



Prix anormalement bas et concurrence déloyale dans les marchés de l'informatique

Tender ICT Day – 17 mars 2011

Ch. Geldhof

Commissaire Divisionnaire – Police fédérale

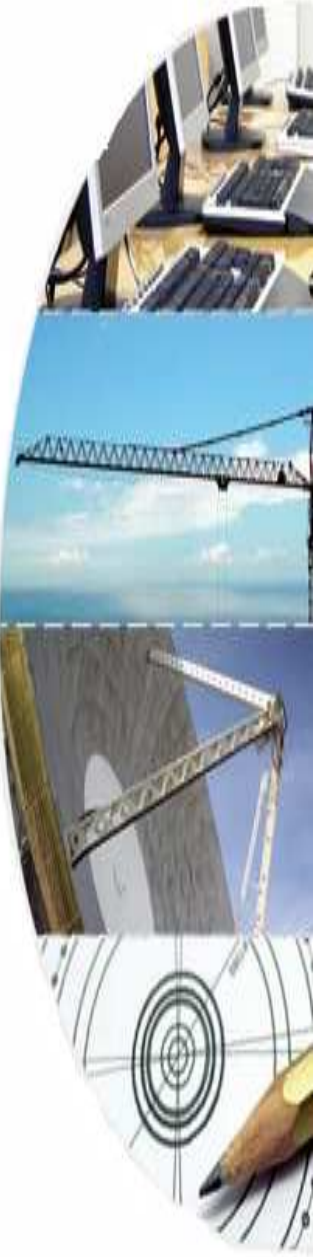




Le caractère anormal des prix

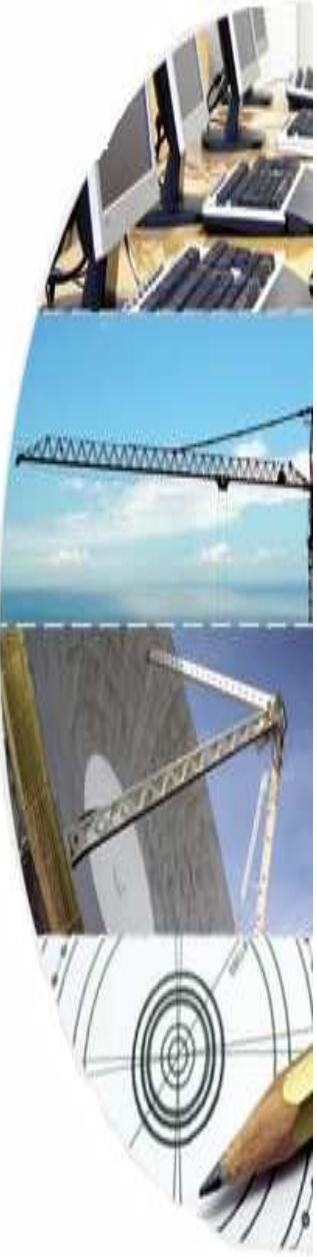
1° Remarques préliminaires

- Vérification des prix (Art 88 §1 AR 08 Jan 1996)
 - en PNSP (Art 17§2 loi) : infos à mettre à disposition par le soumissionnaire pour examen des prix
 - en cas de refus, pas de sanction prévue
 - pour les autres modes de passation : prévoir dans le CSC
- Informations confidentielles : à utiliser uniquement dans le cadre de la vérification des prix



2° La vérification des prix dans le cadre du caractère anormal des prix fait partie de l'analyse de la régularité

- art 110 §2 AR 08 jan 1996
- éléments qui ne concordent pas avec la réalité
- nullité relative
- nullité matérielle



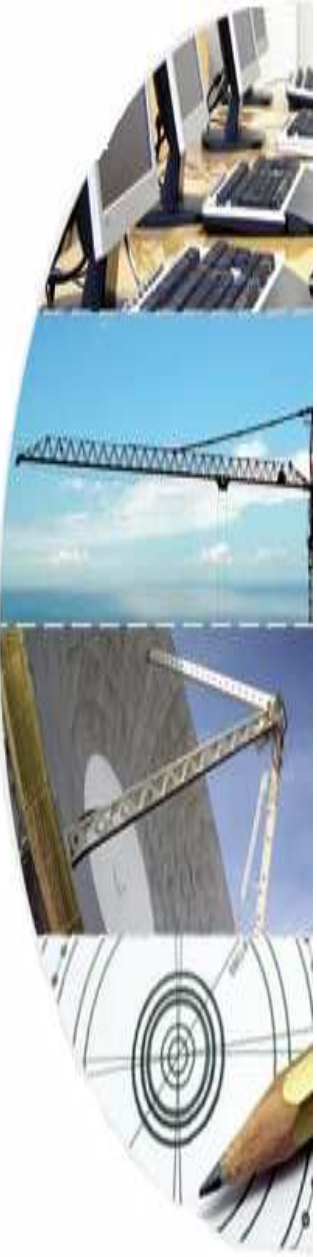
3° Caractère anormal des prix dans les marchés publics de l'informatique

- article 110, §3 AR 08 Jan 1996
- applicable aux fournitures et services (aussi aux travaux)
- dans le cadre d'une adjudication ou d'un appel d'offres
- également pour la procédure négociée (cfr Art 122, 4^{ème} al. AR 08 Jan 1996)
- applicable aux prix unitaires et aux prix totaux
- même pour les prix globaux
- art 110, §4 AR 8 Jan 1996: uniquement d'application pour les travaux (prix totaux) passés par adjudication



4° Processus de décision

1. PA constate le caractère vraisemblablement anormal des prix
2. Invite le(s) soumissionnaire(s) à rendre des comptes
3. Analyse des justifications par le PA
4. Communication de la décision du PA concernant le caractère anormal des prix



1. Constatation du caractère apparemment anormal des prix

- compétence discrétionnaire étendue du PA quant au démarrage d'une procédure en matière de prix anormaux
- critères de comparaison :
 - pas prévus dans l'AR 08 Jan 1996, mais bien dans la jurisprudence et la doctrine
 - portent sur :
 - estimation initiale du PA
 - prix des autres soumissionnaires pour ce même marché (moyenne)
 - prix en vigueur sur le marché

2. Demande de justification (1)

- Avant de rejeter une offre, le PA doit demander des justifications
- si le PA n'a pas l'intention de rejeter l'offre, aucune justification exigée
- la demande doit partir du PA ou d'une autre instance chargée de l'évaluation
- par courrier recommandé
- à introduire endéans les 12 jours de calendrier
- quid du mode de computation des délais ?
 - Ordonnance n°1182/71 du Conseil du 3 juin 1971
 - art 52 et 53 du Code judiciaire
 - Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles : à compter de la réception du courrier

8

2. Demande de justification(2)

- rappel ou demande de précision pas obligatoire
- Seuils
 - pas prévu à l'art 110, §3 AR 08 Jan 1996
 - compétence discrétionnaire du PA
 - devoir d'exactitude du PA et respect des règles qu'il a lui-même imposées
 - 1% (poste important) – règle des 30 % (écart par rapport à la moyenne)
 - 10 à 15 % (écart par rapport à la moyenne)
- envoi tardif des justifications n'entraîne PAS automatiquement le rejet de l'offre

3. Bases de justification (1)

- pas de liste limitative à l'Art 110, §3 AR 08 Jan 1996
- concerne :
 - économie du procédé de production, de prestation de services
 - procédé choisi, conditions favorables exceptionnelles d'exécution
 - originalité du produit ou du service
 - conditions particulières de travail
 - aide publique
- autres justifications possibles (CE) :
 - clustering de différents postes
 - prix de la société mère
 - expérience dans un domaine particulier
 - procédés spécifiques

10

3. Bases de justification (2)

- bases de justification à jeter (CE) :
 - référence aux prix des sous-traitants, des sociétés liées
 - présentation de l'offre du fournisseur ou du sous-traitant
 - référence à des prix conformes au marché
 - référence à une expertise/expérience générale
 - référence à des prix unitaires de même nature pour d'autres marchés
 - tombe sous le risque de l'entreprise
 - pas d'exemple de motivation
 - prix de même nature chez les d'autres soumissionnaires
 - erreur dans l'établissement du prix
 - erreur matérielle

3. Bases de justification (3)

- types de justifications demandées
 - pas d'éclaircissement dans AR 08 Jan 1996
 - concerne:
 - basées sur les caractéristiques et données propres à la soumission
 - soumissionnaire doit être conscient qu'il s'agit d'une affaire sérieuse
 - de préférence des données chiffrées
 - pas se limiter à des généralités ou à de vagues données
 - les prix unitaires doivent être étayés concrètement et complètement
 - uniquement des arguments propres à sa soumission
 - doit se rapporter à des événements certains
 - exigences formelles de la demande de justification :
 - PA ne doit pas se référer au caractère anormalement haut ou bas des prix
 - le soumissionnaire doit rendre des comptes sur la base de sa propre structure de prix

4. Analyse des justifications par le PA (1)

- Art 110, §3 AR 08 Jan 1996 précise uniquement qu'il doit être tenu compte de la liste non-limitative des justifications
- compétence discrétionnaire du PA
- devoir de minutie et d'exactitude du PA
- le PA peut tenir compte de documents qui ne font pas partie des justifications et d'autres facteurs objectifs

4. Analyse des justifications par le PA(2)

- les motifs doivent s'appuyer sur des pièces que le PA a préparées
- l'analyse doit être effectuée pour tous les soumissionnaires sur la base des mêmes normes
- la décision de considérer des prix comme anormaux doit être motivée de manière concluante
- la marge autonome d'appréciation est tempérée par le principe de proportionnalité

5. Obligation d'information

- l'analyse du caractère anormal des prix fait partie de l'analyse de la régularité
- application de la loi du 23 Nov 2009 (et de l'arrêté d'exécution AR 10 Fev 2010) relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours
- concerne le statut individuel du soumissionnaire (extrait de la décision motivée)
- durant la phase d'attribution (pour tous les modes de passation)
- pour les marchés soumis à la publicité européenne : application du délai d'attente
- uniquement encore le contrôle du Conseil d'Etat

15



Entente déloyale et clause de non-concurrence

16

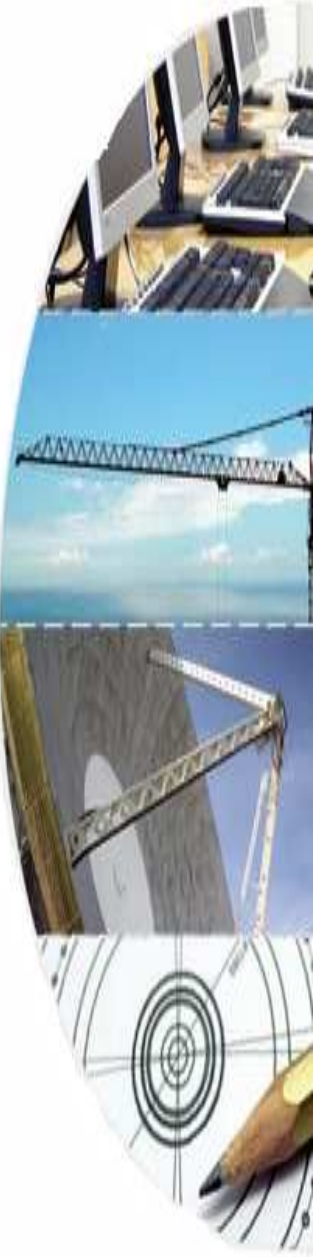


Bruxelles www.ebp.be
Paris www.mpfrance.info
Amsterdam www.ebpl.com

Assistance en marchés publics

1. Cadre général

- Marchés informatiques : mise à disposition de personnel
- signalé par une tierce partie
 - mise à disposition de personnel par le prestataire de service
 - clause de non concurrence entre le membre du personnel et la tierce partie
 - complicité du tiers dans la rupture du contrat avec le PA
 - faute aquilienne (extra-contractuelle)
 - participation active et consciente
 - en violation d'une obligation contractuelle
 - approuvée par le débiteur de cette obligation
 - où le tiers impliqué doit avoir connaissance du lien contractuel



2. Clause de non-concurrence (1)

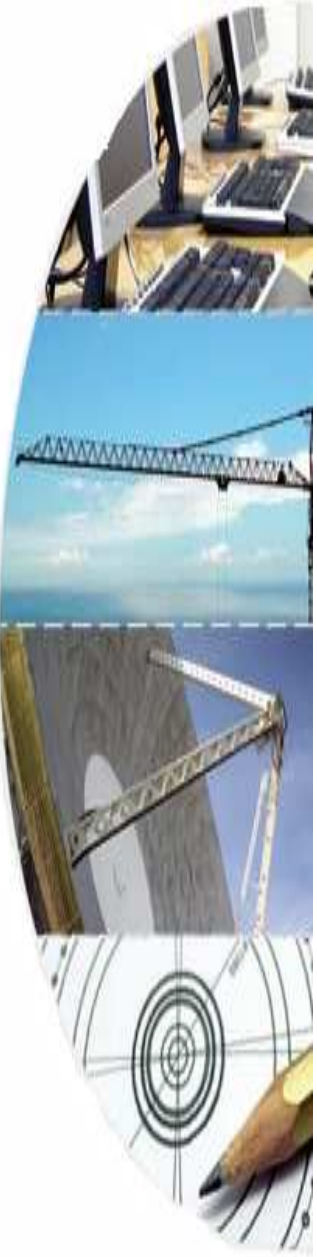
a. Validité de la clause

-Art 65 loi 03 juillet 1978 (loi sur les contrats de travail)

-conditions :

- prestations de même nature
- limité géographiquement à l'endroit où l'employé engendre une réelle concurrence
- Max 12 mois à compter de la fin du contrat de travail
- allocation de min 50 % du montant brut du salaire sur la période en question
- établi de manière écrite
 - dans le contrat de travail individuel
 - ou dans le règlement de travail (tribunal de travail de Bruxelles)
- prescrit à peine de nullité
 - nullité relative
 - nullité invocable uniquement par l'employé

18



2. Clause de non-concurrence (2)

b. Relation de travail entre la personne mise à disposition et le prestataire de service

- via un contrat de travail
- sous-traitance
- via des consultants indépendants

c. Contrat de “travail” entre le membre du personnel et le prestataire de service

- tenir compte du contenu du contrat de travail ou du contrat de sous-traitance concernant la clause de non-concurrence
- problème :
 - consultabilité des contrats
 - information confidentielle

3. Concurrence déloyale (embauche) (1)

a. Principe: liberté d'embauche de personnel

- inhérent à la vie économique
- liberté de travail

b. Circonstances

- voir jurisprudence et doctrine
- le débauchage crée une confusion entre entreprises
- l'objectif est de désorganiser la concurrence (pex: embauche massive du personnel d'un concurrent)
- vise à obtenir des secrets de fabrique ou de commerce
- le « débaucheur » se rend coupable de complicité dans la rupture du contrat

3. Concurrence déloyale (embauche) (2)

c. peut jouer même sans clause de concurrence dans les contrats

d. loi sur les contrats de travail : interdiction de concurrence déloyale

- l'employé :
 - ne peut pas divulguer des secrets de fabrique
 - ne peut pas prendre part ou contribuer à la concurrence déloyale
 - pendant et après la fin du contrat

4. Conclusion

- analyse au cas pas cas sur la base du contenu du contrat de travail
- le PA :
 - ne peut pas intervenir dans l'embauche de personnel
 - ne peut pas diffuser de liste du personnel présent
- pour les nouveaux contrats
 - exiger une clause de non-concurrence du nouveau prestataire de service
 - signature d'une déclaration
 - suffisant pour éviter les complicité tierce ?