

Fasc. 420 : L'Appel d'offres privé

JurisClasseur Contrats - Distribution

Première publication : 1er septembre 2024

Lucas Bettoni

Maître de conférences à l'université Toulouse Capitole, Centre de Droit des Affaires (EA780), Institut National Universitaire Champollion.

Points-clés

- L'appel d'offres constitue un type particulier de proposition de contracter, distinct de l'offre et de l'invitation à entrer en pourparlers (V. [n° 9 à 28](#)).
- L'appel d'offres sert aussi à désigner la procédure de mise en concurrence de cocontractants potentiels, laquelle donne naissance à un avant-contrat entre son organisateur et l'ensemble de ses participants (V. [n° 29 à 63](#)).
- L'organisateur de l'appel d'offres est libre de faire participer les entreprises de son choix et d'instaurer ou non une phase préalable de sélection de personnes admises à soumissionner (V. [n° 67 à 89](#)).
- Les participants ont l'obligation de respecter les règles fixées par l'organisateur quant à la forme, au délai et au contenu des offres soumissionnées (V. [n° 90 à 103](#)) ainsi que de ne pas entraver la concurrence suscitée (V. [n° 104 à 117](#)).
- *In fine*, l'auteur de l'appel est en droit de choisir l'offre qui lui paraît la plus acceptable ou de ne pas donner suite à son appel d'offres en le déclarant infructueux (V. [n° 131 à 137](#)).
- Les soumissionnaires évincés peuvent toutefois engager la responsabilité de l'appelant pour rupture brutale de relations commerciales établies (V. [n° 146 à 157](#)) ou pour violation de l'avant-contrat de mise en concurrence (V. [n° 158 à 167](#)).

Introduction

§ 1 Emprunt des méthodes de passation des commandes publiques

La pratique commerciale a toujours su faire preuve d'inventivité pour s'adapter à de nouvelles techniques ou à la complexité du monde des affaires (V. M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty : *Université des sciences sociales de Toulouse*, 1978, p. 235 s.). Si certaines de ses créations sont de véritables produits nouveaux ne pouvant se ramener à des modèles connus, d'autres constituent des emprunts de procédés connus, utilisés dans les systèmes juridiques étrangers ou en dehors des rapports entre commerçants. C'est ainsi que, pour la conclusion de ses contrats, la pratique commerciale recourt, depuis plusieurs années, aux " *modes de passation en usage dans la pratique administrative* " (F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif* : Thèse, LGDJ, 1981, p. 68), et en particulier à l'appel d'offres.

La liberté contractuelle, en ce qu'elle implique la liberté de choisir son cocontractant ([C. civ., art. 1102 al. 1er](#)), autorise les personnes privées à recourir à l'appel d'offres pour conclure leurs contrats (V. CA Amiens, 6 mai 1994, n° 94/4169 : [JurisData n° 1996-055689](#) : " Attendu qu'en matière de publicité, le principe de la liberté contractuelle qui préside à la formation des conventions entre agence et annonceur permet l'usage d'une mise en concurrence des agences, préalablement à l'échange des consentements entre les parties "). Son utilisation n'emporte ni requalification de ces derniers en contrats administratifs, ni application du droit de la commande publique ([Cass. 3e civ., 9 oct. 1991, n° 90-13.244](#) : [JurisData n° 1991-002627](#) ; [Bull. civ. I, n° 262](#)). L'appel d'offres privé obéit au droit commun des contrats, et plus précisément au droit commun de la formation des contrats que l'[ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016](#) a fait entrer dans le Code civil ([C. civ., art. 1112 et s.](#)).

§ 2 Première définition de l'appel d'offres

Une analyse sémantique de l'expression " appel d'offres ", à travers ses deux composantes, permet d'en donner une première définition.

Tout d'abord, l'expression comporte le terme " appel " qui désigne, dans le langage courant, " *l'action d'inviter quelqu'un, un groupe à une action* " (dictionnaire Le Grand Larousse illustré 2017). L'emploi de ce terme exprime déjà l'idée que l'auteur de l'appel d'offres, que l'on dénomme en pratique " appelant ", n'adopte pas une attitude passive, mais, au contraire, qu'il sollicite autrui, par ses déclarations ou ses agissements, en vue de la réalisation d'une certaine action.

Ensuite, l'expression est composée d'un second terme, l'offre, qui constitue une notion juridique aux contours parfaitement identifiés. Selon une définition communément admise, l'offre de contracter est " *la proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci* " (F. Terré et a., *Droit civil, Les obligations* : Dalloz, 12e éd., 2018, n° 165). Cette définition doctrinale fait apparaître une double exigence de fermeté et de précision qui a été reprise par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Ainsi, le [nouvel article 1114 du Code civil](#) indique que " *l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ".

Si l'on met en relation ces deux termes, on peut dire que l'appel d'offres constitue une invitation à formuler une offre de contracter. Émise par le destinataire de l'appel, l'offre présente donc la particularité d'être sollicitée et non spontanée. Plus avant, l'utilisation du terme " offres " au pluriel suggère que l'invitation vise à recueillir une pluralité d'offres de contracter. L'appel n'est pas adressé à une personne déterminée mais à plusieurs personnes déterminées ou indéterminées afin que chaque destinataire puisse formuler une offre de contracter. Après examen du contenu des offres recueillies, le sollicitant sera ainsi en mesure d'accepter celle qui lui paraît la plus avantageuse.

Au terme de cette première approche, l'appel d'offres peut ainsi se définir comme la sollicitation d'une pluralité d'offres. Cette définition servira de point de départ à l'analyse notionnelle qui sera menée par la suite.

§ 3 Sens de l'adjonction du terme privé

L'étude entreprise est limitée à l'appel d'offres privé. Par cette expression, il faut entendre appel d'offres lancé par une personne physique ou morale soumise au

droit privé, lequel désigne la branche du droit regroupant " l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux ou avec les collectivités privées, telles que les sociétés, les associations " (*F. Terré et N. Molfessis, Introduction générale au droit : Dalloz, 15e éd., 2023, n° 178*). Deux situations se trouvent alors exclues du champ de ce fascicule :

- **- Exclusion de l'appel d'offres des personnes publiques** : de manière générale, la formation des contrats administratifs est empreinte de " particularisme ", par rapport à celle des contrats de droit privé, en raison des contraintes qui pèsent sur l'Administration dans le choix de son cocontractant (*A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, t. 1 : LGDJ, 2e éd., 1983, p. 584. - V. aussi J. Waline, La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif, in Etudes offertes à J. Ghestin : LGDJ, 2001, p. 965 s., spéc. p. 978. - Et pour une comparaison entre l'appel d'offres privé et son homologue de droit public, L. Bettoni, Attribution des contrats par appel d'offres privé : quelles spécificités par rapport à la commande publique ? : Contrats-Marchés publ. 2019, étude 11*). Certes, les contrats administratifs naissent également de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Néanmoins, les personnes publiques sont soumises à des procédures de mise en concurrence préalables pour la conclusion de leurs principaux contrats devant être transparentes et égalitaires (*V. CCP, art. L. 3*). Il en va ainsi des marchés publics qui sont des contrats que les personnes publiques utilisent pour acheter, à des personnes privées, les prestations dont elles ont besoin et qu'elles ne sont pas capables, juridiquement ou techniquement, de réaliser elles-mêmes en matière de travaux, de fournitures et de services (*CCP, art. L. 1111-1*). Cet encadrement procédural du choix du cocontractant est fondé, d'une part, sur la préoccupation de protéger les intérêts financiers de l'Administration et, d'autre part, sur l'impératif de protection de la libre concurrence sur le marché européen.
- Pour la passation de ces marchés publics, l'appel d'offres s'impose comme la " procédure de principe ", autour de laquelle gravitent des " procédures d'exception " dont la mise en oeuvre est fondée sur la nature et/ou le montant du marché : procédures négociées, dialogue compétitif, concours et système d'acquisition dynamique (*S. Braconnier, Précis de droit des marchés publics : Le Moniteur, 4e éd., 2012, p. 299*). Défini à l'[article L. 2124-2 du Code de la commande publique](#) comme la " procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ", l'appel d'offres est obligatoire en cas de franchissement de seuils établis par un avis figurant en annexe au Code de la commande publique (*CCP, art. L. 2124-2 ; avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique : JO 7 déc. 2023*). Le recours à l'appel d'offres est ainsi obligatoire pour les marchés de fournitures et de services dont le montant estimé est supérieur ou égal à 143 000 euros HT pour l'État et 221 000 euros HT pour les collectivités locales. Lorsqu'il s'agit de marchés de travaux passés par l'État ou les collectivités locales, le seuil est établi à 5 538 000 euros HT. Lorsque les marchés de fournitures, de services ou de travaux sont passés par des entités adjudicatrices, c'est-à-dire des acheteurs publics qui sont en même temps opérateurs de réseaux, ou lorsqu'il s'agit de passer des marchés de défense ou de sécurité, l'appel d'offres est obligatoire à partir de 443 000 euros HT pour un marché de services ou de fournitures, et à partir de 5 538 000 euros HT pour les marchés de travaux. Le déroulement de la procédure d'appel d'offres est minutieusement réglementé par le nouveau Code de la commande publique qui rassemble les dispositions des [ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015](#) et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et de leurs décrets d'application résultant de la transposition de directives européennes. Les personnes publiques qui recourent à l'appel d'offres sont ainsi assujetties à de nombreuses obligations : obligation préalable de définir avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, obligation de lancer l'appel d'offres dans les formes et le respect de délai prescrits, interdiction de négocier le contenu des offres reçues, obligation de fonder le choix de son cocontractant sur une pluralité de critères portés à la connaissance des candidats, non discriminatoires et liés à l'objet du marché, obligation de pondération des critères, obligation de rejeter les offres non conformes ou encore obligation de motiver le rejet des offres (pour un panorama de ces règles, *V. JCI. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-10*) ;
- **- Exclusion de l'appel d'offres des personnes privées sous influence publique** : se situent en dehors du champ de cette étude les appels d'offres formulés par les personnes privées relevant du secteur public telles que les sociétés d'HLM, les sociétés d'économies mixtes ou les associations créées par les collectivités publiques sur le fondement de la loi du 1er juillet 1901 . En effet, ces acheteurs privés sont soumis, de la même manière que les acheteurs publics, aux dispositions du Code de la commande publique, et donc à l'obligation de recourir à l'appel d'offres en cas de franchissement des seuils communautaires (*CCP, art. L. 1211-1, 2° et 3°*). Comme certains auteurs l'expliquent, il s'agit de soumettre à la réglementation des marchés publics " la passation des contrats de personnes qui ne sont pas des personnes publiques traditionnelles, c'est-à-dire des personnes morales de droit public, mais qui, étant sous influence publique ou agissant dans le domaine dans lequel interviennent abondamment les personnes publiques proprement dites, relèvent néanmoins de ce qu'il est coutume d'appeler le "secteur public" et, dès lors, peuvent être tentées ou bien de donner une préférence aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché, ou bien de se laisser guider par des considérations autres qu'économiques " (*L. Rapp et Ph. Terneyre (ss dir.), Le Lamy droit public des affaires : Wolters Kluwers, 2015, p. 1274*).

§ 4 Cas de l'appel d'offres privé imposé par la loi

Il est à noter que l'appel d'offres est parfois imposé par la loi au-delà des cas des marchés publics et autres contrats de la commande publique. Sans exhaustivité, on peut citer le choix du syndic de copropriété (*L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 21, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*) ou encore la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions sportives par les ligues professionnelles (*C. sport, art. R. 333-3*). En droit des faillites, la procédure de dépôt et d'examen des offres de reprise dans le cadre du plan de cession d'une entreprise en difficulté s'analyse également en un appel d'offres privé (*V. L. Bettoni, Regards civilistes sur la procédure de dépôt et d'examen des offres de reprise dans le cadre du plan de cession d'une entreprise en difficulté : Mél. C. Saint-Alary-Houin : LGDJ, 2020, p. 61 et s.*). Si le choix du législateur peut être dicté par les vertus attachées au procédé de mise en concurrence (optimisation des besoins, préservation des intérêts financiers), le fait de rendre l'appel d'offres privé obligatoire répond à la nécessité de protéger un intérêt collectif, un groupe de personnes qui n'a pas d'emprise sur le choix du processus de sélection d'un contractant (*en ce sens, D. Voinot, L'obligation de mise en concurrence : Mél. D. Ferrier : LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 701 et s.*), comme par exemple les créanciers de l'entreprise en difficulté cédée dans le cadre d'un plan de cession.

§ 5 Une figure connaissant de nombreuses applications pratiques

L'appel d'offres n'est pas l'apanage des personnes publiques. De l'observation de la pratique, il ressort que les personnes privées y ont volontairement recours pour la conclusion de leurs contrats. La préservation des intérêts financiers, qui fonde le recours aux appels d'offres en droit public, n'est pas, en effet, une préoccupation étrangère aux personnes privées. Si ces dernières mettent en concurrence leurs cocontractants potentiels, c'est également dans le but d'obtenir la meilleure prestation au prix le plus bas ou de fournir une prestation au prix le plus fort.

Sans prétendre dresser un inventaire exhaustif des applications pratiques de l'appel d'offres privé, il est néanmoins possible de signaler les domaines d'utilisation les plus notables :

- **- Construction immobilière** : l'appel d'offres est une pratique particulièrement répandue dans le secteur de la construction immobilière. De fait, pour la passation des marchés privés de travaux, lorsque les travaux sont d'une certaine importance, le maître de l'ouvrage met en compétition plusieurs entrepreneurs en procédant à des appels d'offres (V. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher, *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, 12e éd., 2023, n° 723. - A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, 14e éd., 2021, n° 519. - J. Montmerle et a., *Passation et exécution des marchés privés de travaux* : Le Moniteur, 5e éd., 2006, n° 311). Le procédé est systématiquement utilisé pour la réalisation de projets internationaux de construction (V. P. Glavinis, *Le contrat international de construction* : Thèse, Joly Éditions, 1998, n° 70. - Ph. le Tourneau, *Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle. Conception* : [JCI Contrats-Distribution, fasc. 1820](#). - CNUDCI, *Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux d'installations industrielles* : Publication des Nations Unies, 1988, p. 25 s.). Mais il peut également être appliqué dans les marchés privés nationaux, surtout lorsqu'ils sont techniques et coûteux. La pratique de l'appel d'offres privé serait d'ailleurs apparue pour la première fois dans le domaine de la construction. Des ouvrages relativement anciens, tels que le *Traité des obligations* de Demogue paru en 1923 (R. Demogue, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. 2 : Paris, 1923, n° 615) ou encore la thèse consacrée au refus de contracter de M. Serna datée de 1967 (J.-Ch. Serna, *Le refus de contracter* : Thèse, LGDJ, 1967, p. 185 et s.), font en effet déjà état du recours à cette pratique pour les grands projets de construction ;
- **- Cession d'entreprise** : l'appel d'offres est utilisé comme instrument de cession d'actions ou de parts détenues au sein d'une société. Depuis le début des années 80, en effet, les cessions d'entreprises non cotées en bourse s'opèrent selon la méthode dite de l'*open bid*, inspirée de pratiques anglo-saxonnes (V. B. Amann, *L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques* : LPA 1991, n° 30, p. 11 s. ; *L'open-bid : aspects juridiques (2e partie)* : LPA 1991, n° 76, p. 27 s. - G. Agasse et L.-B. Eudes, *Technique de l'Open bid* : Dr. & patr. 1997, n° 55, p. 42 s. - O. Meier et G. Schier, *Fusions Acquisitions* : Dunod, 4e éd., 2008, p. 167 s. - [JCI Sociétés Formulaire, fasc. Q-10, n° 11](#)). Cette méthode de vente consiste à organiser une mise en concurrence de plusieurs acheteurs potentiels, en alternant des périodes de transmission d'informations sur l'entreprise-cible et des périodes de soumission d'offres. Parfois qualifié improprement de "vente aux enchères d'entreprises" (P. Spiteri, *La vente aux enchères d'une entreprise (open bidding)* : JCP E 1997, I, 13502), l'*open bid* constitue en réalité une forme d'appel d'offres car les associés ou les actionnaires de la cible restent libres de conclure l'opération avec le participant qu'ils souhaitent, même si celui-ci n'a pas proposé l'offre financière la plus intéressante. Pour les cessions qui ne sont pas soumises à la réglementation du droit boursier et qui représentent, dans les faits, la grande majorité des opérations de fusion-acquisition, l'appel d'offres par *open bid* a connu un fort développement car la mise en compétition des acquéreurs potentiels qu'il implique constitue, pour un vendeur, "la meilleure garantie de maximisation du prix de vente de la société cible" (O. Meier et G. Schier, *préc.*, p. 167) ;
- **- Vente d'immeuble** : l'appel d'offres est également employé dans le domaine de la vente immobilière (Th. Delesalle et O. Herrnberger, *Les nouveaux appels d'offres privés en matière immobilière : les datas-rooms*, in *La vente d'immeuble : sécurité et transparence* : ACNF, n° 1380 s.). Il consiste à demander à un certain nombre de personnes de proposer une offre en vue de l'acquisition d'un bien immobilier. L'observation de la pratique montre que cette technique est utilisée par les grandes entreprises qui souhaitent mettre en concurrence plusieurs acquéreurs potentiels afin d'obtenir le meilleur prix pour la vente de leur immeuble. Lorsqu'il s'agit de vendre plusieurs immeubles, voire un parc immobilier entier, les entreprises ont souvent recours à la méthode dite du *data room* qui est une forme évoluée d'appel d'offres immobilier calquée sur l'*open bid*. Cet appel d'offres "consiste à réunir un ensemble de documents complets sur un bien, à les mettre à disposition d'acquéreurs potentiels choisis par le propriétaire dans un délai précis et pendant un délai prédéfini, aux termes duquel ces candidats doivent formuler une offre d'achat" (Th. Delesalle et O. Herrnberger, *préc.*, n° 1387). L'expression "data room" fait ainsi référence à la salle mise à la disposition des candidats pour consulter l'ensemble des informations juridiques, techniques, fiscales et financières sur l'immeuble mis en vente ;
- **- Acquisition de produits et de prestations de service** : l'appel d'offres occupe une place prépondérante dans la politique d'achat des grandes entreprises. Ces dernières organisent des appels d'offres pour mettre en concurrence plusieurs partenaires commerciaux potentiels afin de répondre à leurs besoins en produits ou services. Les appels d'offres sont notamment mis en oeuvre par des industriels de différents secteurs d'activité (aéronautique, agroalimentaire, automobile, électronique, énergie, sidérurgie) pour sélectionner leurs sous-traitants (G. Valentin, *Les contrats de sous-traitance* : Thèse, Litec, 1979, n° 40 s. - V. aussi Th. Charles, *La protection légale du sous-traitant : une législation en creux* : AJCA 2015, p. 452 s.) et par les enseignes de la grande distribution pour référencer leurs fournisseurs (V. *Fédération des entreprises du commerce et de la distribution et Fédération des entreprises et des entrepreneurs de France, Guide de bonnes pratiques en matière de relations commerciales dénommé "Plateforme Différenciée PME" entre TPE, PME et ETI et les enseignes de la distribution*, 2013, spéc. p. 3 : document disponible en ligne : www.feef.org/). Ils peuvent porter sur la fourniture de tous types de produits, tels que des produits autoconsommés (papier, équipement informatique), des produits destinés à la production (achat de matières premières agricoles pour la production de produits alimentaires) et des produits destinés à être revendus en l'état (produits vendus sous marque de distributeur), ainsi que sur la réalisation de prestations de services comme des prestations de nettoyage, de transport ou de formation professionnelle.

§ 6 Et suscitant un contentieux abondant

Les appels d'offres pratiqués par les personnes privées génèrent plusieurs types de contentieux.

Au vu du nombre de décisions de justice rendues, le contentieux relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies est, de très loin, le plus abondant (V. faculté de droit de Montpellier, *Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales appliquant le titre IV du livre IV du Code de commerce, Période du 1er janvier au 31 décembre 2022* : *Rapp. CEPC 2023*). Sans doute incités à agir parce qu'ils n'ont plus rien à perdre, de nombreux partenaires commerciaux évincés à la suite d'un appel d'offres assignent son auteur en responsabilité sur le fondement de l'[article L. 442-1, II, du Code de commerce](#). L'appel d'offres pose la question du respect des conditions d'application de ce dispositif et notamment de celle tenant au caractère établi de la relation commerciale rompue. Il est en effet susceptible de rendre précaire la relation commerciale initialement nouée entre l'auteur de l'appel d'offres et le partenaire commercial, en raison de l'aléa que fait peser la mise en concurrence sur la poursuite de ladite relation (V. [n° 148 s.](#)). Le recours à l'appel d'offres est sujet à controverses lorsque des grands

distributeurs ou des industriels mettent en concurrence leurs fournisseurs ou leurs sous-traitants à la fin de chaque période contractuelle dans l'unique but de priver la relation commerciale de son caractère établi et, ainsi, de l'exclure du champ d'application de la loi (V. *M. Behar-Touchais, Plaidoyer pour un double revirement de jurisprudence sur l'influence des appels d'offres sur la rupture brutale des relations commerciales établies* : [JCP E 2023, 1265](#)).

Des offrans déçus de ne pas avoir été retenus peuvent également mettre en cause l'auteur d'un appel d'offres sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile afin d'obtenir réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat escompté et des frais de préparation des offres (V. [n° 163 s.](#)). Plusieurs décisions identifient ainsi les comportements fautifs susceptibles d'être commis par l'appelant et précisent les différents chefs de préjudices réparables.

Enfin, de nombreuses décisions de l'Autorité de la concurrence sanctionnent les ententes établies entre offrans pour fausser la concurrence instaurée au départ par l'appel d'offres (V. [n° 105 s.](#)). Si la majorité de ces décisions concernent des appels d'offres lancés par des personnes publiques pour la passation de leurs marchés, certaines sanctionnent des concertations entre offrans mises en oeuvre dans le cadre d'appels d'offres privés.

§ 7 Mais assez peu étudiée

En dépit de ses nombreuses applications pratiques dans les rapports entre personnes privées et du contentieux qu'il suscite, l'appel d'offres n'avait jamais, jusqu'à notre thèse (*L. Bettoni, L'appel d'offres privé* : Thèse, LexisNexis, 2018, préf. N. Ferrier. - V. aussi, N. Mathey (ss dir.), *Guide de la négociation contractuelle* : LexisNexis, 2024, fiches n° 53 à 58, par L. Bettoni), fait l'objet d'une étude d'ensemble en droit privé.

Certes, des travaux sur le sujet existaient. Néanmoins, la doctrine adoptait, globalement, une approche descriptive plutôt que théorique pour appréhender l'appel d'offres privé. La plupart de ces études sont, en effet, destinées aux praticiens. Elles ont pour objet d'identifier les principales difficultés auxquelles ces derniers sont régulièrement confrontés dans la mise en oeuvre d'un appel d'offres et d'y apporter des réponses précises. En outre, ces études pratiques se cantonnaient à des domaines particuliers : les marchés privés de travaux, la sous-traitance, les opérations informatiques, etc. Les rares études consacrées à une analyse juridique étaient parcellaires. Elles se focalisaient, le plus souvent, sur des aspects particuliers de l'appel d'offres, tels que son impact sur la rupture d'une relation commerciale établie ou les ententes nouées entre les offrans. À l'inverse, l'appel d'offres a rarement fait l'objet d'analyses en droit commun des obligations, tout particulièrement sur un plan notionnel. À cet égard, la place qu'il occupe dans les ouvrages contemporains de droit des obligations est révélatrice d'un certain désintérêt des spécialistes de cette matière. Si certains accordent à l'appel d'offres de brefs développements lorsqu'il s'agit de définir l'offre de contracter et de la distinguer de notions voisines (*J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, t. 1, L'acte juridique* : Dalloz-Sirey, 17e éd., 2022, n° 193. - *J.-L. Aubert et F. Collart Dutilleul, Le contrat, Droit des obligations* : Dalloz coll. Connaissance du droit, 4e éd., 2010, p. 41, passage cependant disparu de la dernière édition), la grande majorité de ces ouvrages se bornent à en signaler l'existence (*M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral* : PUF, 5e éd., 2019, n° 405. - *B. Fages, Droit des obligations* : LGDJ, 12e éd., 2023, n° 77. - *Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube Droit des obligations* : LexisNexis, 16e éd., 2021, n° 132), voire n'en font aucune mention (*J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1, Le contrat, Le consentement* : LGDJ, 4e éd., 2013. - *Ch. Larroumet et S. Bros, Traité de droit civil, t. III, Les obligations, Le Contrat* : Economica, 8e éd., 2016, n° 248. - *Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations* : LGDJ, 11e éd., 2020, n° 279). Parfois encore, l'appel d'offres est confondu avec la notion voisine d'invitation à entrer en pourparlers (*V. M. Faure-Abbad, L'impact des règles de conclusion des contrats, in Colloque L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et de l'immobilier* : RDI 2016, p. 316 s., spéc. p. 319) et les rapports juridiques qui unissent son auteur et les offrans sont assimilés à de simples pourparlers (*V. A. Bénabent, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, 14e éd., 2021, n° 519). On signalera toutefois les développements substantiels que l'auteur d'un ouvrage pionnier sur les contrats d'affaires réserve à l'appel d'offres (*F. Buy, Droit des contrats d'affaires* : LGDJ, 2023, n° 70 s.).

§ 8 Démarche et plan retenus

En raison de ses nombreuses applications pratiques, de l'abondance du contentieux suscité et du caractère parcellaire et limité des analyses juridiques existantes, l'appel d'offres justifiait qu'une étude de systématisation soit menée en droit privé.

L'analyse notionnelle entreprise dans un premier temps doit permettre de dégager les éléments caractéristiques de l'appel d'offres privé et, ainsi, de le distinguer d'institutions juridiques voisines telles que l'offre ou les pourparlers (I).

De manière générale, l'analyse de critères d'appartenance à une notion n'a de sens que si un régime particulier lui est associé. Aussi s'agit-il de montrer dans un second temps que l'appel d'offres privé donne lieu à l'application de règles spécifiques dont l'ensemble forme un régime qui lui est propre (II).

I. Notion d'appel d'offres privé

§ 9 Notion duale

Sur un plan notionnel, l'appel d'offres privé est susceptible de deux acceptions. Dans la ligne directe de son appellation, il désigne une invitation à soumettre des offres et que nous dénommerons " invitation à soumissionner ". Il s'agit d'un type de proposition de contracter à part entière, distinct des propositions traditionnelles que sont l'offre et l'invitation à entrer en pourparlers (A). À le concevoir ensuite comme une procédure de mise en concurrence de cocontractants potentiels pour la conclusion du contrat définitif, l'appel d'offres privé donne naissance à un avant-contrat entre son organisateur et ses participants (B).

A. L'invitation à soumissionner

§ 10 Autonomie de cette invitation ?

Considérant que le défaut de précision ou de fermeté disqualifie une offre en " invitation à entrer en pourparlers ", l'article 1114 du Code civil conduit à classer toutes les propositions de contracter en deux catégories : soit celle des offres, soit celle des invitations à entrer en pourparlers. Or, cette approche binaire ne rend pas compte de la complexité de la pratique qui connaît des propositions intermédiaires aux degrés de précision et de fermeté plus ou moins prononcés. À titre d'exemples, les offres de professionnels sujettes à confirmation mais proposées *ne varietur* aux consommateurs (*V. B. Gross, La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation, in Études Roblot* : LGDJ, 1984, p. 433 et s. - *S. Erhardt, La clause de confirmation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives* : Contrats, conc. comsom. 2007, étude 1) ou encore les propositions et contre-propositions partielles successivement échangées lors des négociations (*V. M. Fontaine, Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats, in Mél. offerts à P. Van*

Ommeslaghe : Bruylant, 2000, p. 115 s., spéc. n° 8) ne sont certainement pas des offres mais ne constituent pas, pour autant, des invitations à entrer en pourparlers.

Il s'agira donc ici de déterminer si l'invitation à soumissionner peut ou non se ramener à l'une ou l'autre des propositions de contracter consacrées dans le Code civil. Pour ce faire, il convient d'analyser, successivement, le contenu de l'invitation à soumissionner **(1°)** et la volonté exprimée par son auteur **(2°)**.

1° Contenu de l'invitation

a) Éléments essentiels du contrat projeté

§ 11 Considérations préalables sur les éléments essentiels

Conformément à l'[article 1114 du Code civil](#), une offre de contracter, pour valoir comme telle, doit comporter les " *éléments essentiels du contrat envisagé* ". C'est dire qu'il n'est pas nécessaire que l'accord ait effectivement porté sur toutes les modalités du contrat envisagé, étant aussi précisé qu'il est naturellement loisible à un offrant d'être plus précis et de faire une proposition plus détaillée (ex. : une offre de contrat d'adhésion). Selon la doctrine, les éléments essentiels désignent " *les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* " (Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations* : Thèse, Aix-Marseille, 1981, p. 198), " *les éléments qui sont structurellement nécessaires à l'acte, c'est-à-dire qui lui assurent de pouvoir être exécuté sans nouvel accord de volonté* " (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *préc.*, n° 844). S'agissant d'une vente, la Cour de cassation, en s'appuyant sur la lettre de l'[article 1583 du Code civil](#), retient que " *la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et que le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente* " (*Cass. 3e civ., 14 janv. 1987, n° 85-16.306 : JurisData n° 1987-099303* ; D. 1988, p. 80, note J. Schmidt). De même, la chose louée et le montant des loyers ont été considérés comme essentiels à la conclusion d'un contrat de bail (*Cass. 3e civ., 27 juin 1973, n° 72-12.321 : JurisData n° 1973-000446* ; Bull. civ. III, n° 446). En revanche, d'après une jurisprudence constante, " *un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage* " (*Cass. 1re civ., 15 juin 1973, n° 72-12.062 : JurisData n° 1973-000202* ; Bull. civ. I, n° 202 ; solution validée par le [nouvel article 1165 du Code civil](#)).

§ 12 Détermination de la prestation

De l'observation de la pratique, il apparaît que l'invitation à soumissionner définit, avec précision, la prestation objet du contrat envisagé, que celle-ci soit proposée ou attendue.

Lorsque la prestation à accomplir est attendue par l'auteur de l'appel, telle la réalisation d'un marché de travaux, l'invitation à soumissionner fournit aux entrepreneurs des informations sur la nature et l'étendue du travail à accomplir (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher *préc.*, n° 723). Pour la construction d'un immeuble, le maître de l'ouvrage doit ainsi déterminer le type d'ouvrage commandé (immeuble à usage d'habitation, installation industrielle, etc.), l'ampleur de la construction à réaliser (construction de l'ouvrage dans son ensemble ou de certaines de ses composantes telles que les travaux de génie civil, la construction des bâtiments ou encore la fourniture et la mise en place des équipements) et les caractéristiques techniques de l'ouvrage. De même, en vue de l'achat d'un produit, il importe que l'invitation à soumissionner décrive aux fournisseurs ou sous-traitants potentiels les caractéristiques qualitatives et quantitatives attendues. Cette description est souvent formalisée dans un cahier des charges, particulièrement lorsque la prestation demandée est complexe. Il s'agit d'un document de travail visant à spécifier les attentes du client vis-à-vis d'un produit à fournir ou d'une prestation de service à accomplir (Ph. le Tourneau *(ss dir.)*, *Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz Action*, 13e éd., 2023, n° 3112-273).

Il en va de même lorsque la prestation est elle-même proposée par l'appelant. Par exemple, dans le cadre d'un *open bid*, le cédant communique aux acquéreurs potentiels un dossier, dénommé *memorandum*, contenant des informations sur les principales caractéristiques de l'entreprise à vendre, son marché et sa situation financière : documents comptables, rapports des commissaires aux comptes, statuts de la société, copie des baux et des titres de propriété, listing du personnel, etc. (B. Amann, *L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques, préc.*, n° 20).

§ 13 Conformité de la détermination à l'exigence de précision de l'offre

L'[article 1163 du Code civil](#) exige que la prestation soit déterminée ou déterminable dès la conclusion du contrat. Il signifie, implicitement mais nécessairement, que la prestation doit être déterminée ou déterminable au moment de l'offre, de façon à ce que son acceptation puisse valoir conclusion du contrat. La nécessité de la détermination de l'objet de l'obligation dans l'offre est néanmoins interprétée soupagement par la jurisprudence, spécialement à propos de la vente et du louage d'ouvrage. Ainsi, en matière de vente, les tribunaux s'accommodent d'une description sommaire de la chose dans l'offre de vente et d'un renvoi à une précision ultérieure (V. not. *Cass. 3e civ., 2 juill. 1997, n° 95-18.303 : JurisData n° 1997-003147* ; Bull. civ. III, n° 162. - Rappr. Conv. Vienne, 11 avr. 1980 sur la *vente internationale de marchandises*, art. 14-1). Pareillement, un accord de volontés sur le travail à accomplir est nécessaire à la formation du contrat d'entreprise sans pour autant qu'une prestation précisément définie dès l'origine soit indispensable, et ce afin de laisser à l'entrepreneur la marge de liberté nécessaire à l'exercice de son savoir-faire ou à l'expression de son talent (V. en ce sens, P. Puig, *Contrats spéciaux : Dalloz*, 7e éd., 2017, n° 838). Suivant l'état de la jurisprudence, dans la mesure où les caractéristiques de la chose vendue ou du travail à accomplir sont portés à la connaissance des soumissionnaires, on peut sans difficulté admettre que, pour la prestation, la condition de précision de l'offre est respectée par l'invitation à soumissionner.

§ 14 Indétermination du prix

En théorie, une invitation à soumissionner pourrait fixer le prix de la prestation envisagée. Par exemple, il n'est pas interdit à un maître de l'ouvrage de déterminer lui-même le prix de l'ouvrage à construire, à charge alors pour les entrepreneurs de lui proposer les méthodes de construction, les matériaux qu'ils vont utiliser et les délais de livraison.

Une telle répartition des rôles dans la définition des conditions du contrat projeté paraît toutefois constituer une pure hypothèse d'école. Dans les faits, il s'avère que la contrepartie financière de la prestation envisagée n'est pas proposée par l'auteur de l'invitation mais par les soumissionnaires. D'une façon générale, en effet, le prix constitue le principal paramètre sur lequel la concurrence entre opérateurs économiques joue (J.-B. Racine, *La notion de prix en droit contemporain des contrats : RID éco.*, 1999, p. 77 s., *spéc. p. 80*). Il n'est donc guère étonnant que le prix soit le principal élément contractuel sur lequel les entreprises se font concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres (V. en ce sens, P. Glavinis, *préc.*, n° 73). L'indétermination du prix dans l'invitation à soumissionner constitue, en pratique, une donnée constante, quelle que soit la nature de la prestation envisagée par son auteur. Ainsi, pour la construction d'un immeuble par exemple, le maître de l'ouvrage demande aux entrepreneurs de préciser, dans leur soumission, le prix pour lequel ils sont prêts à exécuter les travaux. Dans le

même sens, un auteur souligne qu'un contrat d'achat informatique se conclut sur la base du cahier des charges établi par le maître d'ouvrage et l'acceptation par ce dernier de la proposition technique et financière d'un soumissionnaire (*M. Vivant (ss dir.), Lamy droit du numérique : Wolters Kluwers, 2016, n° 734*). Concernant également la vente d'entreprise ou d'immeuble, c'est bien l'auteur de l'appel d'offres qui invite les acquéreurs potentiels à formuler un prix d'achat à partir d'un projet d'acte énumérant les conditions de la vente (*Th. Delesalle et O. Herrnberger, Les solutions modernes centrées sur l'appel d'offres, préc., n° 1382*).

§ 15 Même en cas de mise à prix

Il peut toutefois arriver que l'invitation à soumissionner comporte une mise à prix, comme c'est souvent le cas pour les cessions d'entreprises (*V. P. Spitéri, préc., n° 4*). Lorsque c'est la vente d'un bien qui est envisagée, la mise à prix correspond à " la somme minimum à partir de laquelle la personne qui poursuit la vente consent à transférer la propriété de son bien " (*L. Mauger-Vielpeau, Les ventes aux enchères publiques : Thèse, Economica, 2002, n° 123, p. 119*). Quand il s'agit de demander un produit ou un service, la mise à prix constitue, au contraire, le prix maximum au-delà duquel l'acheteur refuse d'acquiescer le produit ou le service. De prime abord, la mise à prix semble correspondre à la détermination d'un prix. En ce qui concerne les ventes aux enchères publiques, des auteurs avaient estimé que la mise à prix constitue un prix véritable, " un minimum dont le futur vendeur déclare d'avance se contenter " (*G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil, t. 3, Sûretés réelles, contrats civils : LGDJ, 1958, n° 1342, p. 456*). En réalité, une mise à prix n'est pas le prix du contrat proposé mais une simple indication (*V. en ce sens, A. Vialard, L'offre publique de contrat : RTD civ. 1971, p. 750 et s., spéc. n° 41*). Ainsi que l'explique le professeur Mauger-Vielpeau à propos de la vente aux enchères, la mise à prix ne représente qu'" un élément temporaire destiné à être modifié au fur et à mesure des enchères et qui disparaît dès que la première enchère est émise " (*L. Mauger-Vielpeau, préc., n° 123, p. 121*). La fixation préalable d'une mise à prix ne remet aucunement en cause le fait que les destinataires de l'invitation à soumissionner proposent des prix et que le prix contractuel correspond à celui proposé par le soumissionnaire retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence.

§ 16 Conséquences de l'indétermination du prix

Les conséquences de l'indétermination du prix dans l'invitation à soumissionner varient selon que le contrat proposé porte sur la vente d'un bien ou sur une prestation de service :

- **- Dans une proposition de contrat de vente** : la formation du contrat de vente nécessite la fixation d'un prix déterminé, c'est-à-dire chiffré, ou rendu objectivement déterminable indépendamment de la volonté d'une seule des parties (*C. civ., art. 1591 et 1592*). Dès lors, nulle proposition de vendre ou d'acheter ne saurait constituer une offre de vente ou d'achat sans mention d'un prix déterminé ou déterminable (*J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, préc., n° 133*). Lorsque l'objet de la prestation envisagée par l'appelant est une chose au sens de l'[article 1583 du Code civil](#), l'absence de prix déterminé, ou même déterminable, dans l'invitation à soumissionner empêche qu'il lui soit reconnu la qualité d'offre de vente ou d'achat. La cour d'appel de Pau est venue clairement l'affirmer à propos de la vente d'immeuble : " appel d'offres ne vaut pas offre de vente [...] faute de prix déterminable " (*CA Pau, 7 sept. 2010, n° 08/01896*) ;
- **- Dans une proposition de contrat de prestation de service** : si l'[article 1165 du Code civil](#) autorise la fixation unilatérale du prix par son créancier lors de l'exécution du contrat de prestation de service, c'est bien que le prix peut ne pas être déterminé, ni même déterminable, au moment de sa conclusion (*J. Moury, La détermination du prix dans le " nouveau " droit commun des contrats : D. 2016, p. 1013 et s., spéc. n° 3*) et que, par conséquent, une offre de prestation de service peut demeurer imprécise à ce sujet. Lorsqu'elle projette la conclusion d'un contrat de prestation de service, l'invitation à soumissionner contient le seul élément indispensable à sa formation, à savoir la détermination du travail à accomplir. La condition de précision requise dans l'offre se trouve, de fait, remplie, alors même que l'invitation ne renferme aucun prix. Par conséquent, si on se limite au contenu de la proposition, l'invitation à soumissionner peut parfaitement constituer une offre de contrat de prestation de service.

b) Éléments accessoires du contrat projeté

§ 17 Considérations préalables sur les éléments accessoires

Les éléments accessoires du contrat envisagé peuvent se définir négativement comme ceux qui ne sont pas ses éléments essentiels en considération de la nature du contrat proposé (*V. en ce sens, A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat : Thèse, PUAM, 1992, n° 392*). Positivement, il s'agit des dispositions du contrat qui en " régissent l'exécution : modalités de paiement, lieu de livraison, tribunal compétent, etc. " (*J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, préc., n° 155*). Dans la vente par exemple, alors que la chose et le prix forment les éléments essentiels à la qualification d'un contrat en vente, les éléments accessoires régissent les modalités de livraison de la chose et de paiement du prix : où, quand, comment sera livrée la chose, payé le prix, etc.

§ 18 Détermination des éléments accessoires

L'invitation à soumettre des offres présente la particularité d'arrêter tout ou partie des éléments accessoires du contrat proposé tantôt en intégrant directement dans sa proposition un projet de contrat, tantôt en se référant à l'application d'un contrat-type.

§ 19 Projet de contrat

L'invitation à soumissionner comporte souvent un projet de contrat formalisant les stipulations du futur contrat voulues par l'appelant (sur la notion de projet de contrat, *V. L. Rozès, Le projet de contrat, in Mél. L. Boyer : Presse UT1, 1996, p. 639 et s. ; Projets et accords de principe : RTD com. 1998, p. 501 et s. - V. aussi J.-N. Stoffel, Le projet d'acte juridique : Thèse, PUAM, 2020*). Cette " trame contractuelle " insérée dans l'invitation à soumissionner vise à présenter aux entreprises destinataires les " principales modalités contractuelles escomptées " (*G. Cordier, Les requests for proposal relatifs aux opérations informatiques : Comm. com. électr. 2009, prat. 10*), c'est-à-dire des éléments accessoires du contrat proposé. Celle-ci " se présente matériellement sous la forme d'un document standard, très précis à rubriques pré-imprimées " (*G. Cordier, Les requests for proposal relatifs aux opérations informatiques, préc.*). Il comporte des clauses contractuelles pré-remplies (clauses de livraison précisant les dates et lieux, modalités de paiement, garanties et sûretés exigées, clauses de responsabilité et de résiliation, clauses relatives au droit applicable et au règlement des litiges, etc.), mais aussi des clauses " laissées en blanc " (principalement la clause de prix, à laquelle peut éventuellement s'ajouter les délais pour l'exécution des travaux ou encore les méthodes détaillées de fabrication ou de construction) que les

soumissions des entreprises sollicitées devront compléter (sur la pratique des mentions en blanc dans les actes, V. A. Ganzer, *Les mentions en blanc dans les contrats* : LPA 1994, n° 154, p. 1 s.). Mais d'une façon générale, l'observation de la pratique révèle que les clauses laissées en blanc par le rédacteur du projet demeurent peu nombreuses (V. en ce sens, B. Amann, *L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques, préc.*).

§ 20 Contrat-type

Il est d'usage que l'auteur d'une invitation à soumettre des offres ait recours aux contrats-types pour la construction d'immeuble ainsi que pour l'achat de produits ou de services (V. J. Léauté, *Les contrats-types* : RTD civ. 1953, p. 429 et s. - A. Rieg, *Contrat type et contrat d'adhésion*, in *Études de droit comparé, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 33 : 1970, p. 105 s. - [JCl. Contrats-Distribution, fasc. 60](#)).

Dans le domaine de la construction, les appels d'offres se réfèrent souvent à des contrats-types au sens de modèles établis par des tiers. Au niveau national, c'est la norme NF P. 03-001 de l'Association française de normalisation qui est le plus fréquemment utilisée (Afnor, *Norme NF P03-001, Cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés*, 5 déc. 2000). Sur le plan international, il s'agit des contrats établis par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (V. C.-R. Seppala, *Les nouveaux modèles FIDIC de contrats de construction internationale* : RDI 2002, p. 183 s. - E. Peterson, *Ventes d'ensembles industriels et conditions* : FIDIC, DPCI, 1978, p. 221 s.).

Dans le domaine des achats, les grandes entreprises ont recours à des contrats-types qu'elles élaborent elles-mêmes, dénommées conditions générales d'achat, afin d'imposer à l'ensemble de leurs clients et sous-traitants des clauses contractuelles standardisées (A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, in *Mél. A. Jauffret* : PUAM, 1974, p. 621 s., spéc. p. 622-623. - V. sur cette notion, F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté* : Thèse, LGDJ, 2004). Lorsqu'elles recourent à l'appel d'offres pour acquérir des produits ou des services, les entreprises indiquent, dans leur appel, que l'exécution du contrat conclu avec le fournisseur ou le sous-traitant retenu se fera en application de leurs propres conditions générales d'achat (V. Th. Charles, *préc.*, p. 454). L'insertion de clauses de ce type dans les invitations à soumettre des offres est pratiquement devenue de style : " Cette fourniture se fera avec application de nos conditions générales d'achat dont vous trouverez un exemplaire en pièce-jointe. En cas de contradiction avec vos conditions générales, ce seront nos conditions d'achat qui prévaudront ". Parfois même, les grands industriels imposent aux fournisseurs la signature de leurs conditions générales d'achat pour recevoir les consultations pour l'attribution des marchés à venir (V. CEPC, *avis n° 14-06 relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles* : *Rapp. CEPC 2014*).

§ 21 Conséquences de la définition des éléments accessoires

Grâce à l'établissement d'un projet de contrat ou d'un contrat-type, l'auteur de l'invitation à soumissionner définit donc, en totalité ou presque, les éléments accessoires du contrat proposé. Toutefois, l'invitation à soumissionner ne saurait se distinguer de l'offre du seul fait que la première de ces propositions détermine constamment les droits et des obligations des parties au contrat envisagé. En énonçant dans son nouvel article 1114 que " l'offre comprend les éléments essentiels du contrat envisagé ", le Code civil n'exige pas en effet qu'une telle proposition soit complète et indique l'ensemble des conditions accessoires régissant l'exécution du contrat. En revanche, en concevant comme le faisait Aubert l'invitation à entrer en pourparlers comme " une prise de contact, entre plusieurs personnes, en vue sans doute de relations contractuelles futures, mais dont les contours sont encore très imparfaitement dessinés... sans préfiguration de la situation contractuelle à venir " (J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat* : Thèse, LGDJ, 1970, n° 6), l'invitation à soumissionner s'en différencie nettement. Pourtant, la catégorie des invitations à entrer en pourparlers n'est pas homogène sur le plan du contenu. S'il est vrai que, le plus souvent, l'invitation à entrer en pourparlers se singularise par un " caractère très vague " (J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *préc.*, n° 132), il est des cas, plus exceptionnels, où la précision de l'initiative pourrait suffire à emporter la formation du contrat si celle-ci n'était pas assortie d'une réserve. La liberté contractuelle n'interdit pas en effet à une partie d'inviter l'autre à entrer en pourparlers sur la base de conditions contractuelles toutes déjà prédéfinies (V. en ce sens, F. Limbach, *préc.*, n° 233). Or, lorsque l'invitation à négocier comporte déjà des modalités précises d'exécution, la distinction avec l'invitation à soumissionner devient impossible.

À ce stade, il n'est pas donc encore possible de différencier, de manière certaine, l'invitation à soumissionner des autres propositions de contracter que sont l'offre et l'invitation à entrer en pourparlers. L'analyse de la volonté exprimée par l'auteur de cette invitation va permettre, en revanche, de la singulariser.

2° Volonté de l'auteur de l'invitation

§ 22 Élément intentionnel de l'invitation à soumissionner

Après avoir vu que leurs contenus respectifs ne permettaient pas toujours de les différencier, il faut se demander si l'appel d'offres peut se distinguer de l'offre et de l'invitation à entrer en pourparlers sur un plan intentionnel, psychologique. À cet égard, il apparaît qu'à la différence de l'offrant, l'appelant exprime la volonté de ne pas être lié par l'acceptation de son appel (a) et que, contrairement à l'auteur d'une invitation à entrer en pourparlers, il n'est pas animé de l'intention d'entreprendre des négociations (b).

a) Volonté de ne pas conclure le contrat envisagé

§ 23 Présence de réserves dans l'invitation à soumissionner

On désigne par réserve la restriction apportée par le proposant à sa volonté de contracter (V. B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques* : Thèse, LGDJ, 1968). Toute réserve n'est pas nécessairement incompatible avec l'exigence de fermeté de l'offre. En effet, il faut en réalité distinguer suivant que la réserve permet ou non à celui qui la formule de se rétracter arbitrairement (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *préc.*, n° 847). En d'autres termes, le critère de distinction réside dans le caractère potestatif ou non de la réserve. De fait, si elle fait dépendre la conclusion du contrat d'une nouvelle manifestation de volonté du proposant, elle est inconciliable avec la notion d'offre (ex. : la clause de confirmation de commande insérée dans certaines ventes commerciales). À l'inverse, si la non-conclusion du contrat est subordonnée à la réalisation d'un événement indépendant de la volonté de l'auteur de l'offre, alors sa proposition constitue une offre véritable (ex. : l'offre faite dans la limite des stocks disponibles ou l'offre émise sous réserve de sa validation par un tiers).

Ainsi que le suggère l'emploi du pluriel, l'" appel d'offres " constitue une proposition de contracter adressée à plusieurs personnes déterminées ou indéterminées. Nous avons vu précédemment que cette proposition porte sur une prestation unique, déterminée qualitativement et quantitativement. La prestation peut être offerte par l'appelant lui-même : une entreprise à céder, un immeuble à vendre, etc. L'appelant peut aussi solliciter des entreprises pour que l'une d'elles la

réalise : un immeuble à construire, un produit à fabriquer, etc. De cette " autolimitation " de la prestation, combinée au fait que l'invitation à soumissionner est adressée à une pluralité de personnes, risque de résulter une " *inadaptation de l'offre à la demande* " (A. Vialard, *préc.*, n° 50) si la prestation est offerte, ou une inadaptation de la demande à l'offre si la prestation est demandée. Son auteur est dans l'impossibilité matérielle de conclure le contrat proposé avec tous ceux qui répondent à sa proposition (V. soulevant cette impossibilité, G. Valentin, *préc.*, n° 47).

Lorsque plusieurs personnes se déclarent intéressées par la proposition d'une prestation unique, deux types de réserves sont envisageables pour adapter la demande à l'offre ou l'offre à la demande.

Les premières réserves possibles correspondent à des réserves non potestatives. Par exemple, le proposant peut s'engager à ne conclure le contrat qu'avec celui des destinataires qui se sera manifesté le premier ou qui aura proposé le meilleur prix. Dans ces deux situations, la réserve est bien compatible avec la fermeté de l'offre car elle subordonne la conclusion du contrat à la réalisation d'un événement qui ne dépend pas de la volonté du proposant : la rapidité avec laquelle les destinataires vont répondre ou le niveau des prix proposés par ces derniers. De telles réserves ne sauraient figurer dans un appel d'offres.

L'invitation à soumissionner se caractérise, au contraire, par le second type de réserves, de nature potestative, incompatible avec la qualification d'offre. Ces réserves confèrent à l'auteur de l'invitation le droit d'effectuer un choix parmi les soumissionnaires et même, le cas échéant, de n'en choisir aucun.

§ 24 Droit de choisir son cocontractant

Le droit public reconnaît à l'auteur d'un appel d'offres une liberté de choix de son cocontractant ([CE, 4 juin 1976, n° 96356, Desforêts](#) : Lebon p. 301 : " *le choix de l'entreprise appartient exclusivement à la personne responsable du marché, laquelle se prononce en tenant compte de diverses données, notamment des garanties professionnelles et financières présentées pour chacun des candidats* "). L'[article L. 2124-2 du Code de la commande publique](#) définissant l'appel d'offres précise bien que la personne publique " *choisit* " l'attributaire. D'après le professeur Llorens, auteur d'une étude comparative de la passation des marchés de travaux en droit public et en droit privé, le principe de la liberté de choix du cocontractant est le même dans un appel d'offres de droit privé : " *La liberté de choix du titulaire du marché est complète. Elle constitue pour lui une situation "normale" qui n'a besoin d'être consacrée par aucun texte* " (F. Llorens, *préc.*, p. 101). En droit privé, cette liberté de choix constitue, en effet, la caractéristique essentielle de l'appel d'offres qui permet de le distinguer de l'adjudication. Ce procédé voisin de conclusion peut se définir comme " *un mode objectif et automatique de détermination de la personne du cocontractant et du prix* " (L. Mauger-Vielpeau, *préc.*, n° 37). La vente volontaire de meubles aux enchères publiques, réglementée aux [articles L. 321-1 et suivants du Code de commerce](#), constitue, à titre d'exemple, une forme d'adjudication. En effet, l'acquéreur du bien mis aux enchères sera automatiquement la personne qui aura proposé le plus haut prix parmi les enchérisseurs (L. Mauger-Vielpeau, *préc.*, n° 38. - V. déjà R. Demogue, *préc.*, n° 612, p. 294). L'invitation à soumissionner diffère ainsi de la mise en adjudication en ce que son auteur ne s'engage pas automatiquement vis-à-vis de celui des soumissionnaires qui proposera le meilleur prix. La doctrine est unanime pour considérer appel d'offres et adjudication comme antinomiques (V. P. Glavinis, *préc.*, n° 47. - F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher, *préc.*, n° 723). Allant aussi dans ce sens, les tribunaux reconnaissent une liberté de choix de son cocontractant à l'auteur d'un appel d'offres (V. par ex. [CA Rennes, 3 févr. 2012, n° 10/09289](#). - [CA, Aix-en-Provence, 9 févr. 2012, n° 11/01129](#)). Enfin, le droit international, de même que la plupart des systèmes juridiques étrangers, considèrent aussi l'appelant comme non engagé par sa proposition de contracter (V. P. Glavinis, *préc.*, n° 70. - CNUDCI, *préc.*, n° 10, p. 29).

Considérée comme inhérente à l'appel d'offres, la réserve conférant à son auteur le droit d'effectuer un choix entre les soumissionnaires évince la qualification d'offre compte tenu de son caractère potestatif. La cour d'appel de Pau l'a nettement affirmé dans un arrêt du 7 septembre 2010 ([CA Pau, 7 sept. 2010, préc.](#)). En l'espèce, un notaire a, dans le cadre d'un mandat d'entremise, invité des candidats à soumissionner pour l'acquisition d'un bien immobilier. Les juges ont retenu que l'appel d'offres confère aux héritiers " *une faculté d'appréciation une fois les propositions émises* ", de sorte qu' " *aucune proposition consécutive à cet appel d'offres ne pouvait donc, en elle-même, emporter formation du contrat de vente* ".

§ 25 Droit de ne pas contracter

En droit public, la liberté de ne pas attribuer le marché est expressément consacrée par le [décret n° 2016-360 du 25 mars 2016](#) relatif aux marchés publics (art. 98 : " *À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite. Dans ce cas, l'acheteur communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure* "). " *Mais, ne ferait-elle l'objet d'aucun texte, qu'elle s'appliquerait quand même* " estime le professeur Llorens, pour lequel " *elle apparaît, en effet, comme le prolongement logique de la liberté de choix du cocontractant* " (F. Llorens, *préc.*, p. 100). La liberté de choix du cocontractant et la liberté de ne pas contracter constituent les conséquences de l'absence de tout engagement de la personne publique quant à la conclusion du contrat projeté.

Dans la mesure où cette absence d'engagement est commune aux appels d'offres de droit public et de droit privé (V. [n° 24](#)), le rejet des soumissions est également un droit inhérent aux appels d'offres de droit privé. La Cour de cassation semble l'avoir admis, de manière implicite, dans un arrêt du 22 mai 1996 ([Cass. 3e civ., 22 mai 1996, n° 94-13.501 : JurisData n° 1996-002151](#)). En déclarant que " *le fait pour le maître de l'ouvrage de procéder à un nouvel appel d'offres, traduisant la volonté d'aboutir à un prix de marché inférieur à celui envisagé par [les soumissionnaires], n'est pas en soi fautif* ", les hauts magistrats reconnaissent, implicitement mais nécessairement, au maître de l'ouvrage le droit de rejeter les soumissions reçues en réponse au premier appel d'offres.

b) Volonté de ne pas négocier le contrat envisagé

§ 26 " Gel " des rôles d'offrants et d'acceptant

L'absence de fermeté commune à l'invitation à entrer en pourparlers et l'invitation à soumissionner ne doit pas masquer une différence fondamentale qui réside dans l'intention de l'auteur de la seconde invitation de ne pas mener des négociations avec ceux qui y répondent. Dit autrement, les rôles occupés par les protagonistes dans la formation du contrat proposé diffèrent selon que l'initiative est une invitation à entrer en pourparlers ou un appel d'offres.

D'un côté, la négociation se caractérise par une interversion des rôles : les négociateurs occupent, tour à tour, le rôle d'offrant et d'acceptant jusqu'à ce que l'un accepte la contre-proposition de l'autre. Au final, dans les pourparlers, les rôles d'offrant et d'acceptant doivent être tenus, " *mais peu importe lequel des deux* "

contractants jouera l'un ou l'autre " (G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Etudes offertes à R. Rodière* : Dalloz, 1981, p. 247 et s., spéc n° 14). Ainsi, l'offre finale " peut être le fait de celle des parties qui a eu l'idée d'entamer les négociations, tout autant que celle qui y fut invitée " (J.-L. Aubert, *préc.*, n° 9).

De l'autre, l'invitation à soumissionner " gèle " les rôles d'offrant et d'acceptant car " l'effet d'une telle consultation est de faire des éventuels soumissionnaires les éventuels offrants au sens du droit des contrats " (M. Vivant (ss dir.), *préc.*, n° 738). Aubert expliquait déjà que, contrairement à " l'offre d'entrer en pourparlers [qui] laisse aux deux négociateurs une égale possibilité d'être pollicitant ", l'appel d'offres " ne laisse place qu'à l'offre de ses destinataires " (J.-L. Aubert, *préc.*, n° 15). Il a été vu, en effet, que l'auteur de la proposition initiale se ménage une liberté de choix de son cocontractant, doublée d'une faculté de ne pas contracter, inconciliables avec la qualification d'offre. Le rôle d'offrants est occupé par les destinataires de l'appel d'offres. Leur proposition constitue ce que la pratique appelle une soumission.

Le Vocabulaire juridique Capitant définit la soumission comme l'" acte écrit par lequel le candidat à un marché prend l'engagement de se conformer aux clauses des cahiers des charges et indique les prix auxquels il se propose d'exécuter les prestations qui font l'objet de ce marché " (G. Cornu (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, V° *Soumission* : Association Henri Capitant, PUF, 11e éd., 2016). La soumission constitue une offre ferme parce que son auteur exprime sa volonté de conclure le contrat aux conditions proposées par l'appelant, et précise parce qu'elle complète ces conditions par une proposition de prix. La sémantique utilisée n'est pas neutre puisque, dans un sens courant, la soumission, résultat de l'action de soumettre, de ranger sous sa puissance, est synonyme de sujétion et d'assujettissement (G. Cornu, *préc.*, V° *Soumission* (sens gén.)). La soumission ne constitue donc pas une contre-offre, caractéristique d'une négociation, mais une offre conforme aux conditions arrêtées dans l'invitation. L'insertion d'une réserve d'agrément dans l'invitation à soumissionner confère alors à son auteur la possibilité d'intervenir en dernier dans le processus de formation du contrat : il peut effectuer un choix parmi les soumissions reçues, et même n'en accepter aucune. Ce schéma à trois séquences - appel d'offres, soumissions, puis acceptation éventuelle - est invariable. Il n'y a pas de place, en son sein, pour des contre-propositions de la part des soumissionnaires, ni de la part de l'appelant.

§ 27 " La soumission à un appel d'offres exclut l'existence même de pourparlers "

Cette prédétermination définitive des rôles dès le stade de l'invitation empêche, par principe, que des pourparlers aient lieu entre l'auteur de l'appel et ceux qui y répondent.

En droit public, un principe d'interdiction de négocier avec les candidats est expressément posé. L'[article L. 2124-2 du Code de la commande publique](#), qui définit l'appel d'offres, énonce, en effet, que le pouvoir adjudicateur " choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation ". L'appel d'offres s'oppose ainsi au " marché négocié " qui, selon l'article L. 2124-3 du même code, désigne un processus de formation du contrat " par lequel un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ".

Dans le silence des textes, les tribunaux judiciaires ont nettement distingué pourparlers et appel d'offres dans des rapports de droit privé. La cour d'appel de Versailles a ainsi posé en principe que " la soumission à un appel d'offres exclut l'existence même de pourparlers ", afin de rejeter l'action en rupture abusive des pourparlers introduite par un soumissionnaire non retenu ([CA Versailles, 6 nov. 2012, n° 11/03855](#) - V. aussi [CA Versailles, 18 févr. 2009, n° 08/03967](#)). La cour d'appel d'Aix-en-Provence a également rejeté la demande en réparation d'un soumissionnaire fondée sur la rupture de pourparlers parce que, précisément, ces derniers font défaut en cas d'invitation à soumissionner ([CA Aix-en-Provence, 9 févr. 2012, n° 11/01129](#)). Le droit international semble adopter la même position que les tribunaux français, du moins pour la passation de marchés de travaux. Dans ce domaine, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international a, en effet, indiqué que " les clauses contractuelles élaborées par l'acquéreur ne font en principe l'objet de négociations entre ce dernier et un soumissionnaire " (CNUDCI, *préc.*, n° 27, p. 34).

§ 28 Conclusion intermédiaire

Plus que par leur contenu, les différentes sortes de propositions de contracter se distinguent les unes des autres par les volontés respectives de leurs auteurs. L'invitation à soumissionner ne peut être qualifiée d'offre car son auteur n'exprime pas la ferme volonté de conclure le contrat proposé avec l'un des soumissionnaires. Elle ne peut, pour autant, être ramenée à une invitation à entrer en pourparlers dans la mesure où son auteur manifeste aucunement son intention de négocier avec ceux qui répondent à sa proposition.

Ainsi distingué de l'offre et de l'invitation à entrer en pourparlers, l'appel d'offres, au sens d'invitation à soumissionner, constitue une proposition de contracter autonome pouvant se définir comme celle qui arrête des conditions contractuelles soustraites à la négociation et qui réserve, à son auteur, le droit de choisir, parmi ceux qui y répondent, son cocontractant ou de n'en retenir aucun.

B. L'avant-contrat de mise en concurrence

§ 29 Première approche

L'expression " appel d'offres " peut servir à désigner, outre une certaine proposition de contracter - l'invitation à soumissionner - étudiée dans le titre précédent, une " procédure de passation des marchés comportant, de la part de [l'organisateur], un appel à ses éventuels cocontractants pour que ceux-ci lui fassent des offres entre lesquelles [il] choisit librement celle qui lui paraît la plus intéressante, en tenant compte non seulement du prix, mais aussi d'autres considérations telles que la valeur technique, les garanties professionnelles et financières des candidats ou le délai d'exécution " (G. Cornu (ss dir.), *préc.*, V° *appel [d'offres]*). Le terme " procédure " figure dans la définition même de l'appel d'offres posée à l'[article L. 2124-2 du Code de la commande publique](#) : " L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ".

Les rares travaux consacrés à une analyse juridique de cette procédure mettent en avant son caractère contractuel. Ainsi, pour René Demogue, la procédure d'appel d'offres par concours " crée une situation contractuelle ", qui " peut se ramener à un avant-contrat résultant de l'annonce du concours et des candidatures posées " (R. Demogue, *préc.*, n° 615, p. 302). De même, dans le domaine des cessions d'entreprises, des auteurs qualifient l'appel d'offres de " procédure privée et de nature contractuelle " (B. Amann, *L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques*, *préc.*, n° 3), de " procédure de type purement

contractuel et non réglementée " (G. Agasse et L. B. Eudes, *préc.*, p. 42). L'accord préalable qui intervient entre l'organisateur de la procédure et ses participants sert à préparer un contrat définitif qui sera conclu éventuellement plus tard. Comme René Demogue l'indiquait, cet accord renvoie ainsi à la notion d'" avant-contrat ", laquelle regroupe " les contrats préparatoires dont l'objet est d'encadrer la conclusion d'un autre contrat à venir " (O. Deshayes, *Avant-propos*, in *L' avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats* : PUF, CREPRISCA, 2008, p. 8).

Relatif à une procédure de mise en concurrence de potentiels cocontractants au futur contrat définitif, l'accord liant les protagonistes de cette procédure peut être dénommé " avant-contrat de mise en concurrence ".

§ 30 Véritable contrat ?

Analysant la notion de contrat, le professeur Ghestin observe que " les contrats préparatoires posent avec une acuité particulière la question du domaine du contrat " et s'interroge : " À partir de quel moment y a-t-il contrat dans la période préalable du contrat définitif ? " (J. Ghestin, *La notion de contrat* : D. 1990, p. 147 et s., *spéc.* p. 153). L'auteur répond aussitôt à son interrogation en indiquant que " la qualification de contrat doit être écartée lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire " (J. Ghestin, *préc.*).

Un double critère permet donc de reconnaître, parmi les divers avant-contrats, ceux pouvant être qualifiés de contrats : d'une part, l'existence d'un accord de volontés ; d'autre part, la présence d'effets pourvus d'une force obligatoire. Ces critères renvoient à ceux que l'[article 1101 du Code civil](#) pose pour définir le contrat : " un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ".

Reconnaître à l'avant-contrat de mise en concurrence établi entre l'organisateur et les participants à la procédure la nature de contrat suppose ainsi de démontrer la présence de ses deux éléments constitutifs : l'accord de volontés d'une part (**1°**) et la création d'obligations d'autre part (**2°**).

1° L'accord de volontés

§ 31 Rencontre d'une offre et d'une acceptation

Pour que l'avant-contrat de mise en concurrence puisse être qualifié de contrat, il est nécessaire qu'une offre et une acceptation se soient rencontrées ([C. civ., art. 1113](#)). Dans la procédure de mise en concurrence, il est possible d'identifier une offre formulée par son organisateur (**a**) et une acceptation émanant de ses participants (**b**).

a) L'offre de mise en concurrence

§ 32 Distinction entre proposition de contrat définitif et offre d'avant-contrat

De prime abord, toute qualification en offre de la proposition initiale de l'appelant paraît exclue. Il a été vu en effet que l'invitation à soumissionner ne constitue pas une offre au motif que son auteur n'exprime pas une volonté ferme de conclure le contrat proposé avec l'un des soumissionnaires. Cette absence de fermeté n'empêche pas, pour autant, que l'initiative de l'appelant puisse renfermer un consentement d'une autre nature que celui de conclure le contrat définitif. De manière générale, une proposition de contracter, par laquelle son auteur n'exprime pas la volonté ferme de conclure le contrat projeté, pourrait valablement former, en cas d'acceptation, un contrat provisoire, distinct du contrat définitif (V. en ce sens, Y. Desdevises, *Vente : nature, forme et formation du contrat* : [JCL. Civil Code, Art. 1583, fasc. unique, n° 16](#)). Précisément, l'invitation à soumissionner de l'appelant présente la particularité de se scinder en deux sous-propositions : une proposition, principale, de conclure le contrat définitif, qui n'est pas une offre, et une proposition, accessoire, de conclure l'avant-contrat de mise en concurrence, susceptible de constituer une offre.

§ 33 Offre d'avant-contrat ferme et précise

Pour pouvoir constituer une offre d'avant-contrat, l'invitation à soumissionner doit, conformément à l'[article 1114 du Code civil](#), préfigurer le contenu de cet avant-contrat et exprimer la volonté de son auteur d'être engagé par le seul fait d'une acceptation.

L'offre de mise en concurrence qui est adressée par l'appelant à ses destinataires est relative à une procédure. Il s'agit d'une proposition précise car elle contient les conditions essentielles de déroulement d'une véritable procédure de conclusion du contrat définitif, à savoir, d'une part, une phase de mise en concurrence préalable et, d'autre part, une liberté de choix dans l'attribution du contrat. Elle est, en outre, une proposition ferme car, en définissant de cette manière les étapes de la conclusion du contrat définitif, son organisateur affirme, sans réserve, son intention de soumettre des cocontractants potentiels à une procédure spécifique, distincte du gré à gré et de la procédure d'adjudication.

§ 34 Offre relative à une procédure de conclusion

En matière de conclusion du contrat, la procédure apparaît comme un phénomène répandu en pratique mais dont la conceptualisation est nouvelle. Il convient donc d'éclairer ce concept de procédure, avant de pouvoir rattacher l'offre de mise en concurrence à une procédure de conclusion du contrat.

§ 35 Concept de procédure

Dans une acception étroite, la procédure renvoie au procès. Elle désigne ainsi " la branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice " (G. Cornu (*sous la dir.*), *préc.*, V° *procédure* (sens 1)). Mais elle peut également s'entendre de façon plus large, comme " l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision " (G. Cornu, V° *Procédure, préc.* (sens 3)). En admettant que conclure un contrat consiste à prendre une décision, en l'occurrence la décision de contracter, la conclusion du contrat peut alors se concevoir comme une procédure (V. M.-A. Frison-Roche, *Rapport de synthèse*, in *Colloque L'échange des consentements* : RJ com. 1995, p. 151 s., *spéc.* n° 26 s. - L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Études offertes à J. Ghestin* : LGDJ, 2001, p. 177 s., *spéc.* p. 179). Selon cette approche, la conclusion du contrat ne se réduit pas à l'accord de volontés. Ce dernier ne constitue que " le dénouement d'un processus de décision, dont l'objet est l'élaboration d'un choix : le choix de contracter et / ou le choix du contractant " (P. Lokiec, *Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale*, in *Colloque La contractualisation de la production normative* : Dalloz, 2008, p. 95 s., *spéc.* p. 102). Ce faisant, la conclusion du contrat s'étire dans le temps, se " procéduralise ". Cette conclusion prend la forme d'une opération d'ensemble complexe, qualifiée par le doyen Hauriou d'" opération à procédure ", et se décomposant en des phases successives et interdépendantes (M. Hauriou, *Principes de droit public* : Sirey, 1910, p. 145). Cet aspect organisé permet de distinguer la procédure de la notion voisine de négociation. Dans une procédure, en effet, la formation du contrat se réalise selon un certain schéma défini à l'

avance et qui s'impose aux parties. Les rôles dévolus tant aux étapes dans la formation du contrat qu'à leurs acteurs sont nettement déterminés. À l'inverse, dans une négociation, la formation du contrat s'opère spontanément par le jeu d'une libre discussion entre les intéressés, de sorte qu'il est impossible de savoir, à l'avance, combien de propositions seront émises et qui des négociateurs offrira et acceptera le contrat envisagé (V. [n° 26](#)). Comme le souligne un auteur, la procédure n'impose jamais un contenu à la décision de contracter, mais dicte seulement la façon par laquelle cette décision de contracter doit être prise (P. Lokiec, *préc.*, p. 104 et 105). En d'autres termes, l'objectif assigné à la procédure est de substituer une décision rationnelle et réfléchie à une décision arbitraire et précipitée. " *Refuge de la raison* " et " *source de légitimité des phénomènes, notamment juridiques* " (M.-A. Frison-Roche, *préc.*, n° 28), la procédure est censée conduire à l'adoption d'une décision optimale de choix. C'est la finalité de la procédure au point que la qualité du choix de contracter et/ou du cocontractant à son terme apparaît comme un " postulat " (V. en ce sens à propos des procédures dans les marchés publics, Ch. Bréchon-Moulènes, *Choix des procédures, choix dans les procédures*, in *Colloque La liberté contractuelle des personnes publiques* : AJDA 1998, p. 753 et s., *spéc.* p. 753).

§ 36 Rattachement de l'offre d'avant-contrat au concept de procédure

La formation du contrat définitif au moyen d'un appel d'offres s'opère selon une véritable procédure organisée par l'une des parties et décomposée en trois phases successives. L'organisateur intervient dans la première et la dernière phase de cette procédure. Son invitation à soumissionner constitue ainsi le point de départ de la procédure. Elle en fixe les conditions de déroulement en définissant les rôles dévolus aux phases qui vont suivre et à leurs auteurs respectifs. La troisième et dernière phase correspond à la décision finale, en l'occurrence le choix de contracter et du cocontractant. Elle marque l'achèvement de la procédure. Entre ces deux phases, figure une phase intermédiaire qui fait intervenir des participants, en l'occurrence des soumissionnaires. Comme dans n'importe quelle procédure, les phases sont interdépendantes les unes des autres. Ainsi, ne peut succéder à l'invitation à soumissionner que la phase intermédiaire à laquelle participent les soumissionnaires, tandis que la décision finale ne peut être prise par l'organisateur de la procédure sans la participation de ces derniers.

Le processus de formation du contrat définitif mis en place par l'appelant remplit bien la fonction habituellement attachée aux procédures pour la conclusion de contrats, à savoir éclairer la décision de contracter ou de ne pas contracter. Il vise, en effet, à susciter une pluralité d'offres de cocontractants potentiels qui, une fois examinées et comparées, permettent à son initiateur de retenir celle qui correspond le mieux à ses attentes. Celui-ci sera même en mesure de n'en choisir aucune si les offres recueillies ne lui paraissent pas acceptables.

En résumé, l'offre de mise en concurrence renferme les éléments constitutifs d'une procédure de conclusion de contrat et remplit la fonction qui lui est attachée. Il s'agit là d'éléments communs à toutes les procédures de conclusion du contrat, c'est-à-dire ceux qui permettent de rattacher l'offre de mise en concurrence à une " opération à procédure " au sens où l'entendait le doyen Hauriou. Désormais, il s'agit de voir les éléments propres, caractéristiques de la procédure contenue dans l'offre de mise en concurrence.

§ 37 Offre relative à une procédure de mise en concurrence de cocontractants potentiels

La procédure de formation du contrat définitif contenue dans l'offre présente la particularité de combiner une phase de mise en concurrence de cocontractants potentiels et une phase finale laissant à l'organisateur le choix du cocontractant.

§ 38 Procédure destinée à faire jouer la concurrence (distinction avec le gré à gré)

Il existe, dans la pratique, deux méthodes principales de conclusion du contrat : la procédure concurrentielle et la conclusion de gré à gré. Dans le cadre de la première, l'intéressé recourt à une procédure destinée à faire jouer la concurrence entre plusieurs cocontractants potentiels. Dans le cadre de la seconde, des négociations sont menées avec un ou plusieurs cocontractants potentiels en vue de conclure le contrat escompté avec l'un d'eux. La procédure concurrentielle s'oppose ainsi à la conclusion de gré à gré en ce qu'elle implique la mise en place d'une phase de mise en concurrence préalable avant qu'il ne soit procédé à la désignation du cocontractant (V. M. Vivant (*ss dir.*), *préc.*, n° 73).

Une procédure destinée à faire jouer la concurrence présente ainsi la particularité de comporter une étape de mise en compétition préalable de cocontractants potentiels (V. J. Mestre, *Les procédures préalables institutionnalisées*, in *Colloque L'échange des consentements* : RJ com. 1995, p. 21 et s.). Une proposition de contracter est adressée à plusieurs personnes déterminées ou indéterminées dans le but de solliciter une pluralité d'offres. Ceux qui répondent à l'invitation sont placés en situation de concurrence les uns vis-à-vis des autres pour la conclusion d'un contrat. De fait, il se produit un effet d'émulation qui incite les participants à la compétition à surpasser les offres formulées par les autres concurrents (*rappr.* R. Chochon, *Ventes aux enchères et ventes sur offres* : Vie jur. 1979, n° 1748, p. 6, à propos de l'effet d'émulation dans une vente aux enchères publiques). C'est ainsi que des participants peuvent être amenés à proposer des prix qu'ils ne proposeraient peut-être pas dans un autre contexte parce qu'ils sont prêts à tout pour " enlever " le contrat à la concurrence.

§ 39 Procédure conférant une liberté de choix du cocontractant (distinction avec l'adjudication)

Afin de faire jouer la concurrence entre cocontractants potentiels, il est possible d'opter pour deux sortes de procédures. Comme l'explique M. Serna à propos de la passation des marchés, deux considérations s'opposent pour le choix de la procédure : d'une part, celle de la conclusion du marché aux conditions les plus économiques et, par conséquent, l'attribution du contrat au cocontractant éventuel le moins exigeant, cet objectif étant pleinement atteint avec la procédure d'adjudication ; d'autre part, celle de sa conclusion avec le professionnel le plus habile à l'exécuter, ce qui suppose que l'organisateur de la procédure dispose d'une liberté de choix du cocontractant, ce résultat étant ainsi réalisé au mieux avec la procédure d'appel d'offres (J.-Ch. Serna, *préc.*, p. 186). Les vendeurs de biens tels que des immeubles ou des entreprises ont à l'esprit des considérations similaires : soit ils décident de vendre au candidat acquéreur qui formulera le prix le plus haut et, dans ce cas, il y a lieu de recourir à l'adjudication ; soit ils souhaitent départager les candidats sur d'autres critères que le prix tels que les garanties offertes, les modalités de paiement et il convient alors d'opter pour la procédure d'appel d'offres.

Si les procédures d'adjudication et d'appel d'offres comportent toutes deux une étape de mise en concurrence, elles se distinguent l'une de l'autre par le mode de désignation du cocontractant (F. Llorens, *préc.*, p. 96). Dans la procédure d'adjudication, en effet, le contrat est automatiquement attribué au cocontractant éventuel qui a proposé le meilleur prix (V. [n° 24](#)). Le cocontractant est ainsi désigné en dehors de tout choix de l'organisateur de la procédure. Dans la procédure d'appel d'offres, en revanche, son organisateur se réserve le droit de choisir librement son cocontractant ainsi que celui de n'en désigner aucun le cas échéant (V. [n° 25](#)). À la différence de l'adjudication, le choix du cocontractant appartient à l'organisateur de la procédure de mise en concurrence. Il peut le choisir

librement en tenant compte non seulement du prix, mais également d'autres considérations telles que les délais d'exécution, les garanties professionnelles et financières présentées par les différents candidats, etc. Ainsi, un concurrent moins compétitif sur le prix mais jugé plus apte à exécuter les obligations du contrat recherché peut remporter la compétition.

Au final, la procédure d'appel d'offres présente l'avantage de provoquer une mise en concurrence sans obliger son organisateur à subir l'automatisme, risqué, de l'adjudication dans la désignation de son cocontractant. Ceci explique qu'en pratique, la procédure d'appel d'offres soit généralement préférée à celle de l'adjudication (G. Valentin, *préc.*, n° 40. - Ph. le Tourneau, *Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle. Conception*, *préc.*, n° 21).

b) L'acceptation de la mise en concurrence

§ 40 Acceptation de l'offre d'avant-contrat

À elle seule, une offre de contracter ne saurait emporter la formation d'un contrat. C'est l'acceptation, rencontrant l'offre, qui réalise l'accord de volontés, élément caractéristique du contrat. L'offre relative à la procédure d'appel d'offres doit, par conséquent, être acceptée pour donner naissance à l'avant-contrat de mise en concurrence.

Dans le cadre d'une procédure de conclusion du contrat comme l'appel d'offres, la progression vers la décision finale prise par son organisateur, en l'occurrence le choix de contracter et le choix du cocontractant, nécessite l'acceptation de ses participants, c'est-à-dire l'agrément pur et simple de la procédure et de ses conditions de déroulement (V. M. Hauriou, *préc.*, p. 145).

L'appelant doit ainsi recueillir l'acceptation d'un participant. Mais nous avons vu que la procédure de conclusion du contrat définitif mise en place vise à faire participer une pluralité de soumissionnaires. L'appelant est ainsi susceptible d'obtenir plusieurs acceptations, ce qui pose la question du nombre d'avant-contrats qui se forment.

§ 41 Acceptation d'un participant

Il appartient à un tiers intéressé de manifester sa volonté de participer à la procédure proposée par l'appelant ([C. civ., art. 1118](#)). Selon les termes de l'[article 1113 du Code civil](#), une volonté de s'engager peut se manifester par une " *déclaration* " ou un " *comportement* ". Ces modes d'extériorisation de la volonté font écho à la distinction, classique, entre la manifestation expresse et la manifestation tacite de volonté (V. not. A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand : Thèse, LGDJ, 1961, spéc. n° 30 et s.*). L'acceptation par le participant de la procédure de l'appel d'offres peut ainsi être faite expressément ou tacitement.

§ 42 Acceptation expresse (écrite ou verbale)

L'offre relative à la procédure d'appel d'offres peut être acceptée par le biais d'une déclaration écrite ou verbale. Par exemple, l'invitation à soumissionner peut être adressée aux futurs soumissionnaires avec demande d'avis de réception. En retournant l'accusé de réception signé, la personne sollicitée peut ainsi notifier à l'appelant son intention de participer à la procédure de mise en concurrence. De même, avant de pouvoir prendre part à la procédure d'appel d'offres par *open bid* ou *data room* mise en place par le vendeur, les acquéreurs reçoivent un modèle de lettre de confidentialité qu'ils doivent renvoyer dûment signé pour obtenir des documents et informations relatifs à la société ou à l'immeuble cible (pour la cession d'entreprise, V. G. Agasse et L.-B. Eudes, *préc.*, p. 44. - Pour la vente d'immeuble, V. Th. Delesalle et O. Herrnberger, *Les nouveaux appels d'offres privés en matière immobilière : les datas-rooms*, *préc.*, n° 1390). La signature de l'engagement vaudra ainsi acceptation expresse de la procédure d'*open bid* ou de *data room*. Plus simplement, la personne peut accepter d'y participer oralement, lors d'une prise de contact téléphonique ou de la remise de l'invitation à soumissionner en mains propres.

§ 43 Acceptation tacite (soumission vaut acceptation)

Les tiers intéressés peuvent manifester leur acceptation autrement que par une déclaration par laquelle ils font spécialement connaître à l'organisateur de la procédure leur souhait d'y participer. En pratique, le plus souvent, ils acceptent de participer à la procédure d'appel d'offres en se portant directement soumissionnaires (*rappr.* L. Mauger-Vielpeau, *préc.*, n° 119, considérant que les enchérisseurs acceptent l'avant-contrat de mise aux enchères d'un bien " lorsque ceux-ci vont émettre des enchères "). Comme cela a déjà été étudié (V. [n° 26](#)), une soumission ne s'entend pas de n'importe quelle offre. Par cette proposition, son auteur se conforme aux conditions fixées dans l'invitation à soumissionner. Il se soumet non seulement aux conditions contractuelles du contrat définitif, mais aussi, plus largement, aux conditions de déroulement de la procédure d'appel d'offres. En soumissionnant selon les " règles du jeu " fixées par l'organisateur de la procédure, le participant exécute l'avant-contrat de mise en concurrence (V. [n° 53](#)). De cette exécution spontanée de l'avant-contrat, il peut raisonnablement être induit la volonté de l'accepter (*rappr.* CNUDCI, *préc.*, n° 26, pour qui, en émettant une offre, " le soumissionnaire accepte d'être lié par toutes les prescriptions, clauses et conditions énoncées dans les instructions à l'intention des soumissionnaires ").

§ 44 Conséquence de l'acceptation volontaire : mise en échec de la sanction du déséquilibre significatif ?

L'[article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce](#) condamne la soumission ou la tentative de soumission du partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Pratique restrictive de concurrence la plus invoquée par les plaideurs après la rupture brutale des relations commerciales, l'imposition de conditions contractuelles significativement déséquilibrées a pu être reprochée aux organisateurs d'appels d'offres par des participants. Néanmoins, le succès de telles actions en justice achoppe pour l'instant sur la condition préalable de soumission. Ainsi, il a pu être jugé que " lorsque le choix du sous-traitant a été effectué dans le cadre d'un appel d'offres auquel le partenaire commercial a librement répondu en formulant une offre après avoir pris connaissance des conditions contractuelles proposées par le donneur d'ordre, [...] les modalités de conclusion du contrat [...] ne révèlent aucun déséquilibre dans les droits et obligations des parties " (CA Paris, 4 sept. 2015, [n° 15/04137](#)). Comme si finalement le fait pour un donneur d'ordre d'organiser un appel d'offres auquel le partenaire sous-traitant prend volontairement part suffit à écarter le grief de déséquilibre significatif. Récemment, la Cour de cassation semble s'être ralliée à cette position ([Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-17.668, F-D : JurisData n° 2023-010559](#), approuvant une cour d'appel d'avoir jugé la preuve d'une soumission non rapportée après avoir constaté, entre autres, que les appels d'offres, auxquels procédait le donneur d'ordre, permettaient au cocontractant, comme à d'autres candidats sous-traitants, de proposer des prix et de les discuter, en gardant la possibilité de ne pas contracter, si ce dernier estimait que les prix n'étaient pas suffisamment rémunérateurs). À la suite de cet arrêt, on pourrait craindre que le procédé de mise en concurrence ne devienne un instrument de contournement de l'interdiction du déséquilibre significatif, comme il l'est déjà pour le grief de rupture brutale des relations commerciales établies (V. [n° 147 s.](#)).

§ 45 Acceptations des participants : unité d'avant-contrat ou pluralité d'avant-contrats ?

La procédure étant destinée à faire jouer la concurrence entre cocontractants potentiels, l'offre qui la contient est nécessairement faite à des personnes déterminées ou indéterminées. Plusieurs personnes sont ainsi susceptibles d'accepter de prendre part à la procédure mise en place par l'appelant. Dans l'hypothèse d'une pluralité de participations, se pose alors la question de savoir si les participants sont partie à différents avant-contrats ou à un avant-contrat unique. En d'autres termes, l'organisateur de la procédure conclut-il autant d'avant-contrats qu'il y a de participants ou bien un seul et unique avant-contrat avec l'ensemble des participants ?

Les auteurs qui ont mis en évidence la nature contractuelle de la procédure d'appel d'offres n'ont pas abordé la question. Dans la procédure voisine d'adjudication, le professeur Mauger-Vielpeau parle d'"avant-contrat" de mise aux enchères du bien au singulier et précise que celui-ci lie le vendeur à "l'ensemble des enchérisseurs" (*L. Mauger-Vielpeau, préc., n° 119*). Ce faisant, elle semble opter pour un avant-contrat unique avec une partie réunissant l'ensemble des enchérisseurs. Dans la théorie générale des obligations, la réunion de plusieurs individus au sein d'une partie plurale est caractéristique de ce qu'une doctrine appelle "l'acte juridique conjonctif" (*R. Cabrillac, L'acte juridique conjonctif en droit privé français : Thèse, LGDJ, 1990*. - V. également *Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, préc., n° 843*, abordant la notion de contrat conjonctif sous l'appellation de "cocontrat"). Le professeur Rémy Cabrillac, auteur d'une thèse sur le sujet, définit ainsi l'acte conjonctif comme "l'acte juridique dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt, défini par rapport à l'objet de l'acte" (ex. : contrat de colocation entre un bailleur et plusieurs locataires pour la location d'un même logement, contrat de cotraitance par lequel le maître de l'ouvrage confie la réalisation d'un ouvrage à plusieurs entrepreneurs engagés avec lui sur un pied d'égalité...), par opposition à l'acte juridique qui ne comporte que des parties composées d'une seule personne, qualifié de "simple" (ex. : contrat de vente entre un vendeur et un acheteur) (*R. Cabrillac, préc., n° 229*). Lorsque plusieurs personnes participent à la réalisation d'une même opération juridique, il n'est pas toujours aisé de déterminer si elles sont réunies au sein d'une partie à un seul acte juridique conjonctif, ou si elles interviennent dans plusieurs actes simples. Des éléments de distinction entre acte conjonctif et acte simple permettent néanmoins de résoudre cette difficulté : l'unité de prestation accomplie par une pluralité de participants (ex. : vente d'un cheval appartenant à plusieurs propriétaires) ; l'identité de nature des prestations accomplies ; l'unité des prestations accomplies par les membres de la partie plurale (ex. : plusieurs entrepreneurs de spécialités différents participant à la construction d'un seul immeuble, différents médecins intervenant dans une même opération médicale, etc.) ; l'unité de la prestation reçue par les membres de la partie plurale (ex. : achat d'une maison par deux personnes, chacune pour un prix déterminé), l'unité d'*instrumentum* (lorsque les participants à une même opération rédigent un seul écrit, on peut raisonnablement en induire qu'ils ont voulu conclure un seul acte) (*R. Cabrillac, préc., n° 159 s.*). Alors que l'unité d'acte est certaine lorsque plusieurs personnes doivent fournir une prestation unique, les autres éléments ne constituent que de simples indices qui, pris isolément, ne suffisent pas à établir avec certitude la conjonctivité de l'acte, explique le professeur Cabrillac (*préc., n° 160*).

Il importe ici de souligner que l'unité ou de la pluralité d'actes n'est pas sans conséquence. Ainsi que nous le verrons, en effet, la conjonctivité modifie le contrat en donnant naissance à des obligations spécifiques entre les parties et entre les participants de la partie plurale (*V. n° 58 et 63*).

La vérification des éléments caractéristiques de l'acte juridique conjonctif doit permettre à l'établissement d'un avant-contrat conjonctif entre l'organisateur de la procédure et l'ensemble de ses participants.

§ 46 Effet des acceptations : formation d'un avant-contrat de type conjonctif

D'emblée, il faut relever que, dans le cadre de la procédure de mise en concurrence, l'unité de la prestation accomplie par les participants, qui aurait permis d'établir avec certitude la conjonctivité de l'avant-contrat, fait défaut. En effet, le but de la procédure de mise en concurrence est de solliciter une pluralité de soumissions, qui sont les prestations accomplies par les participants. Les prestations des participants sont incontestablement accomplies de manière séparée.

Ce constat ne fait cependant pas obstacle à la qualification de contrat conjonctif. Il est, en effet, possible de déceler, dans l'avant-contrat de mise en concurrence, une somme d'indices permettant d'établir avec certitude son caractère conjonctif. De surcroît, aucun contre-indice ne paraît s'opposer à une telle qualification de contrat conjonctif.

§ 47 Somme d'indices

En premier lieu, les prestations accomplies par les participants ont une unité certaine en ce qu'elles concourent toutes à la réalisation d'une même procédure de mise en concurrence, objet de l'avant-contrat. Il a été vu, en effet, que la progression de la procédure vers la décision finale de choix prise par son organisateur est conditionnée à la soumission d'offres par les candidats à la conclusion du contrat final (*V. n° 36*). Bien qu'accomplies de manière séparée, les soumissions des participants s'inscrivent dans l'opération à procédure décrite ci-avant, elles en constituent l'une des étapes obligées. De ce lien entre les prestations fournies par les participants à la procédure, on peut ainsi présumer l'unité de l'avant-contrat.

En deuxième lieu, les prestations accomplies par les participants sont de même nature. Les soumissions constituent toutes, en effet, des offres de contracter. De surcroît, toutes les offres présentent la particularité de se conformer aux conditions du contrat définitif imposées par l'organisateur de la procédure de mise en concurrence. L'accomplissement de prestations de même nature par l'ensemble des participants renforce la présomption simple de conjonctivité établie par l'unité desdites prestations.

En troisième lieu, les participants reçoivent une prestation unique de la part de l'appelant, à savoir l'organisation d'une procédure déterminée à des conditions déterminées. Les soumissionnaires participent à une seule et même procédure, selon les mêmes règles de déroulement.

§ 48 Absence de contre-indices

Il n'y a pas, dans l'avant-contrat de mise en concurrence, de contre-indices susceptibles de contrarier sa qualification de contrat conjonctif. Certes, il peut être relevé que le troisième indice dégagé par le professeur Cabrillac pour établir la conjonctivité de l'acte, l'unité d'*instrumentum*, est susceptible de faire défaut. En effet, si l'on considère l'écrit matérialisant l'offre de mise en concurrence comme l'*instrumentum* de l'avant-contrat et que cette dernière est adressée à des personnes déterminées, l'offre écrite est reproduite en autant d'exemplaires qu'il y a de destinataires. Ce faisant, il y a pluralité d'*instrumenta*. Néanmoins, il n'est pas possible de considérer que cette pluralité d'écrits contrarie la qualification de l'avant-contrat conjonctif. Ainsi que le souligne l'auteur, l'*instrumentum* est un "

critère trompeur " (R. Cabrillac, *préc.*, n° 166). Un même *instrumentum* peut, en effet, rassembler des *negotia* différents et, inversement, un même *negotium* peut se matérialiser dans plusieurs *instrumenta*. De même, le fait que chaque participant à la procédure de mise en concurrence ne connaisse ni le nombre, ni l'identité des autres, ne constitue pas un contre-indice qui, en lui-même, serait susceptible de faire obstacle à la qualification d'acte conjonctif. En effet, cette ignorance n'empêche pas les participants d'exécuter correctement leur prestation au profit de l'organisateur de la procédure de mise en concurrence et, partant, de réaliser l'objet de l'avant-contrat.

§ 49 Formation d'un avant-contrat conjonctif

Au final, la présence de plusieurs indices et l'absence de contre-indices pertinents permettent de conclure, avec certitude, au caractère conjonctif de l'avant-contrat de mise en concurrence. Ce dernier lie ainsi l'offrant aux différents acceptants de la procédure de mise en concurrence réunis au sein d'une partie plurale.

Cet avant-contrat de mise en concurrence se forme au moment où un premier participant à la procédure de mise en concurrence accepte l'offre de mise en concurrence de son organisateur. Simple à sa naissance, l'avant-contrat devient conjonctif par l'adjonction d'un participant au premier. Un participant intègre la partie plurale de l'avant-contrat en formulant sa propre acceptation de l'offre de mise en concurrence. Ainsi, le nombre de participants composant la partie plurale de l'avant-contrat de mise en concurrence augmente au fur et à mesure que les destinataires de l'offre acceptent de prendre part à la mise en concurrence.

Formé par la rencontre de l'offre de l'organisateur de la procédure et de l'acceptation de l'ensemble de ses participants, l'avant-contrat de mise en concurrence produit des effets de droit caractéristiques d'un véritable contrat.

2° La création d'obligations

§ 50 Force obligatoire et exécution de bonne foi de l'avant-contrat

Suivant le principe de la force obligatoire du contrat posé par le Code civil ([C. civ., art. 1103](#)), les parties sont tenues d'exécuter les obligations convenues par leur accord de volontés. En prolongement de ce principe, le Code civil pose en règle l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ([C. civ., art. 1104](#)).

Par application de ces principes généraux du droit des contrats, les parties à l'avant-contrat de mise en concurrence sont tenues de respecter les règles régissant le déroulement de la procédure qu'elles se sont elles-mêmes imposées (a) ainsi que d'organiser ou de participer à cette procédure de bonne foi (b).

a) L'obligation de respecter les règles relatives au déroulement de la procédure

§ 51 Respect par l'organisateur des règles qu'il s'est lui-même fixé : principe

Patere legem quam fecisti (" Subis les conséquences de ta propre loi "). De la force obligatoire de l'avant-contrat de mise en concurrence, il résulte, pour l'organisateur de la procédure, un principe fondamental selon lequel celui-ci est tenu de respecter les règles qu'il s'est lui-même imposées.

Ce principe, la Cour de cassation l'a pleinement consacré à propos d'un appel d'offres avec concours (*Cass. 1re civ., 29 mai 1963 : Bull. civ. III, n° 287 ; Gaz. Pal. Rec. 1963, 2, p. 290 ; AJPI 1964, p. 302, obs. J. Montmerle*). Elle a, en effet, jugé qu'un maître de l'ouvrage est responsable à l'égard des concurrents de l'inobservation des règles du concours ouvert entre architectes par le jury chargé par lui de procéder aux opérations de ce concours. En visant l'[article 1134 du Code civil](#), dans son ancienne rédaction, et en énonçant, dans un attendu de principe, que " le débiteur est responsable de l'inexécution de ses obligations, alors même que cette inexécution proviendrait du fait d'un tiers qu'il se serait substitué ", il ne fait aucun doute que l'obligation de l'organisateur de l'appel d'offres avec concours de respecter les règles de ce concours et de les faire respecter par le jury est de nature contractuelle.

Cette solution de la Cour de cassation n'est pas sans rappeler celle d'un juge anglais dans le célèbre cas *Blackpool and Flyde Aero Club v. Balckpool Borough Council* (*Blackpool and Flyde Aero Club v. Balckpool Borough Council* (1990) 1 WLR 1195, (1990) 3 All ER 25). Dans cette affaire, l'exploitant d'un aéroport a adressé, à plusieurs candidats, un appel d'offres, en vue de l'attribution d'un marché portant sur l'organisation de vols de plaisance à partir de cet aéroport. L'exploitant exigeait des candidats qu'ils lui fassent parvenir leurs offres avant midi à telle date. Un candidat évincé avait déposé son offre dans la boîte aux lettres de l'exploitant dans le délai imparti mais ce dernier avait omis de relever son courrier pendant 24 heures et considéra alors l'offre comme trop tardive et, partant, irrecevable. La *Court of appeal* a alors jugé que l'organisateur de la procédure avait violé le *preliminary contract*, distinct d'un contrat définitif, qui l'obligeait à prendre en considération toutes les offres régulièrement soumises.

§ 52 Respect par l'organisateur des règles qu'il s'est lui-même fixé : illustrations

Comme l'illustre la première décision, les règles que l'organisateur s'impose de respecter peuvent ainsi avoir trait au déroulement du concours institué. Ainsi que l'indiquait déjà Demogue, " celui qui annonce le concours doit l'ouvrir, il doit en respecter la date, il ne peut fermer le registre des inscriptions avant la date fixée. Si la composition du jury a été annoncée, il ne peut la modifier " (R. Demogue, *préc.*, n° 615, p. 301). Elles peuvent également concerner, comme c'était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à la seconde décision, les délais du " calendrier " de la procédure. En annonçant une date limite pour soumissionner, l'organisateur de la procédure s'oblige à ouvrir et à examiner toutes les soumissions des participants dans le délai imparti. De même, si l'organisateur a annoncé des dates pour le dépouillement, la proclamation des résultats ou encore la conclusion du contrat final, il doit les respecter. Les règles peuvent aussi viser la manière selon laquelle les soumissions vont être évaluées (V. [n° 124 s.](#)). L'organisateur pourrait, de surcroît, s'être engagé à révéler l'identité du soumissionnaire retenu aux autres soumissionnaires, à motiver le rejet de leur offre (V. [n° 139](#)), voire à les indemniser pour les frais de soumission (V. [n° 144](#)).

§ 53 Respect par les participants des règles fixées par l'organisateur : principe

Le respect des règles de mise en concurrence s'impose à l'ensemble des participants au titre de la force obligatoire de l'avant-contrat de mise en concurrence. Le principe de cette solution est tout aussi certain que celui selon lequel l'organisateur est tenu par les règles arrêtées. En prenant part à la procédure, en effet, les participants acceptent volontairement de s'y soumettre.

§ 54 Respect par les participants des règles fixées par l'organisateur : illustrations

Dans le cadre de la procédure de mise en concurrence, les participants prennent, de manière générale, beaucoup plus d'engagements que l'organisateur. Cette

tendance trouve son explication dans la stratégie, bien connue des négociateurs, qui consiste, pour le rédacteur de documents préparatoires, à faire accepter un document qui engage juridiquement le moins possible, tout en liant le partenaire à plusieurs conditions contraignantes (*M. Fontaine, Les lettres d'intention dans les négociations de contrats internationaux, Étude du groupe de travail " contrats internationaux " : DPCI 1977, p. 73 s., spéc. p. 115*).

Les règles que doivent respecter les participants portent essentiellement sur la préparation, la présentation, le contenu et l'envoi des soumissions.

Afin de permettre aux participants de préparer au mieux leur soumission, l'organisateur leur délivre plusieurs documents et informations, à condition, cependant, qu'ils lui consentent un engagement de non-divulgaration dès le début de la procédure. En outre, il est relativement courant que l'organisateur prenne la précaution de prévenir les participants qu'ils supporteront les frais engagés à l'occasion de la préparation de leur offre. Pour la présentation des soumissions, l'organisateur de la procédure peut, par exemple, exiger que les soumissionnaires utilisent une formule type d'offre ou encore le système de la " double enveloppe " qui consiste à présenter l'offre dans deux documents distincts : une enveloppe contenant les aspects techniques de la soumission ; l'autre renfermant le prix proposé, cette dernière n'étant seulement ouverte que si elle correspond à une proposition technique jugée acceptable. S'agissant du contenu des soumissions, l'organisateur oblige les participants à se conformer à ses propres conditions contractuelles (V. [n° 26](#)), à fournir une caution de soumission d'un certain montant (V. [n° 103](#)). Les règles de la mise en concurrence peuvent également indiquer si les participants ont le droit de soumettre une offre comportant des variantes, c'est-à-dire des modifications apportées aux stipulations contractuelles fixées par l'appelant et, dans l'affirmative, préciser la ou les stipulations pour lesquelles des variantes sont admises (V. [n° 94 s.](#)). Pour l'envoi des soumissions, les règles de la mise en concurrence indiquent aux soumissionnaires la date et le lieu où les offres doivent être déposées et précisent en combien d'exemplaires elles doivent l'être. L'avant-contrat fixe encore un délai pendant lequel les soumissions déposées ne peuvent être retirées, ni modifiées (V. [n° 99](#)).

b) L'obligation d'exécuter l'avant-contrat de bonne foi

§ 55 Considérations préalables sur la bonne foi

Conçue dans son acception la plus stricte, la bonne foi impose aux parties au contrat de " s'abstenir de tout comportement de nature à en compromettre l'exécution " (*G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique : Thèse, LGDJ, 1996, n° 161*). Ce devoir de ne rien faire qui pourrait compromettre la bonne exécution des obligations constitue le contenu irréductible de l'obligation de bonne foi, sur lequel les défenseurs des interprétations amplifiante et réductrice peuvent se rejoindre (sur l'opposition doctrinale entre solidaristes et anti-solidaristes à propos du rôle de la bonne foi, V. *D. Mainguy, Le contractant, personne de bonne foi ?*, in *La réforme du droit des contrats et des obligations : Publications de la Faculté de droit de Montpellier*, p. 83 s.). Ainsi comprise, la bonne foi renvoie au concept d'assujettissement des parties à tout contrat dégagé et développé par le professeur Wicker dans sa thèse (*G. Wicker, préc.*, n° 151 s.), et que celui-ci a par la suite rattaché à l'impératif de bonne foi (*G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats : Dalloz, 2003, p. 151 s., spéc. n° 22* ; sur le rattachement de la bonne foi à ce concept d'assujettissement. - V. aussi *L. Sauton-Laguionie, La fraude paulienne : Thèse, LGDJ, 2008, n° 125 s.*). Pour chaque contrat, l'assujettissement oblige les parties à respecter la situation contractuelle qu'elles ont fait naître en adoptant un comportement conforme à leur engagement tout au long de l'existence du rapport contractuel. Ainsi, le débiteur n'est pas seulement obligé d'exécuter la prestation promise ; il lui est également interdit " de se livrer à des manoeuvres afin d'empêcher l'autre partie de retirer du contrat le bénéfice qu'elle en attend " (*F. Terré et a., préc.*, n° 598).

§ 56 Obligation pour les deux parties à l'avant-contrat

L'exigence de bonne foi, prise au sens d'assujettissement contractuel, s'applique à l'avant-contrat de mise en concurrence. Elle s'impose à ses deux parties, c'est-à-dire à l'organisateur de la procédure, d'une part, et à l'ensemble de ses participants, d'autre part. Aussi la première partie a-t-elle l'obligation d'organiser la procédure de mise en concurrence de bonne foi, tandis que la seconde a l'obligation d'y participer de bonne foi.

§ 57 Obligation d'organiser la procédure de bonne foi : principe

L'obligation de bonne foi s'applique aux deux parties à l'avant-contrat de mise en concurrence, dont l'organisateur de la procédure. C'est donc fort logiquement que la cour d'appel de Paris est venue affirmer que l'enseigne hôtelière organisatrice d'une procédure d'appel d'offres est tenue d'adopter un " comportement loyal " vis-à-vis des prestataires mis en concurrence ([CA Paris, 24 mars 2011, n° 07/07337 : JurisData n° 2011-007033](#) ; *Lettre distrib.*, 2011/5, p. 1, obs. *M. David*).

Cette exigence de loyauté oblige l'organisateur de la procédure de mise à concurrence à respecter une égalité de traitement des participants et à ne pas entraver la concurrence à laquelle ces derniers se livrent.

§ 58 Obligation d'organiser la procédure de bonne foi : respecter l'égalité de traitement des participants

L'égalité, au sens juridique du terme, s'entend de la " situation dans laquelle tous, dans un même "périmètre de référence", disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les mêmes contraintes " (*A. Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés : Dr. soc. 2004, p. 694 s., spéc. p. 696*). Ainsi entendue, l'égalité interdit les discriminations, c'est-à-dire des distinctions dans le traitement de personnes placées dans des situations identiques ou analogues (V. *E. Verny [ss dir.], Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : Cour de cassation, Rapp. 2008, p. 55 s.*). Une exigence d'égalité n'exclut toutefois pas le traitement différent de personnes se trouvant dans des situations différentes (*J.-J. Biolay, Du principe de non-discrimination dans les relations commerciales, : RTD com. 1981, p. 429 s., spéc. n° 67*. - V. aussi *A. Jeammaud, préc.*, p. 695).

Or, la partie plurale à un acte juridique conjonctif présente la particularité de réunir " plusieurs participants à un acte dans une situation juridique identique " (*R. Cabrillac, préc.*, n° 138). Lorsque l'acte conjonctif est un contrat, les membres de la partie plurale se trouvent dans une même situation de créancier ou de débiteur de son objet, donc, de jure, " placés sur un pied d'égalité " (*Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, préc.*, n° 443. - V. aussi *R. Cabrillac, préc.*, n° 112, affirmant aussi qu'" il y a égalité entre les membres de la partie plurale ").

Dans l'avant-contrat de mise en concurrence, qui est conjonctif (V. [n° 49](#)), les participants à la procédure sont donc tous créanciers et débiteurs de l'obligation de respecter les règles relatives au déroulement de la procédure qui ont été définies par son organisateur. Ce dernier, partie " simple " de l'avant-contrat de mise en concurrence, est ainsi tenu de les appliquer à tous les participants composant la partie plurale, de manière identique. Il ne peut y déroger au profit ou au détriment de l'un ou l'autre des participants. En d'autres termes, il pèse sur l'organisateur de la procédure une obligation de respecter l'égalité de traitement des

participants (*CA Paris, 26 juill. 2001, n° 1999/11369* , *SARL PDG and Co c/ SA Descamps* : [JurisData n°2001-150060](#), soulignant que l'appel d'offres " se caractérise par la mise en concurrence ouverte de plusieurs fournisseurs pour une même prestation, selon des modalités définies à l'avance et connues de tous, en sorte que tous les candidats au marché soient à égalité dans la compétition à laquelle ils vont se livrer ". - V. aussi [CA Aix-en-Provence, 9 févr. 2012, n° 11/01129](#), énonçant que, dans le cadre d'un appel d'offres lancé par le maître d'ouvrage pour la rénovation de locaux, chaque candidat est " soumis aux mêmes conditions que les autres participants ").

En premier lieu, l'organisateur doit faire bénéficier les participants des mêmes " règles du jeu ". Par exemple, il ne peut pas accorder un délai pour soumissionner plus important à un participant qu'aux autres. De même, tous les participants doivent avoir accès aux mêmes informations tout au long de la procédure. En matière de cession d'entreprise, un auteur indique que " dès l'origine de la démarche, les acquéreurs potentiels inscrits sur la liste initiale recevront tous la même lettre. Ceux qui auront confirmé leur intérêt recevront un dossier identique numéroté, de façon indélébile. L'égalité se retrouve enfin lors de la deuxième phase avec l'accès à la data-room puis l'égal accès aux visites des sites " (*B. Amann, L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques, préc., n° 28*). En permettant à un participant de préparer plus longtemps que les autres sa soumission ou de bénéficier d'informations non accessibles aux autres, il y a une rupture de l'égalité de traitement susceptible d'empêcher ces derniers de concourir normalement et, ainsi, de les priver d'une chance sérieuse de conclure le contrat final (ce manquement à l'obligation de respecter l'égalité entre les participants pourrait, le cas échéant, donner lieu à une condamnation de l'organisateur de la procédure de mise en concurrence sur le fondement de la responsabilité : *V. n° 158 s.*).

En vertu de l'égalité de traitement, l'organisateur a l'obligation, en second lieu, d'exiger des participants qu'ils respectent les mêmes règles. Aussi ne doit-il pas, par exemple, imposer des dispositions du contrat définitif différentes selon les participants. De même, il ne peut pas autoriser des variantes à ses conditions contractuelles dans une soumission à un participant et les interdire aux autres, ou inversement.

§ 59 Obligation d'organiser la procédure de bonne foi : ne pas entraver la concurrence entre participants

L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi interdit à une partie d'agir de telle façon qu'elle empêche le contrat de produire ses effets (*V. n° 55*). Par l'avant-contrat de mise en concurrence, l'organisateur s'engage à mettre en place, au profit des participants, une situation de concurrence pour la conclusion d'un contrat définitif. Aussi ne doit-il pas, au nom de cette exigence de bonne foi, entraver le libre jeu de la concurrence qu'il a lui-même choisi de mettre en place.

§ 60 Illustrations

Il y a entrave à la mise en concurrence lorsque, par exemple, l'organisateur de la procédure communique à un participant le contenu d'une soumission concurrente de manière à lui permettre d'adapter sa propre soumission (*V. CA Paris, 27 mars 2015, n° 12/20286* : [JurisData n° 2015-015617](#)). Il y a encore déloyauté quand, dans une procédure d'appel d'offres par enchères électroniques inversées, l'organisateur émet ou fait émettre une enchère par un tiers qui n'a pas l'intention de fournir la prestation demandée dans le but de pousser les participants à enchérir à la baisse (*V. n° 120*).

L'obligation de ne pas entraver la concurrence entre participants va de pair avec l'obligation de respecter l'égalité de traitement des participants. Ces applications précises de l'obligation de bonne foi permettent la pleine réalisation de l'objet de l'avant-contrat de mise en concurrence, à savoir une compétition effective de cocontractants potentiels pour la conclusion du contrat final. Elles traduisent l'assujettissement de l'organisateur de la procédure à l'avant-contrat de mise en concurrence.

§ 61 Obligation de participer à la procédure de bonne foi : principe

L'obligation de bonne foi s'impose à toutes les parties à l'avant-contrat de mise en concurrence, y compris aux participants. À ce titre, ces derniers, qui composent la partie plurale de l'avant-contrat, doivent s'abstenir de fausser la concurrence établie par l'organisateur de la procédure. L'obligation de participer à la procédure de bonne foi doit être d'abord exécutée par les participants à l'égard de leur cocontractant. Une altération du jeu de la concurrence commise par un ou plusieurs participants est susceptible de porter préjudice aux autres participants, membres de la partie plurale. En raison de la conjonctivité de l'avant-contrat, une obligation de bonne foi doit par ailleurs être respectée entre participants.

§ 62 Obligation de participer à la procédure de bonne foi : vis-à-vis de l'organisateur

Les participants à la procédure de mise en concurrence doivent faire preuve de bonne foi à l'égard de l'organisateur qui est leur partenaire contractuel. À ce titre, ils ne peuvent se livrer à des pratiques tendant à fausser la compétition voulue par l'organisateur.

En pratique, l'altération de la concurrence est le fait de plusieurs participants qui agissent de manière concertée. Comme exemples de pratiques concertées destinées à entraver la concurrence, l'on peut citer les échanges d'informations antérieurs au dépôt des soumissions sur le nombre de participants, leur nom, leur poids économique, les prix qu'ils envisagent de proposer, etc., ou encore la pratique dite des " offres de couverture " consistant pour les soumissionnaires à déposer des offres d'un montant volontairement plus élevé que celle d'un concurrent préalablement désigné afin que ce dernier apparaisse comme le mieux-disant et, ainsi, maximiser ses chances de remporter la compétition (*V. n° 109*). Comme l'explique l'Autorité de la concurrence, de tels agissements affaiblissent la concurrence entre soumissionnaires et " pénalisent [l'organisateur de l'appel d'offres], contraint de payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée " (*Cons. conc., déc. n° 08-D-33, 16 déc. 2008* , pt 94). La jurisprudence civile considère les concertations entre participants comme constitutives non seulement d'ententes anticoncurrentielles prohibées par les articles L. 420-1 du Code de la commande publique et 101 du TFUE, mais aussi de manœuvres dolosives au sens du [nouvel article 1137 du Code civil](#) (*V. par ex. CA Paris, 2 juill. 2015, n° 13/22609* : *Lettre Creda-Concurrence*, 29 juin-3 juill. 2015, *obs. A. Ronzano*). Or, le dol dans l'exécution du contrat constitue un manquement certain à la bonne foi (*F. Terré et a., préc., n° 598*).

§ 63 Obligation de participer à la procédure de bonne foi : vis-à-vis des autres participants

Lorsqu'un contrat est conjonctif, l'obligation d'exécution de bonne foi entre les parties demeure. Dans l'avant-contrat de mise en concurrence, les participants composant la partie plurale sont débiteurs de l'obligation de bonne foi à l'égard de l'organisateur. Mais la participation de plusieurs personnes dans une même partie à un contrat conjonctif engendre, de surcroît, une obligation spécifique que le professeur Cabrillac dénomme " obligation de ne pas nuire à un autre membre de la partie plurale " (*R. Cabrillac, préc., n° 453*). En effet, si, comme l'explique l'auteur, le cocontractant pâtit le premier de l'inexécution des obligations nées de l'acte, un des membres de la partie plurale peut subir un dommage du fait de l'inexécution de l'acte par un autre membre de cette partie (*R. Cabrillac,*

préc., n° 457). Cette obligation constitue une application particulière de l'exigence de bonne foi (*R. Cabrillac, préc.*, n° 513), justifiée par la conjonctivité de l'acte et distincte de l'obligation d'exécution de bonne foi entre les parties (*R. Cabrillac, préc.*, n° 457). Elle impose à chaque membre de la partie plurale d'exécuter sa propre prestation et, plus largement, de ne pas entraver l'exécution de l'acte conjonctif (*R. Cabrillac, préc.*, n° 462 s.). L'obligation de ne pas nuire aux membres de la partie plurale présente enfin la particularité de revêtir un caractère contractuel. L'auteur démontre, en effet, que la réalisation en commun de l'objet du contrat conjonctif crée un lien de nature contractuelle entre les membres de la partie plurale alors même que ceux-ci n'ont conclu aucun contrat (*R. Cabrillac, préc.*, n° 507 s.). Ainsi, le régime de la responsabilité contractuelle s'applique en cas d'inexécution de l'obligation de ne pas se nuire entre membres de la partie plurale (*R. Cabrillac, préc.*, n° 511).

Au sein de la partie plurale de l'avant-contrat de mise en concurrence, les participants sont ainsi tenus de ne pas se nuire en ne respectant pas les règles fixées par l'organisateur de la procédure. Par exemple, lorsque le participant ayant remporté la mise en concurrence a soumis une offre contenant des conditions contractuelles non conformes à celles imposées par l'organisateur mais finalement plus avantageuses pour ce dernier, il cause un dommage à ses concurrents qui se sont astreints à respecter scrupuleusement les conditions contractuelles en les privant d'une chance sérieuse d'obtenir la conclusion du contrat.

Toujours en vertu de cette obligation de ne pas se nuire au sein de la partie plurale, un participant ne doit pas causer un dommage à un autre en entravant l'exécution de l'avant-contrat de mise en concurrence. À titre d'exemple, un participant ne peut pas, au cours de la procédure, discréditer la soumission d'un autre participant auprès de son organisateur dans le but d'emporter la conclusion du contrat final (*CA Paris, 27 mars 2015, préc.*, jugeant que le soumissionnaire s'est comporté de manière déloyale " en donnant son avis sur l'offre concurrente qu'elle savait confidentielle, l'a sérieusement critiquée, et ce, avant même que [l'organisateur de l'appel d'offres] ait annoncé son choix, faussant ainsi le jeu de la concurrence " - V. aussi [*CA Rennes, 25 nov. 2011, n° 10/08882*](#), considérant comme fautifs des propos tenus par un soumissionnaire évincé à l'encontre de la personne et des produits de l'attributaire du marché). De même, lorsque des participants faussent, de manière concertée, la concurrence, non seulement ils portent préjudice à son organisateur, mais ils nuisent aux autres participants en réduisant illégitimement leurs chances d'obtenir la conclusion du contrat final. Ainsi, l'interdiction des pratiques concertées entre participants qui faussent le jeu de la concurrence s'impose au titre, d'une part, de l'obligation de bonne foi entre parties et, d'autre part, de l'obligation de ne pas nuire aux autres participants.

§ 64 Conclusion

Au terme de la première partie de ce fascicule, il apparaît que l'appel d'offres privé constitue une notion autonome, de nature duale.

L'appel d'offres désigne, en premier lieu, une proposition de contracter que l'on a dénommé invitation à soumissionner et définie comme celle qui arrête des conditions contractuelles soustraites à la négociation et qui réserve, à son auteur, le droit de choisir, parmi ceux qui y répondent, son cocontractant ou de n'en retenir aucun. Ainsi entendu, l'appel d'offres constitue une proposition de contracter autonome, distincte des deux autres types de propositions que sont l'offre et l'invitation à entrer en pourparlers.

L'appel d'offres désigne, en second lieu, une certaine procédure de conclusion du contrat. Ayant pour objet de mettre en concurrence une pluralité de cocontractants potentiels en vue de la conclusion d'un contrat, la procédure établit un avant-contrat entre son organisateur et ses participants. Cet avant-contrat de mise en concurrence regroupe au sein de l'une de ses parties l'ensemble des participants à la procédure. Il est, par conséquent, un contrat conjonctif. Les deux parties s'engagent à respecter les règles relatives au déroulement de la procédure de mise en concurrence. Elles sont, en outre, tenues d'exécuter de bonne foi l'avant-contrat de mise en concurrence.

L'appel d'offres privé donne lieu à l'application de règles spécifiques dont l'ensemble forme un régime qui lui est propre.

II. Régime de l'appel d'offres privé

§ 65 Approche chronologique

A priori, les personnes privées, ne se voyant pas appliquer la réglementation de la passation des marchés publics, se trouvent dans une situation de liberté : liberté de recourir ou de ne pas recourir à l'appel d'offres, liberté d'inviter les personnes de leur choix à soumissionner, liberté de définir les règles relatives au déroulement de la procédure et, *in fine*, liberté de choisir leur cocontractant ou de n'en retenir aucun le cas échéant. Néanmoins, l'intervention d'un avant-contrat durant la procédure de mise en concurrence complexifie le régime de l'appel d'offres privé. Cet avant-contrat de mise en concurrence est, en effet, source d'assujettissement pour l'organisateur et les participants de la procédure (V. [*n° 50 s.*](#)).

Suivant une approche chronologique, il est possible d'aborder le régime de l'appel d'offres privé en distinguant le déroulement de la procédure de mise en concurrence **(A)** de son issue, matérialisée par la décision finale de son organisateur **(B)**.

A. Déroulement de la mise en concurrence

§ 66 Déroulement type

Si, par principe, une entreprise est libre de recourir à une procédure de mise en concurrence pour éclairer le choix de son cocontractant, celle-ci peut, *a fortiori*, organiser le déroulement de la procédure à sa guise. Une entreprise opte pour les modalités de mise en concurrence qui lui paraissent les plus appropriées, et qui ne correspondent pas forcément aux modalités prescrites par le droit de la commande publique. Pouvant s'avérer nombreuses et variées, les modalités d'organisation sont choisies en fonction d'une multitude de paramètres : taille de l'entreprise organisatrice, secteur d'activité, nature et objet du contrat proposé, état de la concurrence sur le marché, etc. De l'observation de la pratique, il apparaît toutefois que " *l'organisation générale de [l'appel d'offres] ne diffère pas sensiblement des règles de la commande publique (en somme, s'y retrouvent généralement une publicité, des conditions de participation et des critères de sélection)* " (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs : LexisNexis, 3e éd., 2019, n° 446*). Au-delà de la diversité des modalités particulières - permise par la liberté laissée aux personnes privées -, le déroulement d'une procédure de mise en concurrence s'opère donc invariablement en deux étapes.

Toute mise en concurrence débute par une phase de sollicitation des entreprises qui vont pouvoir accéder à la compétition **(1°)**. Une fois la procédure de mise en concurrence lancée, les participants peuvent se faire concurrence dans le respect des droits et obligations définis par son organisateur en émettant des soumissions **(2°)**.

1° Accès à la mise en concurrence

§ 67 Définition des conditions d'accès

Le principe de la liberté contractuelle autorise l'auteur de l'appel d'offres à en définir librement les conditions d'accès à sa procédure de mise en concurrence **(a)**. Cette liberté dans l'aménagement des conditions d'accès n'est cependant pas sans limites **(b)**.

a) Principe de la liberté dans l'aménagement des conditions d'accès à la mise en concurrence

§ 68 Appel d'offres ouvert ou restreint, avec ou sans préqualification

L'organisateur de l'appel d'offres est libre de faire participer les entreprises de son choix. À cet égard, il peut opter pour le système de l'appel d'offres ouvert **(1)** ou celui de l'appel d'offres restreint **(2)**, avec ou sans phase préalable de qualification des entreprises soumissionnaires **(3)**.

1) Appel d'offres ouvert :

§ 69 Définition

L'appel d'offres est qualifié d'ouvert quand toutes les entreprises intéressées sont invitées, par la publication d'une annonce, à soumissionner. Selon cette variété d'appel d'offres, l'accès à la mise en concurrence est libre : " *quiconque estimant correspondre à l'appel peut y répondre* ", écrit le professeur le Tourneau (*Ph. le Tourneau, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle, Conception, préc., n° 20*).

§ 70 Description

En pratique, l'appelant diffuse auprès du public une annonce dénommée " avis d'appel d'offres ". Ce document a pour objet de fournir aux tiers intéressés des informations de base sur le contrat envisagé et de les inviter à présenter des offres qui satisfassent les besoins exprimés. Le contenu de l'avis d'appel d'offres est donc généralement sommaire : pour l'essentiel, le document précise l'objet et la nature du contrat proposé et indique les critères sur la base desquels les offres vont être évaluées ainsi que l'adresse et la date pour lesquelles celles-ci doivent être retournées. Pour préparer et soumettre leurs offres, les entreprises intéressées sont généralement invitées à récupérer un jeu complet de documents - cahier des charges, projet de contrat, conditions générales d'achat, règlement de l'appel d'offres, plans, dessins, etc. - auprès de l'auteur de l'avis. L'ensemble de ces documents constitue ce que la pratique appelle le " dossier d'appel d'offres ".

En principe, l'appelant décide librement de diffuser son avis à l'échelle internationale ou à l'échelle locale. Pareillement, celui-ci utilise les supports de diffusion qui lui paraissent les plus appropriés : affichages, journaux locaux ou étrangers, revues spécialisées, web, etc. Par exception cependant, l'appelant peut être tenu de se conformer à certaines exigences en matière de publicité. Ainsi, pour la réalisation d'une opération de construction, lorsque les travaux sont financés par la Banque mondiale, celle-ci exige du maître de l'ouvrage privé qu'il passe ses marchés de travaux nécessaires au projet par voie d'appels d'offres internationaux ouverts à tous les fournisseurs, prestataires de services et entrepreneurs, quelle que soit leur nationalité (*Banque mondiale, Guide de l'utilisateur du dossier type d'appel d'offres pour la passation des marchés de travaux, Droit civil, 2007 : worldbank.org/procure*). Conformément à ses directives pour la passation des marchés, la Banque se charge de publier l'avis d'appel d'offres sur le site web public des Nations unies - le *United Nations Development Business online* - ainsi que sur son propre site et impose à l'emprunteur l'insertion de l'avis dans un journal national et sur un site internet.

§ 71 Avantages et inconvénients

Le système d'appel d'offres ouvert a le mérite de garantir le plus haut degré possible de concurrence entre les entreprises. L'appelant autorisant n'importe quelle entreprise à soumissionner, ce système vise à mettre en compétition le plus grand nombre possible d'entreprises. Grâce à une mise en concurrence aussi poussée, l'auteur de l'appel d'offres peut ainsi espérer obtenir des soumissionnaires la plus haute qualité de prestation au meilleur prix.

En contrepoint, le système ouvert est sans doute le plus formaliste et le plus coûteux dans la mesure où, généralement, il nécessite la préparation d'un certain nombre de documents, une large diffusion auprès du public d'un avis d'appel d'offres ainsi qu'une parfaite coordination des publications (*V. CNUDCI, préc., n° 6*). De surcroît, il oblige l'appelant à ouvrir et évaluer toutes les offres soumises, lesquelles peuvent être très nombreuses. Enfin et surtout, l'appel d'offres ouvert incite parfois des entreprises avec lesquelles l'appelant ne souhaite pas contracter, soit en raison de mauvaises relations antérieures, soit parce qu'elles ont mauvaise réputation, à présenter leur candidature (*V. en ce sens, Ph. le Tourneau, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle. Conception, préc.*).

En dépit de son haut degré de concurrence, les inconvénients qui lui sont attachés poussent les praticiens à délaisser l'appel d'offres ouvert quand son recours n'est pas rendu obligatoire par l'organisme international de financement. Son utilisation volontaire dans le domaine de la construction internationale, pour la réalisation de travaux de génie civil essentiellement, est cependant à noter (*P. Glavinis, préc., n° 66*).

§ 72 Analyse juridique

Lorsqu'il est ouvert, l'appel d'offres n'est pas adressé à des personnes nommément désignées. Au contraire, son auteur utilise des moyens de diffusion qui sont destinés à atteindre un nombre indéterminé et potentiellement illimité de participants à la procédure de mise en concurrence. On reconnaît là les traits caractéristiques de la proposition de contracter faite au public que la doctrine a pu par le passé dégager : la diffusion par publication, d'une part, et la destination indéterminée de la proposition, d'autre part (*A. Vialard, préc., n° 2*). Adressée à toute entreprise intéressée, l'offre de mise en concurrence faite par l'appelant selon le système ouvert doit donc s'analyser en une offre faite au public.

2) Appel d'offres restreint

§ 73 Définition

L'appel d'offres est qualifié de restreint lorsque la mise en concurrence est limitée aux seules entreprises auxquelles l'auteur s'adresse directement. Lorsqu'il est restreint, l'appel d'offres prend souvent la dénomination de " RFP ", sigle du terme anglo-saxon *Request For Proposal* (*V. G. Cordier, préc.*). L'appel d'offres restreint vise donc à limiter l'accès à la concurrence contrairement au système ouvert. L'appelant ne fait connaître l'existence de la mise en concurrence qu'à ceux qu'il souhaite voir soumissionner.

§ 74 Description

Quelle que soit l'opération réalisée, la mise en place d'un appel d'offres restreint s'opère selon un même schéma.

En premier lieu, la mise en place d'une procédure restreinte suppose pour l'appelant de déterminer à l'avance les entreprises qu'il souhaiterait voir concourir (G. *Valentin, préc.*, n° 41). Par exemple, en matière de construction comme d'achat de produits ou services, le donneur d'ordre va, le plus souvent, consulter les anciens ou actuels partenaires commerciaux ainsi que les entrepreneurs ou les fournisseurs réputés pour leur sérieux. En effet, s'il est souhaitable qu'un maximum d'entreprises soumissionne, il faut toutefois éviter la candidature de professionnels insuffisamment qualifiés qui rendrait l'exécution des contrats plus difficile et onéreuse.

En second lieu, l'appelant va solliciter les entreprises qu'il souhaiterait voir concourir en leur notifiant sa décision de recourir à un appel d'offres (*CNUDCI, préc.*, n° 17). Pour ce faire, il adresse à chacune d'elles une lettre de mise en concurrence, dénommée " *lettre de consultation* " dans la pratique administrative (V. *ancien Code des marchés publics, art. 62*). Cette lettre se présente matériellement sous la forme d'un document standard qui présente le contexte de la consultation ainsi que les objectifs poursuivis. Celle-ci précise aussi le plus souvent la date limite de réception des soumissions ainsi que l'adresse à laquelle elles doivent être transmises. Généralement, le contenu de cette lettre est relativement sommaire car elle s'accompagne des documents au contenu plus détaillé comme le cahier des charges, le projet de contrat ou les conditions générales d'achat (*sur ces documents, V. n° 12, 19 et 20*). L'ensemble forme ce que la pratique appelle un " dossier d'appel d'offres ".

§ 75 Avantages et inconvénients

Le système d'appel d'offres restreint est particulièrement approprié lorsque seules quelques entreprises sont en mesure de satisfaire les besoins de l'appelant. En outre, ce système est présenté comme moins lourd et coûteux que le système d'appel d'offres ouvert. En contrepoint, la concurrence suscitée est généralement moins intense que dans un appel d'offres ouvert. L'ampleur de la concurrence de l'appel d'offres restreint va en réalité dépendre du nombre d'entreprises sollicitées. Il est évident que plus les entreprises auront été nombreuses à concourir, plus les chances d'obtenir les offres les plus avantageuses seront importantes. De l'observation de la pratique des entreprises privées, il apparaît que le système de l'appel d'offres est plus répandu que le système ouvert. Les appels d'offres pratiqués sont même systématiquement restreints en matière de vente d'entreprise (B. *Amann, L'open-bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques, préc.*, n° 10) et de vente d'immeuble (Th. *Delesalle et O. Herrnberger, Les nouveaux appels d'offres privés en matière immobilière : les data-rooms, préc.*, n° 1389). La limitation du nombre de soumissionnaires pressentis est présentée comme plus conforme à la pratique des affaires que la technique de l'appel d'offres ouvert (V. en ce sens, J.-C. *Serna, préc.*, p. 186).

§ 76 Analyse juridique

Contrairement au système d'appel d'offres ouvert, l'offre de mise en concurrence n'est pas adressée à un nombre indéterminé de personnes par le biais d'une annonce au public, mais, au contraire, à un nombre limité de personnes que l'appelant aimerait voir concourir. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une offre au public. L'appel d'offres restreint ne constitue pas non plus une offre faite à personne unique dans la mesure où il vise à solliciter une pluralité de soumissions concurrentes. Elle appartient à la catégorie des " offres à personnes déterminées ", lesquelles " se caractérisent précisément par le fait que l'offrant a choisi spécialement les destinataires de sa proposition contractuelle " (J.-L. *Aubert et F. Collart Dutilleul, préc.*, p. 57).

§ 77 Sort des candidatures spontanées

Un problème, propre au système de l'appel d'offres restreint, a trait au sort des candidatures d'entreprises non sollicitées mais spontanées. Son auteur est-il tenu d'y donner suite ? Si l'appel d'offres restreint s'analyse en une offre de mise en concurrence adressée à un groupe de personnes déterminées, alors l'appelant est libre d'accueillir ou, au contraire, de rejeter la candidature de personnes à qui cette offre n'a pas été adressée. La cour d'appel de Versailles l'a admis dans un arrêt du 10 mars 2011 par lequel elle a jugé que le seul fait pour une entreprise de ne pas inviter son partenaire commercial sortant à participer à un nouvel appel d'offres ne constitue pas en soi une faute (*CA Versailles, 10 mars 2011, n° 09/09875 : JurisData n° 2011-004963 ; Lettre distrib.*, 2011/5, p. 1, obs. M. *David*). Cette solution trouve son fondement dans le principe de liberté contractuelle, lequel englobe la liberté de contracter mais aussi la liberté de ne pas contracter avec un partenaire non souhaité (J. *Mestre, La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale mais non absolue : RTD civ.* 1999, p. 79).

3) Le choix d'une procédure de préqualification

§ 78 Définition

Lorsqu'une entreprise recourt à la procédure de préqualification, encore dénommée " appel d'offres de présélection ", une phase préliminaire de sélection est introduite puisque, comme l'expression l'indique, un candidat à l'attribution du contrat définitif doit avoir été préalablement agréé pour pouvoir participer à la procédure de mise en concurrence proprement dite. L'objectif de cette première procédure est donc d'évincer les candidats qui ne possèdent pas les capacités et les ressources nécessaires pour exécuter correctement le contrat définitif. La mise en place d'une procédure de préqualification révèle ainsi ce que le professeur le Tourneau appelle un " intuitus personae à rebours " en ce sens que cette étape est préliminaire (Ph. *le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques : Dalloz*, 12e éd., 2022, n° 111.30).

§ 79 Déroulement sommaire

Cette procédure de préqualification suit plusieurs étapes. La première étape consiste à publier un avis invitant les entreprises à demander leur qualification (*CNUDCI, préc.*, n° 12). Cet avis contient une présentation générale de l'opération contractuelle projetée par son auteur et énonce les conditions de la préqualification. En retour, l'entreprise intéressée répond à cet avis en faisant parvenir à l'organisateur de la procédure un dossier contenant essentiellement une présentation de la société, ses références industrielles dans des projets de même nature, sa capacité financière ainsi que sa motivation pour présenter sa candidature dans l'opération en cause (Ph. *le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, préc.*). Souvent, le candidat est tenu de remplir un questionnaire ou un formulaire de candidature délivré par l'organisateur et de le joindre à son dossier (P. *Glavinis, préc.*, n° 69). Chaque dossier est ensuite évalué par l'organisateur sur la base des critères de qualification qu'il a pris soin de spécifier aux candidats dans son avis. Ces critères portent sur les caractéristiques qui sont essentielles pour assurer correctement l'exécution du contrat en question. Il s'agit de l'expérience en matière d'opérations similaires, de la capacité financière, de compétences techniques particulières ainsi que des capacités en équipements et en ressources humaines. Enfin, l'appelant clôt la procédure de préqualification en avisant les entreprises non retenues qu'elles n'ont pas été qualifiées et en adressant aux entreprises qui le sont un courrier les informant de leur qualification et les invitant à participer à la procédure de mise en concurrence (*CNUDCI, préc.*, n° 14).

§ 80 Avantages et inconvénients

La procédure de préqualification permet à l'organisateur de l'appel d'offres de ne faire participer que les entreprises aptes à satisfaire, techniquement et

financièrement, ses besoins. Elle permet aussi d'exclure d'emblée un certain nombre d'entreprises avec lesquelles l'appelant ne veut en aucun cas conclure le contrat, que ce soit à cause de mauvaises relations antérieures ou de leur fâcheuse réputation (*Ph. le Tourneau, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle, Conception, préc., n° 19*). Cette procédure est évidemment conçue dans l'intérêt de son organisateur mais aussi dans celui des entreprises sérieuses qui n'auront pas à se mesurer à des entreprises insuffisamment qualifiées qui peuvent avoir tendance à sous-évaluer leur offre pour emporter le marché. La procédure permet aussi aux entreprises insuffisamment qualifiées d'éviter de soumissionner et, partant, d'engager des frais inutiles.

La préqualification peut aussi présenter certains inconvénients. Elle a pour effet d'allonger les délais de passation du marché. En outre, elle induit généralement une augmentation des frais pour l'organisateur de la mise en concurrence.

Malgré ses inconvénients, la procédure de préqualification est largement répandue dans certains domaines tels que ceux de la construction et des achats. Le recours à la présélection est même imposé par certaines institutions financières. Par exemple, les Directives de la Banque mondiale pour la passation des marchés privés de travaux obligent l'emprunteur à recourir à la préqualification pour les travaux complexes ou d'une grande envergure ou pour des projets clés en main (*Banque mondiale, Directives passation des marchés de fourniture, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID, 2011, p. 13 s.*).

§ 81 Analyse juridique

Dans le système de l'appel d'offres avec préqualification, la procédure de mise en concurrence est précédée d'une procédure qui permet à son organisateur de sélectionner les entreprises admises à participer à la suivante. Comme la procédure de mise en concurrence, il est possible de déceler dans celle de préqualification un accord de volontés intervenant entre son organisateur et l'ensemble de ses participants.

En publiant l'avis de préqualification, l'organisateur adresse au public une offre de participer à la préqualification. Cette offre renferme les règles régissant le déroulement de la procédure qui sont, pour l'essentiel, les critères de préqualification, le calendrier et les formulaires de candidature à compléter. Les participants émettent leur acceptation par l'envoi du dossier de candidature.

La rencontre de ces volontés donne naissance à un avant-contrat qui, comme l'avant-contrat de mise en concurrence, est conjonctif car l'une des parties est composée de l'ensemble des participants à la procédure de préqualification. Cet avant-contrat oblige alors les deux parties à respecter les règles de procédure de préqualification énoncées dans l'offre de préqualification. En outre, celles-ci sont tenues d'organiser et de participer à la procédure de préqualification de bonne foi.

Enfin, le lancement de la procédure de mise en concurrence rend caduc l'avant-contrat de préqualification en raison de la disparition de son objet. Ce dernier a ainsi vocation à précéder l'avant-contrat de mise en concurrence qui naît de la procédure de mise en concurrence. Il s'agit donc d'un contrat préalable à un contrat qui, lui-même, est préliminaire au contrat final projeté.

§ 82 Force obligatoire des critères de qualification et bonne foi dans l'évaluation des candidatures

Au titre de la force obligatoire de l'avant-contrat de préqualification, l'organisateur de la procédure est tenu de respecter les critères de qualification qu'il a lui-même édictés dans l'évaluation des candidatures des participants. Il en résulte que tous les participants qui satisfont aux critères de qualification doivent être qualifiés. Inversement, les candidatures qui ne répondent pas aux conditions d'aptitude imposées par l'organisateur de la procédure doivent être rejetées. Les autres candidats autorisés à prendre part à la procédure de mise en concurrence pourraient pâtir de la concurrence d'entreprises incompetentes qui auront tendance à sous-évaluer les risques d'un projet, à prendre des engagements qu'elles ne pourront jamais respecter et à soumettre une proposition financière anormalement bon marché pour tenter d'"enlever" le contrat (*V. en ce sens, P. Glavinis, préc., n° 69*).

Dans le cas où l'organisateur de la procédure de préqualification n'aurait pas défini de critères de qualification dans son offre, il n'en demeure pas moins obligé d'exécuter de bonne foi l'avant-contrat, conformément à l'[article 1104 du Code civil](#). À ce titre, il est tenu de se comporter loyalement dans l'évaluation des candidatures et donc de ne rien faire qui compromette la réalisation de l'objet de l'avant-contrat de préqualification. Comme le souligne un auteur, la procédure de préqualification a pour "unique objectif" de sélectionner les entreprises admises à soumissionner en fonction de leur aptitude à exécuter de manière satisfaisante le contrat final proposé par son organisateur (*P. Glavinis, préc., n° 68*). Il s'agit là de l'objet de l'avant-contrat de préqualification. Ainsi, en dépit l'absence de critères définis de qualification, l'organisateur de la procédure est obligé, au titre de l'exigence de bonne foi, de qualifier les entreprises capables d'exécuter correctement le contrat définitif et de rejeter la candidature de celles qui ne disposent pas de cette aptitude.

b) La liberté encadrée dans l'aménagement des conditions d'accès à la mise en concurrence

§ 83 Sanction de la rétractation fautive de l'offre de mise en concurrence

L'invitation à participer à une procédure d'appel d'offres n'est pas une simple velléité dénouée de portée juridique. En effet, bien qu'elle ne soit pas une offre de conclure le contrat définitif, elle n'en constitue pas moins une véritable offre de contracter dont l'objet est d'organiser une mise en concurrence de cocontractants potentiels pour la conclusion du contrat définitif (*V. [n° 33 et s.](#)*). En conséquence, s'applique à cette sollicitation le régime juridique de l'offre de contracter et, en particulier, l'obligation de maintien durant le délai exprès ou raisonnable d'acceptation.

Ainsi, conformément à l'[article 1116 du Code civil](#), lorsque l'auteur de l'appel d'offres fixe un délai dit de soumission, pendant lequel les personnes sollicitées peuvent valablement prendre part à la procédure de mise en concurrence, l'offre de mise en concurrence doit être maintenue pendant cette période. Lorsque l'offre de mise en concurrence n'est cependant assortie d'aucun délai exprès de participation, ledit texte interdit également à son auteur de la révoquer avant l'expiration d'un délai raisonnable. Relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (*Cass. 3e civ., 25 mai 2005, n° 03-19.411 : JCP E 2005, 1776, obs. P. Grosser*), l'évaluation de la durée de ce délai raisonnable correspond, en matière d'appel d'offres, au temps nécessaire au candidat pour étudier les termes de l'appel d'offres, préparer une proposition complète et conforme et la soumettre à l'appelant. Ainsi par exemple, une soumission formulée 3 mois après l'appel pourra ne pas être considérée comme arrivée hors délai si la consultation a pour objet la construction d'un ouvrage impliquant la réalisation d'études préparatoires, le respect de spécifications techniques précises, la réalisation de travaux importants, l'utilisation de matériels et d'équipements particuliers, etc. À l'inverse, la soumission au bout de 3 mois sera sans doute jugée trop tardive s'il s'est agi pour l'appelant de solliciter la fabrication d'un produit dont la nature et les

spécificités techniques rentrent dans le champ de la production habituelle du soumissionnaire. Une fois le délai de soumission exprès ou implicite expiré, l'offre de mise en concurrence est en revanche caduque ([C. civ., art. 1117](#)), de sorte qu'une acceptation de cette offre est insusceptible de former l'avant-contrat.

En cas de retrait de l'offre de mise en concurrence effectué au mépris du délai fixé ou raisonnable, l'appelant encourt la mise en jeu de sa responsabilité civile délictuelle vis-à-vis de la ou les entreprises victimes de cette révocation fautive ([C. civ., art. 1116, al. 3](#)). Si un candidat à la participation à la procédure de mise en concurrence ne peut se voir allouer des dommages et intérêts pour la perte des avantages attendus du contrat offert qui sont exclus du champ de l'indemnisation par le Code civil, il pourrait, en revanche, prétendre à réparation pour la perte de chance d'obtenir ces avantages ou pour les frais occasionnés par cette participation. S'agissant du préjudice de perte de chance, distinct en lui-même du préjudice de perte des avantages attendus du contrat visé par l'[article 1116 du Code civil](#), son indemnisation serait parfaitement fondée au regard des principes régissant la responsabilité civile : la perte de chance d'obtenir les gains attendus du contrat est en effet causée par la révocation de l'offre qui est intrinsèquement fautive lorsqu'elle intervient au mépris du délai, exprès ou implicite, d'acceptation (en ce sens, *S. Pellé, La formation du contrat : AJ contrat, 2018, p. 254*). Même si la réparation de ce chef de préjudice était admise dans son principe par les tribunaux, il est bien difficile de mesurer les gains susceptibles d'être obtenus en vertu d'un avant-contrat de mise en concurrence. Ce qui est certain, c'est qu'il ne pourrait s'agir de la conclusion du contrat définitif proposé par l'appelant car, au stade de la mise en concurrence, les soumissionnaires ne sont pas titulaires d'un droit acquis à la conclusion dudit contrat, mais seulement d'une chance plus ou moins sérieuse, selon le contenu de leur soumission, le nombre ainsi que le niveau des soumissions concurrentes. En définitive, l'entreprise à qui l'on refuse la participation à la mise en concurrence se voit privée d'une chance d'obtenir une chance de conclure le contrat définitif. Voilà qui rend l'issue favorable escomptée extrêmement hypothétique. Or, précisément, pour que la perte de chance soit réparable, la chance perdue doit être réelle et sérieuse (*V. n° 165*). La réparation pour les frais occasionnés par la participation à l'appel d'offres paraît, quant à elle, moins hypothétique. En effet, répondre à un appel d'offres nécessite souvent de mobiliser des moyens en personnel et en matériel conséquents. Dans les appels d'offres les plus complexes, il faut ajouter le coût des études qui sont réalisées par les tiers experts pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de l'opération proposée. Or, l'ensemble de ces frais sont exposés inutilement, en pure perte, quand l'appelant révoque son offre au mépris du délai de soumission. Pour l'entreprise qui est victime de cette révocation intempestive, il s'agit là d'un préjudice certain découlant directement d'une faute, en l'occurrence le non-respect du délai de soumission. Le lien de causalité entre la faute et le dommage étant caractérisé, l'appelant pourra voir sa responsabilité engagée à hauteur des frais de soumission inutilement engagés.

§ 84 Sanctions de la violation de l'avant-contrat de préqualification

Dans le cadre d'une procédure de préqualification, une entreprise qui s'estime injustement disqualifiée n'est pas sans moyens de défense. La procédure de préqualification ayant pour effet de lier contractuellement son organisateur et ses participants, les remèdes à l'inexécution contractuelle trouvent, en effet, à s'appliquer. L'entreprise disqualifiée pourra ainsi engager la responsabilité contractuelle de l'organisateur de la procédure de préqualification ou obtenir l'exécution forcée dudit avant-contrat.

§ 85 Responsabilité contractuelle

En pratique, il est envisageable qu'une entreprise s'estimant injustement disqualifiée agisse contre l'organisateur de la procédure de préqualification sur le terrain de la responsabilité. Cette responsabilité est de nature contractuelle dans la mesure où la faute éventuellement commise par l'organisateur de la procédure de préqualification correspond à une inexécution contractuelle de l'avant-contrat de préqualification.

§ 86 Caractérisation d'une faute

La première difficulté consistera à établir l'existence d'une faute commise par l'organisateur de la procédure de préqualification. L'entreprise disqualifiée devra ainsi parvenir à démontrer que l'organisateur n'a pas appliqué les conditions de qualification qu'il s'est lui-même fixées. Selon les circonstances de l'espèce, la preuve de la faute sera plus ou moins facile à établir. Elle sera facilitée si l'organisateur, de son propre chef ou à la demande de l'entreprise non-qualifiée, donne les raisons du rejet de la candidature. En effet, cette démarche mettrait alors l'entreprise non qualifiée en mesure de contester, point par point, l'analyse faite des conditions de qualification devant le juge. L'appelant est parfois obligé de donner les motifs de rejet d'une candidature par l'organisme qui finance son opération (*V. Banque Mondiale, Guide de l'utilisateur du document de pré-qualification pour la passation des marchés de travaux, préc., p. 36*). Lorsque l'organisateur de la procédure de préqualification n'est soumis à aucune disposition particulière ou impérative en ce sens, l'admission d'une obligation de motiver le rejet d'une candidature, fondée sur l'exigence de bonne foi, pourrait permettre à l'entreprise disqualifiée de s'assurer que l'avant-contrat de préqualification a été correctement exécuté par l'organisateur lors de la phase d'évaluation et de sélection des candidatures. Comme pour la procédure de mise en concurrence (*V. [n° 141](#)*), l'obligation de motivation viendrait ainsi garantir, pour les entreprises candidates, un exercice effectif en justice de leurs droits conférés par l'avant-contrat qui les lie à l'appelant.

§ 87 Caractérisation du dommage

Une seconde difficulté va avoir trait à la caractérisation du préjudice réparable. Conformément aux règles classiques de la responsabilité civile, un préjudice réparable suppose en tant que tel d'être certain et d'être, de surcroît, relié à la faute par un lien de causalité.

L'entreprise non qualifiée peut d'abord s'estimer privée des bénéfices attendus par la conclusion du contrat final proposé. Manifestement, ce chef de préjudice est difficilement réparable. Certes, la faute commise par l'appelant lors de l'évaluation et/ou la sélection des candidatures prive le candidat éconduit d'une chance de participer à la procédure de mise en concurrence et, partant, de remporter la conclusion du contrat définitif. Néanmoins, la perspective de réaliser les gains espérés semble trop éloignée et aléatoire au stade de la préqualification pour être indemnisée. En effet, la mise en concurrence proprement dite des dossiers de candidature n'a pas encore eu lieu. En outre, à l'occasion de la pré-qualification, on ne connaît ni le nombre de soumissionnaires mis en concurrence, ni le niveau des soumissions. La conclusion du contrat définitif étant encore trop hypothétique, l'entreprise disqualifiée ne peut valablement s'en prévaloir.

L'entreprise non qualifiée pourrait ensuite chercher à obtenir des dommages et intérêts pour compenser les frais occasionnés par la préparation du dossier de candidature à la qualification. Néanmoins, le montant alloué sera faible dans la mesure où les frais engagés par les participants dans le cadre de la procédure de préqualification sont généralement peu élevés. En effet, contrairement à la procédure de mise en concurrence qui la suit, la procédure de préqualification est une procédure qualifiée de " légère " (*Ph. le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, préc., n° 1.9*). De manière générale, en effet, le temps consacré à la préparation d'un dossier de candidature est limité, car l'entreprise candidate à la qualification se borne à remplir le questionnaire ou le formulaire de candidature délivré par l'organisateur. Quant aux investissements entrepris à ce stade, ils sont quasi-inexistants puisqu'il s'agit d'apporter des renseignements sur des

données objectives et immédiatement accessibles comme la structure et l'organisation de l'entreprise candidate, son état financier, ses effectives, ses équipements, etc. La préparation d'un dossier de qualification ne requiert donc pas de travail d'étude particulièrement lourd.

Il résulte des difficultés pour l'entreprise disqualifiée à établir la faute et le dommage que la perspective d'une mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'organisateur de la procédure de préqualification est peu attractive. Aussi sera-t-elle plutôt tentée d'obtenir sa qualification par la voie de l'exécution forcée de l'avant-contrat de préqualification.

§ 88 Exécution forcée

Des erreurs commises dans l'évaluation d'une candidature peuvent donner lieu à une plainte du candidat directement auprès de l'organisateur de la procédure de préqualification. Ce dernier peut décider de réexaminer cette candidature et lui accorder finalement la qualification. Dans le cas contraire, l'entreprise évincée pourrait tenter d'obtenir sa qualification au moyen du juge par la voie de l'exécution forcée en nature sur le fondement de l'[article 1221 du Code civil](#) qui reconnaît au créancier un droit à l'exécution en nature : " *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* " (sur ce texte, V. P. Grosser, *L'exécution forcée en nature* : AJ contrat, 2016, p. 119). Deux limites sont ainsi apportées à ce droit. La première, tenant à l'existence d'une impossibilité d'exécuter, est classique, puisqu'elle figurait déjà dans l'[ancien article 1184 du Code civil](#). La jurisprudence retient habituellement trois sortes d'impossibilité : une impossibilité matérielle lorsque l'inexécution est définitivement consommée et que plus aucun retour en arrière n'est possible ; une impossibilité juridique tenant au respect des droits acquis sans fraude par une tierce personne, et une impossibilité morale en cas d'atteinte excessive aux libertés fondamentales du débiteur (F. Terré et al., *préc.*, n° 777). La seconde limite, tenant au coût manifestement disproportionné de la mesure d'exécution pour le débiteur, est une innovation de la réforme et s'interprète comme une simple manifestation de la théorie de l'abus de droit (V. en ce sens, P. Grosser, *préc.*, n° 1.2.2).

§ 89 Vérification des conditions de l'article 1221 du Code civil

L'exécution forcée en nature signifiant que le débiteur est condamné à fournir l'objet précis de l'obligation inexécutée (Y.-M. Laithier, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles* : JCP G 2015, supplément au n° 21, spéc. n° 12), l'exécution forcée en nature de l'avant-contrat de préqualification contraint l'organisateur de la procédure à qualifier l'entreprise dont la candidature a été rejetée, en dépit de son aptitude à exécuter de manière satisfaisante le contrat final projeté. La mise en oeuvre de cette sanction suppose d'abord que le débiteur de l'obligation inexécutée soit mis en demeure. Il faut donc que l'entreprise disqualifiée enjoigne préalablement l'organisateur de la procédure de préqualification de réexaminer sa candidature et que cette injonction ne soit pas suivie d'effet. Le juge pourra alors contraindre l'organisateur à qualifier l'entreprise s'il s'avère qu'elle remplit les conditions de qualification qu'il s'est lui-même imposées. Dans les faits, l'entreprise non qualifiée devra convaincre le juge que l'organisateur de la procédure de préqualification a commis une faute dans l'évaluation et le rejet de sa candidature et qu'elle répond positivement à toutes les conditions de qualification posées.

Reste à se demander si l'entreprise injustement disqualifiée peut se heurter à l'une des limites à l'exécution forcée posées par l'[article 1221 du Code civil](#). Le coût de l'exécution forcée de l'obligation de sélectionner une entreprise apte à exécuter le contrat projeté ne paraît pas, pour l'organisateur de la procédure, manifestement disproportionné. Bien au contraire, il est infime car, de manière générale, le coût d'une procédure ne varie pas significativement en fonction du nombre de participants. En revanche, l'entreprise non qualifiée pourrait se voir opposer l'impossibilité de forcer l'exécution de l'avant-contrat de préqualification. Il y a un premier obstacle d'ordre moral. En effet, contraindre l'appelant à autoriser l'entreprise initialement disqualifiée à présenter une soumission revient à lui imposer la conclusion de l'avant-contrat de mise en concurrence avec une entreprise dont elle a d'ores et déjà manifesté son intention de ne pas contracter. L'atteinte à la liberté contractuelle de l'appelant pourrait éventuellement être considérée comme excessive par le juge. La possibilité de l'exécution forcée de l'avant-contrat de préqualification d'un point de vue matériel est également problématique. En effet, la difficulté réside dans le fait que l'avant-contrat de préqualification est un contrat provisoire qui a vocation à disparaître au profit du contrat qu'il projette. Une fois que la procédure de mise en concurrence arrive à son terme et que le contrat final est conclu avec l'un de ses participants, l'avant-contrat de préqualification ne peut plus être exécuté. L'impossibilité matérielle de l'exécution de l'avant-contrat de préqualification se double alors d'une impossibilité juridique si le contrat final a été valablement conclu avec un soumissionnaire. L'efficacité de l'action en exécution forcée est, par conséquent, subordonnée à la rapidité de l'intervention juridictionnelle, ce qui justifie la saisine du juge des référés par le biais du référé-injonction de faire (V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé* : LGDJ, 6e éd., 2015, n° 420).

Certes, sur un plan strictement juridique, l'entreprise disqualifiée dispose, avec l'exécution forcée en nature réclamée en référé, d'un remède effectif à l'inexécution de l'avant-contrat de préqualification. Néanmoins, sur un plan pratique, il n'est peut-être pas certain que l'issue de l'exécution forcée donne véritablement satisfaction à l'entreprise non qualifiée. En effet, cette dernière pourra participer à la procédure de mise en concurrence, mais on peine à voir comment elle pourrait être choisie comme cocontractant à son issue si, dès le stade de la préqualification, l'organisateur a d'ores et déjà manifesté son intention de ne pas lui attribuer le contrat. Dans les faits, il y a peu de chances que, par la suite, l'organisateur change d'opinion sur les qualités d'une candidature qu'il a initialement disqualifiée.

2° Remise des soumissions

§ 90 Exécution des participants de l'avant-contrat de mise en concurrence

Les participants se font concurrence par la remise de soumissions, lesquelles constituent, de leur part, l'exécution de l'avant-contrat de mise en concurrence. Dans un premier temps, sera analysée la proposition émise par un soumissionnaire considérée isolément (a). Dans un second temps, sera étudié, dans une approche plus globale, le rapport de concurrence qui s'établit entre les différents soumissionnaires (b).

a) Proposition d'un soumissionnaire

§ 91 Originalité de la soumission

La soumission présente la particularité de se conformer aux règles fixées par l'organisateur de la procédure de mise en concurrence (1), tout en produisant les effets juridiques d'une véritable offre de contracter (2).

1) Le respect des règles fixées par l'organisateur de la procédure de mise en concurrence

§ 92 Force obligatoire des règles de la mise en concurrence

Tous les participants ont pour obligation de respecter les règles relatives au déroulement de la procédure de mise en concurrence définies par son organisateur. Cette obligation s'impose au titre de la force obligatoire de l'avant-contrat de mise en concurrence. En prenant part à la procédure, en effet, les participants acceptent volontairement de s'y soumettre. Les règles que doivent respecter les participants sont essentiellement relatives à la forme, au délai et au contenu de la soumission à remettre à l'organisateur. Pour la forme de la soumission, son auteur peut ainsi se voir imposer l'utilisation d'un formulaire type d'offre ou encore du système de la double enveloppe (V. [n° 54](#)). Le soumissionnaire peut également se voir imposer un délai pour la remise de la soumission au-delà duquel cette dernière ne peut être considérée (V. [n° 83](#)). Surtout, pour le contenu de la soumission, le participant doit, par principe, se conformer aux conditions contractuelles arrêtées par l'organisateur de la procédure.

§ 93 Principe : intangibilité des conditions contractuelles fixées par l'appelant

Par principe, chaque soumissionnaire s'attache à respecter les clauses du projet de contrat ou du contrat-type élaboré par l'appelant en vue de la conclusion du contrat final projeté (V. [n° 19 et 20](#)). Ainsi, la proposition d'un soumissionnaire " ne doit comporter ni réserve, ni dérogation, ni conditions supplémentaires " à celles fixées par l'organisateur de l'appel d'offres (A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *préc.*, n° 580). Il ne peut en aller autrement que si la modification de ces dernières est expressément autorisée par l'appelant dans son offre de mise en concurrence.

§ 94 Exception : autorisation des variantes

Les modifications, proposées par les participants dans leurs soumissions, des conditions contractuelles de l'appelant sur autorisation de ce dernier sont, dans la pratique, dénommées " variantes ". Celles-ci présentent l'avantage de ne pas figer les conditions de réalisation de projets contractuels dès le stade du lancement de la procédure de mise en concurrence et de donner aux soumissionnaires les moyens d'exprimer leur savoir-faire et leur créativité (V. *Rép. min. quest. écrite n° 117784 : JOAN Q, 17 janv. 2012, p. 557*). Avec les variantes, les participants ont ainsi la possibilité de proposer dans leurs soumissions des solutions alternatives, inconnues de l'organisateur, plus innovantes et moins onéreuses, ou alors l'utilisation de moyens plus performants que ceux initialement envisagés par celui-ci. Les variantes font l'objet d'un encadrement en matière de marchés publics. En l'absence de définition légale ou réglementaire, le juge administratif les a définies comme " des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation " (*CE, 5 janv. 2011, n° 343206 et 343214 : JurisData n° 2011-000049 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 39, note P. Devillers*). Les [articles R. 2151-8 et suivants du Code de la commande publique](#) posent le régime juridique de ces variantes. Ces dispositions offrent la possibilité au pouvoir adjudicateur d'autoriser les candidats à présenter des variantes lorsqu'il se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché. Pour les marchés passés selon une procédure d'appel d'offres, il est précisé que le pouvoir adjudicateur doit impérativement indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation s'il autorise ou non les variantes. À défaut d'une telle indication, les variantes ne sont pas admises. En outre, il est exigé que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes devront respecter ainsi que les modalités de leur présentation.

En droit privé, en l'absence d'une telle réglementation, le recours aux variantes est encadré par l'obligation de respecter l'égalité de traitement des participants qui résulte de l'avant-contrat de mise en concurrence (V. [n° 58](#)).

§ 95 Nécessité d'une autorisation expresse

En premier lieu, les variantes doivent être expressément autorisées dans l'offre de mise en concurrence, de sorte que tous les participants soient en mesure de formuler des offres qui en comportent (V. en ce sens, P. Glavinis, *préc.*, n° 54). L'organisation de l'appel ne peut pas autoriser des variantes à ses conditions contractuelles dans une soumission à un participant et les interdire aux autres, ou inversement, sous peine de violer son avant-contrat de mise en concurrence.

§ 96 Nécessité de définir les conditions contractuelles sur lesquelles les variantes peuvent ou non porter

Si les participants sont autorisés à soumettre des offres comportant des variantes, l'organisateur de l'appel d'offres est tenu, en second lieu, de définir les conditions de l'appel sur lesquelles elles peuvent porter ou bien de préciser celles que les offres doivent nécessairement respecter (V. en ce sens, *CNUDCI, préc.*, n° 20). Afin de respecter l'égalité de traitement des soumissionnaires, il importe que les éléments sur lesquels les variantes peuvent ou ne peuvent pas porter soient préalablement portés à la connaissance de tous les candidats en les faisant figurer dans l'offre de mise en concurrence.

Dans les situations les plus fréquentes, les variantes portent sur les spécifications techniques du cahier des charges de l'appelant. À titre d'exemple, il peut s'agir de proposer dans la soumission un changement de matériaux qui présente un intérêt financier certain pour l'appelant tout en lui garantissant un niveau de performance au moins équivalent. Elles peuvent également porter sur des dispositions contractuelles en matière de durée d'exécution, de transport, d'assurances, etc.

Dans le cas où un participant soumet une offre contenant des variantes à des conditions contractuelles définies comme impératives dans l'avant-contrat de mise en concurrence, cette proposition est non conforme et doit, par conséquent, être rejetée par l'organisateur de la procédure (V. [n° 127](#)).

§ 97 Nécessité de définir les conditions de présentation

Par ailleurs, l'organisateur de l'appel d'offres est tenu d'indiquer dans les documents de l'appel d'offres les modalités de présentation des variantes. Posée par le décret relatif aux marchés publics, l'exigence paraît s'imposer aussi en droit privé, mais au titre de l'obligation contractuelle de respecter l'égalité de traitement des participants à la procédure de mise en concurrence. En ce sens, la Banque mondiale exige des emprunteurs privés, lorsqu'ils autorisent les soumissionnaires à présenter des variantes, qu'ils mentionnent clairement dans le dossier d'appel d'offres " comment ces offres doivent être soumises, comment le prix de ces offres doit être fixé et la base sur laquelle les variantes seront évaluées " (*Banque mondiale, Directives passation des marchés de fournitures, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD Crédits et dons de l'AID, préc.*, n° 2.37). Au demeurant, il est souhaitable pour l'organisateur de le faire, ne serait-ce que pour lui faciliter la comparaison et l'évaluation des offres qui lui sont retournées.

2) La production des effets juridiques d'une offre de contracter

§ 98 Application du régime général de l'offre

La soumission est une véritable offre de contracter qui produit les effets juridiques d'une telle proposition. Ainsi, le soumissionnaire se trouve engagé par sa proposition, en ce sens qu'il ne peut, par principe, la retirer.

§ 99 Obligation de maintien de la soumission

Une soumission étant fondamentalement une offre de contracter, les [articles 1115 et suivants du Code civil](#) trouvent à s'appliquer. En conséquence de quoi son auteur est tenu de la maintenir durant le délai expressément prévu ou, à défaut, durant un délai raisonnable.

Le plus souvent, " l'appel à la concurrence précise que l'offre doit être maintenue pendant un certain délai " et que " celui qui a fait cette offre ne peut la retirer avant que ce délai ne soit expiré " (*J. Montmerle et a., préc., n° 314*). Dans ce cas de figure, il s'agit d'une offre assortie d'un délai de validité fixé non pas par son auteur, mais par l'appelant dans son offre de mise en concurrence. Le futur soumissionnaire s'engage en effet à maintenir son offre pendant le délai fixé par l'organisateur de l'appel d'offres en concluant l'avant-contrat de mise en concurrence.

Plus rarement, l'appel d'offres ne fixe aucun délai durant lequel le soumissionnaire serait lié par son offre (*J. Montmerle et a., préc.*). Dans cette hypothèse, la soumission devra être maintenue durant une période suffisante pour permettre à son organisateur de recueillir, ouvrir, examiner, comparer toutes les soumissions et, *in fine*, en retenir une.

§ 100 Sanctions du retrait prématuré de la soumission

Au préalable, il convient de relever que le retrait des soumissions pendant le délai de validité, exprès ou raisonnable, n'est pas une hypothèse d'école. La rétractation d'un soumissionnaire peut être motivée par l'obtention auprès de tiers de contrats jugés plus avantageux que celui qui lui est proposé par l'organisateur de l'appel d'offres (*B. Amann, L'open bid : aspects juridiques (1re partie), préc., n° 26*). De prime abord, si la soumission s'analyse en une offre, l'impossibilité d'obtenir une conclusion forcée du contrat et la limitation du droit à réparation, posées par les alinéas 2 et 3 de l'article 1116, devraient s'appliquer en cas de rétraction fautive d'une soumission dans la mesure où celle-ci constitue une offre de contracter. Néanmoins, la soumission constitue également le mode d'exécution de l'avant-contrat de mise en concurrence pour ses participants. Le retrait de la soumission durant le délai de validité s'analyse ainsi en une inexécution de l'avant-contrat. Dès lors, les remèdes à l'inexécution contractuelle peuvent être utilement mobilisés en cas de retrait de la soumission. Ainsi, l'appelant est en mesure d'engager la responsabilité contractuelle du soumissionnaire défaillant ou de forcer ce dernier à conclure le contrat définitif. Mais parce que la mise en oeuvre de ces sanctions nécessite une intervention du juge, l'organisateur peut choisir d'aménager, dans l'avant-contrat de mise en concurrence, des sanctions pour dissuader les participants de rétracter leurs soumissions.

§ 101 Responsabilité contractuelle

L'organisateur de la procédure de mise en concurrence peut engager la responsabilité du soumissionnaire défaillant sur le fondement du [nouvel article 1231-1 du Code civil](#) pour inexécution de son obligation contractuelle de maintien de sa soumission durant le délai exprès ou raisonnable. La responsabilité étant de nature contractuelle, l'organisateur ne se heurte pas à la limitation des chefs de préjudice réparables prévue à l'article 1116, alinéa 3. Ainsi, rien ne lui interdit de réclamer au juge une compensation pour la perte de l'avantage financier qu'il aurait retiré de la conclusion du contrat définitif avec le soumissionnaire défaillant. Par exemple, pour une cession d'entreprise, il pourrait obtenir une indemnisation à hauteur de la différence entre le prix de vente réclamé par le soumissionnaire retenu par défaut et le prix, moins élevé, qui était proposé par le soumissionnaire qui s'est fautivement rétracté. Peuvent également être inclus dans le champ de la réparation les frais que l'organisateur a dû engager pour lancer une nouvelle procédure à la suite du retrait de la soumission.

§ 102 Exécution forcée de l'avant-contrat

Sur le fondement de l'[article 1221 du Code civil](#), l'appelant pourrait demander au juge de contraindre le soumissionnaire défaillant, débiteur de l'obligation de maintenir sa proposition dans le délai d'acceptation, à s'exécuter. Si le maintien de la soumission lui était accordé par le juge, l'organisateur serait en mesure d'accepter l'offre du soumissionnaire fautif et, partant, de conclure avec lui le contrat définitif. Encore faut-il que l'organisateur ait encore un intérêt à réclamer l'exécution forcée de l'avant-contrat de mise en concurrence. Si jamais il décidait de retenir un concurrent du soumissionnaire défaillant pour la conclusion du contrat définitif, l'organisateur demanderait seulement l'allocation de dommages et intérêts pour compenser la différence entre les prix demandés par le soumissionnaire défaillant et le soumissionnaire choisi par défaut. Dans le cas où l'organisateur a encore intérêt à l'exécution forcée de l'avant-contrat, les conditions de l'exécution forcée en nature posées par l'[article 1221 du Code civil](#) doivent être remplies (*V. n° 88 et 89*). L'exécution par le soumissionnaire de son obligation de maintien de sa proposition ne semble pas se heurter à une impossibilité d'ordre matériel, juridique ou moral. En revanche, il peut y avoir un risque de disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et l'avantage qu'en retire le créancier. Le juge pourrait, en effet, refuser d'accorder à l'organisateur le maintien de l'engagement du soumissionnaire défaillant dans l'hypothèse où il aurait reçu et refusé des soumissions tout aussi acceptables que celle qui lui a été retirée.

§ 103 Sanctions conventionnelles

Pour éviter d'avoir recours au juge et pour dissuader les soumissionnaires de retirer leur offre durant le délai de validité imposé, l'organisateur de la procédure peut insérer une clause pénale dans son avant-contrat de mise en concurrence. Une telle stipulation permet de fixer par avance le montant des dommages et intérêts dus par les participants en cas de retrait prématuré de leur soumission. Un autre moyen de limiter le risque de retrait prématuré des soumissions consiste à exiger des soumissionnaires la fourniture d'une caution dite de soumission, *bid bond* en anglais (*V. J.-P. Mattout, La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme : Rev. Banque 1977, p. 419 et s.*). La garantie de soumission ne constitue pas à proprement parler une sanction mais un moyen de se prémunir contre le risque de non-conclusion du contrat proposé dans l'appel d'offres (*Ph. Simler, Garanties autonomes : JCL. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 742, spéc. n° 63*). Donnée par l'établissement bancaire d'un soumissionnaire, elle permet en effet à l'organisateur de l'appel d'offres d'obtenir une indemnité - généralement un pourcentage du montant estimatif du marché de 1 à 10 % - si, pendant la durée de validité de la garantie, le soumissionnaire retire son offre avant que l'appelant n'ait choisi son cocontractant ou si, son offre ayant été acceptée, il refuse de signer le marché ou de fournir la garantie de bonne fin des travaux exigés. Enfin, toujours dans cette optique dissuasive, l'organisateur de l'appel d'offres " peut demander aux soumissionnaires

de signer une déclaration dans laquelle ils reconnaissent que, s'ils retirent leur offre pendant la période de validité ou bien, si le marché est attribué à l'un d'entre eux mais qu'il ne le signe pas avant la date butoir prévue dans le dossier d'appel d'offres, alors le soumissionnaire se verra exclure pour la durée prévue dans le dossier d'appel d'offres pour les marchés de l'organisme qui a lancé l'appel d'offres " ([JCI, Banque-Crédit-Bourse, fasc. 742, préc.](#)).

b) La concurrence entre les soumissionnaires

§ 104 Risques d'entrave à la concurrence

La procédure d'appel d'offres est destinée à faire jouer la concurrence entre plusieurs cocontractants potentiels. Parfois cependant, la concurrence suscitée peut être limitée, voire réduite à néant, par les protagonistes de la procédure. Il apparaît que les entraves à la libre concurrence sont le plus souvent le fait de soumissionnaires qui se rendent coupables de pratiques anticoncurrentielles au préjudice de l'organisateur de l'appel d'offres et de leurs concurrents (1). Bien que moins fréquents, les comportements de l'organisateur peuvent également constituer des entraves à la concurrence entre soumissionnaires (2).

1) Les pratiques de soumissionnaires tendant à fausser la concurrence

§ 105 Risque d'entente important

Les pratiques tendant à fausser le jeu de la concurrence peuvent être unilatérales. Ces dernières correspondent, pour l'essentiel, aux hypothèses dans lesquelles un soumissionnaire tient, auprès de l'organisateur, des propos péjoratifs sur un ou plusieurs de ses concurrents dans le but de remporter le contrat définitif (V. les arrêts cités n° 61). Mais ayant précisément pour objet de faire concourir les différents soumissionnaires à un marché, l'appel d'offres, qu'il soit public ou privé, apparaît particulièrement exposé aux ententes anticoncurrentielles (V. M. Chagny, *Ententes illicites*, [Article L. 420-1 du Code de commerce](#) : JCI, *Concurrence-Consommation*, fasc. 540. - F. Linditch, *Ententes et marchés publics* : [JCI, Contrats et Marchés Publics, fasc. 36](#)). Des concertations entre soumissionnaires sont ainsi fréquemment condamnées au titre de l'[article L. 420-1 du Code de commerce](#) ou de l'[article 101 du TFUE](#) (V. récemment, *Aut. conc.*, déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des produits laitiers frais. Dans cette affaire, dix producteurs de produits laitiers frais ont été condamnés pour ententes dans les appels d'offres lancés par des enseignes de la grande distribution pour se fournir en produits vendus sous marque de distributeur entre 2006 et 2012), étant précisé que les ententes anticoncurrentielles commises à l'occasion d'appels d'offres publics et privés se voient appliquer les mêmes règles, tant pour ce qui concerne la définition du marché de référence que pour l'établissement et la sanction des comportements répréhensibles.

§ 106 Identification préalable du marché pertinent

L'analyse des ententes et de leurs effets dommageables sur l'économie suppose, au préalable, d'identifier le marché pertinent, défini comme " le lieu sur lequel se confronte l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens et services offerts " (*Cons. conc.*, *Rapp.* 1987, p. 20 ; sur la notion de marché pertinent. - V. M. Glais, *Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence* : *RJ com.* 1993, p. 171). En cas de recours à la procédure d'appel d'offres, le marché pertinent est aisément identifiable. Selon une pratique décisionnelle constante, en effet, " un appel d'offres pour la fourniture d'un bien ou d'un service constitue un marché pertinent au sens du droit de la concurrence : le demandeur est l'organisateur de l'appel d'offres et les offreurs en compétition sur ce marché sont les opérateurs susceptibles d'y répondre " (*Cons. conc.*, déc. n° 08-D-05, 27 mars 2008 , pt 176). Il est important de noter que l'Autorité de la concurrence fait application de cette solution peu importe le caractère privé ou public de l'appel d'offres. Dans une décision du 5 octobre 2011 , celle-ci a énoncé cette solution de principe en ces termes : " chaque marché passé sur appel d'offres, qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, constitue un marché pertinent, résultant de la confrontation concrète d'une demande du donneur d'ordre et des propositions faites par les candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres " (*Aut. conc.*, déc. n° 11-D-13, 5 oct. 2011 , pt 268). Dès lors, la pratique anticoncurrentielle à laquelle se livre une entreprise répondant à un appel d'offres peut avoir un " effet sensible " sur ce marché, quand bien même cette entreprise serait de petite dimension (*Cons. conc.*, déc. n° 2000-D-38, 20 sept. 2000 : *BOCCRF* 5 déc. 2000).

§ 107 Typologie des ententes commises à l'occasion d'appels d'offres

L'Autorité de la concurrence est régulièrement saisie d'affaires dans lesquelles différentes pratiques ont été imaginées pour limiter, voire réduire à néant, la concurrence à laquelle l'organisateur de l'appel d'offres a voulu les soumettre. Ces concertations entre soumissionnaires sont d'une grande variété, ce qui empêche de procéder à un panorama exhaustif. Il s'agira ici de présenter des pratiques se rapportant aux appels d'offres régulièrement dénoncées par l'autorité de contrôle.

§ 108 Échanges d'informations antérieurement au dépôt des offres

L'analyse de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, puis de l'Autorité de la concurrence, révèle que l'échange d'informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être constitue une entente anticoncurrentielle (V. déjà, *Cons. conc.*, déc. n° 88-D-25, 14 juin 1988 : [JurisData n° 1988-044422](#) ; *BOCCRF*, 14 juill. 1988. - Confirmée par *CA Paris*, 15 déc. 1988 : *BOCCRF*, 29 déc. 1988). Ainsi que l'a expliqué le conseil dans l'une de ses décisions, " l'intégrité concurrentielle du marché suppose que chacun choisisse son risque et effectue son choix, solitairement, en fonction de l'information commune résultant du cahier des charges de l'appel d'offres que tous les opérateurs du marché partagent et de celles concernant sa situation propre, mais sans disposer d'aucune information privilégiée concernant un ou plusieurs concurrents. En effet, toute information privilégiée éclairant les choix opérés par les autres concurrents, spécialement les informations relatives aux prix que ces concurrents sont susceptibles d'avoir retenus, diminue artificiellement le risque pris par celui qui bénéficie de cette information au moment d'établir le prix de son offre, en réduisant ou supprimant l'incertitude dans laquelle il doit rester au regard du comportement des autres concurrents. Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres, spécialement sur les prix, suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles " (*Cons. conc.*, déc. n° 05-D-17, 21 avr. 2005 , pt 54 : *BOCCRF*, 28 oct. 2005). Des échanges entre soumissionnaires sur les prix qu'ils envisagent de proposer ont ainsi pu être condamnés à de nombreuses reprises (*Cass. com.*, 21 oct. 2014, n° 13-16.602, 13-16.696 et 13-16.905 : [JurisData n° 2014-025035](#) ; *Contrats, conc. consom.* 2015, *comm.* 5, obs. G. Decocq). Sont également prohibés au titre de l'entente " de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence pour le marché considéré " (*Aut. conc.*, déc. n° 11-D-13, *préc.*, pt 171). En définitive, les informations échangées peuvent être de nature fort diverse. Ce qui importe, c'est qu'elles éclairent les choix opérés par les autres concurrents et, ce faisant, diminuent artificiellement le risque en réduisant ou supprimant l'incertitude dans laquelle un opérateur doit rester au regard du comportement des autres concurrents (V. en ce sens, M. Chagny, *préc.*, n° 65).

§ 109 Dépôt des offres faussement concurrentes

On distingue deux catégories d'offres faussement concurrentes : les offres de couverture et les offres de principe.

La pratique des offres de couverture consiste pour un soumissionnaire à déposer une offre d'un montant volontairement plus élevé que celle d'une autre entreprise préalablement désignée avec laquelle il s'est entendu afin que l'offre de cette dernière apparaisse comme la plus compétitive et qu'elle soit, de cette façon, déclarée attributaire du marché. De prime abord, comme l'explique l'Autorité de la concurrence, " aucune entreprise soumissionnaire n'a, en soi, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Cependant, dans les secteurs où un nombre restreint de groupes ou d'entreprises sont appelés à se retrouver fréquemment en situation de concurrence pour l'attribution de marchés (de même nature ou concernant des prestations distinctes), le comportement de l'entreprise déposant une offre de couverture s'explique par les compensations qu'elle pourra ou espérera obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur " (Aut. conc., Rapp. 2010, p. 210). Le dépôt d'offres de couverture a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et constitue, par là-même, une entente prohibée. Une offre de couverture peut ainsi être qualifiée de faussement concurrente en ce sens qu'elle a pour effet, vis-à-vis de l'organisateur de l'appel d'offres, de préserver artificiellement l'apparence d'une compétition effective (M. Chagny, *préc.*, n° 72). D'autre part, le dépôt d'offres de couverture porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs (Aut. conc., *déc.* n° 10-D-35, 15 *déc.* 2010, pt 184). C'est pourquoi cette pratique est considérée une restriction de concurrence par l'objet (CA Paris, 23 févr. 1996 : *BOCCRF*, 12 avr. 1996), de sorte que la preuve d'un impact avéré sur le choix de l'attributaire du marché n'est pas nécessaire.

La pratique des offres de principe consiste, pour certaines entreprises, d'accepter, bien qu'elles aient déjà pris la décision de renoncer à obtenir le marché, de présenter une soumission afin de manifester leur présence et de ménager ainsi leurs chances d'être appelées à concourir pour d'autres marchés, et de se concerter entre elles ou avec l'entreprise qui les sollicite, sur le montant des soumissions. Selon le professeur Chagny, cette pratique serait parfaitement licite (M. Chagny, *préc.*, n° 73). En effet, à la différence des offres de couverture, les offres de principe ne modifient pas, en définitive, le résultat de l'appel d'offres. Néanmoins, de telles offres faussent le jeu normal de la concurrence car elles ont pour effet de tromper l'organisateur de l'appel d'offres sur l'étendue et la réalité de la concurrence (V. en ce sens, R. Bout et a., *Le Lamy Droit économique : Wolters Kluwers*, 2015, *spéc.* n° 1109). Aussi le Conseil de la concurrence a-t-il condamné, par le passé, cette pratique dès lors qu'un échange d'informations entre concurrents a précédé leur dépôt (V. not. *Cons. conc.*, *déc.* n° 98-D-30, 6 mai 1998 : *BOCCRF*, 31 oct. 1998 ; Confirmée par CA Paris, 2 mars 1999 : *BOCCRF*, 18 févr. 2000). La preuve de cette concertation préalable est considérée comme rapportée si l'offre de principe a été communiquée aux concurrents ou encore si elle a été établie avec une autre entreprise (Cons. conc., *déc.* n° 91-D-33, 9 juill. 1991 : *BOCCRF*, 20 juill. 1991). Le Conseil de la concurrence a, par ailleurs, étendu sa solution aux " lettres d'excuse " qui permettent aux entreprises de faire savoir à l'organisateur de l'appel d'offres qu'elles ne sont pas intéressées par le marché pour lequel elles sont sollicitées mais qu'elles désirent tout de même être consultées par celui-ci lors de l'attribution de marchés ultérieurs (Cons. conc., *déc.* n° 89-D-42, 12 *déc.* 1989 : *JurisData* n° 1989-651150 ; *BOCCRF*, 3 janv. 1990 ; *Rec. Lamy* 1990, n° 380, *comm. V. Sélinisky*).

§ 110 Accords de partage de marché

Certaines entreprises peuvent être tentées de planifier à l'avance l'obtention des futures consultations selon une " clé de répartition déterminée " (F. Linditch, *préc.*, n° 6). La détermination des entreprises attributaires des marchés à venir dans le cadre d'accords généraux est sanctionnée par l'Autorité de la concurrence au titre de l'entente anticoncurrentielle (V. *Cons. conc.*, *déc.* n° 95-D-67, 24 oct. 1995 : *BOCCRF*, 24 janv. 1996). En effet, l'entente de partage de marchés affecte nécessairement le jeu de la concurrence en ce qu'elle permet à tous ses membres de prévoir, avec un degré raisonnable de certitude, quelles seront les offres de chacun lors de futures consultations. En pratique, les membres de tels accords peuvent prévoir un système de répartition de marchés sophistiqué défini dans un document. Peuvent y figurer des prix et des remises tarifaires devant être appliqués par les parties à l'accord, une " liste noire " destinée à exclure certains revendeurs jugés indésirables afin qu'aucune relation commerciale ne soit entretenue avec eux, des marchés à bons de commande devant revenir à chaque entreprise de l'entente, des promesses d'indemnités compensatrices, ou encore des pénalités financières que les membres qui ne respecteraient pas l'une des règles pourraient se voir infliger.

§ 111 Cas particulier des soumissionnaires formant une " unité économique " (groupe de sociétés)

Naguère, il était considéré que la présentation d'offres en apparence indépendantes mais préparées de façon concertée par les entités appartenant au même groupe de sociétés pouvait être sanctionnée au titre de la prohibition des ententes. Toutefois, la Cour de justice vient de juger que les soumissions coordonnées de plusieurs filiales d'un même groupe doivent échapper à l'application du droit européen de la concurrence, dès lors que ces dernières forment une " unité économique " (*CJUE*, 17 mai 2018, *aff. C-531/16. Ecoservice projektai UAB*, pt 28 à 30). Par la suite, l'Autorité de la concurrence a reconsidéré sa position et juge désormais que l'interdiction des ententes n'est applicable qu'en présence de filiales autonomes par rapport à la société mère (Aut. conc., *déc.* n° 20-D-19, 25 nov. 2020 : *Contrats, conc. consom.* 2021, *comm.* 11, note D. Bosco).

§ 112 Sanctions des ententes commises à l'occasion d'appels d'offres

En matière d'ententes anticoncurrentielles, trois types principaux de sanctions sont encourus par leurs participants selon qu'elles sont prononcées par l'Autorité de la concurrence, par les juridictions judiciaires et par les juridictions pénales.

§ 113 Sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence

L'article L. 464-2 du Code de commerce autorise l'Autorité de la concurrence à infliger des sanctions pécuniaires aux participants aux concertations incriminées et à ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci. S'agissant de la sanction pécuniaire, son montant doit être en rapport avec la gravité de l'entente constatée. Or, lorsqu'elles sont le fait de soumissionnaires à une procédure d'appel d'offres, il est important de souligner que les pratiques d'ententes revêtent un caractère certain de gravité. Selon l'autorité de régulation en effet, " le fait de faire échec au déroulement normal des procédures d'appels d'offres en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et de tromper la personne publique quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où s'exerce une telle pratique et porte une atteinte grave l'ordre public économique. Il en résulte qu'une pratique de cette nature est particulièrement grave puisqu'elle limite l'intensité de la pression concurrentielle laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante " (Aut. conc., *déc.* n° 10-D-35, *préc.*, pt 279). Il a été récemment précisé qu'une pratique tendant à tromper une entreprise privée, acheteur, sur la réalité et les effets de la concurrence entre les entreprises mises en concurrence " revêt, par sa nature même, un caractère de gravité qui n'est pas atténué par le fait qu'il s'agit d'un appel d'offres privé " (*Cass. com.*, 20 janv. 2015, n° 13-16.745, 13-16.764, 13-16.765 et 13-16.955 : *JurisData* n° 2015-000577 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, *comm.* 96, note G. Decocq ; *JCP E* 2015, 1218, note D. Mainguy).

En pratique, un certain nombre de facteurs d'aggravation ou d'atténuation sont pris en compte par l'Autorité de la concurrence pour moduler le montant de la sanction au titre de la gravité des faits. Constituent ainsi des facteurs d'aggravation le nombre de lots ou de marchés concernés, leur durée et leur montant (V. A. Condomines et E. Lemorhedec, *Panorama des décisions récentes du Conseil de la concurrence en matière de marchés publics* : LPA 2002, n° 88, p. 4 s., spéc. p. 9). À l'inverse, la faute de l'organisateur de l'appel d'offres est un facteur d'atténuation. Si son rôle dans l'établissement et le fonctionnement de l'entente anticoncurrentielle entre soumissionnaires ne fait pas échec à l'application des dispositions de l'[article L. 420-1 du Code de commerce](#) à l'encontre de ces derniers (V. par ex. Cass. com., 6 oct. 1992 : *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. 205, obs. L. Vogel), son comportement " doit être pris en compte comme circonstance atténuante justifiant une sanction significativement plus faible que celle qui aurait été infligée aux entreprises si elles avaient décidé, de leur propre initiative et de manière secrète, de se réunir pour poursuivre le même objet anticoncurrentiel " (Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avr. 2010 : RLC 2010, n° 1645, obs. S. Destours). L'engagement d'une entreprise soumissionnaire mise en cause à ne pas contester les griefs formulés contre elle constitue un autre facteur d'atténuation ([C. com., art. L. 464-2, II](#)), de même que la révélation de la pratique prohibée et de ses auteurs à l'Autorité de la concurrence intervenue dans le cadre de la procédure de clémence ([C. com., art. L. 464-2, IV](#)). En revanche, le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation " n'est pas un facteur d'atténuation de la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable " (Aut. conc., déc. n° 11-D-07, 24 févr. 2011 : RLC 2011, n° 1839, note F. Venayre). De même, il a été jugé que " ni la dimension locale des marchés litigieux, ni leur montant relativement peu élevé, ni l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients, tel EDF-GDF Services, ne peuvent justifier une pratique d'entente dans le cadre d'appels d'offres ni remettre en question la gravité avérée des pratiques retenues à l'encontre des mises en cause " (Aut. conc., déc. n° 11-D-13, préc., pt 371). La situation individuelle des entreprises est également prise en compte dans le calcul de l'amende. Ainsi, le Conseil considère que la participation d'entreprises d'importance nationale ou appartenant à un groupe puissant est susceptible d'avoir un " effet d'entraînement " qui justifie une augmentation de l'amende (Cons. conc., déc. n° 2001-D-17, 25 avr. 2001 : BOCCRF, 24 juill. 2001). En effet, leur participation à l'entente " peut avoir pour effet de donner à penser aux autres entreprises indépendantes que ce type de comportement est général et inciter les unes à l'adopter pour d'autres marchés et les autres à renoncer à faire des offres sur les marchés d'une certaine importance qu'elles seraient aptes à réaliser mais qui seraient convoités par des grands groupes " (Cons. conc., déc. n° 2000-D-20, 17 mai 2000 : BOCCRF, 25 juill. 2000). À l'inverse, un traitement moins sévère paraît être réservé aux PME (Cons. conc., déc. n° 98-D-27, 21 avr. 1998 : BOCCRF, 30 juin 1998) ou encore aux entreprises en difficulté (CA Paris, 12 avr. 1996 : BOCCRF, 24 mai 1996).

§ 114 Sanctions prononcées par le juge judiciaire

Si l'Autorité de la concurrence est investie du pouvoir de prononcer des amendes administratives ou des injonctions à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, elle n'est, en revanche, pas compétente pour prononcer la nullité d'accords anticoncurrentiels ou pour indemniser leurs victimes ([Cass. com., 17 juill. 2001, n° 99-13.407 et 99-13.535](#) : [JurisData n° 2001-010685](#) ; Bull. civ. IV, n° 144 ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 159, note M. Malaurie-Vignal). Il appartient donc à ces dernières de saisir les juridictions civiles ou commerciales compétentes d'une action en annulation et/ou en réparation du préjudice subi.

§ 115 Annulation du contrat attribué à la suite d'une entente

Les [articles 101, paragraphe 2 du TFUE](#) et L. 420-3 du Code de commerce posent un principe de nullité d'un accord anticoncurrentiel. Toutefois, ces textes ne sont un fondement idoine à une demande de nullité qu'à condition que le contrat attaqué soit bien le support d'une pratique anticoncurrentielle (V. en ce sens, R. Amaro, *Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Preuve. Sanctions* : [JCl. Concurrence-Consommation, fasc. 317, spéc. n° 170](#)). Dès lors, lorsque les justiciables réclament l'annulation d'un contrat consécutif à la commission d'une entente anticoncurrentielle, les tribunaux doivent alors se référer au droit commun des contrats pour déterminer si le contrat conclu à la suite de cette décision doit ou non être annulé. Il en va ainsi en matière d'ententes commises dans le cadre d'un appel d'offres. En effet, les échanges d'informations, les offres faussement concurrentes ou les accords de partage de marché sont des pratiques antérieures à l'attribution du contrat définitif, ce qui évince l'application desdits textes (V. en ce sens, [Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-22.837 et 15-23.070](#) : *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 231, note G. Decocq). Régie par le droit commun des obligations, l'action en annulation du contrat attribué à la suite d'une entente peut alors être intentée par l'organisateur de la procédure de mise en concurrence, victime des agissements concertés des soumissionnaires, sur le fondement du dol (par application de l'[article 1131 du Code civil](#), la nullité fondée sur le dol ne pourra toutefois pas être invoquée par les autres victimes de l'entente, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'y ont pas pris part, car celles-ci ne sont pas partie au contrat pour lequel l'annulation est demandée). En effet, l'action concertée des soumissionnaires peut s'analyser en des manoeuvres destinées à tromper l'appelant sur la réalité de la concurrence dans le but de le conduire à accepter le contrat à des conditions plus onéreuses ([CE, 19 déc. 2007, n° 268918, 269280 et 269293, Sté Campenon-Bernard et a.](#) : [JurisData n° 2007-072854](#) ; [JCP G 2008, II, 10113](#), note J. Martin ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 56, note G. Eckert. - V. également [CA Paris, 2 juill. 2015, n° 13/22609](#) : *Lettre Creda-Concurrence*, 29 juin-3 juill. 2015, obs. A. Ronzano : action fondée sur le dol néanmoins rejetée en l'espèce pour preuve insuffisante du caractère déterminant du dol des soumissionnaires ayant participé à l'entente dans le consentement de l'organisateur au contrat final). Conformément à l'[article 1130 du Code civil](#), il reviendra cependant à l'appelant d'établir que les manoeuvres dolosives ont été déterminantes de son consentement au contrat final, c'est-à-dire que celles-ci l'ont poussé à conclure le contrat définitif à des conditions plus onéreuses que celles auxquelles il aurait dû souscrire si la concurrence n'avait pas été altérée par les soumissionnaires. Dans cette perspective, l'auteur de l'appel d'offres pourra utilement se prévaloir d'une décision de condamnation antérieure rendue par l'Autorité de la concurrence constatant la pratique anticoncurrentielle.

§ 116 Dommages et intérêts

Dans les conditions posées aux [articles L. 481-1 et suivants du Code de commerce](#), les victimes de l'entente anticoncurrentielle, qu'il s'agisse de l'organisateur de la mise en concurrence ou des soumissionnaires qui n'ont pas pris part aux pratiques concertées, pourront en outre agir en responsabilité civile contre leurs auteurs afin d'obtenir la réparation du préjudice subi. Il leur incombera donc de faire la démonstration du triptyque faute, dommage et lien de causalité. La faute va correspondre aux manoeuvres dolosives. Quant au préjudice, il s'analysera en la perte d'une chance, celle de n'avoir pas pu contracter à des conditions plus avantageuses avec l'attributaire si l'auteur de l'action est l'appelant (concrètement, la différence entre le prix effectivement acquitté par l'appelant et celui que le jeu normal de la concurrence permettait d'espérer : pour un exemple de chiffrage, V. [CA Paris, 2 juill. 2015, préc.](#)) et celle de se voir attribuer le contrat définitif si le demandeur est un soumissionnaire évincé (V. [n° 165 s.](#)). Il faut enfin observer que la responsabilité engagée par les auteurs de l'entente est de nature contractuelle car, dans la mesure où les soumissionnaires sont liés à l'appelant durant le déroulement de la mise en concurrence par l'avant-contrat de mise en concurrence, les entraves qui y sont commises constituent des manquements contractuels.

§ 117 Sanctions prononcées par le juge pénal

L'article L. 420-6 du Code de commerce punit " d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 ". En matière d'ententes sur appels d'offres, les condamnations pénales sur le fondement de cette disposition restent rares. Les quelques cas dans lesquels celles-ci ont été appliquées concernent l'attribution des marchés publics (A. Condomines et E. Lemorhedec, *préc.*, p. 10).

2) Les pratiques de l'organisateur tendant à fausser la concurrence :

§ 118 Pratiques généralement peu répandues

En matière de marchés publics, il arrive que la personne publique fausse volontairement la procédure de mise en concurrence. Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut pousser les entreprises à déposer des offres de couverture afin de régulariser, par un simulacre d'appel d'offres, des marchés déjà attribués qui ont été passés en violation des règles de la commande publique (V. F. Linditch, *préc.*, n° 46). Dans les rapports de droit privé, pour lesquels la mise en concurrence d'entreprises n'est pas un préalable obligatoire à la conclusion du contrat, l'organisateur n'a pas intérêt à fausser la concurrence qu'il a lui-même choisi de mettre en place. En effet, la mise en oeuvre par l'organisateur de l'appel d'offres de pratiques anticoncurrentielles est susceptible de nuire à ses propres intérêts. Bien qu'elles puissent paraître marginales en pratique, ces situations dans lesquelles l'organisateur de l'appel d'offres fausse la concurrence suscitée peuvent se rencontrer. L'essentiel des pratiques irrégulières de l'organisateur tient à la participation à une entente anticoncurrentielle nouée avec un ou plusieurs soumissionnaires. Néanmoins, un cas où les soumissionnaires sont particulièrement exposés au risque de pratiques irrégulières de l'organisateur de l'appel d'offres mérite d'être relevé. Il s'agit du recours au système des enchères inversées.

§ 119 Entente avec un ou plusieurs soumissionnaires

À titre d'exemple, l'organisateur de l'appel d'offres participe à une entente anticoncurrentielle lorsqu'il communique à un ou plusieurs soumissionnaires le contenu des propositions déposées par les concurrents (*Cons. conc.*, *déc. n° 96-D-25, 16 avr. 1996 : BOCCRF, 27 juill. 1996*). Selon le Conseil de la concurrence, il importe peu que les informations aient été communiquées après l'ouverture des plis contenant les soumissions dans la mesure où elles renseignent " les entreprises sur la politique industrielle et commerciale de leurs concurrents et, si elles avaient préalablement noué une entente, de leur permettre de s'assurer de la discipline de chacun et d'évaluer les risques présentés par les soumissionnaires "dissidents" désireux de s'implanter dans le secteur d'activité concerné " (*Cons. conc.*, *avis n° 00-A-25, 20 nov. 2000* , relatif à un projet de décret portant réforme du Code des marchés publics). De même, l'appelant est partie à une entente lorsqu'il organise une réunion avec des soumissionnaires au cours de laquelle des informations sur les prix sont échangées entre eux et une répartition du marché est arrêtée (*Cons. conc.*, *déc. n° 2000-D-26, 21 juin 2000 : BOCCRF, 12 sept. 2000*).

§ 120 Cas particulier des enchères inversées

Depuis une vingtaine d'années, les grandes entreprises ont recours, dans le cadre de leur politique d'achat, à une forme d'appel d'offres en ligne, dénommée " enchères électroniques inversées " (V. L. Mauger-Vielpeau, *Les enchères inversées : D. 2006, p. 642 et s.*). Il s'agit d'une " pratique commerciale par laquelle une entreprise, demandeur de biens ou de services, met en concurrence, par voie électronique via Internet, plusieurs vendeurs ou prestataires de services pour conclure un contrat avec le moins-disant ou le mieux-disant en fonction de critères préétablis " (P. Puig, *préc.*, n° 318). Les enchères sont qualifiées d'" inversées " car les candidats enchérissent à la baisse et non à la hausse comme dans des enchères classiques. Or, la pratique des enchères électroniques inversées est susceptible d'engendrer d'importants comportements anticoncurrentiels de la part de l'auteur de l'appel d'offres (V. C. Anadon, *Enchères électroniques inversées artificielles : RLDA 2007, n° 49*). En effet, en donnant à chaque fournisseur soumissionnaire la possibilité de faire plusieurs propositions tarifaires en ajustant son offre à la baisse par rapport à celles des autres opérateurs qui concourent simultanément, il est tentant pour l'acheteur d'interférer dans le déroulement des enchères afin de provoquer une baisse artificielle des prix et, ainsi, d'atteindre un montant qu'il estime raisonnable. Dans son avis relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées, la CEPC a mis en évidence ce risque de baisse artificielle des prix, soit que l'initiateur participe lui-même, sous couvert de l'anonymat, aux enchères, soit qu'il y introduise un " lièvre ", c'est-à-dire un fournisseur complice auquel il accorde généralement une " compensation " en contrepartie à sa participation (CEPC, *avis n° 04-08, 15 déc. 2004, relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées, spéc. p. 8*).

§ 121 Sanctions

En cas de participation à une entente anticoncurrentielle, l'organisateur de l'appel d'offres peut se voir infliger par l'Autorité de la concurrence une amende pécuniaire, dans les conditions définies à l'article L. 464-2 du Code de commerce. Il s'expose également à la condamnation pénale prévue à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Lorsqu'il procède par enchères inversées et en fausse le déroulement, il encourt la sanction prévue à l'article L. 442-9 du Code de commerce . Ce texte punit " de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euro(s) d'amende le fait d'opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance : [...] 2° En introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des sur-offres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ; [...] ". Enfin, en entravant le libre jeu de la concurrence, l'organisateur commet une faute qui trouve son siège dans l'inexécution de l'avant-contrat de mise en concurrence. En conséquence, il peut engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du soumissionnaire qui s'estimerait lésé par cette concurrence faussée. Il peut s'agir d'un soumissionnaire éliminé à l'issue de la procédure ou du soumissionnaire qui a obtenu la conclusion du contrat définitif. Victime de manœuvres dolosives, ce dernier est aussi en droit d'obtenir l'annulation de son contrat dans les conditions étudiées plus haut.

B. Issue de la mise en concurrence

§ 122 Décision de l'organisateur, ultime étape de la procédure

La procédure de mise en concurrence s'achève ainsi par la décision finale de son organisateur : contracter ou ne pas contracter avec l'un des soumissionnaires (1°). Dans la mesure où elle est susceptible d'emporter le rejet de plusieurs soumissions, la décision qui est prise peut donner lieu à des situations contentieuses entre l'organisateur de la procédure et ses participants (2°).

1° La décision finale prise par l'organisateur de la procédure

§ 123 Décision réfléchie

Une fois les soumissions remises, l'organisateur de la procédure ne prend pas sa décision immédiatement. La décision proprement dite (b) est précédée d'une phase d'examen des soumissions reçues (a).

a) Examen des soumissions

§ 124 Évaluation des soumissions

L'évaluation a pour objet de comparer les offres soumissionnées en vue d'identifier celle qui répond le mieux aux besoins de l'organisateur de la procédure, eu égard à différents facteurs pertinents (*CNUDCI, préc., n° 33*). L'obligation d'exécuter de bonne foi l'avant-contrat de mise en concurrence commande une comparaison effective et sérieuse des offres en présence (V. en ce sens, en droit administratif : [CE, 1er avr. 1994, n° 120121](#) : *Lebon, p. 177*). En principe, cette comparaison des offres s'opère sur la base des critères qui auront été préalablement édictés par l'organisateur dans son appel d'offres (1). Parfois, aux fins de l'évaluation des offres, l'organisateur opte pour un appel d'offres avec concours, c'est-à-dire institue un jury qui apprécie les mérites des différentes candidatures (2).

1) L'utilisation de critères d'évaluation

§ 125 Liberté de choix des critères d'évaluation

En vertu de la liberté contractuelle, l'organisateur de l'appel d'offres est libre d'énoncer ou de ne pas énoncer des critères d'évaluation dans son avant-contrat de mise en concurrence. De même, le choix des critères d'évaluation relève de la liberté de l'organisateur de la procédure. Pour la fourniture de produits et la prestation de services ainsi que la construction immobilière, les critères d'évaluation habituellement retenus sont le prix, la qualité du produit ou du service, les délais d'exécution ou encore le service après-vente (V. la charte de la Médiation du crédit et de la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France régissant les relations entre grands donneurs d'ordres et PME, 2010). Dans le cas où la procédure de mise en concurrence n'a pas été précédée d'une procédure de préqualification, s'ajoutent des critères relatifs à la qualification professionnelle des soumissionnaires tels que les qualifications et l'expérience du personnel affecté à la réalisation de la prestation demandée ou encore la détention d'équipements industriels spécifiques. Le critère géographique est aussi souvent pris en compte dans la mesure où, comme l'explique un auteur, " il est plus difficile et plus onéreux de recourir à des entreprises éloignées car des visites s'imposent en cours d'exécution " (*G. Valentin, préc., n° 45*). Enfin, il convient de relever que les entreprises de dimension internationale, encouragées par les Chartes de bonnes pratiques (V. par ex. *Assemblée des Chambres Françaises du Commerce et de l'Industrie (ACFCI), Améliorer la relation client-fournisseur : 15 recommandations pratiques pour construire un partenariat gagnant - gagnant, 2010*), intègrent de plus en plus les considérations environnementales et sociales (respect de la législation du travail, lutte contre la corruption, protection des consommateurs) dans les critères d'attribution de leurs marchés. Une disposition particulière de l'avant-contrat peut aussi annoncer l'importance respective des critères d'évaluation des soumissions. En s'inspirant des procédures de droit public, deux sortes de modalités de classement des critères peuvent être retenues par l'auteur d'un appel d'offres privé : la hiérarchisation et la pondération (V. *Ch. Lajoye, Offre économiquement la plus avantageuse : JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-15, n° 40 s.*). La hiérarchisation consiste à classer les critères par ordre décroissant d'importance. Le classement de chaque critère est donc connu mais son importance relative, son poids précis par rapport aux autres, n'est pas fixé. L'importance de l'écart entre les critères hiérarchisés n'est pas chiffrée. Dans ce cadre, les offres seront donc jugées successivement à l'aune de chaque critère. Au contraire, la pondération fixe l'importance respective de chaque critère, son poids respectif par rapport aux autres, au moyen d'un coefficient chiffré. Les offres sont alors évaluées globalement, au regard de l'ensemble des critères. L'analyse des offres se trouve, grâce à ce second procédé, affinée, plus objective dans la mesure où le choix de l'offre la mieux-disante découle de l'application à chaque offre des critères pondérés au moyen d'une formule mathématique permettant de lui attribuer une note traduisant sa valeur au regard de chaque critère pondéré (*JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-15, préc., n° 41*). In fine, est retenue l'offre ayant obtenu le meilleur total.

§ 126 Force obligatoire des critères d'évaluation

Dès lors que l'organisateur de la procédure définit des critères pour l'évaluation des soumissions, il doit les appliquer. L'obligation d'examiner les soumissions à la lumière des critères mis en place trouve sa source dans l'avant-contrat de mise en concurrence qui lie l'organisateur à l'ensemble des participants. En faisant l'objet d'une disposition particulière dans l'appel d'offres, les critères d'évaluation des soumissions entrent dans la sphère contractuelle et acquièrent, ce faisant, force obligatoire. En conséquence, l'évaluation des soumissions doit prendre en considération tous les critères préalablement fixés, en n'en omettant aucun. L'examen des offres ne peut ainsi s'effectuer uniquement au regard de l'un d'eux. Par exemple, l'organisateur ne saurait retenir un soumissionnaire sur la seule considération du prix de sa soumission alors qu'il s'est obligé, dans son avant-contrat, à procéder à une analyse multicritère des offres reçues. De même, l'organisateur ne peut fonder son appréciation des soumissions sur un critère qui n'a pas été prévu dans l'appel d'offres. Il ne peut davantage, en vertu de l'intangibilité de l'avant-contrat, modifier unilatéralement, en cours de procédure, les critères d'évaluation des offres préalablement fixés. Seule une modification consentie par l'autre partie à l'avant-contrat, c'est-à-dire par tous les participants, est envisageable. Enfin, l'organisateur a l'obligation de respecter la hiérarchie ou la pondération des critères qu'il a, de son propre chef, décidé d'annoncer dans son appel. Il ne peut, en cours de procédure, modifier l'ordre d'importance des critères d'évaluation, sauf à recueillir l'accord des participants.

§ 127 Cas particulier de l'évaluation des offres avec variantes

Bien que l'admission de variantes présente de réels avantages pour l'organisateur, celles-ci présentent l'inconvénient de compliquer l'évaluation des soumissions dans la mesure où les soumissionnaires les formulent sur des bases contractuelles différentes (V. [n° 94](#)). Dès lors qu'une disposition particulière de l'appel autorise la formulation de variantes, l'organisateur s'oblige, en vertu de l'avant-contrat, à évaluer les offres qui n'en comportent pas et celles qui en comportent. Les offres avec variantes ne sont toutefois pas évaluées si les exigences minimales prévues par l'appelant ne sont pas respectées car elles sont non conformes. Sauf disposition particulière contraire, l'appelant s'oblige alors à analyser et comparer les offres variantes selon les mêmes critères et modalités de pondération que ceux qui sont appliqués aux offres classiques. Pour procéder à cette évaluation, les personnes privées peuvent utilement s'inspirer des préconisations de la doctrine de l'Administration en matière de marchés publics (*Commission centrale des marchés, instr. d'application CMP 2001, art. 53.6*). Elles pourront ainsi commencer par comparer séparément les offres conformes aux conditions contractuelles, d'une part, et les offres assorties de variantes, d'autre part. Elles pourront alors, dans un second temps, comparer l'offre la plus intéressante en solution de base et l'offre variante jugée la plus intéressante (*F. Linditch (sous la dir. de), préc., n° 346*).

2) L'évaluation faite par un jury

§ 128 Appel d'offres avec concours

Aux fins d'apprécier les mérites des différentes offres présentées, l'organisateur de l'appel d'offres peut décider d'instituer un jury composé de personnalités extérieures. On parle alors d'" appel d'offres avec concours " (*F. Llorens, préc., p. 102*). - Le recours à un jury est une hypothèse courante en matière de marchés privés de travaux, en particulier lorsqu'il s'agit de réaliser des grands travaux de prestige ou, plus simplement, de confier la maîtrise d'oeuvre d'un projet de construction à un architecte (*J. Montmerle et a., préc., n° 313*). - *B. Boubli, Architecte : Rép. immo. Dalloz, 2013, n° 165*). En matière d'appels d'offres privés, le concours obéit à deux principes : liberté de choix des modalités du concours d'une part et obligation de respecter les modalités choisies d'autre part.

§ 129 Liberté de choix des modalités du concours

Les modalités du concours sont librement choisies par l'organisateur de l'appel d'offres (V. en ce sens, *Ph. Malinvaud (ss dir.), Droit de la construction : Dalloz, 6e éd., 2013, n° 101.21*). Il décide, en premier lieu, de la composition du jury. Il peut fixer, en second lieu, les conditions d'admission des candidatures, le concours pouvant être " ouvert " ou " fermé ", c'est-à-dire mettre en compétition aussi bien la totalité des entrepreneurs qui auront répondu à l'appel d'offres que ceux qui auront été agréés préalablement par le maître de l'ouvrage ou invités directement par lui à concourir. En troisième lieu, l'appelant peut, sur le modèle du droit des marchés publics, instaurer le versement d'une prime aux candidats non retenus pour indemniser leurs frais de participation liés à la confection de plans, de devis, d'échantillons, etc. (*CCP, art. R. 2162-20*). En quatrième et dernier lieu, les effets du classement sur l'attribution du marché sont, le plus souvent, précisés dans le règlement du concours. L'organisateur de l'appel d'offres pourra ainsi y stipuler son engagement à contracter avec le lauréat du concours. Il aura ainsi mis en place un " concours d'adhésion " (*B. Boubli, préc.*). Il pourra, au contraire, spécifier que les résultats du concours n'ont qu'une valeur de simple avis qui ne le lie absolument pas dans son choix de l'attributaire du marché. On parlera, dans ce cas, de " concours d'information " (*B. Boubli, préc.*). En l'absence de toute indication, les opinions divergent. Pour certains, la procédure de concours oblige le maître d'ouvrage à traiter avec le candidat retenu par le jury (*F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher, préc., n° 723*). Pour d'autres, le maître est libre de ne considérer les résultats du concours que comme de simples éléments d'informations (*Ph. Malinvaud (ss dir.), préc.*). Cette seconde interprétation doit prévaloir car la liberté de choisir son cocontractant et de n'en choisir aucun le cas échéant, caractérise la procédure d'appel d'offres. C'est, au demeurant, la position prise par le droit des marchés publics. Conformément à l'[article R. 2162-18 du Code de la commande publique](#), le jury n'émet qu'un simple " avis ". Il en résulte que le pouvoir adjudicateur peut faire porter son choix sur un autre candidat que celui qui a été classé premier par le jury (*CE, 10 oct. 1994, Cne Béziers : Marchés publ. 1/1998, p. 13*).

§ 130 Force obligatoire des modalités du concours

Dès lors que les règles du concours sont annoncées à ses participants, celles-ci doivent être respectées (V. en ce sens, *J. Montmerle et a., préc.*). Ainsi que l'écrivait Demogue, " celui qui annonce le concours doit l'ouvrir, il doit en respecter la date, il ne peut fermer le registre des inscriptions avant la date fixée. Si la composition du jury a été annoncée, il ne peut la modifier que pour des causes graves : refus de certains juges, empêchement de ceux-ci. S'il ne s'est pas réservé ce droit à l'avance, il ne peut arrêter le concours en donnant comme raison l'insuffisance des épreuves " (*R. Demogue, préc., n° 615, p. 301*). Les règles du concours sont, en effet, des dispositions particulières de l'avant-contrat de mise en concurrence qui, à cet égard, ont force obligatoire. Consacrant explicitement la force obligatoire du règlement du concours, la Cour de cassation a retenu la responsabilité contractuelle de l'appelant à l'égard de concurrents éliminés pour inobservation des conditions du concours par le jury (*Cass. 1re civ., 29 mai 1963 : Bull. civ. III, n° 287 ; AJPI 1964, p. 302, obs. J. Montmerle. - V. aussi Cass. 1re civ., 19 juill. 1966 : Bull. civ. I, n° 446*). Plus précisément, l'organisateur de l'appel d'offres ayant substitué des tiers, en l'occurrence les membres du jury, dans l'exécution de ses obligations, il s'agit d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Il résulte également de la force obligatoire du règlement du concours que son organisateur ne peut modifier les règles durant le déroulement du concours. La cour d'appel de Paris a ainsi sanctionné la mise hors-classement d'une équipe de candidats parce que cette mesure n'avait pas été prévue par le règlement du concours (*CA Paris, 12 mars 1969 : Journ. agrégés 1970, 316*).

b) Teneur de la décision

§ 131 Choix d'un soumissionnaire ou décision de ne pas contracter

La décision finale de l'organisateur de la procédure de mise en concurrence correspond habituellement au choix de la soumission la mieux-disante (1). À titre plus exceptionnel, lorsqu'aucune soumission ne lui paraît acceptable, l'organisateur peut décider de ne pas conclure le contrat définitif (2). Dans cette seconde hypothèse, l'appel d'offres est déclaré infructueux. Qu'il s'agisse de retenir un soumissionnaire ou de déclarer l'appel d'offres infructueux, la décision emporte rejet de plusieurs soumissions (3).

1) Le choix de la soumission la mieux-disante

§ 132 Principe de la liberté de choix

À l'issue de la phase d'évaluation des soumissions, l'organisateur va retenir la mieux-disante, c'est-à-dire celle qu'il juge " la plus acceptable " (*CNUDCI, préc., n° 39*) ou, si l'on veut employer le vocabulaire du droit administratif, l'"offre économiquement la plus avantageuse" (*CCP, art. L. 2124-2*). La procédure d'appel d'offres présente, en effet, la particularité d'investir son organisateur de la liberté de choisir son cocontractant parmi les soumissionnaires (V. [n° 24](#)). Le principe du libre choix de l'offre soumissionnée permet ainsi de distinguer cette procédure de mise en concurrence de celle de l'adjudication au sein de laquelle l'organisateur n'a d'autre choix que de retenir la soumission la plus basse.

§ 133 Principe et application des critères d'évaluation

Pour autant, compte tenu de la force obligatoire des critères d'évaluation prévus par l'organisateur et annoncés aux participants, le choix parmi les offres doit s'effectuer en considération de ces critères. Dès lors que des critères d'évaluation ont été prévus et annoncés, l'organisateur bénéficie-t-il encore d'une liberté de choix ? D'après un auteur, en matière de travaux, lorsqu'il y a compétition sur le prix, la qualité et le délai d'exécution, le maître de l'ouvrage perd sa liberté puisqu'il est tenu d'attribuer le marché au candidat qui consent les plus forts rabais, les délais convenables et qui exécute le meilleur travail (*J.-C. Serna, préc., p. 187*). En réalité, lorsqu'il y a pluralité de critères (le critère unique du prix est caractéristique de la procédure voisine de l'adjudication, V. [n° 39](#)), l'organisateur de la procédure jouit d'une liberté dans l'appréciation des offres. L'analyse multicritères lui confère en effet une marge de manoeuvre, ne serait-ce que pour déterminer leur poids respectif. Surtout, pour l'application des critères d'ordre qualitatif tels les caractéristiques esthétiques d'un bâtiment par exemple, l'appelant dispose, dans les faits, d'un pouvoir d'appréciation relativement discrétionnaire. En somme, comme le souligne un auteur publiciste, en dépit des apparences d'objectivité, s'installera, pour tous les critères autres que le prix, un mode d'appréciation parfaitement subjectif (*D. Chabanol, Le choix du cocontractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ?, in Mél. M. Guibal : CREAM, 2006, p. 92 et s., spéc. p. 101*).

§ 134 Principe et respect de la hiérarchie ou de la pondération des critères

Lorsque l'organisateur de la procédure annonce à ses participants la hiérarchisation ou la pondération de ses critères, ne se prive-t-il pas de toute marge de manoeuvre dans l'évaluation des soumissions et, partant, dans le choix de la meilleure soumission ? En droit public, on considère que la liberté dans l'évaluation des offres demeure, même si elle est atténuée par des méthodes de classement et des modes de calcul plus ou moins détaillés. Ainsi que le résume un auteur, " sous couvert de chiffres, de pourcentages, de coefficient de pondération, se glisse nécessairement une part fatale d'à peu près, qui sort le pouvoir adjudicateur d'une aberrante situation de compétence liée " (*D. Chabanol, préc., p. 102*). En dépit du principe du libre choix, l'exercice du choix n'en demeure pas moins fortement objectivé en cas de pondération ou, dans une moindre mesure, en cas de hiérarchisation des critères d'évaluation. La mise au point et l'annonce

préalables d'une telle méthode d'évaluation des soumissions permettent, en effet, aux entreprises soumissionnaires d'anticiper, avec plus ou moins de précision, l'appréciation qui sera faite par l'organisateur de l'appel d'offres sur chaque élément de leur proposition. Ainsi, plus cette méthode sera détaillée, plus les soumissionnaires qui s'estiment injustement évincés disposeront d'éléments pour contester leur élimination. Aussi la prudence peut-elle imposer aux auteurs d'appels d'offres publics comme privés de garder pour eux les éléments relatifs à la méthode de notation des soumissions utilisée afin de limiter les opportunités de contestations (V. en ce sens, *F. Linditch (ss dir.), Guide de l'achat public : LexisNexis, 2013, n° 344, conseil pratique p. 125*).

§ 135 Effets juridiques du choix

Par principe, le choix du soumissionnaire le mieux-disant vaut acceptation de son offre et emporte, par application de l'[article 1113 du Code civil](#), conclusion du contrat projeté. Par exception toutefois, une phase de négociation s'intercale entre le choix du soumissionnaire le mieux-disant et la conclusion du contrat. Il s'agit pour l'organisateur de la procédure d'inviter le soumissionnaire choisi *in fine* à mener des pourparlers afin d'arrêter les termes définitifs du contrat proposé. Le soumissionnaire retenu pour engager des pourparlers est, dans la pratique, qualifié de "soumissionnaire préféré" (V. les faits matériels de [CA Versailles, 11 sept. 2008, n° 06/08167, Alstom c/ EDS](#)). Pour la réalisation de certaines opérations contractuelles, qu'il y ait ou non consultation préalable de différents candidats, la conclusion du contrat passerait toujours par une phase de négociations. Cela semble être le cas pour la passation de marchés privés de travaux. Ainsi que l'écrit le professeur le Tourneau, "la décision de retenir telle ou telle société parmi les divers soumissionnaires à l'appel d'offres [...] ne signifie pas que le marché sera attribué à l'élu, même s'il y a de grandes probabilités qu'il l'emporte. En effet, les négociations vont maintenant reprendre leur envol, des tractations vont se rouvrir, qui seront d'autant plus longues et complexes que le contrat est important" (*Ph. le Tourneau, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle - Conception, préc., n° 25*). De même, concernant le contrat international de construction, d'après un auteur, "il est invraisemblable qu'un tel contrat puisse être formé sans que les termes essentiels aient été négociés. La nature et la taille des travaux ne permettent pas le fonctionnement du mécanisme de l'offre et de l'acceptation auquel s'analyse la procédure de l'appel d'offres" (*P. Glavinis, préc., n° 74*). Cette négociation vise à poursuivre deux objectifs. D'une part, il s'agit de pousser le soumissionnaire choisi à améliorer le contenu de son offre. Le niveau du prix fera ainsi l'objet de discussions, le soumissionnaire pour le justifier et l'organisateur pour tenter de le faire baisser. Il en sera de même des délais d'exécution proposés par le soumissionnaire en matière de construction et d'achat de produits ou services que l'organisateur essaiera de faire réduire (*Ph. le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, préc., n° 1.12 et 1.13*). D'autre part, la négociation vise à s'assurer de la plus parfaite adéquation de l'offre aux besoins exprimés, spécialement lorsque les prestations demandées par l'organisateur de l'appel d'offres sont complexes. Si le principe de la liberté de rompre les pourparlers trouve à s'appliquer ([C. civ., art. 1112, al. 1er](#)), la confiance légitime nourrie par les intéressés dans la bonne fin des négociations (d'un côté, le gain de la mise en concurrence crée chez le soumissionnaire préféré une attente légitime quant à l'aboutissement de la négociation ; de l'autre, l'appelant peut légitimement tenir pour acquise la conclusion du contrat à négocier avec son partenaire dans la mesure où celui-ci a déjà manifesté son intention de conclure le contrat définitif en soumissionnant) est susceptible de limiter leur faculté de rompre les pourparlers. Ainsi, même si la procédure d'appel d'offres ne rend pas impossible la rupture des pourparlers qui vont suivre, cette rupture doit être justifiée par des motifs légitimes et sérieux (V. en ce sens, *CA Versailles, 11 sept. 2008, préc.*).

2) La décision de ne pas conclure le contrat définitif :

§ 136 Droit de déclarer un appel d'offres infructueux

Prolongement de sa liberté de choix du cocontractant, la faculté, pour l'appelant, de déclarer son appel d'offres infructueux est admise dans son principe (V. [n° 25](#)). Le droit de ne pas contracter n'est cependant pas arbitraire ; son titulaire doit s'abstenir de commettre un abus dans son exercice, spécialement lorsque l'auteur du refus de contracter a pris antérieurement l'initiative de solliciter sa ou ses victimes (V. en ce sens, *L. Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit : rééd. Dalloz, 2006, spéc. p. 141*). L'exercice du droit de déclarer un appel d'offres infructueux ne soulève guère de difficultés lorsqu'aucune offre n'a été soumise à l'appelant. Il est logique, en effet, qu'à défaut d'offre de contracter, la procédure de mise en concurrence ne puisse déboucher sur la conclusion du contrat définitif. L'exercice du droit de déclarer un appel d'offres infructueux est davantage problématique lorsque des offres ont été remises à l'appelant. La prohibition générale de l'abus ou l'impératif de bonne foi dans l'exécution de l'avant-contrat de mise en concurrence oblige alors l'organisateur à rejeter les offres reçues que pour des justes motifs. En premier lieu, l'appel d'offres peut être valablement déclaré infructueux si toutes les offres soumises sont non-conformes aux règles contenues dans l'avant-contrat de mise en concurrence. Ayant l'obligation de rejeter les offres non conformes, l'organisateur est même tenu de déclarer sa procédure infructueuse. En second lieu, l'appel d'offres est valablement déclaré infructueux quand (*Banque mondiale, Directives passation des marchés de fourniture, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID, préc., art. 2.61*). Une insuffisance de concurrence peut être provoquée par une entente entre les soumissionnaires. Dans cette hypothèse, le juge communautaire considère que la décision d'abandon de la procédure prise par le pouvoir adjudicateur est valable ([CJCE, 16 sept. 1999, aff. C-27/98, Fracasso et Leitschutz](#) : *Rec. CJCE 1999, p. I-5697* ; *JOCE n° C 366, 18 déc. 1999, p. 5*). Il est possible de se demander si l'appelant peut déclarer un appel d'offres infructueux lorsque seulement une offre est soumise. L'appelant ayant intérêt à se prononcer sur un éventail de soumissions le plus large possible, la volonté de mettre fin à la procédure en vue de procéder à une nouvelle consultation, plus élargie, semble parfaitement légitime. En troisième et dernier lieu, le rejet de toutes les offres peut être justifié par le niveau des prix proposés par les soumissionnaires. Ainsi, l'appel d'offres sera déclaré infructueux lorsque "le prix de l'offre évaluée la moins-disante est nettement plus élevé que le coût estimatif actualisé par [l'appelant] ou que son budget disponible" (*Banque mondiale, préc.*). D'après la Cour de cassation, en effet, même s'il dispose d'offres conformes, l'appelant a le droit de relancer un appel d'offres dans le but d'obtenir des prix inférieurs ([Cass. 3e civ., 22 mai 1996, n° 94-13.501](#) : [JurisData n° 1996-002151](#)). Cette analyse conduit, en revanche, à condamner la pratique des appels d'offres "pour voir", c'est-à-dire "qui ne visent pas à la conclusion du contrat" (*L. Grynbaum, La lutte contre la baisse des prix : RDC 2006/2, p. 591*). À l'occasion de la préparation de la loi du 2 août 2005 réglementant les enchères inversées à distance, les travaux parlementaires avaient ainsi fustigé les enchères inversées "pour voir", consistant, pour un acheteur, à "organiser des enchères auxquelles il ne donne pas suite, simplement pour "tester" le marché ou contraindre son fournisseur à s'aligner sur l'offre la plus basse" (*Comm. aff. éco., Rapp. Sénat n° 333, 11 mai 2005*). Les appels d'offres "pour voir" peuvent également être pratiqués par des vendeurs. Un auteur donne ainsi l'exemple d'un vendeur qui organiserait un appel d'offres uniquement pour faire évaluer son entreprise par les acquéreurs potentiels (*B. Amann, L'open bid (vente aux enchères d'entreprise) : aspects pratiques, préc., n° 49*). Que ce soit dans la situation de l'acheteur ou dans celle du vendeur, c'est l'abus dans le droit de déclarer un appel d'offres infructueux qui est stigmatisé. Précisément, serait sanctionnée l'attitude déloyale de l'appelant qui consiste à laisser croire aux soumissionnaires à la possible conclusion du contrat final avec l'un d'entre eux alors qu'en réalité, il n'est animé d'aucune intention de parvenir à un accord.

§ 137 Suites de l'infructuosité

L'appelant est libre des suites qu'il entend donner à l'appel d'offres infructueux. En effet, au terme de la mise en concurrence infructueuse, l'auteur de l'appel d'

offres retrouve sa liberté contractuelle, qui tranche avec l'obligation de lancer une nouvelle procédure supportée par la personne publique (V. [CCP, art. R. 2124-3, 6°](#)). Il lui est ainsi loisible de relancer l'appel d'offres à des conditions différentes ou identiques à l'appel d'offres initial. Par exemple, si l'infructuosité de l'appel d'offres initial a résulté d'un niveau de concurrence insuffisant, l'appelant pourra décider d'abandonner le système de l'appel d'offres restreint pour opter pour celui de l'appel d'offres ouvert en lançant un appel public à la concurrence. Celui-ci pourra également revoir ses critères de qualification ainsi que ses spécifications techniques si ces derniers se sont avérés trop restrictifs pour collecter suffisamment de soumissions. Si l'insuffisance de la concurrence a été provoquée par une entente entre soumissionnaires, l'appelant prendra soin de ne pas inviter les parties à l'entente à soumissionner à son second appel d'offres. Il pourra également relancer l'appel d'offres dans les mêmes conditions dans le but d'obtenir un prix de marché inférieur à celui proposé par les candidats (Cass. 3e civ., 22 mai 1996, *préc.*). Plutôt que de relancer l'appel d'offres, son auteur pourra préférer inviter un des soumissionnaires, le plus souvent le mieux-disant, à négocier pour essayer d'obtenir de lui une réduction du prix du marché, voire même une entreprise n'ayant pas soumissionné (V. en ce sens, G. Cordier, *préc.*). Il pourra sinon décider d'abandonner, purement et simplement, son projet de contrat final.

3) L'élimination subséquente de soumissions

§ 138 Droits des soumissionnaires éliminés

Le choix d'un soumissionnaire cocontractant ou préféré emporte, de manière subséquente, l'éviction des soumissionnaires concurrents. De même, lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux, toutes les soumissions reçues sont rejetées. En premier lieu, l'organisateur de la procédure est tenu, à l'égard des soumissionnaires éliminés, d'une obligation d'information. En second lieu, ces soumissionnaires pourraient prétendre à une rémunération au titre des frais de soumissions exposés en pure perte.

§ 139 Information des soumissionnaires évincés

L'appelant avise les soumissionnaires éliminés du fait qu'ils ne sont pas retenus. En pratique, la notification du rejet des offres intervient au moment de la notification de l'acceptation de la soumission retenue, ou bien très peu de temps après (*CNUDCI, préc., n° 42, p. 38*). La notification du rejet des offres non retenues doit-elle s'accompagner des motifs d'éviction ? La réponse est évidemment positive si une disposition de l'appel d'offres oblige son auteur à donner les raisons du rejet d'une soumission. Dans le cas contraire, la question se pose de savoir si l'appelant supporte ou non une obligation de motiver le rejet des offres soumissionnées. L'admission d'une telle obligation présenterait des inconvénients, mais surtout des avantages.

§ 140 Admission d'une obligation de motiver le rejet des offres ? : inconvénients

Du côté des inconvénients, il faut relever, d'abord, que la communication des raisons du rejet d'une candidature peut heurter l'impératif de secret industriel et commercial. En pratique, il peut, en effet, s'avérer difficile de communiquer l'identité du soumissionnaire retenu et les caractéristiques techniques, commerciales et financières de son offre sans porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes de l'entreprise de celui-ci. Cet argument avait ainsi été avancé par la commission des affaires économiques du Sénat pour supprimer l'obligation de révéler de l'identité du candidat retenu à l'issue des enchères contenue dans le projet de loi initial relatif à la réglementation des enchères inversées (*Comm. aff. éco., Rapp. Sénat n° 333, 11 mai 2005*). Cela étant, cet inconvénient n'a rien d'insurmontable dans la mesure où l'atteinte au secret industriel et commercial n'est pas systématique et va, en réalité, dépendre du contenu des renseignements communiqués. Si, comme pour le droit des marchés publics, en effet, on s'accommode d'une motivation relativement succincte, mais néanmoins suffisante à la compréhension de la décision d'éviction, les risques d'atteinte au secret des affaires se trouvent limités (V. L. Rapp et Ph. Terneyre (ss dir.), *préc., n° 3336*). En s'inspirant du droit public, il serait ainsi raisonnable d'exiger de l'appelant la communication du rang de l'offre du soumissionnaire éconduit, de la note donnée à l'offre retenue et à l'offre écartée au titre des critères d'évaluation mis en place ainsi que les caractéristiques générales, les avantages de l'offre retenue par rapport à l'offre écartée. Ensuite, obliger l'appelant à donner les motifs du rejet des offres pourrait faire naître un sentiment de soupçon chez les soumissionnaires évincés et, partant, accroître les risques de litiges. Les motifs du rejet sont, en effet, autant d'arguments potentiels à la disposition des soumissionnaires qui s'estiment injustement évincés pour contester en justice le rejet qui leur est opposé. Néanmoins, il est également possible de considérer, en sens inverse, que la communication des raisons de l'éviction permet au soumissionnaire éconduit d'en percevoir la rationalité, de la comprendre, en somme de l'accepter intellectuellement.

Les inconvénients, qui en réalité n'ont rien d'insurmontable, sont largement contrebalancés par les avantages d'une obligation de motiver le rejet des soumissions.

§ 141 Admission d'une obligation de motiver le rejet des offres : avantages

Seule une motivation du rejet de son offre et du choix de l'offre retenue permet au soumissionnaire évincé de comprendre pourquoi son offre a été considérée comme économiquement moins avantageuse que celle retenue (V. en ce sens, pour les marchés publics, X. Mouriesse, *Précisions jurisprudentielles sur les mentions obligatoires du courrier du rejet des offres dans les marchés publics : Contrats-Marchés publ. 2013, prat. 8*). Cette communication est essentielle pour que ce soumissionnaire puisse réfléchir à l'amélioration de son offre, de ses composantes financières, techniques et commerciales, pour les consultations à venir. Surtout, sans une motivation des raisons du rejet de son offre, le soumissionnaire serait dans l'impossibilité pratique de vérifier que l'appelant a correctement exécuté l'avant-contrat de mise en concurrence qui le lie à lui lors de la phase d'évaluation des soumissions. Comment peut-il, par exemple, s'assurer du respect des critères posés et de leur application non discriminatoire sans avoir accès aux motifs du choix de l'offre retenue ? À cet égard, la motivation du choix est indispensable au soumissionnaire qui s'estime injustement évincé pour, le cas échéant, contester en justice le refus de contracter qui lui est opposé.

Au final, l'admission d'une obligation de motivation du rejet des offres paraît s'imposer. Elle viserait à garantir aux participants à la procédure un exercice effectif en justice de leurs droits conférés par l'avant-contrat de mise en concurrence qui les lie à l'appelant. Tirant sa raison d'être de l'avant-contrat de mise en concurrence, cette obligation serait de nature contractuelle. Plus précisément, cette obligation terminale de l'avant-contrat de mise en concurrence, dont l'appelant serait le débiteur et les soumissionnaires les créanciers, aurait pour assise théorique l'obligation d'exécuter de bonne foi l'avant-contrat de mise en concurrence.

§ 142 Rémunération des soumissionnaires évincés ?

Répondre à un appel d'offres a un coût pour les entreprises car cela nécessite de mobiliser des moyens en personnel et en matériel conséquents. Dans les appels d'offres les plus complexes, il faut ajouter le coût des études qui sont réalisées par les tiers experts pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de l'opération proposée. Or, il y a un risque réel que ces frais soient engagés en pure perte puisque, par hypothèse, les soumissionnaires mis en concurrence n'ont aucune

garantie d'être retenus par l'appelant. Dès lors, se pose la question de savoir si les soumissionnaires éliminés peuvent prétendre, " à titre de lot de consolation ", à une rémunération au titre des frais engagés pour soumissionner (sur la question, V. A. Bénabent, *Concours de projets : faut-il rémunérer les éliminés ?* : RDC 2004, p. 369 s.). Par principe, les frais de soumission demeurent à la charge des soumissionnaires. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que ces derniers pourraient obtenir une rémunération.

§ 143 Principe : les frais de soumission sont à la charge des soumissionnaires

Le principe de la solution est certain lorsque, par précaution, dans le but de limiter les risques de réclamations, l'organisateur de l'appel d'offres indique dans le dossier de consultation adressé aux entreprises que les coûts afférents à la préparation et à la présentation des soumissions doivent être pris en charge par elles (CNUDCI, *préc.*, n° 23, p. 33). Il y est précisé qu'au cas où les soumissionnaires ne seraient pas retenus, ceux-ci ne se verraient verser aucune rémunération ni remboursement des frais engagés afin de présenter leur projet. De telles clauses sont aujourd'hui devenues de style dans les dossiers d'appels d'offres (G. Cordier, *préc.*). Nonobstant l'absence de disposition particulière sur la question dans le dossier de l'appel d'offres, le principe de la solution est tout aussi certain. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi jugé que " *les travaux effectués pour l'étude de contrat de campagne publicitaire doivent rester à la charge de l'entreprise publicitaire, conformément à l'usage selon lequel la fourniture des devis et études préalables est faite gracieusement et entre dans les frais généraux des entreprises* " (CA Aix-en-Provence, 16 déc. 1993, n° 90/15800 : [JurisData n° 1993-045651](#)). Pour la réalisation de campagnes publicitaires donc, il y aurait un usage selon lequel les frais de préparation et de présentation du projet demeurent à la charge des candidats, fussent-ils éliminés. En matière de construction, cette même cour d'appel a réitéré cette solution en retenant que " *les frais engagés pour l'élaboration du projet restent à la charge des soumissionnaires sauf à ce qu'une rémunération ait été stipulée dans le cahier des charges* " (CA Aix-en-Provence, 13 juin 2008, n° 05/23795). La cour d'appel de Paris a retenu la même solution pour les opérations informatiques cette fois (CA Paris, 12 mars 2009, n° 07/07588 : [JurisData n° 2009-379005](#)).

Le principe selon lequel les frais de soumission restent à la charge des soumissionnaires n'est toutefois pas absolu.

§ 144 Exception : la rémunération des soumissionnaires pour les frais de soumission

Bien évidemment, il est parfaitement loisible à l'appelant de prévoir le versement d'une prime au profit des soumissionnaires dont la proposition n'est pas retenue pour indemniser les frais de soumission. En l'absence de disposition particulière, le soumissionnaire éconduit peut exceptionnellement prétendre à un remboursement des frais de soumission dès lors que ceux-ci ont été spécialement engagés pour la réalisation d'un devis, plan ou échantillon commandé par l'appelant (V. en ce sens, *Cass. 3e civ., 24 sept. 2003, n° 02-13.601* : RDC 2004, p. 369, note A. Bénabent). Ainsi que l'écrit le professeur Bénabent, en effet, " *dès lors qu'il y a eu commande d'une étude, un contrat d'entreprise s'est formé. Certes, ce n'est pas encore celui qui portera sur l'exécution des travaux, mais la commande d'une étude ou d'un projet scelle déjà en elle-même un contrat* " (A. Bénabent, *note préc.*). Or, le contrat d'entreprise est présumé conclu à titre onéreux (Cass. 3e civ., 31 mai 1989 : *Bull. civ. III*, n° 126). Il en résulte que la commande d'une étude dans le cadre d'un appel d'offres est présumée payante, sans qu'il importe toutefois que ce prix n'ait été précisé ni dans son montant, ni même dans son principe (en effet, contrairement à la vente, la formation du contrat d'entreprise ne requiert pas la fixation du prix par les parties, V. [n° 16](#)). La présomption d'onérosité du contrat d'entreprise est toutefois simple, c'est-à-dire que la gratuité peut être spécifiée dans la commande elle-même. En conséquence, ainsi que le résume cet auteur, " *les appels d'offres ne font pas naître ipso facto de droit à rémunération, car y répond qui veut et sur sa propre initiative, toute clause contraire étant bien sûr possible ; mais le devis [comme le plan ou l'échantillon] établi sur demande du client potentiel et qui a requis un travail d'étude engendre à l'inverse une créance présumée* " (A. Bénabent, *note préc.*). En d'autres termes, les frais de soumission demeureront à la charge des soumissionnaires, sauf à ce qu'ils aient été spécialement engagés pour la réalisation d'un devis, plan ou échantillon commandé par l'appelant. La rémunération au titre des frais de soumission suppose donc qu'un avant-contrat d'étude, conclu à titre onéreux, entre l'appelant et les soumissionnaires, s'adjoigne à l'avant-contrat de mise en concurrence. Pratiquement, il incombera au soumissionnaire qui sollicite en justice le paiement d'une rémunération de rapporter la preuve qu'une demande d'étude lui a bien été adressée par l'appelant. Il appartiendra alors au juge de fixer le prix dû au titre de cette étude.

2° Contentieux consécutif à l'élimination d'une soumission

§ 145 Contentieux initié par un soumissionnaire éliminé

L'élimination est souvent mal vécue par les soumissionnaires qui n'hésitent pas à se retourner contre l'organisateur de l'appel d'offres. Un soumissionnaire éconduit peut agir à deux titres, parfois cumulativement. En premier lieu, il peut exciper d'une rupture brutale d'une relation commerciale qu'il entretenait, au préalable, avec l'organisateur de l'appel d'offres (a). En second lieu, il peut s'estimer victime de manquements aux obligations de l'avant-contrat de mise en concurrence (b). Dans la seconde hypothèse, c'est l'éviction même qui est remise en cause par le soumissionnaire. Dans la première, en revanche, celui-ci fait seulement grief à l'organisateur de ne pas avoir accompagné ce refus de contracter d'un délai de prévenance suffisant.

a) Contentieux né de la rupture brutale des relations commerciales établies

§ 146 Difficultés d'application de l'article L. 442-1, II, du Code du commerce

Texte majeur du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, l'article L. 442-6, I, 5° devenu depuis l'[ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019](#) l'article L. 442-1, II, sanctionne par l'engagement de la responsabilité civile l'auteur d'une rupture de relations commerciales établies sans préavis ou sans préavis suffisant (V. C. Mouly-Guillemard (*dir.*), *Flux et reflux du droit de la rupture des relations commerciales* : LexisNexis, 2018). Chaque bilan des décisions judiciaires faisant application du droit des pratiques restrictives de concurrence publié par la CEPC comporte son lot d'affaires dans lesquelles une rupture des relations commerciales est intervenue à l'occasion d'un appel d'offres (V. *Faculté de Droit de Montpellier, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales appliquant le titre IV du livre IV du Code de commerce, Période du 1er janvier au 31 décembre 2022* : *Rapp. CEPC* 2023). En pareille hypothèse, le contentieux de la rupture brutale se focalise sur deux aspects : le caractère établi de la relation commerciale rompue et le préavis de rupture.

1) L'incidence de l'appel d'offres sur le caractère établi de la relation

§ 147 Notion de relation commerciale établie

La notion de relation commerciale établie est essentielle en ce qu'elle permet de délimiter le périmètre d'application de l'[article L. 442-1, II, du Code du commerce](#). En dépit de son importance, la notion est difficile à cerner car elle n'a pas été définie par le législateur. Dans son rapport pour l'année 2008, la Cour de cassation a affirmé qu'entre dans le champ d'application de ce texte la relation commerciale revêtant, avant la rupture, un caractère suivi, stable et habituel, de sorte que la victime de la rupture " pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial " (*Cour de*

cassaion, Rapp. 2008, p. 306 et 307). En d'autres termes, le caractère établi de la relation commerciale s'apprécie à la lumière de la confiance légitime forgée par le partenaire dans la poursuite de la relation. Ce faisant, la Haute juridiction invite les tribunaux à se forger une appréciation *in concreto* sur la base d'un faisceau d'indices : durée de la relation, intensité du courant d'affaires, support juridique de la relation (contrat-cadre, CDI ou CDD, avec ou sans tacite reconduction, etc.). Le caractère établi de la relation s'appréciant à la lumière de la confiance légitime forgée par le partenaire dans la poursuite de la relation, il est dès lors possible de fragiliser volontairement la relation en empêchant que naisse cette confiance légitime. Le caractère établi de la relation s'appréciant à la lumière de la confiance légitime forgée par le partenaire dans la poursuite de la relation, il est dès lors possible de fragiliser volontairement la relation en empêchant que naisse cette confiance légitime. Pour ce faire, le partenaire peut annoncer qu'il n'entend pas se lier de manière durable. L'annonce peut être expresse au moyen, par exemple, d'une clause de précarité (M. Lecene-Villemonteix, *Sanctions et parades, in La rupture brutale des relations commerciales : CDE 2014, dossier 4*). Elle peut être davantage implicite grâce à l'introduction de signes annonciateurs de rupture. Aussi est-il préconisé au partenaire " d'éviter la conclusion de contrat-cadre, de s'abstenir d'accorder la moindre garantie au cocontractant en termes d'exclusivité ou de chiffre d'affaires, de privilégier la conclusion, au cas par cas, de contrats indépendants, chacun étant pourvu d'un objet autonome " (M. Chagny, *La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles* (de l'[article L. 442-6, I-5° du Code de commerce](#) : RLDA 2010/51, n° 2980).

§ 148 L'appel d'offres : instrument de précarisation d'une relation

À l'instar d'une clause de non-reconduction tacite insérée dans un CDD, le recours à l'appel d'offres est un moyen de signifier à son partenaire que la relation s'inscrit, pour le futur, dans l'instabilité. Selon les mots de la cour d'appel de Versailles, en effet, " la procédure d'appel d'offres comporte par essence pour celui qui s'y soumet un aléa " puisque " la collaboration [...] est remise en cause à chaque appel d'offres et dépend de celles soumises par les entreprises concurrentes sauf à détourner les principes régissant la procédure d'appel d'offres " ([CA Versailles, 18 sept. 2008, n° 07/07891](#) : RJDA 2008, n° 1313. - Dans le même sens, [Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15138](#), " ce mécanisme d'attribution d'une commande [l'appel d'offres] est exclusif de toute relation stable, dès lors qu'un concurrent soumis à la même demande pouvait être choisi et, qu'au lieu de stabiliser les relations commerciales, un tel mécanisme en consacrait au contraire la précarité "). Le partenaire commercial n'a aucun droit acquis au maintien de sa relation avec celui qui organise l'appel d'offres. Mis en concurrence avec des professionnels de son secteur d'activité, il n'est pas certain de demeurer le partenaire commercial. La poursuite de la collaboration est conditionnée par le fait que la soumission du partenaire soit la mieux-disante parmi celles reçues par l'appelant. Récemment, la Cour de cassation a jugé que " ce mécanisme d'attribution d'une commande est exclusif de toute relation stable, dès lors qu'un concurrent soumis à la même demande pouvait être choisi et, qu'au lieu de stabiliser les relations commerciales, un tel mécanisme en consacrait au contraire la précarité " ([Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15138, F-D : JurisData n° 2017-020731](#) ; [Contrats, conc. consom. 2017, comm. 249](#), obs. N. Mathey. - V. aussi, [Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-15.649, F-D : JurisData n° 2022-020894](#) : " ni le fait que la société Carrefour hypermarchés n'ait pas avisé la société Star's service de son intention de recourir systématiquement à des consultations, ni la sélection de la société Star's service à l'issue des deux premières, n'étaient de nature à écarter le caractère précaire de leur relation, qui résultait de ces mises en concurrence ". - [Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-18.299, F-D](#)).

§ 149 Dangerosité de la solution de la Cour de cassation

À suivre la Haute Juridiction, le recours à l'appel d'offres, qu'il soit isolé, régulier ou systématique, serait donc un obstacle dirimant à l'instauration ou au maintien d'une relation commerciale établie. Une relation ponctuelle d'un ou plusieurs appels d'offres serait par nature précaire et exclurait nécessairement l'application du dispositif. Bien que les arrêts soient inédits et donc dotés d'une portée limitée, on perçoit aisément les dangers qu'une telle analyse abstraite de l'appel d'offres recèle, laquelle pourrait encourager les stratégies de contournement. Il serait en effet très tentant pour l'entreprise acheteuse d'organiser des simulacres de mise en concurrence, dépourvus d'aléa, dans le dessein frauduleux de sortir la relation commerciale du champ de l'[article L. 442-1, II, du Code de commerce](#) et d'échapper ainsi à son obligation de préavis ou de réparation (N. Kouchnir-Cargill, *Rupture brutale des relations commerciales : la notion de relation établie sujette à interprétation* : RLDA 2012/73, n° 4136. - V. également en ce sens, J.-C. Grall et C. Bellone, *Rupture brutale de relations commerciales établies : vers un renouveau dans l'appréciation de la brutalité de la rupture* : RLC 2013/35, n° 2276). Selon le professeur Vogel, les fournisseurs de la grande distribution seraient particulièrement exposés à ces appels d'offres fictifs (L. Vogel, *La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies : plaidoyer pour une réforme*, in Mél. M. Germain : LGDJ, 2015, p. 855 et s., spéc. n° 1 et 17). Dans ce secteur, les fournisseurs seraient privés de la protection offerte par l'article L. 442-1, II, du fait des mises en concurrence systématiques, alors même que ce texte a précisément été rédigé pour les protéger face aux déréférencements abusifs des distributeurs.

§ 150 Mouvement de résistance de juges du fond

Certaines décisions adoptent une approche plus circonstanciée et nuancée de l'incidence du recours à l'appel d'offres sur la stabilité d'une relation. Il s'observe ainsi, parmi les juges du fond, un mouvement de résistance contre l'effet systématiquement précarisant de l'appel d'offres dans le but de contrarier une stratégie de contournement trop aisée de l'impératif de prévenance par une simple mise en concurrence. Suivant les circonstances, l'absence de précarité peut alors être retenue tant pour l'hypothèse d'une répétition d'appels d'offres que pour celle d'un appel d'offres isolé.

§ 151 Cas de la répétition des appels d'offres

L'observation des décisions de justice fait apparaître que la répétition du recours à l'appel d'offres pour la conclusion de contrats s'avère souvent décisif pour exclure le caractère établi de la relation (V. [CA Paris, 7 oct. 2016, n° 13/19175](#) : *Lettre distrib.* 2016/11, p. 2, obs. C. Mouly-Guillemaud, estimant que la " mise en concurrence régulière et systématique, préalable à chaque commande, a affecté d'un aléa et a ainsi rendu précaire dès l'origine la relation commerciale qui s'est installée entre les parties, et ce même si [le demandeur] a remporté plusieurs années de suite les appels d'offres "). Par ce biais, en effet, l'appelant manifeste son intention de faire répéter la situation d'incertitude dans laquelle se trouve placé le partenaire devant soumissionner. Cette circonstance peut permettre d'éviter que naisse chez ce dernier une confiance légitime dans la continuation durable de la relation. Toutefois, le signe de précarité perçu dans la répétition des appels d'offres pourrait être contredit par la constatation de l'établissement d'une relation de longue durée avec un seul et même soumissionnaire. En effet, l'instauration d'une relation dans la durée suppose que le même partenaire remporte à chaque fois les mises en concurrence. Or, le gain systématique de ces dernières paraît en principe incompatible avec la répétition d'aléas dans le choix du cocontractant. Certes, la circonstance que les mises en concurrence aient été remportées de façon systématique par une seule et même entreprise ne permet pas d'en déduire *ipso facto* l'absence d'aléa, car il n'est pas impossible que le partenaire se retrouve le mieux-disant à l'issue de chaque appel d'offres. Tel sera le cas lorsque l'entreprise gagnante est *leader* sur le secteur d'activité concerné. Il n'empêche que le fait que le partenaire remporte systématiquement les appels d'offres les rend suspects. En l'absence d'aléa dans le déroulement des mises en concurrence, les appels d'offres pourraient apparaître comme des simulacres destinés à soustraire des relations stables et pérennes du jeu de l'article L. 442-1, II. Dans ce type de situations, le respect des attentes légitimes de la victime doit empêcher de dénier, de façon systématique, tout caractère établi à la relation

sans examiner, concrètement, les conditions dans lesquelles les appels d'offres successifs ont été mis en oeuvre (*Rappr. G. Chantepie, La précarité des relations commerciales : [Contrats, conc. consom. 2012, étude 11](#), selon qui la précarisation volontaire de la relation trouve sa limite dans le fait que l'annonce préalable de la précarité est contredite par les comportements adoptés au cours de la relation sur la base desquels le partenaire peut légitimement nourrir une espérance de pérennité*). En effet, " ne pourrait-il pas être considéré que, dès lors qu'elle a remporté un ou plusieurs appels d'offres, la victime de la rupture peut légitimement s'attendre à remporter les appels d'offres suivants ? " (*J.-C. Grall et C. Bellone, Rupture brutale de relations commerciales établies : vers un renouveau dans l'appréciation de la brutalité de la rupture : RLC 2013/35, n° 2276*). C'est en optant pour cette approche que la cour d'appel de Paris a considéré par exemple, dans une espèce où les relations ont perduré une trentaine d'années, que les mises en concurrence " *tendaient à une gestion normale de leurs relations contractuelles successives, s'intégrant dans un processus de stabilité de la relation et démontrant ainsi l'existence d'une relation commerciale établie* " (*CA Paris, 5 mai 2017, n° 15/13369 : [JurisData n° 2017-012570](#)* - V. aussi, *CA Paris, 25 juin 2020, n° 18/00121 : [Contrats, conc. consom. 2020, comm. 126](#), obs. N. Mathey : jugeant qu'au moment de l'annonce en 2014 de l'arrêt de relations commencées en 2007, la victime de la rupture " n'avait aucune raison de douter de la pérennité des relations, le simple recours à une mise en concurrence n'étant pas suffisant pour annuler le caractère établi desdites relations commerciales "*).

§ 152 Cas d'un appel d'offres isolé

Adhérant également l'approche *in concreto*, la cour d'appel de Douai a jugé que le recours à un appel d'offres isolé, au titre seulement de l'année 2008 pour le renouvellement du contrat annuel de coopération commerciale conclu pour la première fois en 1993, ne prive pas une relation de 15 ans de son caractère établi (*CA Douai, 26 janv. 2017, n° 15/07306 : [JurisData n° 2017-001348](#)* - V. aussi, *CA Paris, 27 janv. 2023, n° 20/11912 : " l'appel d'offres en vertu duquel le contrat a été reconduit ... n'est [pas] de nature à contredire la preuve du caractère suivi, stable et habituel de la relation "*). Là encore, le pragmatisme dont a fait preuve le juge d'appel mérite d'être salué. Suivant les circonstances de l'espèce, le signe de précarité introduit par le recours à un appel d'offres peut en effet être contrebalancé par l'ancienneté et l'intensité de la relation. C'est cette même approche *in concreto* qui permet d'expliquer pourquoi un juge, dans deux affaires distinctes d'apparence similaires, a pu retenir des solutions opposées en présence d'un appel d'offres isolé (*CA Versailles, 10 mars 2011, n° 09/09875, TERRÉ de Sienne c/ Carrefour* - *CA Versailles, 27 oct. 2011, n° 10/04733, De Funès c/ Toyota : RJDA 2012, n° 720*). Ainsi, dans la première affaire précitée, ils ont estimé que le recours à une mise en concurrence, après une première période au cours de laquelle il n'a pas été fait usage de ce mode de sélection, ainsi que la précision expressément apportée dans l'appel d'offres de la durée déterminée de 3 années de collaboration, " *sont autant de circonstances qui ont conféré à la relation un caractère temporaire et l'ont privée dès cette date de garantie de permanence* ". À l'inverse, pour la seconde affaire, ils ont retenu que le partenaire pouvait légitimement escompter une poursuite durable de la relation commerciale compte tenu du fait que celle-ci a été initiée sans recours à l'appel d'offres, que le partenaire a été choisi parmi quatre candidats, le co-partenaire témoignant par là le renouvellement de sa confiance, et que la relation à durée indéterminée s'est poursuivie sans annonce d'un recours régulier au procédé de l'appel d'offres.

§ 153 La fin des divergences ?

Récemment toutefois, par arrêt rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris s'est pliée à la solution de la Haute Juridiction en considérant qu'une relation rompue s'est inscrite dans un cadre précaire dès la première mise en concurrence et que la circonstance que le partenaire ait été choisi " *n'est pas de nature à démontrer à elle seule le caractère légitime de son attente de voir ces relations commerciales avec la société Carrefour Hypermarchés se poursuivre à l'issue de l'appel d'offres suivant* ", " *l'appel à la concurrence ayant nécessairement introduit un aléa commercial* " (*CA Paris, 16 mai 2024, n° 23/03312*). Ainsi, cette décision pourrait sonner la fin des divergences de solutions en matière d'incidence de l'appel d'offres sur le caractère établi d'une relation commerciale rompue (*V. C. Mouly-Guillemaud, L'appel d'offres précarise " nécessairement " la relation... la fin des divergences ? : Lettre distrib. 2024/06, p. 3, obs. ss. CA Paris, 16 mai 2024, préc.*).

2) L'incidence de l'appel d'offres sur le préavis de rupture

§ 154 Deux questions

À titre liminaire, il convient de souligner que le principe de libre rupture des relations commerciales implique qu'une entreprise puisse décider de ne pas faire participer son partenaire commercial à l'appel d'offres qu'elle organise (*CA Versailles, 10 mars 2011, n° 09/09875 : [JurisData n° 2011-004963](#) ; Lettre distrib. 2011/5, p. 1, obs. M. David*). Toutefois, par application de l'[article L. 442-1, II, du Code de commerce](#), l'entreprise qui prive son partenaire commercial du droit de concourir a l'obligation de respecter un préavis raisonnable. En effet, le fait de ne pas l'inviter à soumissionner traduit l'intention ferme et univoque de l'appelant de changer de partenaire commercial au profit de l'entreprise qui va remporter la mise en concurrence. Dans pareille hypothèse, la notification du recours à l'appel d'offres vaut sans hésitation notification de la cessation des relations. Il importe alors que le délai entre la notification et la cessation effective de la relation soit suffisant au partenaire éconduit pour réorienter son activité. L'organisateur de l'appel d'offres peut inviter son partenaire à soumissionner. Si ce dernier refuse d'y participer, il faut le considérer, en principe, comme à l'initiative de la rupture, circonstance qui le prive du droit au respect d'un préavis suffisant (*CA Paris, 13 avr. 2022, n° 20/07745 : [JurisData n° 2022-005820](#) ; [Contrats, conc. consom. 2022, comm. 102](#), obs. N. Mathey*). S'il accepte de soumissionner et qu'il remporte l'appel d'offres, la relation commerciale est maintenue, bien que le recours à l'appel d'offres soit susceptible de l'avoir placée dans un cadre précaire. En revanche, lorsque le partenaire n'est pas retenu au terme de l'appel d'offres, il a droit au respect d'un préavis de rupture. Concernant alors ce préavis, deux questions se posent : celle de son point de départ et celle de sa durée.

§ 155 Point de départ du préavis de rupture : principe

En 2001, la Cour de cassation a décidé que le délai de préavis commence à courir à compter de l'écrit par lequel un contractant notifie à son prestataire de services son intention de recourir à un appel d'offres pour choisir, à l'avenir, son partenaire commercial (*Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-20.831 : [JurisData n° 2001-010141](#) ; Bull. civ. IV, n° 112*). En d'autres termes, la notification du recours à l'appel d'offres vaut notification de la rupture des relations commerciales au sens de l'[article L. 442-1, II, du Code de commerce](#). La Haute Juridiction a réitéré cette solution de principe à maintes reprises (*V. dernièrement, Cass. com., 31 mars 2022, n° 19-14.533, F-D : [JurisData n° 2021-004801](#)*), rejointe, dans leur grande majorité, par les juges du fond (*V. par ex., CA Aix-en-Provence, 16 mai 2012, n° 09/17038* - *CA Paris, 22 janv. 2014, n° 12/05810* - *CA Versailles, 16 avr. 2015, n° 13/2490* - Mais retenant comme point de départ du préavis l'annonce des résultats : *CA Versailles, 27 oct. 2011, n° 10/04733* - *CA Paris, 24 mars 2011, n° 07/07337*). En effet, en informant son partenaire de son intention de le mettre en concurrence avec d'autres entreprises pour l'obtention d'un nouveau contrat, le contractant émet une réserve sérieuse quant à la poursuite de leur relation. La rupture devenant pour lui prévisible, le partenaire est en mesure de l'anticiper et d'envisager d'ores et déjà une solution de remplacement (*V. M. Béhar-Touchais, Du point de départ du préavis pour l'application de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : RLC 2009/20, n° 1413*).

§ 156 Point de départ du préavis de rupture : limites

Le principe selon lequel l'annonce d'un appel d'offres vaut préavis de rupture n'est cependant pas absolu. Il connaît deux limites, l'une de forme, l'autre de fond.

La première a trait au respect d'un certain formalisme. Tout d'abord, l'annonce du recours à l'appel d'offres doit être écrite. En effet, la lettre de l'[article L. 442-1, II, du Code de commerce](#) exige un préavis écrit. La rupture d'une relation commerciale établie ne peut intervenir sans préavis écrit. Par conséquent, si le recours à une procédure d'appel d'offres peut constituer le point de départ d'un préavis, il faut que la preuve de la notification écrite soit rapportée ([CA Versailles, 8 avr. 2010, n° 09/01309, Sté Arcelor Mittal Atlantique et Lorraine c/ S.A. Consul](#)). Ont ainsi été considérés comme des préavis valables un avis d'appel d'offres ([CA Paris, 27 mars 2014, n° 12/01613, Heinz France c/ Kuehne et Nagel](#)), une lettre recommandée avec accusé de réception ([Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.390 : JurisData n° 2013-009401](#)) ou encore un courrier électronique ([Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-18.228 : JurisData n° 2015-027562 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 68, note N. Mathey ; Comm. com. électr. 2016, comm. 11, note G. Loiseau](#)). En revanche, une annonce orale du recours à l'appel d'offres ne peut pas constituer le point de départ du préavis ([CA Lyon, 3 juill. 2008, n° 06/05257 : JurisData n° 2008-370966](#)). Ensuite, la notification de l'appel d'offres doit comporter un terme pour faire courir le préavis de rupture ([Cass. com., 20 mars 2024, n° 23-11.505 : JurisData n° 2024-003708 ; Lettre distrib. 2024/04, p. 2, obs. C. Mouly-Guillemaud](#)). Cette exigence de terme permet de lever toute équivoque, car rappelons que la rupture doit être le résultat d'une décision ferme et univoque de son auteur ([Cass. com., 20 mai 2014, n° 12-26.705 : JurisData n° 2014-010679](#)) et que " *la notification de l'intention de rompre la relation n'est régulière et le préavis ne commence à courir que si la date de la rupture est précisée* " ([Cass. com., 27 mai 2021, n° 19-18.301 : JurisData n° 2021-008127](#)).

La seconde tient au comportement de l'auteur de la notification du recours à l'appel d'offres. Celui-ci ne doit pas laisser entendre à son partenaire qu'il a de grandes chances d'obtenir le contrat. Dans ce cas de figure, la notification de la procédure d'appel d'offres ne constitue pas le point de départ du préavis car l'éventualité de la rupture n'est pas clairement annoncée au partenaire. C'est l'annonce du résultat qui marque alors le départ du préavis. En effet, pour le partenaire, la rupture revêt un caractère imprévisible si, une fois le recours à l'appel d'offres notifié, son auteur le rassure aussitôt sur le déroulement de cette procédure et lui indique qu'il a de fortes chances de remporter la compétition (en ce sens, [CA Paris, 13 sept. 2012, n° 10/07699, Meubles Ikea France c/ Bauri Distribution](#)).

§ 157 Durée du préavis de rupture

Le point de départ du préavis est extrêmement important pour déterminer si le partenaire éconduit a bénéficié d'une durée de préavis suffisante.

En considérant la notification du recours à l'appel d'offres comme le point de départ d'un préavis, le partenaire commercial mis en concurrence a bénéficié, *de facto*, d'un maintien de la relation jusqu'à l'issue de la mise en concurrence et donc d'un préavis effectif de rupture au moins pour cette période. La cour d'appel de Paris a ainsi considéré que le point d'arrivée du préavis puisse être constitué par l'annonce du défaut de sélection du partenaire, même intervenue plusieurs mois après l'issue de la mise en concurrence ([CA Paris, 16 oct. 2014, n° 13/00960](#)). L'organisateur de l'appel d'offres doit toutefois veiller à ce que le préavis s'exécute aux mêmes conditions que la relation antérieure et, notamment, à ne pas diminuer significativement le montant de ses achats lors du déroulement de la mise en concurrence. En effet, des conditions différentes imposées en cours de préavis peuvent être analysées par les magistrats comme une rupture partielle des relations (V. par ex. [CA Paris, 26 mars 2014, n° 12/12555](#)).

À l'inverse, en analysant l'annonce du résultat de l'appel d'offres comme point de départ du délai de préavis, le partenaire commercial évincé à l'issue de la procédure de mise en concurrence a été, *de facto*, privé de tout préavis puisque, par hypothèse, les prises de commande de l'organisateur de l'appel d'offres cessent au profit du concurrent mieux-disant attributaire du marché (V. en ce sens, [CA Paris, 24 mars 2011, préc. : " Qu'il s'ensuit que ce n'est qu'au terme final de l'appel d'offres que le GIE a clairement manifesté son intention de rompre les relations ; que le préavis doit démarrer à cette date ; qu'en conséquence la société Transfer n'a bénéficié d'aucun préavis "](#)). L'organisateur de l'appel d'offres engage donc sa responsabilité à l'égard du partenaire évincé, sauf à lui accorder, parallèlement à la relation nouée avec l'entreprise mieux-disante, un maintien de leur flux d'affaires pendant une durée raisonnable ([Rappr. CA Paris, 23 févr. 2022, n° 20/00242 : Lettre distrib. 2022/3, obs. C. Mouly-Guillemaud, offrant à l'auteur de la rupture la possibilité de déléguer le respect du préavis à l'attributaire de l'appel d'offres](#)).

b) Contentieux né d'une faute dans la mise en concurrence

§ 158 Action en responsabilité pour faute

L'appel d'offres comporte, pour l'entreprise qui s'y soumet, un aléa dans la mesure où aucun soumissionnaire n'est certain de remporter le contrat. En cas d'élimination, les frais pour l'élaboration de la soumission se révèlent avoir été exposés en pure perte. La situation sera acceptée si l'auteur de ces frais a le sentiment d'avoir été battu " à la régulière " par un concurrent mieux-disant. Dans le cas où, au contraire, il s'estime victime d'une faute de l'appelant dans le déroulement de la mise en concurrence, le soumissionnaire éconduit peut engager une action en responsabilité à son encontre.

Lorsqu'il agit en responsabilité, le soumissionnaire qui s'estime injustement évincé est confronté à deux difficultés majeures. La première a trait à l'établissement d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'auteur de l'appel d'offres ; la seconde à la caractérisation et à la quantification d'un ou plusieurs préjudices réparables.

§ 159 Identification d'une faute de l'appelant

Contrairement aux pourparlers, la faute réside rarement dans la trahison d'une attente légitime que l'auteur du refus de contracter a fait naître chez son partenaire. En effet, l'espérance de conclure un contrat dans le cadre d'un appel d'offres est le plus souvent " *insuffisamment forgée [...] pour justifier une sanction* " car " *les candidats savent qu'ils sont en concurrence et cela les conduit à réduire leur confiance* " ([G. Agasse et L.-B. Eudes, préc., p. 46](#). - V. aussi en ce sens, [CA Paris, 12 mars 2009, n° 07/07588 : JurisData n° 2009-379005](#)). Les fautes commises par l'appelant les plus courantes sont liées à la violation de son avant-contrat de mise en concurrence. Toutefois, la jurisprudence judiciaire offre peu d'illustrations, sans doute pour la raison principale que les soumissionnaires évincés répugnent à provoquer un litige de peur de compromettre leurs chances de participer et de remporter les prochains appels d'offres. L'examen des quelques décisions rendues montre que la faute consiste en deux types de manquements : le manquement à l'obligation de respecter les règles relatives au déroulement de la mise en concurrence et le manquement à l'obligation d'organiser la procédure de bonne foi.

§ 160 Manquement à l'obligation de respecter les règles du jeu

La faute de l'appelant peut d'abord consister en la violation d'une règle qu'il s'est lui-même imposée. Par exemple, d'après la Cour de cassation, l'organisateur de l'appel d'offres engage sa responsabilité contractuelle à l'égard des soumissionnaires pour inobservation des règles du concours par le jury qu'il a institué (Cass. 1re civ., 29 mai 1963 , préc.). De même, la cour d'appel de Pau a sanctionné l'organisateur d'un appel d'offres qui a écarté l'offre d'une société candidate " pour des motifs erronés " ([CA Pau, 21 août 2007, n° 05/03437 : JurisData n° 2007-343585](#)). En l'espèce, l'organisateur avait ajouté une condition de recevabilité non indiquée dans le règlement de la consultation (apposer son paraphe sur l'acte d'engagement) afin de rejeter la soumission pour non-conformité.

§ 161 Manquement à l'obligation d'organiser la procédure de bonne foi

L'inexécution de l'avant-contrat de mise en concurrence peut également correspondre à un manquement à l'obligation de bonne foi, c'est-à-dire à l'obligation de respecter l'égalité de traitement des participants et de ne pas entraver la concurrence à laquelle ces derniers se livrent.

Une illustration de rupture d'égalité entre participants dans l'application des règles de la mise en concurrence est donnée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 mars 2011 ([CA Paris, 24 mars 2011 , préc.](#)). Dans cette affaire, les juges ont relevé un faisceau de comportements répréhensibles dans le déroulement d'un appel d'offres privé : les concurrents n'avaient pas répondu au même cahier des charges ; seul le concurrent choisi avait pu négocier la fourniture d'un service supplémentaire, cette possibilité ayant été ignorée du concurrent évincé ; seul ce dernier a dû respecter une grille tarifaire contraignante alors qu'elle ne présentait aucune utilité ; l'entreprise retenue avait obtenu un marché plus important et une redevance de référencement deux fois moins élevée par rapport à ce qui était prévu dans le règlement de l'appel ; et, enfin, il y avait eu des relations " privilégiées " avérées entre le candidat retenu et l'émetteur de l'appel d'offres. L'ensemble de ces éléments démontre que l'appel d'offres litigieux a constitué un " simulacre " qui a placé le partenaire commercial sortant " dans l'impossibilité de concurrencer normalement " le prestataire retenu.

Dans un autre arrêt, la cour d'appel de Paris a sanctionné l'organisateur de la procédure pour avoir entravé le jeu de la concurrence entre ses participants ([CA Paris, 27 mars 2015 , préc.](#)). L'entrave avait précisément consisté à communiquer le contenu d'une soumission à un concurrent afin que ce dernier puisse ajuster, techniquement et financièrement, sa propre soumission.

§ 162 Preuve de l'inexécution

Si les décisions de justice sanctionnant une violation de la procédure d'appel d'offres sont peu nombreuses, c'est peut-être parce que la difficulté de prouver une telle inexécution dissuade le soumissionnaire qui s'estime injustement évincé d'introduire une action à l'encontre de l'appelant. Conformément à l'[article 1353 du Code civil](#), en effet, le soumissionnaire évincé doit apporter la preuve d'une inexécution de l'avant-contrat par l'appelant. Cette preuve est particulièrement délicate lorsque le soumissionnaire qui soupçonne une inexécution de l'avant-contrat en sa défaveur ne se voit pas communiquer les motifs du rejet de son offre. La reconnaissance d'une obligation de motivation permettrait à un soumissionnaire de contester utilement en justice son élimination (V. [n° 140](#)). Ainsi, par application de l'[article 1221 du Code civil](#), le juge pourrait ordonner à l'organisateur qui refuse de donner les raisons de l'élimination d'exécuter son obligation de motivation. Le demandeur serait alors en mesure de retracer, étape par étape, le déroulement de la procédure de mise en concurrence pour identifier d'éventuels manquements de l'appelant à ses obligations contractuelles.

Dans la mesure où la faute consiste en une inexécution de l'avant-contrat de mise en concurrence, le régime de la responsabilité contractuelle figurant aux [articles 1231 et suivants du Code civil](#) trouve à s'appliquer.

L'identification d'une faute commise par l'appelant ne saurait suffire à obtenir sa responsabilité contractuelle. Le soumissionnaire éconduit va se heurter à une nouvelle difficulté qui tient à la démonstration d'un dommage réparable.

§ 163 Chefs de préjudices réparables

En responsabilité civile, il est de rigueur de distinguer deux chefs de préjudice : la perte subie, ou *damnum emergens*, et le gain manqué, ou *lucrum cessans*. Cette dichotomie résulte des termes mêmes de l'[article 1231-2 du Code civil](#) relatif à la responsabilité contractuelle, en vertu duquel " *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* ".

§ 164 Perte subie

En matière d'appel d'offres, la perte subie correspond aux frais inutilement exposés pour soumissionner : dépenses de secrétariat et d'acheminement, temps passé à la préparation de la réponse, réalisation d'études préliminaires, etc. À l'instar du juge administratif (V. [CE, 3 juill. 1968, n° 69497, 69498 et 71179, Lavigne : Lebon T., p. 1000](#)), le juge judiciaire ne fait pas de difficulté pour indemniser le concurrent évincé des frais de soumission dans le cas où la faute de l'organisateur de l'appel est avérée (V. [CA Lyon, 29 sept. 2000, n° 1999/00174 : JurisData n° 2000-132246](#)).

§ 165 Gain manqué : admission de la réparation

La perte de chance de conclure le contrat escompté, qui constitue, potentiellement, un chef d'indemnisation plus important, d'un point de vue quantitatif, que les frais de soumission, peut-elle ouvrir droit à réparation ? Le doit administratif a pris nettement position en faveur d'une réparation du manque à gagner, au profit d'un soumissionnaire évincé, en cas de " perte de chance sérieuse " de remporter le marché ([CE, 27 janv. 2006, n° 259374, Cne Amiens c/ Entreprise Delattre : JurisData n° 2006-069579 ; Lebon, p. 32 ; Dr. adm. 2006, comm. 57, note A. Ménéménis ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 104, note J.-P. Pietri. - V. aussi, CJUE, 6 juin 2024, aff. C-547/22, Ingsteel, pt 39, jugeant que le soumissionnaire évincé d'une procédure de passation de marché public en raison d'une décision illégale du pouvoir adjudicateur peut réclamer des dommages et intérêts en raison d'une perte de chance de participer à cette procédure en vue d'obtenir le marché concerné](#)). En droit privé, la jurisprudence " Manoukian " ([Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949 : JurisData n° 2003-021243 ; Bull. civ. IV, n° 186 ; Dr. sociétés 2004, comm. 37, note F. G. Trébulle ; Comm. com. électr. 2004, comm. 31, note Ph. Stoffel-Munck](#)), désormais codifiée à l'[article 1112 du Code civil](#), qui écarte la réparation de la perte de chance de conclure le contrat escompté en matière de rupture de pourparlers, pourrait faire obstacle à une application de la solution du droit administratif. Mais, en visant dans cet arrêt " *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels* ", la Cour de cassation entend certainement cantonner sa solution à la matière des pourparlers. Or, il a été vu que la soumission à un appel d'offres exclut l'existence même de pourparlers (V. [n° 27](#)). À défaut de pourparlers, il est permis d'écarter le régime qui est attaché à leur rupture, et donc la jurisprudence " Manoukian ". Plusieurs tribunaux se sont prononcés en ce sens (V. [CA Aix-en-Provence, 9 févr. 2012 , préc.](#), rejetant l'

action en responsabilité d'un soumissionnaire écarté fondée sur la rupture abusive des pourparlers au motif qu'" il n'y a pas eu de pourparlers et donc pas de rupture " . - V. dans le même sens, *CA Versailles*, 6 nov. 2012 , *préc.*). Sur le plan des principes de la responsabilité civile, la réparation de la perte de chance est refusée pour la rupture des pourparlers parce que le caractère direct de ce préjudice, c'est-à-dire son lien de causalité avec la faute, fait défaut. En effet, la perte de chance est causée par la rupture elle-même qui est un droit pour les négociateurs, au nom de la liberté de ne pas consentir, et non par une faute imputable à l'un des négociateurs : circonstances injurieuses ou vexatoires, divulgation d'informations secrètes obtenues lors des négociations, etc. (V. sous [Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629](#) : *JurisData* n° 2012-020867 ; *Dr. & patr.* 2013, *chron.*, n° 221, p. 74, *obs. Ph. Stoffel-Munck*). En revanche, lorsque la conclusion du contrat est procéduralisée, les étapes jalonnant la procédure sont indissociables de l'acte de conclusion proprement dit (V. [n° 35](#)). Dès lors, " le non-respect des règles de procédure emporte en soi remise en cause de la décision ", peu importe " l'incidence de l'irrégularité procédurale sur le fond de [cette dernière] " (*P. Lokiec, La procéduralisation à l'épreuve du droit privé, in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) : Presses universitaires de Rouen et du Havre*, 2004, p. 193). En ramenant l'analyse à la procédure d'appel d'offres, cela signifie qu'un manquement de l'appelant à ses obligations dans le cadre de la procédure a pour effet de rendre fautive l'éviction d'un soumissionnaire et fonder, à son profit, un droit à réparation. En d'autres termes, la procédure établit un lien de causalité entre une faute, commise avant la décision finale d'éviction et qui consiste en une violation des règles de la mise en concurrence, et le préjudice découlant de l'éviction et correspondant à la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer l'attribution du contrat proposé. Ainsi, un soumissionnaire irrégulièrement éconduit pourrait obtenir réparation de ce chef de préjudice en cas de perte de chance sérieuse de remporter le marché.

§ 166 Gain manqué : caractère certain du préjudice

Si la réparation est admise dans son principe, elle ne peut être accordée à un soumissionnaire évincé qu'à la condition que la chance de remporter le contrat ait été réelle et sérieuse. Dit autrement, le préjudice de perte de chance doit être certain. En pratique, la caractérisation d'une chance réelle et sérieuse de se voir attribuer le contrat n'est pas chose aisée. En effet, cette caractérisation impose un pronostic rétrospectif et éminemment spéculatif des chances de succès de l'offre non retenue à la suite d'un manquement de l'appelant à ses obligations. À cet égard, les tribunaux judiciaires auraient un intérêt à s'inspirer de la grille d'analyse qui s'est, au fur et à mesure, dégagée en droit administratif. Confrontés à la délicate quantification de la perte de chance du candidat évincé, les juges administratifs sont toutefois arrivés à développer une méthodologie essentiellement comparative qui consiste à reprendre " véritablement et dans le détail l'analyse des offres du requérant et de l'attributaire, en substituant son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur " (*E. Lambert, La perte de chance de remporter un contrat en matière de commande publique : AJDA 2015, p. 289*). Le juge compare alors l'offre du requérant et celle de l'entreprise attributaire du marché et vérifie que le requérant démontre bien que son offre présentait une valeur au moins équivalente à celle du candidat retenu et ce, au regard des critères de choix que le pouvoir adjudicateur a fixés. Plusieurs éléments peuvent être pris en considération par application de la méthode du faisceau d'indices (V. *D. Tasciyan, Le droit à réparation du candidat évincé : AJDA 2014, p. 472 et s.*).

Le montant de l'offre, dans la mesure où il s'agit, le plus souvent, du critère d'évaluation le plus déterminant, constitue évidemment un élément décisif dans l'appréciation de la chance sérieuse. Ainsi, dans le cas où l'offre est " nettement supérieure " au montant auquel la collectivité a attribué le lot, l'entreprise requérante ne peut prétendre qu'elle aurait dû se voir attribuer le lot litigieux ([CAA Nancy, 17 janv. 2013, n° 12NC00213](#) : *Contrats publ.* 2013, n° 131, *veille*). A contrario, un soumissionnaire évincé a été privé de chances plus sérieuses de remporter un marché si le prix proposé est équivalent ou inférieur à celui proposé par l'entreprise retenue en définitive ([CAA Douai, 21 mai 2002, n° 98DA11064](#)). Par exemple, la cour d'appel de Pau s'est appuyée, pour établir le caractère certain du préjudice de perte de chance supporté par un soumissionnaire à un appel d'offres de droit privé, sur le procès-verbal de l'ouverture des offres de prix faisant apparaître que celle du demandeur, d'un montant de 55.185,87 euro(s), était moins-disante de près de 9 000 euro(s) par rapport à l'entreprise la moins chère (*CA Pau, 21 août 2007, préc.*). Quoique souvent décisif, le montant de l'offre n'en reste pas moins qu'un simple indice, donc insuffisant à établir la chance sérieuse.

Le juge est ainsi amené à prendre en considération les autres critères d'attribution fixés par le pouvoir adjudicateur, notamment la conformité de l'offre par rapport aux exigences du règlement de consultation. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que l'auteur d'une offre irrégulière au sens du droit de la commande publique, c'est-à-dire une offre qui ne respecte pas les exigences particulières du règlement de consultation, " ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ", l'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur au bénéfice du candidat retenu étant alors sans incidence ([CE, 8 oct. 2014, n° 370990](#) : *Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 237, *note P. Devillers*). Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a retenu l'absence de " chance réelle d'obtenir le marché " pour rejeter une demande indemnitaire introduite par une entreprise évincée d'un appel d'offres privé de travaux ([CA Paris, 13 avr. 2016, n° 14/22202](#)). En effet, " même si au moment de l'appel d'offres, le prix proposé par la [demanderesse] était inférieur à celui de l'entreprise retenue ", celle-ci ne possédait pas la qualification professionnelle " Pierre de taille " requise dans le cahier des charges de la procédure.

En fonction des circonstances de la passation du marché litigieux, les juges sont parfois amenés à prendre en considération des éléments complémentaires, étrangers au contenu de l'offre du requérant. Par exemple, si le fait d'avoir la qualité de candidat sortant ne peut, à lui seul, laisser présumer que le candidat évincé disposait d'une chance sérieuse d'emporter la mise en concurrence, cette qualité a pu néanmoins constituer un indice permettant de laisser penser le contraire ([CAA Bordeaux, 15 mars 2012, n° 10BX02136](#) : *JurisData* n° 2012-007416). De même, si le fait d'avoir la qualité d'unique concurrent au candidat retenu ne saurait, indépendamment de toute autre considération, déterminer la chance sérieuse d'obtenir le contrat litigieux, il constitue un indice important dans l'appréciation de la chance sérieuse (*CAA Nantes, 24 déc. 2004, n° 02NT01580* : *Collectivités-Intercommunalité 2005, comm.* 175, *note J.-F. Rouhaud*). À l'inverse, plus les soumissionnaires sont nombreux, plus il est difficile de démontrer la privation d'une chance sérieuse de remporter la mise en concurrence.

§ 167 Gain manqué : quantification

Suivant une jurisprudence constante, " la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée " ([Cass. 1re civ., 16 juill. 1998, n° 96-15.380](#) : *JurisData* n° 1998-003246 ; *Bull. civ. I*, n° 260). Afin de définir le montant du préjudice indemnisable, il convient d'affecter le bénéfice net procuré par l'obtention du contrat, calculé selon les modalités ci-dessus détaillées, d'un coefficient de minoration, fonction de la probabilité de conclusion du contrat manqué " (*J. Schmidt-Szalewski, obs. ss. Cass. com., 7 avr. 1998 : JCP E 1999, I, 579*).

L'établissement du bénéfice net qu'aurait procuré le contrat litigieux au soumissionnaire évincé n'est pas chose aisée. Là encore, il convient de s'inspirer de l'expérience acquise par les tribunaux administratifs en la matière. De manière générale, ce taux de marge nette est apprécié en tenant compte de différents éléments que sont le montant établi par la société dans son offre, le taux moyen de bénéfice sur les exercices antérieurs, ainsi que les conditions de la

concurrence (*M. Ubaud-Bergeron, préc., n° 886*). Le juge admet que le requérant puisse établir le taux de marge nette d'après une attestation de son expert-comptable (*CAA Lyon, 4 avr. 2013, n° 12LY01253 ; JurisData n° 2013-009652 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 179, obs. M. Ubaud-Bergeron*) ou de son commissaire aux comptes (*CAA Nancy, 28 nov. 2013, n° 13NC00967*). Celui-ci va alors vérifier que l'objet du contrat litigieux rentre dans le champ de l'activité ordinaire de l'entreprise, de sorte que le bénéfice net procuré par l'exécution du marché n'aurait pas différé au cours de la période de référence (*CAA Lyon, 4 nov. 2010, n° 08LY01008*). Pour étayer son appréciation, le juge pourra aussi se référer au taux de marge habituellement pratiqué par les autres entreprises intervenant dans le même secteur d'activité (*CAA Paris, 1er oct. 2013, n° 12PA03392, cité par D. Tasciyan, préc., p. 547*).

Concernant enfin le coefficient de minoration, l'appréciation des juges est souveraine. Il s'agira de se référer à la manière dont les chances de succès de l'offre non-retenue ont été évaluées pour apprécier la certitude du dommage (*V. n° 166*). Plus les chances de succès étaient importantes, plus le coefficient de minoration sera faible.

§ 168 Conclusion du II

Tout au long de la procédure de mise en concurrence, l'essentiel du régime est dicté par la qualification d'avant-contrat mise en lumière dans le I.

Au stade du lancement de la mise en concurrence, l'offre d'avant-contrat doit être maintenue durant le délai, exprès ou implicite, accordé aux destinataires pour soumissionner. Lorsqu'une procédure de pré-qualification est mise en place pour sélectionner les candidats autorisés à soumissionner, un avant-contrat, préalable à l'avant-contrat de mise en concurrence, lie l'organisateur aux candidats à la qualification. Par cet avant-contrat de pré-qualification, l'organisateur s'engage à qualifier le candidat remplissant les conditions d'aptitudes qu'il a lui-même définies et, inversement, à ne pas qualifier celui qui ne les remplit pas.

Au stade de la remise des soumissions, les participants ont l'obligation de respecter les règles fixées par l'organisateur quant à la forme, au délai et au contenu des offres soumissionnées. Ainsi, dans le cas où un soumissionnaire retirerait son offre au mépris du délai imposé, il s'exposerait à des sanctions pour inexécution de l'avant-contrat de mise en concurrence (responsabilité contractuelle ou exécution forcée de son obligation de maintien). De même, des soumissionnaires qui se concertent en vue de fausser la concurrence établie par l'avant-contrat engagent leur responsabilité contractuelle à l'égard de l'organisateur d'une part, et des autres participants de la partie plurielle d'autre part.

Au stade du dénouement, l'organisateur de la procédure rend sa décision finale. N'ayant pas pris d'engagement de conclure le contrat proposé avec l'un des soumissionnaires dans son invitation à soumissionner, il peut choisir la soumission qui lui convient le mieux ou n'en retenir aucune le cas échéant. Néanmoins, l'avant-contrat de mise en concurrence lui impose de respecter les règles qu'il s'est fixées dans la prise de décision, notamment en évaluant les soumissions sur la base des critères annoncés. Si ces règles ne sont pas respectées, le soumissionnaire peut agir en responsabilité contractuelle contre l'appelant.

Bibliographie

Ouvrages généraux

J.-L. Aubert et F. Collart Dutilleul

Le contrat, Droit des obligations : Dalloz, 4e éd., 2010

A. Bénabent

Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux : LGDJ, 14e éd., 2021

F. Buy

Droit des contrats d'affaires : LGDJ, 2023

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher

Contrats civils et commerciaux : Dalloz, 12e éd., 2023

R. Demogue

Traité des obligations en général, Sources des obligations, t. 2 : Paris, 1923

J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux

Les obligations, t. 1, L'acte juridique : Dalloz-Sirey, 17e éd., 2022

J. Ghestin et G. Loiseau et Y.-M. Serinet

Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1, Le contrat, Le consentement : LGDJ, 4e éd., 2013

M. Hauriou

Principes de droit public : Sirey, 1910

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé

Traité des contrats administratifs, t. 1 : LGDJ, 2e éd., 1983

Ph. Le Tourneau

Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz Action, 13e éd., 2023

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck

Droit des obligations : LGDJ, 11e éd., 2020

P. Puig

Contrats spéciaux : Dalloz, 7e éd., 2017

L. Rapp et Ph. Terneyre

Le Lamy droit public des affaires : Wolters Kluwers, 2015

F. Terré , Y. Lequette , Ph. Simler et F. Chénédé

Droit des obligations : Dalloz, 12e éd., 2018

M. Ubaud-Bergeron

Droit des contrats administratifs : LexisNexis, 3e éd., 2019

Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

J.-L. Aubert

Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat : LGDJ, 1970

L. Bettoni

L'appel d'offres privé : LexisNexis, 2018

R. Cabrillac

L'acte juridique conjonctif en droit privé français : LGDJ, 1990

B. Célice

Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques : LGDJ, 1968

P. Glavinis

Le contrat international de construction : Joly éd., 1998

A. Laude

La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat : PUAM, 1992

Ph. le Tourneau

Contrats informatiques et électroniques : Dalloz, 12e éd., 2022

F. Limbach

Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté : LGDJ, 2004

F. Linditch

Guide de l'achat public : LexisNexis, 2013

F. Llorens

Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif : LGDJ, 1981

N. Mathey

Guide de la négociation contractuelle : LexisNexis, 2024

L. Mauger-Vielpeau

Les ventes aux enchères publiques : Economica, 2002

O. Meier et G. Schier

Fusions Acquisitions : Dunod, 4e éd., 2008

J. Montmerle et a.

Passation et exécution des marchés privés de travaux : Le Moniteur, 5e éd., 2006

J.-Ch. Serna

Le refus de contracter : LGDJ, 1967

G. Valentin

Les contrats de sous-traitance : Litec, 1979

M. Vivant

Lamy droit du numérique : Wolters Kluwers, 2016

G. Wicker

Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique : LGDJ, 1996

Articles et fascicules

G. Agasse et L.-B. Eudes

Technique de l'Open bid : Dr. & patr. 1997, n° 55, p. 42 et s

B. Amann

L'open bid (vente aux enchères d'entreprise), aspects pratiques : LPA 1991, n° 30, p. 11 s

L'open bid (vente aux enchères d'entreprise), aspects juridiques (2e partie) : LPA 1991, n° 76, p. 27 et s

C. Anadon

Enchères électroniques inversées artificielles : RLDA 2007, n° 49

M. Behar-Touchais

Du point de départ du préavis pour l'application de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : RLC 2009/20, n° 1413

Plaidoyer pour un double revirement de jurisprudence sur l'influence des appels d'offres sur la rupture brutale des relations commerciales établies : [JCP E 2023. 1265](#)

A. Bénabent

Concours de projets : faut-il rémunérer les éliminés ? : RDC 2004, p. 369 et s

L. Bettoni

Attribution des contrats par appel d'offres privé : quelles spécificités par rapport à la commande publique ? : [Contrats-Marchés publ. 2019, étude 11](#)

Regards civilistes sur la procédure de dépôt et d'examen des offres de reprise dans le cadre du plan de cession d'une entreprise en difficulté : Mél. C. Saint-Alary-Houin : LGDJ, 2020, p. 61 et s

Ch. Bréchon-Moulènes

Choix des procédures, choix dans les procédures : Colloque *La liberté contractuelle des personnes publiques* : AJDA 1998, p. 753 et s

D. Chabanol

Le choix du cocontractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? : Mél. M. Guibal : CREAM, 2006, p. 92 et s

M. Chagny

La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce : RLDA 2010/51, n° 2980

Ententes illicites - article L. 420-1 du Code de commerce : JCl. Concurrence - Consommation, fasc. 540

G. Chantepie

La précarité des relations commerciales : [Contrats, conc. consom. 2012, étude n° 11](#)

Th. Charles

La protection légale du sous-traitant : une législation en creux : AJCA 2015, p. 452 et s

A. Condomines et E. Lemorhedec

Panorama des décisions récentes du Conseil de la concurrence en matière de marchés publics : LPA 2002, n° 88, p. 4 et s

G. Cordier

Les requests for proposal relatifs aux opérations informatiques : [Comm. com. électr. 2009, prat. 10](#)

Th. Delesalle et O. Herrnberger

Les nouveaux appels d'offres privés en matière immobilière : les datas-rooms : La vente d'immeuble : sécurité et transparence, ACNF

J.-C. Grall et C. Bellone

Rupture brutale de relations commerciales établies : vers un renouveau dans l'appréciation de la brutalité de la rupture : RLC 2013/35, n° 2276

L. Grynbaum

La lutte contre la baisse des prix : RDC 2006/2, p. 591 s

N. Kouchnir-Cargill

Rupture brutale des relations commerciales : la notion de relation établie sujette à interprétation : RLDA 2012/73, n° 4136

Ch. Lajoie

Offre économiquement la plus avantageuse : [JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-15](#)

E. Lambert

La perte de chance de remporter un contrat en matière de commande publique : AJDA 2015, p. 289 et s

M. Lecene-Villemonteix

Sanctions et parades : La rupture brutale des relations commerciales : CDE 2014, n° 1, dossier 4

Ph. Le Tourneau

Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle - Conception : [JCl. Contrats - Distribution, fasc. 1820](#)

F. Linditch

Ententes et marchés publics : [JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 36](#)

P. Lokiec

La procéduralisation à l'épreuve du droit privé : Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) : Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2004, p. 193 et s

Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale : Colloque La contractualisation de la production normative : Dalloz, 2008, p. 95 et s

J.-P. Mattout

La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme : Rev. Banque 1977, p. 419 et s

L. Mauger-Vielpeau

Les enchères inversées : D. 2006, p. 642 et s

J. Mestre

Les procédures préalables institutionnalisées : Colloque L'échange des consentements
RJ com. 1995

L. Rozès

Le projet de contrat : Mél. L. Boyer : Presse UT1, 1996, p. 639 et s

Projets et accords de principe : RTD com. 1998, p. 501 et s

A. Seube

Les conditions générales des contrats, Mél. A. Jauffret : PUAM, 1974

P. Spiteri

La vente aux enchères d'une entreprise (open bidding) : JCP E 1997, I, 13502

Ph. Stoffel-Munck

La liberté de ne pas consentir : Dr. & patr. 2013, chron., n° 221

D. Tasciyan

Le droit à réparation du candidat évincé : AJDA 2014, p. 472 et s

A. Vialard

L'offre publique de contrat : RTD civ. 1971, p. 750 et s

L. Vogel

La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies : plaidoyer pour une réforme, Mél. M. Germain : LGDJ, 2015

D. Voinot

L'obligation de mise en concurrence : Mél. D. Ferrier : LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 701 et s

Ph. Zavoli

Appel d'offres : [JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-10](#)