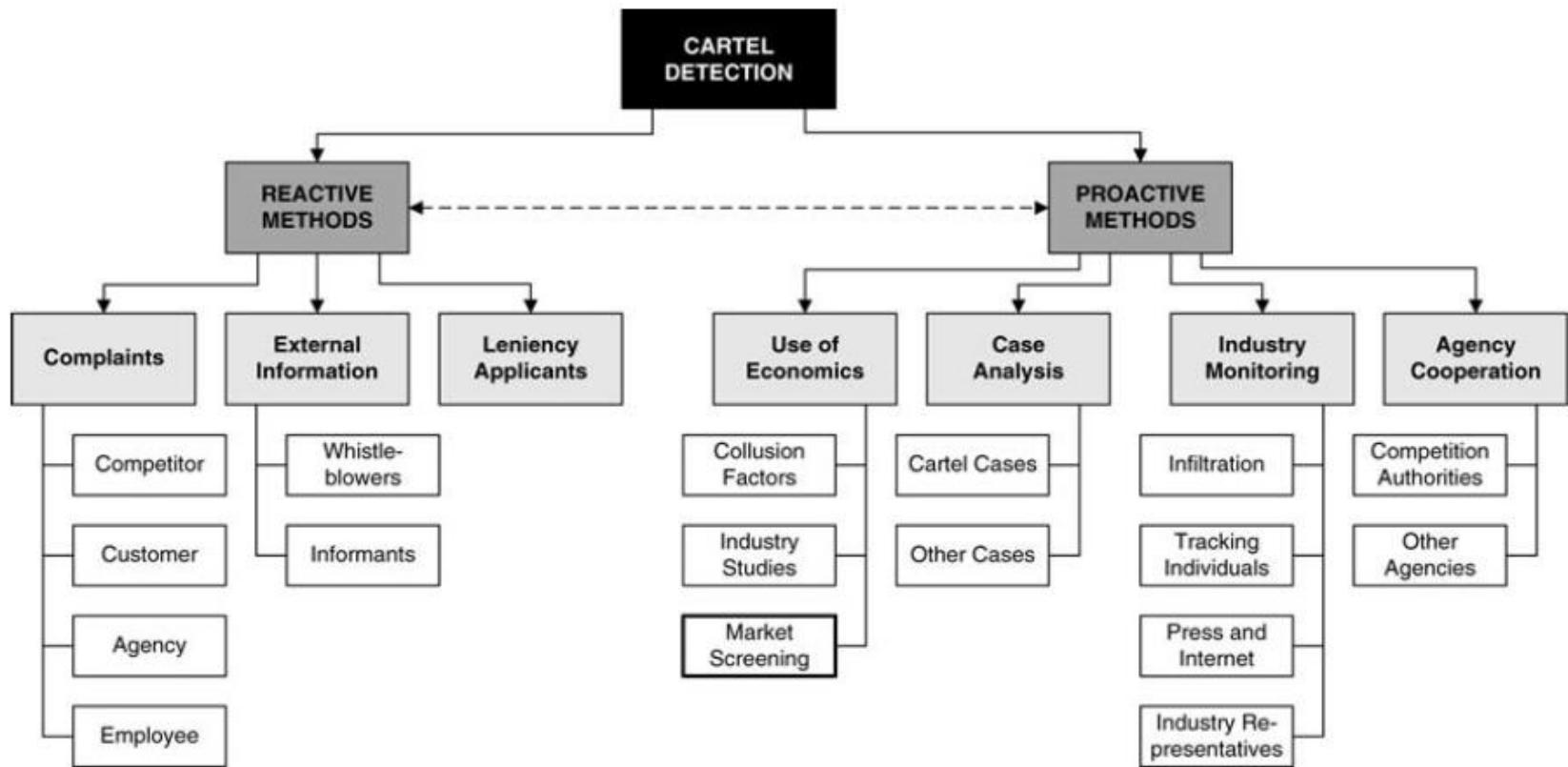
Un cartel : de quoi s'agit-il ?

- Une forme grave de comportement anticoncurrentiel interdit
- Un accord illégal entre entreprises, visant à :
 - fixer des prix
 - limiter l'offre
 - partager des marchés
 - déterminer entre eux qui remporte le marché public (*'bid rigging'*)
- L'accord peut prendre une grande variété de formes

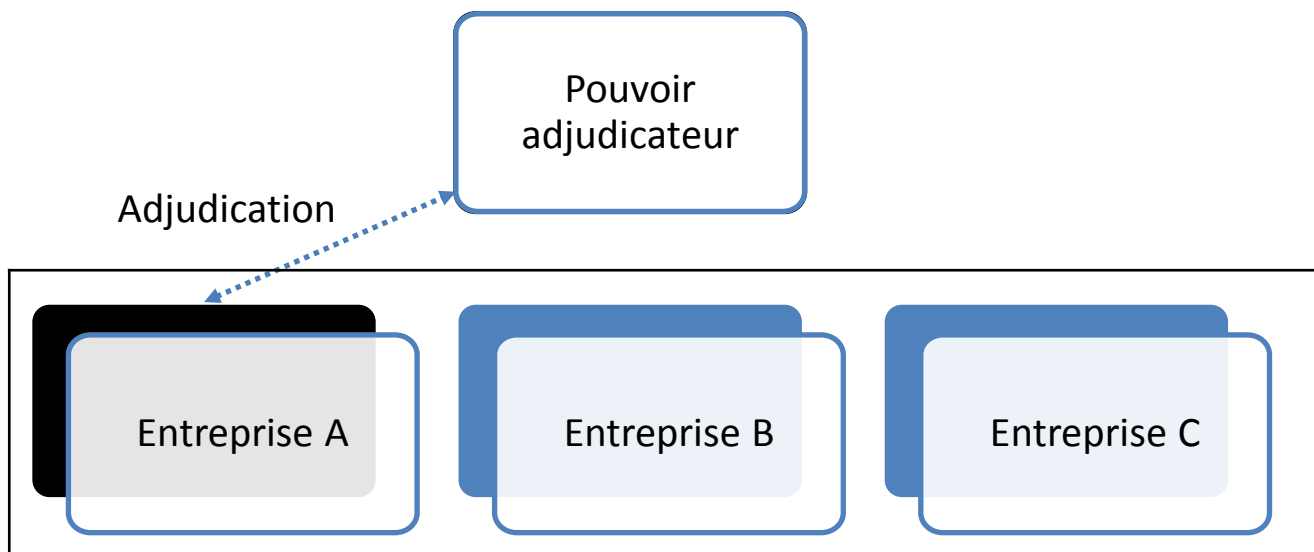
Comment l'ABC obtient l'information pour lutter contre les cartels?

- Conseils et alertes
- Plaintes
- Demandes de «clémence»
- Informateurs
- Informations d'autres surveillants et instances de recherche tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Union européenne
- Propres recherches et contacts

Deux méthodes pour détecter les cartels



Cartels lors des marchés publics



Formation d'un cartel

CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ QUI PEUVENT FAVORISER LE *BID RIGGING*

- Petit nombre d'entreprises
- Peu d'entreprises sont récemment entrées sur le marché ou sont susceptibles d'y entrer
- Les soumissionnaires se connaissent bien, par exemple via des associations (professionnelles) actives
- Les produits ou services vendus sont identiques ou très similaires, il y a peu de substituts
- Peu ou pas de changement technologique
- Des temps de crise économique

Pourquoi se soucier de truquage d'offres dans les marchés publics?

- En Belgique, environ 20.000 soumissionnaires concluent chaque année des contrats pour un total de 60,68 milliards d'euros, soit 16,4 % du produit intérieur brut.
- Le *Bid rigging* peut augmenter de manière significative les prix:
une augmentation en moyenne des prix de l'ordre 20 à 30 % est une estimation prudente



Le dommage potentiel pour le contribuable peut être énorme: des milliards de perte!

Marchés publics: une cible de rêve pour les cartels

- Commandes importantes de grande valeur
- Des structures de marché non concurrentielles
- Les volumes des marchés publics ne sont pas ajustés en fonction de l'évolution des prix
- Le processus d'achat est très prévisible
- La transparence obligatoire et la divulgation d'informations peuvent faciliter la formation de cartels
- Difficile à contrôler en raison de la grande quantité de biens et services achetés

***Bid rigging* ou collusion dans les marchés publics**

Les soumissionnaires déterminent entre eux qui « gagne », en concertant leurs soumissions ou offres :

- Offre de couverture
- Suppression d'offres
- Rotation des offres
- Répartition des marchés

Offre de couverture

Des concurrents se mettent d'accord de soumettre une offre qui 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, ou
- l'offre est assortie de conditions spéciales dont on sait à l'avance qu'elles sont inacceptables par l'acheteur.

De telles offres ne sont pas destinées à être acceptées par l'acheteur, mais seulement à créer une (fausse) impression d'une concurrence loyale.

Suppression d'offres

Des entreprises qui normalement soumissionnent, conviennent:

- de ne pas soumissionner, ou
- de retirer une offre faite précédemment

de façon à ce que soit acceptée l'offre de l'entreprise censée remporter le marché.

Rotation des offres

Les entreprises continuent de soumissionner ensemble pour le contrat, mais elles conviennent à qui est le tour (càd le plus qualifié) de remporter cette fois le marché.

Les systèmes de rotation varient et peuvent parfois être très sophistiqués en fonction de par exemple:

- l'ampleur du marché
- la nature du contrat
- le temps nécessaire pour permettre à chaque membre du cartel de remporter sa part du gâteau, et ainsi de suite.

Répartition des marchés

Les concurrents procèdent à un “*dépeçage*” du marché et conviennent de ne pas se concurrencer:

- pour certains clients
- ou certaines zones géographiques.

Conséquences du *bid rigging*

- Vous êtes trompé et de cette manière le contribuable l'est aussi
 - Vous payez trop ou vous obtenez une trop mauvaise qualité pour votre argent
 - À plus long terme les soumissionnaires feront moins d'efforts à élaborer des produits innovants et à opérer efficacement
 - Le citoyen perd sa confiance
- Suffisamment de raisons pour un acheteur d'être très attentif à cet effet!

Le *Bid rigging* est une infraction très grave (1)

- Une pratique restrictive de concurrence, qui est interdite :
 - en Belgique en application de l'article IV.1, §1 du Livre IV du **Code de droit économique**
 - au niveau européen, par l'article 101 du **traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (TFUE)
 - Les entreprises peuvent se voir infliger des amendes jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaires.
 - Les personnes physiques peuvent être sanctionnées d'une amende administrative de 100 à 10.000 euros.

Le *Bid rigging* est une infraction très grave (2)

- En Belgique le bid rigging est aussi sanctionné par une **condamnation pénale**
 - Un emprisonnement de quinze jours à six mois et une amende de cent euros à trois mille euros.
- Les entreprises impliquées dans un cartel peuvent être tenues de **réparer intégralement le dommage** subi par des concurrents

Le *Bid rigging* est un problème commun dans le monde entier

- Marchés publics: dans le monde entier un instrument de marché à haut risque
Aussi en Belgique!
- Presque tous les jours des nouveaux cas, souvent avec un impact financier très important
Une augmentation en moyenne des prix de l'ordre 20 à 30 % = une estimation prudente → milliards de perte!
- Tous les marchés publics et tous les secteurs sont vulnérables aux risques de collusion

La lutte contre le *bid rigging* est une priorité sur l'agenda international

- Une priorité tant pour les États membres de l'UE, que pour les institutions de l'UE: les soumissionnaires doivent bénéficier de conditions de concurrence équitables et les distorsions de concurrence doivent être évitées (Livre vert, la stratégie Europe 2020, etc.)
- European Competition Network (ECN)
- International Competition Network (ICN)
- OCDE
- UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy
- WTO

Attaquer la collusion dans les marchés publics

Le succès dépend de:

- Une concurrence effective maximale
- Prévention
- Dissuasion: de lourdes amendes pour les contrevenants et augmenter la probabilité de détection
- Détection

Aussi bien les pouvoirs adjudicateurs, que les autorités de la concurrence ont un rôle important à accomplir.

Les deux peuvent se renforcer mutuellement!

Acheteurs dans le secteur public

- Souvent les mieux placés pour identifier les indicateurs potentiels de *bid rigging*:
 - la connaissance des secteurs et des entreprises impliquées
 - l'occasion d'observer dans un laps de temps des schémas de comportement
- Aussi bien placés pour informer activement les entreprises sur la collaboration autorisée ou non dans les marchés publics
- Sont systématiquement informés dans de nombreux pays et formés pour leur faire prendre conscience :
 - des risques du *bid rigging*
 - du rôle important qu'ils peuvent jouer dans la prévention et la détection des cartels

Comment détecter le *bid rigging* dans les marchés publics?

- Schémas dans la façon de soumissionner
- Documents
- Prix
- Déclarations
- Comportement

Signaux concernant des *schémas* dans la façon de soumissionner

- La même entreprise gagne toujours, ou un autre schéma étonnant de gagnants
- Le nombre d'offres remises est plus bas que d'habitude
- Des entreprises soumissionnant régulièrement ne soumettent pas d'offre pour un marché alors qu'on s'attendait à ce qu'elles le fassent
- L'attributaire du marché sous-traite de façon récurrente aux entreprises dont l'offre n'a pas été retenue

Signaux dans les *documents* soumis

- Des erreurs identiques, par exemple les mêmes fautes d'orthographe, erreurs de calcul, ...
- De nombreuses modifications de dernière minute
- Le même lay-out, la même écriture, typographie similaire, l'utilisation de formulaires ou un papier identiques
- Des cachets postaux ou des empreintes de machine à affranchir qui sont analogues
- Un lien entre les soumissionnaires, par exemple des adresses, du personnel, des numéros de téléphone communs, ...

Signaux concernant le *prix*

- Le prix est beaucoup plus élevé que d'habitude ou qu'ailleurs
- Le prix de l'offre gagnante et celui des autres offres sont très différents
- La différence entre le prix de l'offre gagnante et celui des autres offres est minime
- Les soumissionnaires adaptent plus ou moins au même moment leurs prix ou conditions
- Une nette baisse du prix par rapport au niveau précédent des prix après soumission d'un fournisseur nouveau ou très occasionnel

Signaux concernant des *déclarations*

- Références verbales ou écrites à un accord entre soumissionnaires
- “Ce sont les conditions que nous utilisons dans notre secteur”, ...
- Connaissance à l’avance d’informations non publiques, par exemple de certains détails concernant les offres de concurrents, ...
- Des entreprises disent ne pas vendre dans une certaine zone géographique ou à certains clients
- “Un concurrent ne pouvait pas soumissionner”

Signaux concernant le *comportement*

- Les fournisseurs se réunissent avant de soumissionner ou sont vus ensemble
- Tout d'un coup, des entreprises collaborent
- Une entreprise soumissionne alors qu'elle est incapable d'exécuter correctement le contrat
- Des concurrents soumissionnent conjointement alors qu'ils sont capables de le faire individuellement
- Des entreprises ne soumissionnent plus ou deviennent des sous-traitants
- Une entreprise transmet à la fois ses documents et ceux d'un concurrent

Attention : des signaux de *bid rigging* ne sont pas des preuves!

- En présence de signaux de *bid rigging* → une raison pour votre pouvoir adjudicateur d'examiner de plus près:
 - Y a-t-il un problème?
 - Ou existe-t-il une explication plausible?
- Les comportements suspects réitérés au fil du temps sont souvent un meilleur indicateur de soumissions concertées potentielles
 - Il faut donc archiver soigneusement toutes les informations pour pouvoir établir sur la durée un schéma de comportement

Que pouvez-vous faire pour éviter des cartels?

- Assurez-vous que vous connaissez bien le marché
Combien de fournisseurs y a-t-il sur le marché, quel est leur débouché, quelles sont les caractéristiques du marché qui influencent la concurrence, quel est le juste prix ?
- Ouvrez autant que possible la participation à plusieurs (petites) entreprises
- Insérez des clauses anti-cartel dans vos documents
- Ne donnez pas trop d'informations
Ne dites pas aux entreprises qui sont leurs concurrents et quel est le prix que vous estimez juste. Ne donnez pas après l'enchère des informations relatives au prix de l'offre gagnante et comment celui-ci a été calculé.
- Evitez des séances d'information pour toutes les entreprises, ne réexpédiez pas des mails
- Après l'attribution du marché, informez-vous auprès de soumissionnaires qui n'ont plus soumissionné et ceux qui n'ont pas remporté le marché
- Conservez les documents, de sorte que vous pouvez les comparer (plus tard)

Organisation

Achats / processus des marchés publics

- Evitez que des décisions soient prises par une seule personne
- Evitez des spécifications du marché sur mesure d'une entreprise
- Réfléchissez bien aux critères d'aptitude (critères de sélection)
- Lors des procédures négociées : essayez de varier dans les entreprises que vous invitez à soumettre une offre
- Laissez prendre la décision d'attribution par plusieurs personnes
- Transparence interne par la constitution des dossiers
- Informez vos collaborateurs des risques de collusion
- Instaurez un système d'audit afin d'examiner régulièrement l'historique et les résultats des contrats
- Soyez prudent avec des consultants, intermédiaires et similaires

Que pouvez-vous faire en cas de suspicion de soumissions concertées?

- Conservez toutes les informations et mettez-les en lieu sûr
- Contactez l'Auditorat de l'ABC et donnez autant d'informations que possible
 - Nous n'attendons pas une recherche approfondie de votre part, ni des preuves bien établies
 - Toutes les informations que vous nous remettez resteront **confidentielles**
- Ne dites rien aux entreprises concernées

La relation

Pouvoirs adjudicateurs – ABC

Nous proposons aux pouvoirs adjudicateurs ceci:

- Attaquer le *bid rigging* par les pouvoirs adjudicateurs exige des ressources, de l'expertise interne et une coordination avec l'ABC.
- Lorsque que vous organisez des séminaires ou réunions avec des gestionnaires de marchés publics, mettez le sujet du *bid rigging* à l'ordre du jour et invitez l'ABC comme orateur.
- Rapportez d'éventuels cas de *bid rigging* à l'ABC
- Développez des incitations pour vos fonctionnaires-acheteurs, afin qu'ils prennent des mesures efficaces pour éviter et détecter le *bid rigging*

L'ABC est votre partenaire

- Nous développons les compétences nécessaires
- Nous fournissons des ressources : publications, documentation et des formations sur la façon d'éviter, détecter et signaler le *bid rigging*
- Vous pouvez compter sur notre soutien constructif
- Nous sommes partie demandante pour votre feed-back et une concertation périodique

Questions?