



L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Sabrina HAMMOUDI, Doctorante en droit public, Université de Montpellier, CREAM.

DMA, DSA, DGA, AIA ; Parlez-vous le sigle numérique européen ?

Sous la présidence française, la stratégie numérique européenne a connu une importante accélération, donnant naissance à différents règlements qui ne manqueront pas d'influencer durablement l'action publique nationale dans les années à venir et méritent dès à présent notre attention.

Premier né de cette stratégie, le DGA (Data Gouvernance Act) vise à faciliter la circulation des données dans l'espace européen. Il met notamment en place un régime applicable à la réutilisation des données détenues par l'administration, dont la superposition avec le régime de réutilisation des documents administratifs ne manquera pas de soulever d'importantes questions. Adopté en mai 2022 et en voie d'être complété par le Digital Act (règlement sur les données), son application est prévue pour septembre 2023.

Le « couple » DMA/DSA intéressera quant à lui directement les régulateurs : Le Digital Market Act (règlement sur les marchés numériques) entend limiter, par différentes mesures de régulation ex ante, le pouvoir en ligne des grandes plateformes, tandis que le Digital Service Act (règlement sur les services numériques) encadre plus strictement la diffusion et la vente de contenu illicite en ligne. Publiés au journal officiel de l'U.E. en octobre dernier, ils seront tous deux applicables dans le courant de l'année 2023.

Enfin, et toujours en cours de négociation, l'AIA (Artificial Intelligence Act) identifie les intelligences artificielles « à haut risque », y compris celles utilisées par le secteur public, et entend créer un cadre harmonisé pour leur régulation. Dans sa dernière étude consacrée à l'intelligence artificielle et à l'action publique, le Conseil d'Etat appelle la CNIL à assumer le rôle d'autorité nationale de surveillance des systèmes d'IA, au sens du règlement.

N.D.L.R. : Lorsque, connecté à la WIFI d'un TGV de la SNCF, vous lirez à l'AJDA, au JCP A, ou sur un fil RSS, que le DSA et le DMA sont au J.O.U.E et que la CNIL et le CE se sont prononcés sur l'AIA tandis que l'ARCOM suit de près le DSA, ayez une petite pensée pour la N.L. du CREAM.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Tempête en prévision à Biarritz

CE, 2 décembre 2022, Hôtel du Palais, n°460100.

Ce sera donc le prestigieux Hôtel du Palais à Biarritz qui accueillera la très attendue réponse à la question suivante : la conclusion d'un bail en vue de l'occupation du domaine privé doit-elle être précédée d'une procédure de sélection en vertu de la directive « Services » du 12 décembre 2006, tel qu'interprétée par la Cour de justice dans son arrêt *Promoimpresa* (CJUE, 14 juillet 2016, C-458-14) ? On sait qu'à la suite de cet arrêt, avait été adoptée l'ordonnance du 19 avril 2017 qui prévoyait une telle procédure mais uniquement pour l'occupation du domaine public aux fins d'y exercer une activité économique. Pour écarter également l'application du droit européen, le Conseil d'État emprunte un détour balisé par la Cour avant lui et ayant reçu un accueil positif des commentateurs autorisés (N. FOULQUIER, *RDI* 2022, p. 171). Il estime qu'en donnant à bail une dépendance de son domaine privé, la personne publique n'agit pas en tant que puissance publique et ne confère pas d'autorisation, au sens de la directive, mais agit comme pourrait le faire tout opérateur privé pour la gestion et la valorisation de ses biens. Attention toutefois, la solution du Conseil d'État est susceptible de recevoir une interprétation tout aussi restrictive que celle qui est retenue

du droit européen, dès lors qu'elle peut être regardée comme limitée aux seuls contrats de bail de droit privé, sans trancher le cas d'un contrat similaire quant à l'objet mais contenant, en outre, une clause exorbitante du droit commun, redonnant à l'autorité administrative ses habits de puissance publique. En définitive, l'arrêt commenté, s'il sauvegarde le régime protecteur des preneurs à bail, qui auraient nécessairement perdu leur droit à renouvellement en cas d'application d'une procédure de sélection (v. art. préc.), n'est peut être pas le point final d'une controverse qu'il risque au contraire d'attiser. – **Léon BOUJOUT.**

Au sommaire de ce numéro

- | | |
|---------------------------------|----------|
| • Droit des contrats publics | p. 2 & 3 |
| • Droit de l'environnement | p. 2 |
| • Droit de l'urbanisme | p. 2 |
| • Contentieux administratif | p. 3 |
| • Droit administratif des biens | p. 3 |
| • Droit de l'Union européenne | p. 4 |

Droit des contrats publics

A Lyon, rien de nouveau sous le soleil de *Tam-et-Garonne*

CE, 2 décembre 2022, n° 454323 & CE, 2 décembre 2022, n° 454318.

Ces deux décisions, qui intéressent le contrat de partenariat public-privé relatif au projet de réhabilitation, restructuration et mise aux normes d'un site de l'ENS de Lyon, rappellent l'assèchement – consécutif à la décision *Département de Tam-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avr. 2014, n° 358994) – des voies de recours offertes aux tiers afin de remettre en cause l'existence des contrats administratifs. **Le premier arrêt** (n° 454323) rappelle en effet que la qualité de tiers privilégié est réservée au préfet ainsi qu'aux « membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné par le contrat. » Ce faisant, la reconnaissance de cette dernière, qui exonère le requérant de la démonstration d'un intérêt lésé de manière suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou ses clauses, en vue d'en contester la validité devant le juge de pleine juridiction, demeure limitée aux cas qui avaient été énoncés en 2014. C'est donc assez logiquement que le Conseil d'Etat refuse que soit regardé comme tel un membre d'un conseil d'administration d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel. **Le second arrêt** (n° 454318) apporte lui quelques précisions sur la notion d'« acte administratif portant approbation du contrat » qui, susceptible d'être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir, fut inaugurée – non sans prudence – deux ans après la décision *Tam-et-Garonne* (CE, 23 déc. 2016, *Association Études et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon*, n° 392815). Là encore, et sans grande surprise, le Palais-Royal en retient une conception pour le moins stricte, confirmant par la même occasion l'exil du recours pour excès de pouvoir aux confins du contentieux contractuel. Effectivement, un acte d'approbation est un « acte émanant d'une autorité distincte des contractants, concernant un contrat déjà signé et nécessaire à son entrée en vigueur ». Il en résulte que ne peut être considéré comme tel l'« acte participant au processus de conclusion du contrat ». Qualité de tiers privilégié reconnue dans des cas précisément circonscrits, notion d'acte d'approbation appréciée de façon restrictive... force est de constater que le barrage à la recevabilité des recours exercés par les tiers en matière contractuelle érigé par la jurisprudence *Tam-et-Garonne* n'est pas près de céder. – **Ugo ASSOUD**.

Droit de l'environnement

Fin de partie pour la chasse traditionnelle ardennaise

CE, 23 novembre 2022, *Association One Voice et Ligue de protection des oiseaux*, n° 457516.

Alors que le Conseil d'Etat vient de suspendre les autorisations de chasse aux filets et cages de l'alouette dans certains départements du Sud-Ouest (CE, 21 octobre 2022, n° 468151) c'est ici le recours au fond suite à la suspension, fin 2021, de l'autorisation donnée par le ministère de la Transition Écologique à la chasse par tenderie dans certains départements de l'Ardenne qui faisait l'objet du litige. La stratégie du Gouvernement, consistant à invoquer le caractère traditionnel des chasses pour les autoriser (v. nos newsletters n° 32 à 34), est à nouveau désapprouvée par le Conseil d'Etat qui avait déjà pu manifester sa lassitude. Celui-ci considère, dans la lignée de la CJUE (CJUE, 27 mars 2021, aff. C-900/19), que l'objectif de conservation d'une méthode de chasse traditionnelle ne constitue pas, à lui seul, une « solution alternative satisfaisante », notion présente à l'article 9 de la directive « Oiseaux » qui permet de déroger à l'interdiction de certaines techniques de chasse non sélectives au sens de ce même texte. Ainsi, le Conseil d'Etat se permet même d'indiquer au Gouvernement, qui soutenait le contraire, que la chasse à tir ou la chasse d'animaux d'élevage pourraient être reconnues comme des solutions alternatives satisfaisantes. Le Conseil d'Etat enfonce enfin le clou en considérant que l'autorisation de chasser le vanneau huppé nuit à la conservation de cette espèce menacée, rendant l'arrêté contraire à l'article L. 420-1 du Code de l'Environnement pris pour la transposition de la directive « Oiseaux ». – **Antoine OUMEDJANE**.

Droit de l'urbanisme

Demande illégale de pièces complémentaires vaut désormais autorisation tacite !

CE, Sect., 9 décembre 2022, *Société Télédiffusion de France*, n° 454521.

Par cette décision, le Conseil d'Etat entérine un saisissant revirement de jurisprudence quant à ce qu'il doit advenir des demandes d'autorisations d'urbanisme rejetées lorsque, au cours de leur instruction, l'autorité administrative a demandé une pièce qui n'est pas exigée par le code de l'urbanisme. Alors que dans de telles hypothèses le refus est évidemment illégal, le Conseil d'Etat avait néanmoins exclu de considérer que le demandeur pouvait être regardé comme étant implicitement titulaire de l'autorisation (v. pour une opposition à travaux concernant l'implantation d'une antenne-relais : CE, 9 décembre 2015, n° 390273). Cette position, défendue par Xavier Domino dans ses conclusions sous la décision précitée, était assez largement combattue par de nombreuses juridictions inférieures. Celles-ci semblent être arrivées à leurs fins. En l'espèce, dans le cadre d'une demande préalable relative à l'implantation d'une antenne-relais, le Conseil d'Etat énonce un considérant de principe selon lequel, dans le cas d'une demande illégale de pièces complémentaires, « une décision de non-opposition à déclaration préalable ou un permis tacite naît à l'expiration du délai d'instruction, sans qu'une telle demande puisse y faire obstacle ». – **Antoine OUMEDJANE**.

Modes amiables de règlement des différends : la fièvre continue-t-elle de grimper ?

CE, 7 nov. 2022, M. P... et autres, n° 454495.

Une transaction avait été conclue entre un établissement public de santé et une société civile de moyens afin de mettre un terme à des relations qui, bien qu'ayant débuté sous les meilleurs auspices, avaient progressivement tourné au vinaigre. Les parties s'y engageaient notamment à ne pas contester la légalité de l'autorisation à venir relative à l'exploitation d'un équipement médical accordée par l'Agence Régionale de Santé (ci-après « l'ARS »). Aussi, l'acte considéré était original à plus d'un titre. D'abord au regard de son objet ; l'ARS instruisant les candidatures au moment de sa conclusion, la décision que les parties renoncèrent à contester n'avait, de fait, pas encore été édictée. Ensuite au regard des cocontractants en cause ; l'administration à l'origine de l'acte ne comptant pas parmi ces derniers. Candidate malheureuse, la société contesta malgré tout l'autorisation accordée par l'ARS au profit du groupement concurrent dont l'établissement public était membre.

Le Conseil d'État, comme les juridictions du fond avant lui, estima que rien « ne fai[sait] obstacle » à la conclusion d'un tel contrat. S'il confirme que le contentieux de l'excès de pouvoir n'est pas – par principe – allergique à la transaction (CE, 6 juin 2019, *Centre hospitalier de Sedan*, n° 412732), on comprend également que la renonciation à la saisine du juge administratif pourra même intervenir avant l'édition de l'acte concerné. Il ne s'agit pourtant pas d'« un blanc-seing donné à l'administration pour agir dans l'illégalité » (A. SKZRYERBAK, concl. disponibles sur *Ariane*), ou encore d'une atténuation de la jurisprudence *Andréani* (CE, Ass., 19 nov. 1955, Rec. CE, p. 551). On rappellera effectivement que les faits ayant conduit à cet arrêt sont pour le moins singuliers et que « l'administration qui transige [en l'espèce] n'est pas celle qui prend la décision » (concl. préc.). D'ailleurs, le fichage de la décision commentée, en se référant en premier lieu à l'arrêt *Garde des sceaux* (CE, 26 oct. 2018, n° 421292), en relativise quelque peu la portée. Si fièvre des modes amiables il y a, la hausse du mercure est somme toute relative. – Ugo ASSOUAD.

Droit administratif des biens – Contrats publics

Tie break perdant pour le Sénat

CE, 2 décembre 2022, *Société Paris Tennis*, n° 455033.

Décidément, le fait d'occuper le Palais du Luxembourg n'immunise pas le Sénat contre la tentation de contourner les règles issues de la jurisprudence de la Cour siégeant au Grand Duché... C'est ce que nous apprend cet arrêt rendu à l'issue d'un second pourvoi en cassation. Était contesté par un tiers le contrat par lequel le Sénat, affectataire de l'auguste demeure de Marie de Médicis et de ses dépendances en vertu de l'ordonnance de 1958 sur les assemblées parlementaires, avait confié à la Ligue de Paris de Tennis l'exploitation des six courts de tennis situés dans le jardin du Luxembourg, sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable. C'était le nœud du problème. Avant de s'y atteler, le Conseil d'État censura la Cour qui avait analysé le recours comme celui résultant de la jurisprudence *SMPAT* (CE, Sect., 30 juin 2017, n°398445) et l'avait donc rejeté en estimant que l'absence de procédure préalable à la conclusion du contrat ne pouvait être regardée comme un vice d'une particulière gravité, seul de nature - pour faire simple - à permettre de faire droit à la demande. On peut déjà douter de l'argument sur le fond, mais, en tout état de cause, il s'agissait d'un authentique recours en contestation de la validité du contrat, dans le cadre duquel le vice invoqué est susceptible de conduire, *a minima*, à la résiliation du contrat sans pour autant présenter les caractères d'un vice d'une particulière gravité. Sur le litige en tant que tel, le Conseil devait d'abord déterminer les règles applicables. Pour ce faire, il estime que le contrat en cause constitue une convention d'occupation du domaine public, en l'absence de contrôle de la personne publique sur la gestion de l'activité elle-même, solution attendue mais raisonnement étonnant, dès lors que n'est pas clairement mobilisé le critère déterminant de distinction entre convention d'occupation et contrat de la commande publique tenant à la satisfaction d'un besoin de la personne publique (CE, sect. admin., 22 janvier 2019, *avis relatif à la réalisation de passerelles innovantes sur la Seine*, n°396221). En conséquence, l'opération était susceptible d'entrer dans le champ d'application de la directive « Services » du 12 décembre 2006, ainsi qu'il en résultait de la fameuse jurisprudence *Promoimpresa* (CJUE, 14 juillet 2016, C-458-14), étant précisé que l'ordonnance de 2017 procédant à la mise en conformité du droit français n'était pas applicable, le contrat ayant été conclu en 2016. Ce dernier ayant, en outre, pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité économique sur le domaine public, en particulier l'exploitation de courts de tennis qui, du fait de leur localisation exceptionnelle et du faible nombre d'installations similaires au centre de la capitale, doivent être regardés comme une ressource rare, sa conclusion devait bien être précédée d'une procédure de sélection préalable. À défaut, la résiliation est prononcée. Il reste toutefois étonnant qu'ici le Conseil voie dans le Sénat une « autorité compétente », au sens de la directive, alors qu'ailleurs et pour l'exploitation d'un monument historique comprenant environ 140 suites ce critère n'est pas satisfait (v. actualité du mois & F. MELLERAY, *AJDA* 2022, p. 2369)... – Léon BOJOUT.

La transparence a ses limites, même en matière de lutte contre le blanchiment !

CJUE, Gde Ch., 22 novembre 2022, *WM et Sovim SA c/ Luxembourg business register*, aff. C-37/20.

Afin de vérifier que les fonds des sociétés ne soient pas issus ou utilisés pour des activités illégales, l'article 30 de la directive anti-blanchiment de 2015 oblige les États à tenir un « registre central » des « bénéficiaires effectifs » des sociétés constituées sur leur territoire. La modification de cette directive en 2018 est cependant venue étendre largement le champ des personnes susceptibles d'avoir accès à ce registre. Aux côtés des autorités de renseignement financier et des établissements de crédit et de finance, ce n'est plus toute autre personne dotée d'un « intérêt légitime » mais « tout membre du grand public » qui peut avoir accès, *a minima*, au nom, à la date de naissance, au pays de résidence, à la nationalité et à la nature des intérêts détenus des personnes figurant sur les registres.

Les affaires renvoyées à la Cour de Justice mettaient en jeu deux bénéficiaires de sociétés qui s'étaient vu refuser l'admission de l'exception des « circonstances exceptionnelles » limitant l'accès à ces informations au grand public, notamment en cas de « risque disproportionné [...] d'enlèvement, de chantage, d'extorsion ». Si elle avait confirmé le refus du registre luxembourgeois, la juridiction interrogeait la Cour sur la validité de ces dispositions au regard du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données personnelles.

La Cour considère que la transmission de ces informations au grand public constitue une ingérence grave dans les droits susmentionnés, eu égard à la nature des informations transmises, ainsi qu'à leur accès à un « nombre potentiellement illimité de personnes », lesquelles ne seront pas forcément animées du désir de prévenir la lutte contre le blanchiment. Néanmoins, la Cour considère que l'ensemble ne porte pas atteinte à l'essence des droits fondamentaux affectés et poursuit un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union.

In fine, c'est sur le caractère nécessaire et proportionné que la Cour déclare l'invalidité de la mise à disposition au grand public. La stricte nécessité qui prévaut en matière de droit à la protection des données personnelles n'est pas respectée puisque la directive précise au conditionnel que l'accès des informations au grand public « peut contribuer » à la lutte contre le blanchiment. Quant à la proportionnalité, le fait que les informations transmises ne soient pas énoncées limitativement et que les informations minimales soient particulièrement nombreuses et attentatoires au droit au respect de la vie privée termine de convaincre, d'une part de l'invalidité, de l'autre qu'il faudra trouver un nouvel équilibre. – **Antoine OUMEDJKANE**.

Toute l'équipe de la Newsletter du CREAM vous souhaite de bonnes fêtes de fin d'année,
et vous donne rendez-vous le 15 janvier 2023 pour le numéro 45 !

