



To bid or not to bid, that cannot be the question!

Décembre 2017

Imaginez-vous...

Vous êtes responsable du département commercial d'une jeune entreprise dynamique active dans un secteur plein d'avenir. La concurrence est rude et vous oblige à rogner sur vos marges pour obtenir de nouveaux clients.

Un beau jour, vous apprenez que l'un de vos clients les plus importants va prochainement lancer un appel d'offres pour une commande importante. Il vous revient également que trois de vos concurrents entendent y participer.

La perspective d'obtenir ce contrat avec ce client vous enthousiasme: si vous y parvenez et si, en plus, vous obtenez une belle marge, vous épaterez vos collègues et votre patron. Vous recevrez en plus probablement un bonus considérable. Pour parvenir à vos fins, vous mettez en place un plan infallible.

Vous établissez rapidement une liste de vos anciens collègues et de vos contacts travaillant chez ces trois concurrents. Vous comptez leur proposer une sorte de « *modus vivendi* » en attribuant à chacun d'eux un rôle spécifique en réponse à cet appel d'offres et aux trois prochains appels d'offres lancés dans votre secteur. Pour ce premier marché, ils vous laissent déposer la meilleure offre, l'un d'eux

• • • contrast • • • •

s'abstient de remettre une offre et les deux derniers s'engagent à remettre une offre nettement surévaluée. Les trois prochains appels d'offres feront l'objet d'un arrangement comparable, de manière à ce qu'au final, sur les quatre prochains appels d'offres, tout le monde aura décroché un contrat.

Avant de passer à l'action, vous passez un coup de fil au département juridique pour vous assurer que rien ne cloche au niveau légal. À votre surprise, la juriste d'entreprise calme vos ardeurs. Elle vous explique qu'en mettant à exécution ce plan, vous allez commettre un cartel illégal, qualifié de *bid rigging*. Vous êtes abasourdi: *bid rigging*, cartel illégal, de quoi s'agit-il, pourquoi ?

Clarifions un peu.

Le droit de la concurrence requiert que des entreprises concurrentes rivalisent les unes avec les autres. Des accords ou des pratiques concertées par lesquels des concurrents se coordonnent pour se répartir l'attribution de marchés faussent la concurrence. De telles pratiques constituent des cartels, en d'autres mots, des infractions très graves au droit de la concurrence.

Quand elles sont mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres, ces pratiques sont désignées sous le terme de « *bid rigging* ».

Des pratiques de *bid rigging* peuvent se décliner selon de nombreuses variantes:

- Des concurrents peuvent convenir de désigner à l'avance qui va remporter une mise en concurrence et qui déposera une offre de couverture (c.-à-d. présenter une offre non concurrentielle, rédigée de telle sorte à ne pas être sélectionnée au profit de l'offre qui doit être couverte);
- Des concurrents peuvent mettre en place un système de rotation, dans lequel ils planifient qui soumissionnera à quelles conditions pour les appels d'offres à venir, de manière à ce que chacun remporte un marché à tour de rôle;
- Des concurrents peuvent s'entendre pour décider de s'abstenir de déposer une offre, ou de retirer une offre déposée, de manière à favoriser le candidat préalablement désigné;
- Des concurrents peuvent s'allouer des territoires et convenir qu'ils s'abstiendront de déposer une offre en dehors du territoire qui leur est alloué.

Les accords de *bid rigging* comportent souvent divers mécanismes de calcul et de répartition des bénéfices supplémentaires obtenus par le soumissionnaire retenu grâce aux prix plus élevés qu'il a pu appliquer. Les concurrents qui acceptent de ne pas soumissionner ou de soumissionner à un prix non concurrentiel peuvent, par exemple, être dédommagés via la promesse d'un contrat de sous-traitance ou des livraisons à l'entreprise qui a remporté le marché.

Les risques en cas de *bid rigging* sont importants. Au-delà des amendes qu'une autorité de la concurrence peut imposer aux entreprises (jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires global du groupe auquel

• • • contrast • • • •

l'entreprise appartient), en Belgique, des amendes administratives peuvent être infligées aux personnes physiques impliquées dans une telle pratique (actuellement plafonnées à 10.000 euros). Par ailleurs, la mise en œuvre de ces pratiques dans le cadre d'un marché public est passible de sanctions pénales (peine d'emprisonnement et amendes pénales).

Des pratiques de *bid rigging* ont été condamnées dès 2007 et 2008 au niveau européen (cartel des ascensoristes (près d'un milliard d'euros d'amende) et des déménageurs (presque 33 millions d'euros d'amende)). En France, le cartel dit « des yaourts » a été sanctionné en 2015 à concurrence de près de 200 millions d'euros pour diverses pratiques, parmi lesquelles le *bid rigging*. Début mai 2017, l'Autorité belge de la concurrence a, pour la première fois, infligé des amendes d'un montant total d'1,8 million d'euros à cinq entreprises s'étant accordées sur un mécanisme de rotation des offres dans le cadre d'un marché public organisé par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire belge, Infrabel. Dans la foulée, Infrabel a annoncé sa volonté d'introduire des actions en dommages et intérêts pour être indemnisée du préjudice subi.

Concrètement:

- Dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence, qu'elle soit organisée par un pouvoir public, une entreprise publique ou une entreprise privée, le droit de la concurrence vous impose de déterminer votre stratégie commerciale de manière autonome et indépendante de vos concurrents.
- Si vous êtes approché par un concurrent vous proposant d'élaborer ou de participer à une pratique qualifiable de *bid rigging*, consultez immédiatement votre département juridique. Celui-ci préparera une réponse écrite indiquant de manière claire que vous ne souhaitez pas recevoir ce genre de sollicitation et que vous vous en distanciez formellement.

Plus d'informations?

- Si vous souhaitez en savoir plus sur le cartel des ascensoristes, nous vous invitons à consulter le communiqué de presse publié par la Commission européenne en 2007, disponible [ici](#).
- Si vous souhaitez en savoir plus sur le cartel des déménageurs, nous vous invitons à consulter le communiqué de presse publié par la Commission européenne en 2008, disponible [ici](#).
- Si vous souhaitez en savoir plus sur le cartel « des yaourts », nous vous invitons à consulter le communiqué de presse publié par l'Autorité française de la concurrence en 2015, disponible [ici](#) (en français).
- L'Autorité belge de la concurrence a publié en décembre 2016 un guide destiné à aider les acheteurs chargés des marchés publics à comprendre et à déceler la collusion dans les marchés publics. Ce

• • • contrast

guide peut être consulté à [cette adresse](#).

- En mai 2017, l'Autorité belge de la concurrence a condamné cinq entreprises ayant pris part à des pratiques de *bid rigging* dans le cadre d'appels d'offres organisés par Infrabel. Cette décision peut être consultée à [cette adresse](#).