N°s 437946 / 437975

Commune de St-Amand-les-Eaux / SA du casino de St-Amand-les-Eaux

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 14 octobre 2020

Lecture du 6 novembre 2020

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Vous pourrez joindre les deux affaires qui viennent d'être appelées et qui vous conduiront à prendre position sur deux intéressantes questions concernant les contrats de concession, s'agissant, d'une part, des **indications dues par le concédant aux candidats sur le programme d'investissements à réaliser** et, d'autre part, de la **portée du principe d'égalité de traitement entre candidats dans le cas où l'un d'entre eux est titulaire d'un BEA portant sur un ouvrage affecté au service public concédé.**

2. En sa qualité de station thermale, la riante commune de Saint-Amand-les-Eaux (Nord) abrite sur son territoire un casino. En 2002, un contrat de concession a confié l'exploitation de cet établissement de jeux pour 18 ans à la société anonyme du casino de Saint-Amand-les-Eaux (SCSA), qui relève du groupe Partouche.

Concomitamment, la commune a conclu avec la même société un bail emphytéotique administratif (BEA), pour une durée de 30 ans, afin qu'elle conçoive, finance, réalise et exploite sur les terrains donnés à bail un complexe de loisirs (comprenant une salle polyvalente pour spectacles, séminaires et autres, une galerie d'expositions, un piano bar, des restaurants, des boutiques et un casino). L'objectif de ce montage était que le casino quitte son implantation historique (depuis 1908) dans un immeuble appartenant au conseil général du Nord pour s'implanter dans un nouveau secteur urbain, ce qui a été fait avec l'achèvement du nouveau casino en décembre 2003.

La concession arrivant à échéance, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a lancé en mars 2019 une procédure de passation d'un nouveau contrat de délégation de service public (DSP) pour une durée de 20 ans.

Deux candidats ont remis une offre : la SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, attributaire sortante, et un groupe belge, la SA du grand casino de Dinant.

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.

A l'issue de la phase de négociation, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a informé cette dernière du rejet de son offre, au motif que la SA du Casino proposait un programme d'investissement plus ambitieux, consistant en un réaménagement de l'ouvrage.

A la demande de la candidate évincée, le JRPC du TA de Lille a annulé la procédure de passation, par une ordonnance du 10 janvier 2020, au motif que la commune avait insuffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, ce faisant, méconnu les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable compte tenu de la date d'engagement de la procédure¹.

Les deux pourvois dont vous êtes saisis ont été formés par la commune délégante et par le délégataire retenu.

Ils soulèvent, séparément ou similairement, 4 moyens devant vous.

3. Au moins l'un d'entre eux nous paraît fondé, qui est tiré de l'erreur de droit commise par le juge des référés à avoir estimé que l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 impose à l'autorité concédante de définir dans les documents de consultation le montant et la nature des investissements à engager sur la durée de la concession.

Rappelons que cet article 27, aujourd'hui repris par l'article L. 3111-1 CCP, énonce que : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ».

Le JRTA en a déduit que les candidats admis à déposer une offre doivent disposer d'une information complète sur les investissements qu'ils seront amenés à réaliser.

3.1. Cette interprétation du texte nous laisse circonspect : **du point de vue littéral**, outre que cet article n'impose pas, à la différence de ce qui est le cas des marchés publics, de déterminer la nature et l'étendue des besoins avec précision, il n'impose pas non plus à l'autorité concédante de fournir aux candidats des informations relatives aux investissements *stricto sensu*.

L'article 34 de l'ordonnance, également cité par la décision attaquée, ne nous paraît pas d'un plus grand secours ; il énonce seulement que : « *Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire* ». Mais comme on le voit, ces dispositions, qui font certes référence aux investissements, concernent le calcul de la durée par l'autorité délégante, et non les informations à fournir en amont aux candidats.

¹ Quelques jours avant l'entrée en vigueur du CCP le 1^{er} avril 2019

Quant aux textes réglementaires, l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions (aujourd'hui repris à l'art. R. 3114-1 CCP) prévoyait que : « *I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés.* ». De telles dispositions tendent ainsi à laisser largement ouverte la liste des investissements, qui ne sont pas forcément ceux demandés par le concédant.

De même, l'article 14 du décret du 1^{er} février 2016 (repris en substance à l'article R. 3122-1 CCP) disposait simplement, s'agissant des **modalités de publicité**, que : « *L'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015. (...) L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation* ». Il n'y a là nulle trace non plus d'une obligation d'indiquer en amont les investissements à réaliser.

En somme, aucune accroche textuelle ne nous paraît suffisante, à elle seule, pour fonder la position du JRТА.

3.2. Est-ce que, pour autant, **les principes dégagés par votre jurisprudence** quant à la notion de « nature et d'étendue des besoins à satisfaire » pourraient utilement pallier ce silence des textes ?

En l'état du droit, nous ne le croyons pas. A ce stade, vous avez seulement jugé que doivent être impérativement portés à la connaissance des candidats :

- d'une part, **les caractéristiques essentielles de la concession**, en particulier sa **durée** (CE 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n°306153, T. p. 840 sur un autre point) ;

- d'autre part, les **critères de sélection des offres** (CE 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et domaine national de Versailles*, n° 328827, p. 502) ;

- enfin, « des précisions suffisantes quant au **périmètre** de la concession » (CE 15 novembre 2017, *Commune du Havre*, n° 412644, T. p. 669 : la commune s'était bornée à indiquer s'agissant du périmètre, que la concession pouvait comprendre l'exploitation du réseau d'un seul quartier de la commune, ou d'un ou plusieurs quartiers de la commune, voire de deux communes voisines, ou éventuellement un périmètre plus large encore...).

Comme vous le voyez, vous vous en êtes jusqu'à présent tenus à des données absolument indispensables à la **définition de l'objet-même 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.

3.3. Faut-il alors ajouter un nouvel item à cette liste, qui, à défaut de la lettre ou de l'interprétation admise des textes, pourrait se prévaloir de leur esprit ? Nous ne le croyons pas davantage, pour la raison fondamentale qu'une concession n'est pas un marché public.

Les marchés publics sont des contrats par lesquels un pouvoir adjudicateur obtient l'exécution d'une prestation et ou de travaux strictement définis : il est dès lors logique qu'il doive indiquer aux candidats l'intégralité des travaux ou prestations à réaliser.

Les concessions ont pour finalité de confier la gestion d'un service à un opérateur, à ses risques et périls : celui-ci dispose d'une liberté quant à la gestion du service. Il nous paraît en découler qu'il n'y a pas lieu d'appliquer aux contrats de concession les mêmes exigences qu'aux contrats de marchés publics quant aux informations à fournir en matière d'investissements à réaliser.

Certes, l'autorité concédante doit communiquer aux candidats les informations leur permettant d'appréhender les caractéristiques essentielles de la future concession de service public.

A cette fin, elle peut, si elle le souhaite, définir elle-même tout ou partie des investissements que le concessionnaire devra réaliser pendant la concession. Si elle le fait, il lui appartient alors de donner aux candidats des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir ces investissements et, en particulier, sur le poids qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres

Mais ce n'est pas là une obligation générale et absolue. L'autorité concédante peut aussi laisser la liberté à chaque opérateur de proposer lui-même les investissements qu'il estimerait opportun de réaliser : cela fait partie de la liberté de gestion du service public concédé, tant du point de vue du concédant que du concessionnaire.

De fait, notre proposition nous paraît empreinte d'un réalisme dont vous n'êtes jamais avare. C'est fort souvent que le concédant, s'il est capable de définir ses objectifs généraux – « la nature et l'étendue de ses besoins » disent les textes – n'est pas le plus à-même d'en déterminer exactement certains contours ou modalités, y compris pour ce qui est du niveau exact des investissements. Lorsqu'une station de ski souhaite développer le service public des remontées mécaniques, elle n'a pas forcément une idée arrêtée quant à savoir s'il faut investir dans une piste de luge, un parcours nordique ou le dédoublement de tel ou tel télésiège, ni d'ailleurs à quels coûts. Si elle en a une, alors il lui revient de l'indiquer dans l'appel à concurrence mais, naturellement, elle ne saurait être tenue de le faire quand elle l'ignore ou simplement quand elle entend se laisser toutes les options ouvertes, sauf à lui faire perdre l'une des plus-values principales de l'appel à candidature et de la confrontation des offres.

Il en va de même lorsque la commune de St-Amand souhaite développer son casino.

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.

Il lui revient seulement d'informer les candidats des caractéristiques essentielles de la concession mais pas nécessairement de fixer elle-même la nature et le niveau des investissements attendus.

En l'espèce, l'autorité concédante avait informé les candidats sur le périmètre du service concédé, notamment sur l'état des installations soumises à concession, sur la durée du contrat et sur la nécessité de prévoir des investissements, en précisant l'importance attachée à ces investissements dans l'appréciation de chaque offre, ainsi que cela ressortait du règlement de consultation. Nous ne pensons pas qu'elle avait à fournir davantage de précisions sur la nature et le montant de ces investissements.

En un mot, l'absence de précisions sur le montant et la nature des investissements à réaliser ne constitue pas, par elle-même, une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence s'imposant aux autorités concédantes.

Pour avoir jugé le contraire, vous censurerez l'erreur de droit commise par le JRPC.

3.4. Si vous ne nous suiviez pas, nous vous précisons que, dans la logique qui serait alors la vôtre, vous devriez écarter les autres moyens des pourvois, tirés, d'une part, de la dénaturation des pièces du dossier à avoir estimé que la commune n'avait pas suffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, d'autre part, de l'insuffisance de motivation et de l'erreur de qualification juridique à avoir estimé que la société du grand casino de Dinant avait été lésée par ce manquement.

En effet, si vous estimiez que la collectivité concédante était tenue d'informer de manière complète les candidats quant à la nature et au montant des investissements à réaliser, alors il n'y aurait aucune dénaturation à avoir estimé qu'elle ne l'a pas fait en l'espèce et un tel manquement serait logiquement de nature à léser le candidat évincé. Mais tel n'est pas ce que nous vous proposons.

4. Au contraire, annulant l'ordonnance, vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

Dans ce cadre, nous vous invitons à accueillir le moyen soulevé par la société du casino de Dinant et tiré de ce que la commune a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats en décidant de poursuivre l'exécution du BEA conclu avec la société du casino de St-Amand-les-Eaux et en imposant au futur délégataire de conclure un contrat de mise à disposition du casino avec celle-ci.

Comme nous vous l'avons dit, la particularité de la présente affaire est que la commune et le concessionnaire sortant avaient conclu en 2002 deux contrats dont les durées ne

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.

coïncidaient pas : une DSP d'une durée de 18 ans et un BEA destiné à la construction du nouveau casino sur un terrain de la commune, d'une durée de 30 ans. Les deux conventions stipulent d'ailleurs chacune qu'elles constituent un « tout indivisible ».

Dans le cadre du renouvellement de la DSP, la commune, qui ne souhaite apparemment pas résilier le BEA, a choisi d'imposer à son futur délégataire de conclure avec la société preneuse du BEA un contrat de mise à disposition du casino, le cahier des charges de la concession indiquant qu'au terme du BEA, l'ouvrage réintégrera pleinement le patrimoine de la commune et qu'alors une seconde convention d'occupation devra être conclue entre la ville et le délégataire.

Nous ne tirerons pas argument, même si elles peuvent révéler un contexte, de ce que, depuis les ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du 29 janvier 2016 relative aux concessions, le recours à un BEA à des fins de commande publique est prohibé². Ces dispositions ne s'appliquent évidemment pas aux contrats passés antérieurement à leur entrée en vigueur.

Il vous faut, en l'état du dossier, apprécier concrètement, au regard des stipulations litigieuses et des conditions de l'appel à concurrence, si cette façon de faire a pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

Or, il nous semble que tel est le cas pour deux séries de raison :

- en premier lieu, le contrat de mise à disposition que le futur délégataire devra passer avec le preneur du BEA prévoit le **versement d'un loyer annuel**, d'un montant substantiel (825 000 euros) : or, si le preneur du bail et le délégataire se trouvaient être la même personne, on comprend que, pour celle-ci, il s'agirait d'une opération blanche alors que, pour un autre candidat, ce serait une dépense à perte... Certes, on pourrait imaginer que le montant de ce loyer ne couvre en réalité que les coûts d'amortissement que subit lui-même le preneur du fait des charges d'entretien et d'exploitation de l'ouvrage et, dans cette logique, la SCSEA ne profiterait en réalité d'aucun avantage global. Nous avons toutefois du mal, en l'espèce, à nous rallier à cette approche, dès lors que le montant du

² Cf. article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) : « *Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession* » et son pendant, pour les AOT, à l'art. L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques ; voir aussi, sur ce sujet rép. min. QE n° 2855 du 5 juin 2018, JO. p. 4816

Sous l'empire de la législation antérieure, vous n'hésitez pas, en tout état de cause, à requalifier certains montages contractuels pour donner aux conventions leur véritable portée – cf. Assemblée 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, p. 301

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.

loyer annoncé est nettement supérieur aux amortissements annuels que, de son propre aveu, la SCSA met en avant dans ses écritures en les chiffrant à 674 000 € par an... Sur 12 ans, le différentiel représente tout de même 1,8 million d'euros...

-en second lieu, le preneur d'un BEA dispose, en cette qualité, **d'avantages en termes de financement** dans la mesure où le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire jusqu'à l'expiration du bail (contrairement au régime des biens dans une concession) sont susceptibles d'hypothèque (2° de l'article L. 1311-3 du CGCT), et que ces ouvrages peuvent également faire l'objet de contrats de crédit-bail (5° de l'article L. 1311-3 du CGCT). Dès lors, la SCSA disposerait, par sa qualité de titulaire du BEA, de possibilités de financement auxquelles n'ont pas accès les autres candidats, sachant que le projet de contrat de mise à disposition interdit également au futur délégataire de procéder à une sous-location de tout ou partie de l'ouvrage et, surtout, ne lui confère aucun droit réel sur les installations mises à disposition.

En l'espèce, au vu des conditions définies par la collectivité concédante et des effets qui s'y attachent, la poursuite de l'exécution du BEA avec un des candidats à la délégation et l'obligation de conclure avec lui un contrat de mise à disposition du casino nous paraît de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats.

Et contrairement à ce que soutenait la commune en défense devant le TA, ce manquement est bien de nature à léser la société Grand casino de Dinant.

Dans ces conditions, vous accueillerez le moyen de méconnaissance du principe d'égalité et annulerez la procédure de passation de la délégation de service public litigieuse.

5. Un dernier mot sur les suites de cette affaire. Vous n'aurez pas forcément à le juger mais signalons que, pour garantir l'égalité de traitement entre les candidats, la commune aurait sans doute été mieux inspirée de résilier le BEA et d'indemniser la SCSA de la valeur des investissements non-amortis puis, le cas échéant, de prévoir un droit d'entrée correspondant à cette valeur à régler par l'attributaire de la nouvelle DSP. L'hypothèse d'un droit d'entrée correspondant à la valeur non-amortie des investissements réalisés par le précédent délégataire a été expressément admise par le Conseil d'Etat dans l'avis émis par la section des travaux publics le 9 avril 2005 sur les conventions de remontées mécaniques. Nous pensons qu'il n'y aurait pas nécessairement un grand effort à faire pour étendre cette solution au cas présent.

Par ces motifs, nous concluons :

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.

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, à l'annulation de la procédure de passation de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino ;
- à ce que la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux versent chacune à société du grand casino de Dinant la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.