

Séance du 30 juin 2025

Décision du 17 juillet 2025

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Un bien qui appartient à une société du même groupe que la société titulaire d'une concession peut-il, à partir du moment où il est nécessaire à l'exécution de cette concession, être qualifié de bien de retour ? C'est la question que vous pose l'affaire qui vient d'être appelée.

Le bien à propos duquel elle se pose est l'ancienne gare routière de la commune de Berck, que la commune a cédée en 1997 à la société Groupe Partouche, laquelle l'a transformée en casino. La concession d'exploitation du casino a ensuite été attribuée à la société Jean Metz, filiale à 99 % puis, à partir de 2004, à 100 %, du Groupe Partouche, qui a conclu avec elle un bail commercial pour l'occupation de l'immeuble. Puis cette concession a été renouvelée, à compter du 1^{er} janvier 2006, pour une durée de 18 ans. La commune a donc lancé, en 2023, une procédure en vue de la passation d'une nouvelle concession. Mais deux référés précontractuels successivement formés par la société du Grand Casino de Dinant, candidate dissuadée de participer, ont, à deux reprises, conduit à l'annulation de la procédure et à ce que la commune soit contrainte de prolonger la concession actuelle, d'un an à chaque fois¹. La commune s'est donc, le 5 décembre 2024, lancée dans une troisième tentative, qu'elle semble considérer comme celle de la dernière chance, puisqu'elle indique ne plus avoir de possibilité de prolonger la concession au-delà de l'échéance du 31 décembre 2025. Mais cette troisième tentative s'est à nouveau heurtée au juge du référé précontractuel, qui, saisi comme les fois précédentes par la société du Grand Casino de Dinant, a, encore une fois, annulé la procédure par une ordonnance du 25 mars 2025. C'est contre cette troisième ordonnance que la commune s'est pourvue en cassation.

¹ La première procédure, lancée le 6 février 2023, a été annulée par une ordonnance n° 2305786 du 17 juillet 2023 compte tenu des conditions de participation imposées aux candidats et de la durée de la délégation, qui ne permettait pas de rentabiliser les investissements requis. La deuxième procédure, lancée le 26 octobre 2023, a quant à elle été annulée par une ordonnance n° 2404859 du 5 juillet 2024, pour un motif très similaire à celui retenu par l'ordonnance qui fait l'objet du présent pourvoi. La société Jean Metz et le groupe Partouche avaient toutes deux formé des tierces oppositions contre cette ordonnance du 5 juillet 2024, lesquelles ont été rejetées par deux ordonnances du 31 juillet 2024 (n° 2407524 et n° 2407494), dont une qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation dont vous avez refusé l'admission (CE, 22 octobre 2024, *Société Jean Metz*, n° 497034, inédite).

Deux interventions ont été formées au soutien de son pourvoi, l'une par la société Jean Metz, l'autre par la société Groupe Partouche. Vous pourrez, selon nous, admettre ces deux interventions sans difficulté.

En ce qui concerne l'intervention de la société Jean Metz, titulaire sortante de la concession et candidate à son renouvellement, rappelons que vous avez déjà jugé que sont en principe recevables à former tierce opposition contre l'ordonnance par laquelle le juge du référé précontractuel a suspendu ou annulé une procédure de passation non seulement l'attributaire pressenti mais aussi, lorsque la procédure était moins avancée, un des candidats retenus en vue de remettre ultérieurement une offre (voyez respectivement CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SIAEP) de Saint-Martin-de-Ré, la Flotte-en-Ré et Sainte-Marie-de-Ré et Société aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR)*, n°228856, 229824, aux Tables et CE, 21 septembre 2016, *Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Keolis*, n°s 399656, 399699, aux Tables sur un autre point). C'est donc, nous semble-t-il, qu'un candidat qui n'est pas dépourvu de toute chance de remporter le contrat justifie d'un droit lésé par l'ordonnance annulant la procédure de passation. Et, dans ces conditions, il nous semble qu'il justifie, *a fortiori*, d'un intérêt suffisant à intervenir au soutien d'un pourvoi dirigé contre une telle ordonnance, les conditions de recevabilité de l'intervention étant bien plus souples que celles de la tierce-opposition (sur les conditions de recevabilité de l'intervention, voir CE, Section, 25 juillet 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ Mme E...*, n° 350661, p. 224). Sous l'empire des règles antérieures à cette jurisprudence *Ofpra c/ E...*, vous aviez d'ailleurs déjà admis qu'un concurrent évincé puisse intervenir à l'appui de la requête en référé précontractuel d'un autre candidat (CE, 19 janvier 2011, *Société TEP*, n°340773, 340780, inédite).

Par ailleurs, la circonstance que la société Jean Metz, qui n'avait été ni appelée ni représentée devant le juge du référé précontractuel, ait eu en principe qualité pour former tierce-opposition, et qu'elle ait d'ailleurs formée une telle tierce opposition, rejetée par une ordonnance du 12 mai 2025 (n°2503671), nous semble sans incidence sur la recevabilité de son intervention. En effet, s'il est logique qu'une partie à l'instance ne puisse devenir intervenant dans la suite de la procédure (CE, Section, 26 mars 1999, *Société d'aménagement de Port Léman*, n° 185841, p. 111), en revanche, nous ne voyons aucune raison de considérer qu'il y aurait une incompatibilité du même ordre entre les qualités d'intervenant et de tiers-opposant. Et il nous paraît exagérément sévère d'interdire au tiers opposant à une décision d'intervenir au soutien du pourvoi en cassation dirigé contre cette même décision au motif que sa tierce opposition aurait été rejetée.

Quant à l'intervention de la société Groupe Partouche, elle nous semble elle aussi recevable. Sa qualité de propriétaire revendiqué de l'immeuble abritant le casino nous paraît en effet lui donner un intérêt suffisant à l'annulation de l'ordonnance attaquée par la commune, dans la mesure où le juge des référés, par cette ordonnance, a qualifié cet immeuble de bien de retour

et a donc estimé qu'il devrait revenir à la commune d'ici la fin de l'année, lorsque la concession expirera².

Et c'est bien le statut de ce bâtiment abritant actuellement le casino qui se trouve au cœur du litige. Le règlement de la consultation indiquait ainsi que, ni la commune ni le délégataire n'étant propriétaire de ce bâtiment, celui-ci n'était pas regardé comme un bien de retour, de sorte qu'il appartenait aux candidats « *de fournir (...) un titre de propriété du bâtiment devant abriter l'activité d'exploitation de casino au nom du concessionnaire ou un contrat d'occupation conclu avec un tiers propriétaire* ». Mais le juge des référés a estimé que, si le titulaire sortant pouvait satisfaire à cette exigence, puisqu'il était déjà titulaire d'un bail sur l'immeuble abritant actuellement le casino, il était en revanche pratiquement impossible pour les autres candidats de remplir cette condition dans le délai d'à peine plus de deux mois qui leur avait été laissé pour présenter une offre³. Et, après avoir rappelé le régime des biens de retour, le juge des référés en a déduit qu' « *en imposant ces conditions, alors que, à l'expiration de la convention, le bâtiment abritant actuellement le casino lui fait retour gratuitement (...) et alors qu'il lui appartenait ainsi de prévoir, dans la nouvelle convention, que ce bâtiment resterait le lieu d'exercice de l'activité à concéder, la commune de Berck-sur-Mer a imposé aux candidats autres que celui jouissant du bâtiment où s'exécute l'actuelle concession (...) des conditions pour remettre une offre contraires au principe d'égalité de traitement entre les candidats.* »

C'est cette qualification de bien de retour donnée par le juge des référés au bâtiment qui accueille aujourd'hui le casino que les premiers moyens du pourvoi et des interventions critiquent, sous l'angle de l'erreur de droit et de l'erreur de qualification juridique des faits, ce qui correspond bien au contrôle de cassation que vous exercez en la matière (CE, Section, 29 juin 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*, n° 402251, p. 285)⁴.

² A titre de comparaison, rappelons que vous avez jugé que la contestation par une société de la propriété d'un bien immobilier, regardé par l'autorité concédante comme un bien de retour et objet d'un contrat de concession, bien dont la société soutenait qu'il lui appartenait de manière étayée, suffisait à établir qu'elle était lésée de façon directe et certaine par ce contrat (CE, 16 février 2024, *Société roannaise d'immobilier*, n°467684, inédite).

³ La procédure a été lancée le 5 décembre 2024 et la date fixée pour la remise des offres était le 3 février 2025

⁴ On peut relever au passage que cette question de savoir si le bâtiment est ou pas un bien de retour est au centre du litige depuis au moins la deuxième procédure de passation, et que les différents juges des référés du TA de Lille qui ont été appelés à se prononcer successivement y ont apporté des réponses divergentes, ce qui a certainement contribué à égarer la commune et explique sans doute la multiplication des procédures et des annulations. Ainsi, le JRTA qui a annulé cette deuxième procédure avait estimé, comme celui qui a rendu l'ordonnance objet du pourvoi examiné aujourd'hui, que l'immeuble abritant le casino était un bien de retour. Mais, en revanche, le JRTA saisi de la tierce opposition de la société Jean Metz contre l'ordonnance du 5 juillet 2024 annulant la deuxième procédure a été en sens contraire et retenu, dans ce qui s'apparente à un *obiter dictum*, que le bâtiment ne pouvait être regardé comme un bien de retour dès lors qu'il appartenait à la société groupe Partouche, et non pas à la société concessionnaire.

Et nous pensons que ces moyens sont bien opérants. Il est vrai, certes, que le juge des référés aurait sans doute pu caractériser la rupture d'égalité qu'il a censurée sans passer par cette qualification de bien de retour, en se contentant de constater simplement que la brièveté du délai laissé aux candidats autres que le titulaire sortant pour trouver un immeuble susceptible d'accueillir un casino sur le territoire d'une petite commune constituait une rupture d'égalité avec le titulaire sortant qui, lui, était dispensé d'une telle recherche compte tenu de ses liens avec le propriétaire du casino actuel. Mais, pour autant, nous ne croyons pas que les motifs de l'ordonnance qualifiant le bâtiment du casino de bien de retour puissent être regardés comme surabondants, eu égard à la place importante qu'occupe cette qualification dans le raisonnement tenu par le juge des référés : les exigences du règlement de consultation constituaient peut être un manquement au regard du principe d'égalité quel que soit le statut de l'immeuble en cause mais, si cet immeuble constituait un bien de retour, alors ces exigences étaient inutiles et le manquement devenait évident, c'est bien en substance ce qu'a écrit le juge des référés et que nous vous avons lu il y a quelques instants.

Précisons, par ailleurs, que l'intérêt de la question posée par ces premiers moyens du pourvoi dépasse le cadre de l'affaire, plusieurs communes accueillant des casinos se trouvant confrontées à des situations similaires à celle de l'espèce, ainsi que le souligne le rapport annuel 2021 de la Cour des comptes produit en première instance⁵. Il semble ainsi de pratique courante, parmi les grands groupes d'exploitants de casinos qui se partagent le marché, que les murs du casino ne soient pas la propriété de la société qui l'exploite mais d'une autre société du groupe.

Et, au-delà des casinos, la question de savoir si la théorie des biens de retour est tenue en échec lorsqu'un groupe dissocie la société titulaire de la concession et celle propriétaire du bien nécessaire à l'exécution de la concession peut se poser pour d'autres services publics, notamment ceux qui ont pour siège des immeubles présentant des caractéristiques particulières – on peut par exemple penser aux équipements sportifs, aux salles de spectacles, ou encore aux crématoriums. Plusieurs juridictions du fond ont d'ailleurs déjà été confrontées à cette question dans de telles configurations et pour ces divers services publics⁶. Commentant un arrêt par lequel la CAA de Douai a récemment eu à statuer sur une situation comparable, à propos, là encore, d'un casino du Groupe Partouche, le professeur Eckert a ainsi pu écrire que

⁵ Sont notamment évoqués le cas des casinos de Lyon, Dunkerque et Saint-Amand-les-Eaux. La question semble également s'être récemment posée à propos du casino de la commune de La Ciotat, à l'occasion d'un recours *Tarn-et-Garonne* ayant conduit à la résiliation de la concession (TA Marseille, 8 avril 2024, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 2307694, C).

⁶ A propos d'une délégation relative à l'exploitation d'un crématorium, voyez ainsi CAA Bordeaux, 28 février 2023, *M. et Mme V...*, n° 21BX01167, C. La question s'est également posée à propos de remontées mécaniques de stations de ski, dans l'instance sur renvoi après la cassation que vous avez prononcée par votre décision *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye* (CAA13, 16 décembre 2019, *Préfecture des Alpes de Haute-Provence*, n° 18MA03183, C). Et, tout récemment, la CAA de Douai, par un arrêt n°21DA02161 du 2 avril 2025, a qualifié de bien de retour le bâtiment d'un casino du Groupe Partouche qui n'appartenait pas au concessionnaire, par un raisonnement assez proche de celui tenu par le juge des référés dans la présente affaire. Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation actuellement en cours d'instruction.

« la situation où les biens nécessaires au service public sont réalisés par un tiers dans le cadre d'un contrat distinct de la concession, mais entretenant des liens plus ou moins étroits avec elle (...) pose de plus en plus de difficultés » et que cette question « mériterait certainement d'être clarifiée par un arrêt de principe du Conseil d'État »⁷. Nous y voilà.

Il n'est pas besoin, pour examiner cette question, de vous rappeler longuement le régime des biens de retours. Vous savez en effet que ceux-ci, qui se distinguent des biens de reprise et des biens propres du concessionnaire, correspondent à l'ensemble des biens qui, parce qu'ils sont nécessaires au fonctionnement du service public, appartiennent, dès leur réalisation ou leur acquisition, à la personne publique et lui font retour gratuitement, sous réserve de leur amortissement, à l'expiration de la concession – nous citons là, bien sûr, la définition que vous avez donnée par votre décision d'Assemblée *Commune de Douai* du 21 décembre 2012 (n° 342788, p. 477) et qui a désormais été reprise à l'article L. 3132-4 du code de la commande publique. Et vous savez aussi que, par votre décision de Section *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye* du 29 juin 2018 (n° 402251, p. 285), vous avez étendu encore cette catégorie des biens de retour, qui ne se limite pas aux seuls biens créés ou acquis dans le cadre de la concession, mais inclut également les biens nécessaires au fonctionnement du service public dont le cocontractant de l'administration était propriétaire avant de signer le contrat et qu'il a apportés à la concession. Vous estimez en effet, en ce cas, que le concessionnaire, en acceptant de conclure la convention, a affectés ces biens au fonctionnement du service public et a consenti à leur transfert dans le patrimoine de la personne publique.

Et, dès lors que vous jugez avec constance, depuis au moins votre célèbre décision *Ville de Royan*⁸ de 1966, que l'exploitation d'un casino est un service public, il s'ensuit logiquement que les bâtiments qui l'abritent sont en principe des biens de retour, ainsi que vous l'avez encore confirmé, le 23 janvier 2020, par votre décision *Société touristique de La Trinité* (n° 426421, inédite). Si la société Jean Metz avait été propriétaire de l'immeuble abritant le casino lorsqu'elle a signé le contrat de concession, il n'y aurait donc aucun doute sur la qualification de bien de retour. Mais la difficulté en l'espèce, vous l'avez compris, est que la société Jean Metz n'est que locataire de cet immeuble, qui appartient à sa société mère, le Groupe Partouche.

⁷ Gabriel Eckert, « Le régime des biens de retour appliqué aux ouvrages réalisés par un tiers au contrat de concession », *Contrats et marchés publics* n°7, juillet 2025, comm. 194, commentaire de l'arrêt précité de la CAA de Douai du 2 avril 2025

⁸ *CE*, 25 mars 1966, *Ville de Royan et société anonyme de Royan et C...*, n° 46504 et autres, p. 237. Cette décision *Ville de Royan* reprenait ainsi une solution ancienne (*CE*, 28 juin 1918, *Société générale thermale et balnéaire*, p. 641) qui avait pu sembler abandonnée pendant un temps (*CE*, 12 mai 1922, *Ville de Saint-Malo*, p. 413 ; *CE*, 18 janvier 1924, *Société anonyme du grand casino municipal de Saint-Malo*, p. 58). Et vous l'avez réaffirmée constamment depuis lors, tant dans vos formations consultatives (Section de l'intérieur, avis, 4 avril 1995, n° 357274, Rapport public 1995, p. 414) que contentieuses (*CE*, Section, 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate et autres*, n° 264098, p. 138 ; *CE*, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n°341562, p. 91)

Et, comme le fait valoir le pourvoi, nous pensons que la qualification de bien de retour ne peut en règle générale s'appliquer qu'à un bien que le concessionnaire lui-même a apporté à la concession, laquelle emporte alors transfert de la propriété à la personne publique. Cet effet translatif de propriété du contrat de concession ne peut en effet jouer, en principe, qu'entre les parties au contrat. Et, en revanche, les biens que le concessionnaire loue pour l'exécution du contrat, quand bien même ils seraient nécessaires à l'exécution du service public, ne sont normalement pas des biens de retour car ils sont la propriété d'un tiers au contrat.

Telle était la position qu'affirmait très clairement Olivier Henrard dans ses conclusions sur la décision *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*⁹ et que deux cours administratives d'appel au moins ont déjà retenue¹⁰.

Et cette position de principe, même si vous ne l'avez, à notre connaissance, jamais expressément affirmée, nous paraît en vérité assez peu contestable. Tout d'abord parce que l'effet relatif des contrats, auquel vous êtes tout particulièrement attachés (CE, Section, 11 juillet 2011, *Mme G...*, n° 339409, p. 330) empêche que le contrat de concession puisse mettre une obligation à la charge d'un tiers. Ensuite parce que, si le propriétaire des biens est un tiers au contrat de concession, juger que ces biens reviennent à la personne publique au terme de la concession porterait à son droit de propriété une atteinte d'autant plus excessive que l'apport de ces biens n'aurait, par construction, pas pu être intégré à l'équilibre économique de la concession, que ce soit *ex ante*, au moment de la négociation des termes du contrat, à laquelle seules les parties ont participé, ou *a posteriori*, seul le concessionnaire étant susceptible d'être indemnisé sur le terrain contractuel en cours d'exécution de la concession.

Il nous paraît donc exclu, vous l'avez compris, que le régime des biens de retour trouve de façon générale à s'appliquer aux biens appartenant à des tiers à la concession. Et votre décision pourra d'ailleurs poser clairement ce principe.

Mais, il est néanmoins permis de se demander s'il ne conviendrait pas de ménager une exception à ce principe dans le cas où, comme en l'espèce, le bien appartient à une société du même groupe que le concessionnaire, à qui elle le loue. Dans une telle configuration, ne faut-il pas faire prévaloir la réalité des liens entre les deux personnes morales, qui forment en réalité une unique entité économique, sur l'autonomie de principe de la personnalité morale du concessionnaire ?

⁹ « Lorsque les exploitants de telles activités ne sont pas propriétaires, mais simplement locataires, des bâtiments qui les abritent, ces édifices ne seront évidemment pas des biens de retour puisqu'ils appartiennent à des tiers au contrat. Si la collectivité publique souhaite disposer de leur propriété, elle devra les racheter amiablement ou par la voie l'expropriation. Ces biens n'auront alors pas à être pris en compte dans l'équilibre de la concession ».

¹⁰ Voyez les arrêts précités CAA Bordeaux, 28 février 2023, *M. et Mme V...*, n° 21BX01167, C et CAA Marseille, 16 décembre 2019, *Préfecture des Alpes de Haute-Provence*, n° 18MA03183, C

La question se pose d'autant plus que, dans une telle configuration, la circonstance que le bien appartient à une société étroitement liée au concessionnaire confère à ce dernier un droit quasi-exclusif à l'exploitation du service, qui fait obstacle au renouvellement de l'opérateur, ainsi que le souligne la Cour de comptes dans le rapport que nous avons déjà cité : les candidats autres que celui lié au propriétaire du bien se heurteront en effet au refus du propriétaire de leur accorder un bail, ou alors à des conditions rédhibitoires et il est bien souvent impossible de trouver un autre site dans lequel exécuter la concession – en l'espèce un nouveau bâtiment pour accueillir le casino. Une situation comme celle de l'espèce est donc susceptible de porter atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Mais, en outre, cette situation confère au propriétaire du bien nécessaire à l'exécution de la concession des prérogatives susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement voire à l'existence même du service public. Au cas d'espèce, par exemple, si le groupe Partouche ne souhaitait plus exploiter de casino à Berck sans pour autant céder le bâtiment à un autre casinotier, la commune aurait certainement des difficultés à trouver un lieu comparable pour transférer cette activité d'où un risque pour la continuité du service public. Et, si ce risque n'inquiète pas forcément outre mesure en l'espèce – après tout, il est possible de se passer de casino pendant quelque temps sans grand dommage – il pourrait être très préoccupant s'il s'agissait d'un autre service public.

Il est vrai que ces difficultés peuvent se poser dans tous les cas où ni la personne publique ni son concessionnaire ne possèdent les biens nécessaires au fonctionnement du service public, et qu'il ne saurait pour autant être question d'inclure dans la catégorie des biens de retour tous les biens nécessaires au fonctionnement du service public sans considération de leur propriété, ce qui élargirait excessivement la notion. Mais, dans le cas particulier où le propriétaire des biens n'est pas un « véritable » tiers, mais une société du même groupe que le concessionnaire et qui les lui loue, les difficultés tenant à ce que les biens n'appartiennent ni à la personne publique ni au concessionnaire résultent en réalité d'un montage contractuel intra-groupe qui, bien souvent, est précisément destiné à éviter à ces biens la qualification de bien de retour. Et il ne va pas de soi d'accepter qu'un tel artifice juridique puisse ainsi permettre contourner les règles de la propriété publique et de la mise en concurrence.

Certes, on pourrait peut-être considérer que c'est aux collectivités publiques qu'il appartient de déjouer ces montages, au moment de la passation de la concession, en exigeant de leurs cocontractants qu'ils soient eux-mêmes propriétaires des biens nécessaires au fonctionnement du service public qu'il ne réaliseront pas dans le cadre de la concession, plutôt que de les louer, de manière à ce que ces biens lui reviennent à la fin de la concession. Mais, outre que poser une telle exigence pourrait, dans certains cas, se révéler inopportun, voire irréaliste, cette façon de procéder, si elle permettrait d'éviter les difficultés pour l'avenir, à l'occasion de la passation de nouvelles concessions, ne résoudrait en revanche pas les problèmes que posent les concessions en cours. Et, par ailleurs, le régime des biens de retour constituant une « *garantie légale* » des « *exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la*

continuité des services publics »¹¹, il est d'ordre public et son application ne peut en principe être tributaire de la volonté des parties contractantes : vous l'avez jugé par une décision *Commune de Nîmes* du 16 mai 2022 (n° 450904, au Recueil), les stipulations d'un contrat de délégation de service public ne sauraient faire obstacle au retour gratuit à la personne publique de biens nécessaires au service créés au cours de la délégation. De façon symétrique, il ne serait donc pas très satisfaisant, pour que les biens nécessaires au service reviennent à la personne publique, de se reposer sur le contenu du contrat ou sur les exigences posées, en amont, dans le règlement de la consultation.

On comprend donc que le juge des référés du TA de Lille, en l'espèce, ait entendu faire échec à la stratégie du Groupe Partouche, consistant à séparer la propriété de l'immeuble abritant le casino, que conserve la société mère, et l'exploitation du casino, concédée à la filiale locataire de l'immeuble, de façon à éviter un transfert du bien à la personne publique et à s'assurer un avantage concurrentiel sur les autres candidats à l'obtention de la concession. Pour ce faire, le juge des référés a relevé deux éléments. En premier lieu, les liens très étroits entre d'une part la société Groupe Partouche, propriétaire du bâtiment, dont la raison sociale est notamment l'exploitation de casinos, et d'autre part la société Jean Metz, concessionnaire du casino, qui est sa filiale à 100 %. En deuxième lieu, la circonstance que le bâtiment, transformé en casino et donc aménagé pour l'exécution du contrat de concession, avait été mis par le Groupe Partouche à la disposition de sa filiale pour cette exécution, le bail commercial conclu entre les deux sociétés mentionnant expressément que l'activité exercée dans le bâtiment était l'exploitation d'un casino. Et, au vu de ces deux éléments, le juge des référés a estimé que la société Groupe Partouche devait être regardée comme ayant en réalité consenti à ce que le bâtiment accueillant le casino soit qualifié de bien de retour.

Cette démarche du juge des référés nous paraît compréhensible, nous vous l'avons dit. Est-elle pour autant justifiée ? C'est ce qui reste à voir. Elle n'est, en tout cas, pas sans précédent, du moins dans d'autres compartiments du droit.

Il vous est en effet déjà arrivé, notamment en matière de commande publique, de retenir une approche réaliste pour appréhender la situation de groupes constitués de plusieurs personnes morales, sans vous arrêter aux montages destinés à contourner les règles. Vous avez ainsi jugé que des personnes morales distinctes peuvent être *« regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot »* (CE, 8 décembre 2020, *Métropole d'Aix-Marseille-Provence et autres*, n° 436532, aux Tables). Et, suivant une logique assez comparable, vous avez répondu positivement à la question de savoir si l'attributaire d'une concession était responsable de la défaillance de la société dédiée pour son exécution, mais en vous appuyant toutefois sur la circonstance que le contrat prévoyait son exécution par une

¹¹ Jean-François Lafaix, « Les biens de retour », RFDA 2020, p. 937.

société dédiée dont la société attributaire demeurerait solidaire (CE, 12 octobre 2020, *Commune d'Antibes*, n° 431903 et autres, aux Tables).

Le droit de l'Union européenne fournit également des exemples de raisonnements de ce type. Il s'attache ainsi à identifier l'acheteur public par-delà les formes juridiques qu'il peut prendre, en qualifiant de pouvoir adjudicateur les personnes morales de droit privé qui dépendent étroitement d'une personne publique. Comme vous l'exposait notre collègue Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur votre décision *Région Nouvelle-Aquitaine* du 11 avril 2024 (n° 489440, aux Tables), la logique de la jurisprudence de la CJUE, aujourd'hui codifiée à l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, est de regarder, au-delà de la distinction entre la personne publique et la personne de droit privée, si la première dispose de la capacité d'influencer les décisions de la seconde, notamment en matière de marchés publics (CJCE 1er février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-237/99, §59 ; CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, §69). Par ailleurs, en matière de droit de la concurrence, la CJUE retient une conception essentiellement fonctionnelle, et non organique, de la notion d'entreprise, qui la conduit notamment à considérer qu'en dépit de la séparation formelle, du point de vue de la personnalité morale, entre une société mère et une filiale détenue à 100%, il existe une présomption d'« influence déterminante » de la première sur la seconde, qui permet de les regarder comme ne formant qu'une seule unité économique et, par suite, d'imputer à la société tête de groupe la responsabilité solidaire d'une infraction au droit de la concurrence commise par une filiale (CJUE, 20 janvier 2011, *General Química SA*, aff. C-90/09).

Nous devons toutefois concéder que, si ces précédents apportent un éclairage utile et peuvent constituer une source d'inspiration, aucun n'a été suffisamment loin pour que vous puissiez estimer qu'ils vous autorisent à qualifier de bien de retour un bien loué par le concessionnaire, ce qui revient en somme à considérer que le contrat de concession peut faire naître une obligation dans le chef d'un tiers au contrat. C'est une chose de limiter les possibilités de sociétés d'un même groupe de présenter chacune une offre pour le même lot ou de révéler la personne publique derrière une structure privée sans réelle autonomie, c'en est une autre de considérer que le contrat de concession peut avoir un effet translatif de propriété des biens d'un tiers au contrat. Le pas à franchir est incontestablement plus important.

Il ne nous paraît pourtant pas infranchissable. Et, à vrai dire, il nous semble que l'essentiel du chemin a déjà été fait avec votre décision de Section précitée *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye* qui, comme les commentateurs autorisés l'ont écrit ¹², a réaffirmé « *sans concession (...) toute la force de la logique concessive* » et manifesté la « *logique finaliste qui guide le juge : les biens de retour sont ceux que la personne publique doit récupérer, à l'issue de la concession, pour garantir la continuité du service public* ». Avec cette décision de Section, vous avez en effet admis que le cocontractant de l'administration, alors même qu'il n'en avait pas forcément conscience, puisse être regardé

¹² Charline Nicolas et Yannick Faure, « Bien de retour : aller simple », AJDA 2018 p. 1658

comme ayant accepté de transférer la propriété d'un bien qu'il détenait et qu'il a affecté au fonctionnement du service public. Dans le prolongement de cette décision, le propriétaire d'un bien nécessaire au fonctionnement du service public, quand il est étroitement lié au cocontractant de l'administration et qu'il a accepté d'affecter ce bien au fonctionnement du service public, ne doit-il pas, lui aussi, être regardé comme ayant consenti au transfert de ce bien dans le patrimoine de la personne publique ?

Il est vrai que, lorsque c'est le concessionnaire qui possède le bien, son consentement au transfert est établi par la circonstance qu'il a signé le contrat de concession. Et il n'est bien sûr pas possible de se fonder sur le même indice lorsque le propriétaire du bien n'est pas partie à ce contrat. Mais, pour autant, dès lors que le régime des biens de retour est d'ordre public, pour identifier un bien de retour, ce qui compte n'est pas le contenu du contrat en tant que tel. Au contraire, même, puisqu'il convient d'ignorer - comme nous vous l'avons dit - les stipulations qui tendraient à s'opposer à ce qu'un bien nécessaire au service soit qualifié de bien de retour. Seul importe donc, lorsque le bien est nécessaire au fonctionnement du service public, que son propriétaire puisse être regardé comme ayant consenti à l'affectation de ce bien au service public. Et le fait d'être partie au contrat vaut consentement, donc, c'est entendu. Mais, nous pensons que, même lorsque le propriétaire du bien n'est pas partie au contrat de concession, il est également possible, sous certaines conditions, de regarder son consentement comme établi, et donc de regarder le bien dont il était propriétaire avant la passation de la concession comme un bien de retour.

Quelles sont ces conditions ? Ce sont selon nous, précisément, celles sur lesquelles s'est fondée le juge des référés en l'espèce. La première est la proximité entre le propriétaire du bien et le concessionnaire, résultant des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, lesquels permettent de regarder l'un comme exerçant une influence décisive sur l'autre. Tel est bien le cas lorsque, comme en l'espèce, le concessionnaire est une filiale à 100 % du propriétaire : la société fille, concessionnaire, n'a pas pu conclure la concession sans l'accord de sa société mère, propriétaire. Et la seconde condition est que le bien servant à l'exécution du contrat de concession ait été mis par son propriétaire à la disposition du concessionnaire pour cette exécution. Et, là encore, tel est bien le cas en l'espèce : comme nous vous l'avons exposé, la société mère, le Groupe Partouche, a loué le bâtiment qu'elle possède à sa filiale pour qu'elle y exécute la concession d'exploitation de casino, ainsi que le précise expressément le bail commercial conclu entre les deux sociétés. Elle a donc bien consenti à ce que son immeuble soit affecté à l'exploitation du casino, dans le cadre de la concession qu'elle a permis à sa filiale de conclure.

Lorsque ces deux conditions sont remplies – que le concessionnaire et le propriétaire du bien sont dépendants l'un de l'autre, d'une part, et que le propriétaire du bien l'a mis à disposition du concessionnaire pour l'exécution de la concession, d'autre part – il nous semble donc, vous l'avez compris, que le propriétaire du bien doit être regardé comme ayant renoncé à sa propriété au profit de la commune concédante, et ce alors même qu'il n'est pas partie à la convention de concession.

Cette solution, outre qu'elle aurait l'avantage de résoudre les problèmes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de continuité du service public que nous vous avons exposées, ne présente à nos yeux que peu d'inconvénients. Elle ne viserait en effet que le cas particulier des groupes de sociétés qui ont dissocié en leur sein exploitation de la concession et propriété du bien nécessaire à cette exploitation, et n'aurait donc pas d'effet de bord non maîtrisé sur les biens que le concessionnaire loue à de « véritables » tiers au contrat de concession. Et cette solution, qui se bornerait donc pour l'essentiel à tenir en échec les montages destinés à contourner le régime des biens de retour, n'aurait ainsi, pensons-nous, pas de conséquence excessive sur l'équilibre économique des contrats de concession : une fois cette solution connue, les parties à un contrat de concession en tiendront compte en négociant les termes du contrat au moment de sa passation, de la même façon qu'elles tiennent compte aujourd'hui de la règle posée par votre décision *Ministre c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*. Ce n'est donc finalement que dans la période transitoire, pour les parties qui ont signé un contrat de concession en pensant qu'un bien nécessaire au service n'était pas un bien de retour en raison de son appartenance à un tiers, que la nouveauté de la solution que nous vous proposons pourra susciter quelques surprises et désagréments. Mais, en pareil cas, l'éventuelle difficulté résultant d'une qualification de bien de retour que les parties n'avaient pas anticipée pourra normalement se résoudre par l'application des règles relatives aux biens de retour que votre jurisprudence a précisées : le propriétaire du bien aura droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subira à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique lorsque ces biens n'auront pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement.

Et, à cet égard, nous ne sommes pas arrêtés par les particularités de l'affaire. Il est vrai que le bien en cause en l'espèce, le bâtiment qui abrite le casino, a été vendu par la commune au Groupe Partouche en 1997. Il y a donc sans doute quelque chose d'un peu étrange, en apparence du moins, à dire aujourd'hui, 28 ans après, que cet immeuble fera retour à la commune à la fin de l'année, et ce d'autant plus que, si, comme c'est probable, cet immeuble est intégralement amorti, ce retour se fera gratuitement. Mais il nous semble qu'il s'agit simplement là, certes dans un cas de figure particulier et pour des acteurs qui n'avaient probablement pas anticipé la solution que nous vous proposons, des conséquences imparables du régime des biens de retour : lorsqu'une personne est regardée comme ayant apporté un bien à la concession, elle est réputée savoir que ce bien reviendra gratuitement à la personne publique à la fin de la concession s'il est amorti. Et c'est en vain que l'on objecterait que c'est la société Jean Metz qui a bénéficié de l'exploitation du casino pendant 28 ans, et non pas le Groupe Partouche, propriétaire de l'immeuble puisque, comme nous vous l'avons dit, la logique même de la solution que nous vous proposons est de considérer ces deux sociétés comme formant, au regard de la concession, une unique entité économique.

Au total, donc, nous pensons que le chemin juridique qui conduit à qualifier de bien de retour un bien appartenant à une société du même groupe que le concessionnaire est escarpé, mais qu'il existe. Et c'est ce chemin que nous vous invitons à emprunter.

Si vous le faites, vous pourrez alors écarter les premiers moyens du pourvoi et des interventions. En effet, si vous nous suivez, le juge des référés, qui a retenu la solution que nous vous proposons en faisant application des critères que nous vous avons présentés, n'a commis, en maniant la notion de bien de retour, aucune des erreurs de droit alléguées. Et il n'a, selon nous, pas davantage commis d'erreur de qualification juridique des faits en jugeant, en l'espèce, que le bâtiment litigieux constituait bien un bien de retour. Rappelons que, pour retenir cette qualification, vous ne vous contentez pas de constater qu'un bien est « utile », mais que vous n'allez pas non plus jusqu'à exiger qu'il soit « irremplaçable » : le critère est que ce bien soit « nécessaire au fonctionnement du service public ». Et, eu égard à ce critère, le juge des référés ne nous paraît pas avoir erré, dès lors que le bâtiment en cause a été spécialement aménagé en vue d'accueillir l'activité de casino et les services connexes prévus par le contrat de concession. Il est donc, à l'évidence, nécessaire à cette activité. En 2020, dans l'affaire *Société touristique de La Trinité* que nous avons déjà citée, vous n'aviez d'ailleurs pas exigé davantage pour reconnaître qu'un bâtiment abritant un casino constituait un bien de retour. Quant aux moyens tirés de la méconnaissance de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ils sont nouveaux en cassation et, par suite, inopérants. Vous pourriez, en outre, en tout état de cause, les écarter au fond en reprenant à votre compte le raisonnement par lequel la Cour de Strasbourg a validé, dans sa décision *SARL Couttolenc Frères c. France* du 5 octobre 2023 (n° 24300/20), le régime des biens de retour tel qu'il résulte de votre décision *Ministre c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*.

Enfin, si vous admettez que le premier juge a eu raison de retenir la qualification de bien de retour, vous écarterez également sans peine le second groupe de moyens : en exigeant des candidats autres que le concessionnaire sortant qu'ils trouvent un autre immeuble que celui qui abrite actuellement le casino dans un délai de moins de trois mois, la commune a imposé une condition inutile – puisque l'immeuble abritant actuellement le casino lui revient et pourra continuer à l'avenir à accueillir le casino – et une condition discriminatoire – puisqu'elle ne pèse pas sur le concessionnaire sortant. C'est donc sans dénaturation ni erreur de droit que le juge des référés a estimé que la commune a méconnu l'égalité de traitement entre les candidats. Et c'est sans erreur de qualification juridique des faits¹³ qu'il a considéré que ce manquement était susceptible d'avoir lésé la société du Grand Casino de Dinant, alors même qu'il s'agissait de la troisième procédure conduite en vue du renouvellement de la concession et que la première avait été lancée près de deux ans auparavant : en effet, à partir

¹³ Tel est effectivement le contrôle que vous exercez en cassation sur le point de savoir si le manquement dont se prévaut une entreprise devant le juge du référé précontractuel est susceptible de l'avoir lésée au sens de la jurisprudence *Smirgeomes* (CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n°334845, T. pp. 858-896-934)

du moment où la procédure précédente avait déjà été annulée, justement à la demande de la société du Grand casino de Dinant, au motif que le bâtiment abritant actuellement le casino constituait un bien de retour, cette société pouvait légitimement s'attendre à ce que la nouvelle procédure soit conçue différemment et ne lui impose pas de rechercher un nouveau bâtiment susceptible d'accueillir le casino.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc rejeter le pourvoi. Si jamais, au contraire, vous estimiez trop aventureux de prendre le chemin escarpé que nous avons évoqué, vous devriez alors annuler l'ordonnance attaquée au motif que le juge des référés a commis une erreur de droit en faisant application du régime des biens de retour à un bien appartenant à un tiers au contrat de concession.

Mais, en pareil cas, réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, il nous semble que vous n'en devriez pas moins retenir, comme le premier juge, une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats : comme nous vous l'avons exposé tout à l'heure, ce manquement nous paraît en effet caractérisé même dans l'hypothèse où le bâtiment abritant le casino n'est pas qualifié de bien de retour. La commune, nous vous l'avons dit, avait exigé des candidats qu'ils fournissent, dans le cadre de leur offre, le titre de propriété d'un bâtiment à leur nom ou un contrat d'occupation conclu avec le propriétaire d'un bâtiment susceptible d'accueillir l'activité de casino. Il fallait donc que les candidats, dans le délai de moins de trois mois qui séparait la publication de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de dépôt des offres, aient négocié l'achat ou l'occupation d'un bâtiment en mesure d'accueillir le casino. Pour la société Jean Metz, concessionnaire sortante qui disposait déjà, grâce au bail commercial conclu avec sa société mère, du bâtiment accueillant aujourd'hui le casino, c'était là chose aisée. Pour les autres candidats, c'était mission impossible, dans un délai aussi bref et compte tenu de la situation du marché immobilier de Berck, commune de 13 000 habitants seulement. Et ce n'est d'ailleurs pas par hasard que la société Jean Metz est le seul candidat à avoir été en mesure de déposer une offre dans les délais. Les règles de la consultation procuraient donc un avantage concurrentiel massif au concessionnaire sortant et c'est cette rupture d'égalité qui a dissuadée la société du Grand Casino de Dinant de présenter sa candidature, laquelle est donc fondée à s'en plaindre utilement. Quant à la circonstance que les précédentes procédures de consultation imposaient déjà aux candidats de disposer d'un bien immobilier susceptible d'accueillir le casino, elle nous paraît sans incidence, dès lors, comme nous vous l'avons dit, que ces précédentes procédures ont été annulées et que la deuxième l'a précisément été au motif que le bâtiment abritant actuellement le casino était un bien de retour. En d'autres termes, on ne saurait reprocher aux candidats de n'avoir pas commencé à se mettre en chasse d'un bâtiment avant la troisième procédure de passation puisqu'ils pouvaient escompter ne pas avoir à se lancer dans une telle démarche, dont ils avaient d'ailleurs contesté la pertinence avec succès. Vous l'avez compris, donc : dans l'hypothèse où vous ne retiendriez pas la qualification de bien de retour pour le bâtiment abritant le casino, nous pensons que vous devriez, après cassation, annuler la procédure de passation de la concession, et ce sans qu'il vous soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens de la requête de la société du Grand Casino de Dinant.

Et il appartiendrait à la commune, avant relancer une nouvelle procédure de passation, de résoudre la rupture d'égalité que vous aurez censurée. Il lui faudrait en effet, en dépit de l'absence de retour de l'immeuble abritant aujourd'hui le casino, s'assurer de ce que la situation de la société Jean Metz, filiale du Groupe Partouche qui possède ce bâtiment, ne lui procure pas un avantage concurrentiel trop important pour emporter la nouvelle concession. Et ce ne serait probablement pas chose aisée. Nous imaginons, pour notre part, que trois voies s'ouvriraient à elle. La première serait de s'assurer, avant de lancer la procédure, de la propriété du bâtiment que détient aujourd'hui le groupe Partouche, soit en en faisant l'acquisition amiable, soit par la voie de l'expropriation, avec, dans les deux cas, les coûts et les délais que cela implique. La deuxième voie serait d'obtenir du groupe Partouche un engagement à louer le bâtiment au futur concessionnaire, quel qu'il soit, dans des conditions, notamment tarifaires, permettant de garantir l'égalité concurrentielle. Mais il n'est pas évident qu'un tel engagement soit crédible et puisse être obtenu, sauf peut-être pour la commune à faire valoir, auprès du groupe Partouche, qu'elle n'aurait pas d'autre choix que de l'exproprier s'il refuse. Enfin, la troisième voie que pourrait emprunter la commune, sans doute à défaut de vouloir ou pouvoir emprunter les deux autres, serait de s'assurer de ce qu'elle dispose d'un autre bâtiment pour accueillir l'exploitation du casino, qu'elle pourrait mettre à disposition du futur concessionnaire, ou alors de laisser aux candidats, dans le cadre de la nouvelle procédure, un délai suffisant pour qu'ils puissent acquérir ou louer un tel bâtiment, ce qui, à supposer que cela soit possible à Berck – et nous n'en sommes pas certains – leur prendrait à coup sûr un temps considérable. Aucune de ces voies n'est donc idéale pour la commune, nous le reconnaissons bien volontiers, mais, nous n'en voyons pas d'autre qui lui permettrait de se prémunir de la rupture d'égalité résultant de ce que le bâtiment du casino appartient au Groupe Partouche.

En revanche, si, comme nous vous l'avons proposé à titre principal, vous jugez au contraire que ce bâtiment revient en réalité à la commune à expiration de la concession actuelle, vous confirmerez certes l'annulation de la procédure prononcée par le premier juge mais il sera certainement plus facile à la commune de relancer une nouvelle procédure, en prévoyant, cette fois-ci, que le casino continuera à être exploité dans le même bâtiment.

EPCMNC :

- à l'admission des interventions de la société Jean Metz et de la société Groupe Partouche ;
- au rejet du pourvoi de la commune de Berck ;
- à ce que vous mettiez à la charge de la commune de Berck une somme de 3 000 euros à verser à la société du Grand Casino de Dinant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées sur le même fondement par la société Jean Metz.