

**N°s 457733 et 457735**  
**EPI et Commune de Ramatuelle**

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 9 mars 2022  
Décision du 24 mars 2022

**Conclusions**

**Mme Mireille LE CORRE, Rapporteur publique**

La dénomination d'une société peut-elle être de nature à créer un risque de confusion tel qu'il justifie l'annulation de la procédure d'attribution d'une concession par le juge du référé précontractuel ? C'est la question posée par les pourvois qui viennent d'être appelés.

1. Dans le cadre de la concession de la plage de Pampelonne accordé par le préfet du Var pour une durée de 12 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, à la commune de Ramatuelle, celle-ci, après un épisode contentieux sur deux premières procédures, a lancé de nouveau une consultation, le 2 mars 2021, en vue de l'attribution d'une concession de travaux et de service public balnéaire pour l'exploitation du lot n° 23 de cette plage entre 2022 et 2030, soit un des 30 lots de plage.

La commune a organisé, en juin 2021, des négociations avec les soumissionnaires les mieux classés, au nombre desquels figuraient la société EPI et la société EPI Plage de Pampelonne.

La société EPI Plage de Pampelonne a été informée par la commune que son offre était arrivée en 2<sup>ème</sup> position et que la concession du lot n° 23 avait été attribuée à la société EPI.

Elle a saisi le juge des référés du TA de Toulon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA. Ce qu'il a qualifié d'utilisation trompeuse de la dénomination « EPI » l'a conduit à estimer qu'il devait, en application des articles L. 3123-8 et L. 3123-11 du code de la commande publique, annuler la procédure.

2. En application de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, « *L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution* ».

Si l'autorité concédante envisage d'exclure un opérateur économique, elle doit, en application de l'article L. 3123-11, le mettre à même de présenter ses observations, d'établir qu'il a pris

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

les mesures correctrices nécessaires et le cas échéant que sa participation à la procédure de passation n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Ces dispositions ont été introduites par l'ordonnance du 29 janvier 2016, afin de transposer l'article 38 (7) h de la directive 2014/23/UE, créant un motif d'exclusion optionnel pour de telles raisons. Cette exclusion est « à l'appréciation de l'autorité concédante », alors que d'autres motifs d'exclusion prévus aux articles L. 3123-1 à L. 3123-5 du code de la commande publique s'appliquent quant à eux de plein droit<sup>1</sup>.

Trois situations sont ainsi susceptibles, au terme de l'article L. 3123-8, d'engendrer l'exclusion :

- Une tentative d'influer indûment le processus de décision
- Une tentative d'obtenir des informations confidentielles
- La fourniture d'informations trompeuses pouvant avoir une influence déterminante sur la décision.

Le premier item a déjà été illustré – s'agissant des marchés publics, avec des dispositions au contenu similaire<sup>2</sup> - avec votre décision Département des Bouches du Rhône (24 juin 2019, n° 428866, au Recueil). Vous avez jugé, d'une part, que des « éléments précis et circonstanciés » devaient être identifiés pour regarder une personne comme ayant entrepris d'influencer la prise de décision, d'autre part, que cette appréciation du comportement de l'opérateur pouvait résulter de la procédure de passation en cause mais aussi d'autres procédures récentes.

Les deux autres items de cet article n'ont, en revanche, pas encore donné lieu à interprétation. Relevons qu'alors que la directive évoque les informations trompeuses « par négligence », les dispositions du code de la commande publique visent toute information trompeuse, soit volontairement (ce qui rejoint l'idée présente par ailleurs dans la directive comme dans le CCP de tentative d'influer indument) soit par négligence.

3. En l'espèce, le JRTA a retenu que la proximité entre les noms des sociétés EPI et EPI Plage de Pampelonne relevait de ces dispositions et conduisait, faute de précisions suffisantes permettant de les distinguer, à un manquement à une obligation de publicité et de mise en concurrence.

Il a estimé que la référence au nom EPI renvoyait nécessairement à l'établissement éponyme créé en 1959 par Jean Castel, appartenant à la société EPI Plage, laquelle est titulaire de la marque EPI Plage. La société EPI Plage est actionnaire unique de la société EPI Plage de Pampelonne, également candidate à l'attribution du lot litigieux.

Il est indéniable que les deux noms - EPI et EPI Plage de Pampelonne - sont proches et que la société EPI a été créée en vue de présenter une offre pour le lot concerné, ce qu'elle justifie

---

<sup>1</sup> personnes ayant fait l'objet de condamnations pénales pour certaines infractions, violation des obligations en matière fiscale ou sociale, procédures de liquidation ou de redressement judiciaire

<sup>2</sup> Article L. 2141-8 du code de la commande publique

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

toutefois par le souhait de lui donner, avec une société dédiée, le nom du secteur de l'exploitation concerné.

Nous partageons, par ailleurs, l'analyse soulevée en défense selon laquelle les dispositions de l'article L. 3123-8 ne visent pas - ou pas seulement des pratiques anticoncurrentielles - celles-ci étant expressément mentionnées comme un autre motif d'exclusion, à l'article L. 3123-9.

Pour autant, est-il possible de considérer que le seul usage d'une dénomination proche constitue une « information trompeuse » et justifie l'exclusion ?

Nous ne le pensons pas : la société n'a nullement occulté son nom véritable et toute candidature est, qui plus est, accompagnée du détail de l'actionnariat et des éléments relatifs à la structure juridique de l'entité, ce qui évite un risque de confusion y compris avec des noms proches.

Le cas échéant, si utilisation abusive au regard du droit des marques il devait y avoir, il s'agirait d'un autre contentieux, en application du code de la propriété intellectuelle, et non de celui qui relève de l'office du juge du référé précontractuel.

Cet item de l'article L. 3123-8 relatif à la délivrance d'une information trompeuse ne nous semble donc pas pouvoir fonder une exclusion. Et cette seule dénomination n'est pas non plus constitutive d'une tentative d'influer indument la personne publique.

Le juge des référés du tribunal administratif a donc commis une erreur de droit.

Ajoutons que de cette erreur de droit découle une erreur de qualification juridique. C'est bien ce degré de contrôle qui nous semble devoir être retenu en cassation. D'une part, le juge du référé précontractuel exerce un contrôle normal sur la qualification d'influence indue exercée par un concurrent (décision Département des Bouches du Rhône précitée). D'autre part, vous avez déjà retenu un contrôle de qualification juridique s'agissant de la méconnaissance du principe d'impartialité (25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466, au Recueil), sujet certes distinct mais qui invite à une approche similaire s'agissant de votre degré de contrôle.

Or, si s'agissant des faits eux-mêmes tels que relevés par le juge des référés du tribunal administratif, nous ne décelons pas de dénaturation, la qualification qu'il leur a prêtée en les habillant des interdictions de l'article L. 3123-8 nous semble inexacte : il ne s'est fondé que sur une dénomination ambiguë, ce qui ne suffit pas à caractériser une manœuvre, alors même que vous exigez des éléments précis et circonstanciés.

Ajoutons que la circonstance que les deux sociétés étaient concurrentes sur le même lot nous conforte dans l'absence de confusion possible. Et la circonstance qu'un élu se soit interrogé sur les liens entre les deux sociétés lors du conseil municipal montre, à l'inverse de ce qu'a retenu le juge des référés, que l'existence même de deux sociétés distinctes, aux offres différentes, était bien connue.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Nous vous proposons donc d'annuler cette ordonnance, à titre principal sur le terrain de l'erreur de droit, mais vous pourriez y ajouter une erreur de qualification juridique.

4. Le règlement de l'affaire en référé vous conduira à prononcer l'annulation de la procédure, au stade de l'examen des offres, du fait d'un autre manquement.

Parmi les différents moyens invoqués devant le juge du référé, l'un porte sur le non-respect, par l'offre retenue, d'une exigence posée par le cahier des charges quant à la l'utilisation de l'espace, schématiquement entre les installations consacrées aux bains de soleil et celles consacrées à la restauration.

La commune a voulu privilégier l'activité bains de soleil, évitant ainsi que la plage soit démesurément recouverte par des tables de restauration, alors même que la rentabilité de ces dernières est évidemment supérieure pour les sociétés concernées. L'article 1.3.2.1. du cahier des charges techniques<sup>3</sup> prévoit ainsi que la « location de bains de soleil » doit représenter « un minimum de 60 % de la surface de chaque Etablissement de plage. » et il précise que le bain de soleil signifie « les équipements et produits en lien direct avec les bains de mer : transat, matelas, parasol, serviette (...) ».

Or, le plan de masse accompagnant l'offre de la société EPI montre que l'espace consacré à ces bains de soleil n'est, comme le soutient la société concurrente, que de 41 % de la surface du lot. Si la discussion porte sur la qualification d'espaces tels que les cheminements, les cabanons dédiés au stockage, les toilettes et douches publiques, dont l'affectation pourrait, en théorie, être discutée, il n'en demeure pas moins que le cahier des charges d'une part définissait précisément la notion et d'autre part fixait un minimum de 60 %.

L'offre retenue était donc irrégulière et devait être écartée.

La société EPI Plage de Pampelonne, dont l'offre a été classée en 2<sup>ème</sup> position et qui est susceptible d'avoir été lésée, est ainsi fondée à demander l'annulation de la procédure au stade de l'examen des offres.

Ce manquement conduit à s'interroger sur l'opérance des autres moyens invoqués, dont nous disons d'emblée qu'ils sont infondés.

Votre jurisprudence n'a pas dégagé de mode d'emploi explicite à cet égard.

Vous pourriez estimer que dès lors que l'offre classée 1<sup>ère</sup> est regardée comme irrégulière du fait d'un manquement retenu, la requérante - dont l'offre était classée 2<sup>ème</sup> et devient 1<sup>ère</sup> - n'est plus susceptible d'être lésée par d'autres manquements, lesquels devraient alors être regardés comme inopérants en application de votre jurisprudence Smirgeomes<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> qui s'imposait aux soumissionnaires en application de l'article 5.1. du règlement de la consultation

<sup>4</sup> CE, Section, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes), n° 305420

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Si bien sûr, du fait de l'économie de moyens, le juge n'a pas à se prononcer sur les manquements concernant la même offre déjà regardée comme irrégulière du fait d'un moyen accueilli, en revanche, la réponse est moins évidente s'agissant de manquements transversaux, portant par exemple sur les critères de sélection. En effet, du fait des méthodes comparatives de notation des offres, s'agissant du critère prix mais aussi des critères techniques (avec par exemple l'octroi de la note maximale à la meilleure offre), la disparition de l'offre irrégulière n'implique pas nécessairement que la deuxième devienne première, si par exemple un critère erroné a été appliqué. Certes, dans cette hypothèse, si la 3<sup>ème</sup> offre devient 1<sup>ère</sup>, on peut penser que le manquement n'était pas de nature à léser la société requérante (2<sup>ème</sup>) et que ceci peut même se retourner contre elle. Mais puisque ce manquement était regardé initialement comme susceptible de la léser par rapport à la 1<sup>ère</sup>, nous ne sommes pas favorables à une réappréciation de la lésion par le juge dans un second temps, pour deux raisons. D'abord, si elle peut sembler s'inscrire dans la logique Smirgeomes, cette option comporte une certaine complexité. Surtout, il nous semble préférable que le juge purge le litige et ne laisse pas dans le paysage une autre irrégularité susceptible de conduire à un nouveau référé précontractuel. Un précédent au moins existe en ce sens (30 juin 2014, Société Eiffage Construction Pays de la Loire, n° 376504, C) sans que l'on puisse toutefois lui donner une portée générale.

Cette approche nous semble relever de la même logique que celle qui vous a conduit à juger que le juge du référé précontractuel, dès lors qu'il est régulièrement saisi, dispose de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence (20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234, au Recueil) et qu'il peut annuler toute la procédure alors même qu'une partie de celle-ci n'est pas contestée devant lui (15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, n° 298618, au Recueil).

Par ailleurs, il faut que le juge analyse les manquements susceptibles de conduire à une annulation de portée plus large, dès le stade des candidatures. A cet égard, doit-il examiner un manquement concernant le caractère irrégulier de la candidature de la société dont l'offre est irrégulière ? Vous avez certes déjà validé le raisonnement d'un JRTA qui avait annulé au stade de l'examen des offres après avoir retenu qu'une candidature était irrecevable (26 mars 2014, Commune de Chaumont, n° 374387, aux Tables)<sup>5</sup>, mais nous n'y décelons pas une jurisprudence bien établie. Or, retenir une candidature irrégulière peut avoir un impact sur les autres candidatures.

Au total, nous pensons donc que vous devez regarder comme opérants :

- d'une part, les moyens relatifs à des irrégularités transversales, même au même stade de l'analyse des offres ayant déjà conduit à regarder une offre comme irrégulière
- d'autre part, les moyens relatifs à des irrégularités susceptibles d'engendrer une annulation plus large, y compris s'ils concernent l'irrégularité de la candidature correspondant à l'offre irrégulière.

---

<sup>5</sup> Voir aussi 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoît, n° 356455, aux Tables sur un autre point

Ceci étant précisé, seul un des moyens appelle, au fond, un commentaire. Il porte sur le critère financier et vous permettra de clarifier l'interprétation de votre jurisprudence Commune de Cannes (8 avril 2019, n° 425373, aux Tables sur un autre point).

Par cette décision, vous avez retenu qu'un sous-critère relatif à l'estimation du montant du chiffre d'affaire pendant la durée de la concession, reposait sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la personne publique d'en contrôler l'exactitude, et qu'il n'était donc pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Dans le même esprit, vous avez, à plusieurs reprises, regardé comme non pertinents des critères fondés sur une simple auto-évaluation (Société Savoie, Autocars).

Mais cela ne signifie pas qu'il serait irrégulier de tenir compte, parmi les différents éléments permettant d'apprécier la solidité d'une offre et son sérieux, du chiffre d'affaire prévisionnel, sans en faire un sous-critère.

S'agissant des manquements relatifs à la phase amont d'analyse des candidatures, aucun n'est susceptible d'engendrer une annulation de toute la procédure<sup>6</sup>, notamment le moyen faisant référence à la question de la confusion liée à la dénomination de la société.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation de l'ordonnance du JRТА de Toulon du 6 octobre 2021
- A l'annulation de la procédure de passation du lot n° 23 de la sous-concession de la plage de Pampelonne au stade de l'examen des offres
- A ce que la société EPI, MM. Briest et Leroy et la commune de Ramatuelle versent chacun la somme de 1 000 euros à la société EPI plage de Pampelonne au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet de leurs conclusions présentées au même titre
- Au rejet du surplus des demandes présentées par la société EPI plage de Pampelonne devant le JRТА de Toulon.

---

<sup>6</sup> Par ailleurs, la commune n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que la société EPI disposait des capacités techniques nécessaires à l'exécution de la concession.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*