

# Veille juridique

SEPTEMBRE 2023



## À NE PAS MANQUER CE MOIS-CI ...

### ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

- Détermination de la responsabilité solidaire entre les constructeurs – **Page 2**
- Illicéité des chartes promoteurs – **Page 3**

### DROIT DE L'URBANISME

- L'annulation d'un refus d'abrogation d'un Plan Local d'Urbanisme, ou la consécration de l'annulation indirecte d'un PLU – **Page 4**
- Le droit de préemption urbain ... en dehors des zones urbaines ! – **Page 5**
- Un sursis à statuer qui n'attend plus – **Page 7**
- Une décision inédite relative à la levée de la suspension après un permis modificatif – **Page 8**

### CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

- L'obligation de vérification d'une offre anormalement basse lors d'une interrogation par un candidat évincé – **Page 9**
- Garantie décennale : inapplicabilité de l'article 1792-7 du code civil aux marchés publics de travaux – **Page 11**
- Après les émeutes, le gouvernement tente de faciliter la reconstruction des bâtiments et équipements publics – **Page 12**

### COLLECTIVITES TERRITORIALES

- Activité numérique et protection des données – **Page 14**

## ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

### Détermination de la responsabilité solidaire entre les constructeurs

Conseil d'État, 7ème chambre, 09/08/2023, 466468, Inédit au recueil Lebon

La Communauté d'agglomération du Choletais (CAC) a entrepris, en 2004, la construction d'un complexe ludique et sportif sur le territoire de la commune de Cholet. Les travaux ont été réceptionnés le 12 décembre 2007 avec des réserves, qui ont été levées en partie, avec date d'effet au 12 décembre 2007. Postérieurement à la réception des travaux, la CAC a procédé auprès de son assureur à plusieurs déclarations de sinistres relatives à divers désordres affectant le complexe. La SMABTP, se prévalant de sa qualité d'assureur subrogé dans les droits de la Communauté d'agglomération du Choletais, a demandé au tribunal administratif de Nantes de condamner les entreprises titulaires des marchés de travaux solidairement avec les sociétés de cabinets d'architectes, à lui verser la somme de 1 305 621,86 euros et de 165 215,08 euros au titre des désordres affectant l'édicule d'un toboggan, le bassin ludique extérieur et le sous-sol technique. La compagnie d'assurance a demandé également à la juridiction de condamner l'équipe de maîtrise d'œuvre à lui verser la somme de 154 052,72 euros au titre du dysfonctionnement de la production d'eau

chaude mitigée sanitaire affectant le complexe. Par un jugement n° 1710941 du 3 juin 2020, le tribunal administratif de Nantes a rejeté la demande qui lui était présentée.

La Cour administrative d'appel de Nantes sur appel de la SMABTP a annulé ce jugement et, statuant par la voie de l'évocation, mais a rejeté la demande et le surplus de la requête d'appel de la SMABTP.

Saisi du contentieux, le Conseil d'État infirme le raisonnement de la juridiction de première instance et annule l'arrêt rejetant la demande de condamnation solidaire présentée par la SMABTP au motif qu'elle ne la mettait pas à même de distinguer parmi les parties visées celles devant être exclues de la condamnation solidaire recherchée et celles devant supporter la condamnation. **Il appartenait, en effet, à la Cour de rechercher si, pour chacune des entreprises visées, des désordres de nature à engager sa responsabilité décennale lui étaient imputables.**

Par suite, la SMABTP était fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.

## Illicéité des chartes promoteurs

**Tribunal administratif de Rouen n° N° 2202586, PREFET DE LA SEINE-MARITIME c. commune de Bois-Guillaume, 26 janvier 2023**

Par une délibération du 3 février 2022, le conseil municipal de Bois-Guillaume, commune membre de la Métropole Rouen Normandie, a approuvé la Charte de l'urbanisme et du cadre de vie. A destination « de l'ensemble des opérateurs immobiliers qui y adhèrent en la signant », la charte se propose « de fixer les règles du jeu » en permettant « de trouver un point d'équilibre entre les intérêts des opérateurs immobiliers (...) et l'intérêt général de la ville (...) ».

Le représentant de l'État dans le département a déféré cette délibération reprochant à la Commune de Bois-Guillaume d'avoir créé de nouvelles dispositions légales/réglementaires « *s'imposant aux demandes d'autorisation d'urbanisme présentées par des opérateurs immobiliers, alors que seules les dispositions normatives prévues et encadrées par la loi peuvent réglementer l'instruction des autorisations d'urbanisme* ». Le tribunal

reçoit cette argumentation et rappelle qu'il résulte des dispositions du Code de l'urbanisme (art. L 423-1 et R 431-4) que les demandes d'autorisations d'urbanisme ne peuvent être instruites que dans les conditions fixées par les dispositions législatives et réglementaires dudit code, qui définissent de manière limitative les informations ou pièces qui sont susceptibles d'être demandées par l'autorité compétente.

Or en l'espèce, la Charte de l'urbanisme et du cadre de vie de la Commune de Bois-Guillaume imposait notamment de présenter le projet architectural, le programme et le prix moyen de l'opération ; et pour les projets comportant 30 logements et plus, de se soumettre à un jury d'architectes auquel la ville sera associée.

Le tribunal a donc considéré que de telles prescriptions d'urbanisme étaient irrégulières.

## DROIT DE L'URBANISME

### L'annulation d'un refus d'abrogation d'un Plan Local d'Urbanisme, ou la consécration de l'annulation indirecte d'un PLU

**Tribunal administratif de Bastia, 7 juillet 2023, n° 2101207**

Bien que selon un célèbre proverbe Corse on « *ne doit pas parler des choses qui fâchent* », le Tribunal administratif de Bastia, dans son jugement du 7 juillet 2023, n'a pas eu peur de contrarier les Communes du littoral Corse.

Au cas d'espèce dont avait à connaître le Tribunal, une petite Commune du littoral de l'île de beauté avait redéfini le zonage de son territoire par une révision générale de son PLU, emportant une ouverture à l'urbanisation de très nombreuses parcelles situées en dehors des zones urbaines.

Cette décision a naturellement été contestée par une association de défense de l'environnement, laquelle, n'ayant pu demander à la Commune de retirer son PLU faute d'avoir agi dans le délai de recours de deux mois, a demandé à la Commune d'abroger son document, cette demande pouvant être faite sans limite de délai (Article L. 243-2 du Code de justice administrative).

La Commune ayant gardée le silence à la suite de cette demande, une décision implicite de refus d'abroger en a résulté.

Cette décision a été contestée devant le Tribunal administratif de Bastia par la voie

d'une requête en annulation, laquelle permet au Tribunal de statuer, de la même manière que dans le cadre d'un recours direct, sur la légalité du PLU.

Constatant la démesure de l'ouverture à l'urbanisation induite par le PLU en litige et son incompatibilité avec l'article L. 121-8 du Code de l'urbanisme relatif à l'extension de l'urbanisation en continuité des agglomérations, le Tribunal administratif de Bastia a fait droit à la demande de l'association et a annulé la décision implicite de la Commune refusant d'abroger son PLU.

En conséquence, le Tribunal enjoint à la Commune de saisir, dans un délai de trois mois, son conseil municipal afin d'abroger totalement son PLU.

Une telle mesure est plutôt rare, les juridictions administratives étant généralement plus enclines à enjoindre d'instruire de nouveau que d'imposer le sens de la décision à prendre.

Ce jugement a le mérite de rappeler qu'en l'absence de recours direct, une action « indirecte » par la voie d'une demande d'abrogation permet utilement de contester la légalité d'un document d'urbanisme.

## Le droit de préemption urbain ... en dehors des zones urbaines !

### Article 6 de la Loi n° 2023-630 du 20 juillet 2023

Il n'est plus besoin de présenter le droit de préemption urbain défini par l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme tant son utilisation, dans une époque marquée par la raréfaction du foncier constructible, est d'usage courant pour les collectivités.

Ces dernières sont ainsi autorisées à délibérer pour déterminer les zones dans lesquelles ce droit trouvera à s'appliquer aux futures ventes.

Jusqu'à présent, les zones « éligibles » au droit de préemption urbain étaient cantonnées aux zones urbaines (U) et à urbaniser (AU).

Les zones naturelles, forestières et agricoles étaient de droit exclues de cette prérogative de puissance publique.

Cela était sans compter sur la Loi du 22 août 2021 dite « *Loi Climat et Résilience* », longuement commenté par le Cabinet ASEA dans nos précédentes news letter.

En effet, par une Loi n° 2023-630 du 20 juillet 2023, le législateur a autorisé les collectivités à étendre le droit de préemption urbain à toutes les zones de leurs territoires dans le cadre de « *la mise en œuvre des objectifs de lutte contre l'artificialisation des sols* ».

Le nouvel article L. 211-1-1 du Code de l'urbanisme élargit ainsi ce droit à des secteurs dits « *prioritaires* » pour lutter contre l'artificialisation des sols.

Ce droit peut donc aujourd'hui concerner des « *terrains contribuant à la préservation ou à la restauration de la nature en ville, notamment lorsqu'il s'agit de surfaces végétalisées ou naturelles situées au sein des*

*espaces urbanisés* », sur des « *zones présentant un fort potentiel en matière de renaturation, en particulier dans le cadre de la préservation ou de la restauration des continuités écologiques* » ou encore des « *terrains susceptibles de contribuer au renouvellement urbain, à l'optimisation des espaces urbanisés ou à la réhabilitation des fiches* ».

Cet article est d'application immédiate.

Si ce nouveau droit est évidemment caractérisé par son élargissement aux zones non urbaines, il traduit surtout un renversement de sa logique initiale.

A l'origine, le droit de préemption urbain était conditionné à l'existence d'un projet d'aménagement ou de construction sur le terrain préempté.

C'est dorénavant, à l'inverse, un « *non-projet* » que la Collectivité devra mettre en avant afin de pouvoir préempter un terrain par le biais de l'article L. 211-1-1 du Code de l'urbanisme : Il n'est plus nécessaire de construire ou d'aménager mais bien au contraire de renaturer, restaurer un écosystème ou encore « *recycler un foncier* ».

Renaturation ou restauration qui devront toujours, bien sûr, faire l'objet d'une justification.

Justification toutefois bien plus aisée à réaliser compte-tenu de la nature intrinsèquement « *naturelle* » des opérations en causes.

Ces actions sont, par ailleurs, insérées au sein de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, dont la vocation est d'encadrer

les opérations pouvant justifier l'établissement d'un droit de préemption urbain.

Il est certain que si ce nouveau droit va dans le sens d'une prise en compte accrue de l'environnement et de ses enjeux, il ne manquera pas de mécontenter de très nombreux acteurs du secteur sur qui pèseront davantage les prérogatives de puissances publique des Collectivités.

Dans une période marquée par la raréfaction du foncier utilisable, de

l'augmentation du coût des matières premières et de l'énergie ainsi que d'une baisse significative des projets d'aménagement, ce droit arrive comme un pavé dans la marre.

Un juste équilibre entre réalisation de projets vertueux et conservation des sols devra nécessairement être trouvée.

Un équilibre qui, à l'heure actuelle, est laissé entre les mains des collectivités, acteurs privilégiés de la lutte contre l'artificialisation des sols.

## Un sursis à statuer qui n'attend plus

### Article 6 de la Loi n° 2023-630 du 20 juillet 2023

La délivrance d'une autorisation d'urbanisme peut faire l'objet d'un sursis à statuer à la condition *sine qua non* que le débat sur le projet d'aménagement et de développement durable (PADD) ait été réalisé.

C'est en tout cas ce qui pouvait être lu dans tous les manuels de droit administratif avant le 20 juillet 2023.

Par son article 6, déjà commenté quant à l'instauration d'un nouveau droit de préemption, la Loi n° 2023-630 du 20 juillet 2023 a élargie la possibilité pour les collectivités de sursoir à statuer sur les demandes d'autorisations d'urbanisme.

Ce « *nouveau sursis* » vise à éviter que des autorisations d'urbanisme ne contreviennent aux objectifs de réduction de l'artificialisation des sols fixés par un PLU en cours d'élaboration, de modification ou de révision.

Ainsi, dès qu'un PLU fait l'objet d'une de ces procédures, la collectivité pourra, sans attendre la réalisation du débat sur le PADD, sursoir à statuer sur une demande d'autorisation d'urbanisme qui s'avérerait contraire aux futurs objectifs fixés par le PLU modifié.

Un tel sursis ne peut être opposé à un projet pour lequel la consommation d'espaces naturels, agricoles et forestiers (ENAF) qui en résulte est compensée par la renaturation au moins équivalente à l'emprise du projet.

Par ailleurs, le délai de validité de ce sursis à statuer est déconnecté de l'article L. 424-1 du Code de l'urbanisme de sorte que son délai de validité court jusqu'à l'approbation du nouveau PLU.

A l'expiration de ce délai, la collectivité devra statuer sur la demande dans un délai de deux mois à compter de la confirmation, par le pétitionnaire, de cette demande. A défaut, l'autorisation sera considérée comme accordée tacitement.

## Une décision inédite relative à la levée de la suspension après un permis modificatif

### Décision du 16 juin 2023 du Conseil d'Etat, n° 470160

Par une décision du 16 juin 2023 (n°470160) mentionnée aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'Etat est venu préciser l'office du juge des référés lorsqu'il est saisi d'une demande de levée de la suspension d'un permis de construire, prononcée en référé et suite à l'intervention d'un permis modificatif.

Les faits sont classiques : le Maire de Courchevel avait délivré un permis de construire un hôtel à une SCI. Saisi d'un recours en référé, le juge avait suspendu cette autorisation au motif que trois irrégularités faisaient créer un doute quant à la légalité de la décision.

Suite à l'obtention d'un permis de construire modificatif, le pétitionnaire a, saisi le juge des référés du Tribunal Administratif d'une demande tendant à ce qu'il soit mis fin à la suspension prononcée par l'ordonnance de référé.

Par une nouvelle ordonnance, le juge des référés a levé la suspension de l'exécution du permis de construire litigieux.

Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré que : « *saisi d'une demande tendant à ce qu'il soit mis fin aux effets de cette suspension dans le cadre de la procédure régie par l'article L. 521-4 du même code, au moyen qu'un permis modificatif ou une mesure de régularisation, produit dans le cadre de cette nouvelle instance, régularise-le ou les vices précédemment relevés, il appartient à ce juge, pour apprécier s'il est possible de lever la suspension du permis ainsi modifié [...] de tenir compte, d'une part, de la portée du permis modificatif ou dans la mesure de régularisation sur les vices précédemment relevés et, d'autre part, des vices allégués ou d'ordre public dont le permis modificatif ou la mesure de régularisation serait entaché et qui seraient de nature à y faire obstacle* ».

Par conséquent, saisi d'une demande en ce sens, le juge des référés doit prendre en compte d'une part l'incidence du permis modificatif et d'autre part les vices allégués propres à ce permis modificatif.

### L'obligation de vérification d'une offre anormalement basse lors d'une interrogation par un candidat évincé

Cour de justice de l'Union Européenne, 11 mai 2023, n° C101/22

Quel est le degré de justification qu'un pouvoir adjudicateur doit apporter à un candidat évincé ?

La CJUE a eu l'occasion de répondre, en partie, à cette question très délicate.

En l'espèce, le groupement dirigé par la société Sopra Steria Benelux avait soumissionné à un lot d'un marché passé par la Commission européenne. Par un courrier du 2 juillet 2020, la Commission a informé le groupement du rejet de son offre au profit d'une entreprise, seule autre candidate sur ce lot. Le même jour, Sopra Steria Benelux a demandé à la Commission de lui fournir les caractéristiques communicables concernant l'évaluation de l'attributaire.

Le 3 juillet 2020, la Commission a répondu au requérant que le contrat avait été attribué au consortium ARHS-IBM en joignant au courrier un rapport d'évaluation détaillé. En réaction à ces informations, le candidat évincé a contesté la procédure d'appel d'offres, et notamment l'offre financière de l'entreprise retenue, qu'il considérait comme « *ne pouvant être viable sans risque de dumping social* ». La Commission a rétorqué qu'à l'issue de l'analyse financière qu'elle avait menée, « *l'offre retenue avait révélé qu'elle était en conformité avec les conditions du marché des pays à partir desquels les contractants et leurs*

*sous-traitants exécuteraient les services demandés.* ».

Un premier recours a été déposé au Tribunal le 2 septembre 2020 qui soulève le manque de motivation concernant le refus de qualifier d'offre anormalement basse celle retenue pour le marché en question et le non-respect des procédures de contrôle pour un tel type d'offre prévues par le règlement financier.

La CJUE fût donc saisi par la Commission.

La CJUE précise tout d'abord que le contrôle de l'offre anormalement basse s'effectue en deux « phases » dans la première le pouvoir adjudicateur doit les scruter à la recherche d'indices pouvant laisser présager un caractère anormalement bas au niveau financier.

C'est seulement en cas de soupçon avéré qu'il doit procéder à une analyse plus détaillée en donnant la possibilité au soumissionnaire mis en cause de s'expliquer. Dans l'hypothèse où l'offre se révèle être anormalement basse après l'ensemble de cette procédure, l'acheteur est dans l'obligation d'écarter le candidat concerné.

Ainsi la CJUE confirme qu' « *Hormis l'hypothèse dans laquelle les arguments avancés par le soumissionnaire évincé*

*seraient dépourvus de pertinence ou de toute motivation, le pouvoir adjudicateur est donc tenu, d'une part, de procéder à une analyse détaillée de l'offre retenue afin d'établir que celle-ci ne présente effectivement pas un caractère anormalement bas et, d'autre part, d'en communiquer les grandes lignes au soumissionnaire évincé qui l'a expressément interrogé sur ce point. »*

Ainsi les doutes qui peuvent amener à un examen plus approfondi d'une offre financière peuvent être soulevés par un candidat évincé. Et le refus, de la part du pouvoir adjudicateur de donner suite aux contestations portées sur une offre au titre que celle-ci a passé avec succès la première étape du contrôle serait contraire au droit à un recours effectif consacré dans la charte des droits fondamentaux.

## Garantie décennale : inapplicabilité de l'article 1792-7 du code civil aux marchés publics de travaux

Conseil d'Etat, 5 juin 2023, n° 461341

A l'occasion d'un arrêt en date du 5 juin 2023, le Conseil d'Etat est venu préciser sa jurisprudence en matière de garantie décennale, en se prononçant sur l'applicabilité des dispositions de l'article 1792-7 du Code civil aux marchés publics de travaux.

Pour mémoire, le Code civil précise que les désordres affectant les éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble, impropre à sa destination.

L'article 1792-7 du Code prévoit néanmoins une exception à ce principe dans l'hypothèse où l'élément d'équipement a pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle. Le Code prévoit alors que cet élément d'équipement n'est soumis à aucune garanties des articles 1792 et suivants :

*« Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle de l'ouvrage ».*

Pragmatique, le Conseil d'Etat s'est pour sa part, affranchi de ce principe en matière de marchés publics. Comme le souligne le Rapporteur public dans ses conclusions, la présence d'éléments d'équipement dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle, se retrouve dans la quasi-totalité des marchés publics de travaux. Appliquer directement cet article 1792-7 du Code civil en la matière risquerait de priver largement d'effectivité le régime de la responsabilité décennale.

*« Les dispositions de l'article 1792-7 du Code civil [...] ne sont pas applicables à la garantie décennale à laquelle sont tenus les constructeurs au titre de marchés publics de travaux ».*

Tirant les conclusions de ce nouveau principe « régissant la garantie décennale des constructeurs », la Haute juridiction juge ainsi inopérant le moyen tiré de ce que la Cour administrative d'appel aurait commis une erreur de droit en s'abstenant de rechercher si les équipements en cause (en l'occurrence des groupes frigorifiques) avaient pour fonction exclusive l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage.

## Après les émeutes, le gouvernement tente de faciliter la reconstruction des bâtiments et équipements publics

**Ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 portant diverses adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique nécessaire à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023**

**Ordonnance n° 2023-870 du 13 septembre 2023 tendant à l'accélération de la délivrance et la mise en œuvre des autorisations d'urbanisme permettant la reconstruction et la réfection des bâtiments dégradés au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023**

**Ordonnance n° 2023-871 du 13 septembre 2023 visant à faciliter le financement de la reconstruction et de la réfection des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023**

Faisant suite aux émeutes survenues en France entre les 27 juin et 5 juillet 2023, le Gouvernement a, par ordonnances, pris un certain nombre de mesures destinées à accélérer et faciliter les opérations de reconstruction ou de réfection **des équipements et bâtiments publics** dégradés ou détruits.

**En matière de commande publique**, l'ordonnance du 26 juillet 2023, applicable pour une durée de neuf mois à compter de son entrée en vigueur, prévoit trois mesures phares :

- D'une part, les acheteurs publics concernés par cette ordonnance, ont la possibilité de passer, sans publicité mais avec une mise en concurrence préalable, des marchés de travaux d'un montant inférieur à 1 500 000€ HT.
- Les acheteurs publics peuvent d'autre part, sans justification ni limitation de montant, déroger au principe d'allotissement prévu à l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique.

- Les maîtres d'ouvrages publics peuvent enfin, choisir de passer un marché de conception-réalisation sans condition et ce, quel que soit le montant du marché.

L'ordonnance du 13 septembre dernier, prévoit quant à elle, **un régime dérogatoire au Code de l'urbanisme**, qui a vocation à s'appliquer pour toutes les demandes d'autorisations d'urbanisme déposées dans les 18 mois suivant l'entrée en vigueur de ladite ordonnance.

Il est notamment prévu :

- D'autoriser la reconstruction ou réfection à l'identique des bâtiments publics quand bien même une disposition du plan local d'urbanisme ou de la carte communale s'y oppose. Les reconstructions des bâtiments d'origine avec des adaptations limitées ou des modifications justifiées par l'amélioration de la performance environnementale, de

la sécurité ou de l'accessibilité du bâtiment sont également possibles.

- D'accélérer l'instruction des demandes d'autorisation d'urbanisme.
- Que l'autorité compétente puisse recourir à une procédure de participation du public par voie électronique en lieu et place d'une enquête publique.

L'ordonnance prévoit enfin, la possibilité de commencer les travaux préliminaires dès le dépôt de la demande d'urbanisme et donc, de ne plus attendre l'obtention de l'autorisation d'urbanisme ou le caractère exécutoire de la déclaration.

Une dernière ordonnance est destinée à **faciliter le financement** des projets de reconstruction ou réfection des bâtiments publics **locaux** dégradés au cours des émeutes.

Ce texte daté du 14 septembre 2023, déroge aux règles de financement des collectivités territoriales et de leurs

groupements et établissements publics sur trois volets :

- Tout d'abord, l'ordonnance permet d'accélérer les attributions du fonds de compensation de la TVA (FCTVA) en instaurant une dérogation au régime de leur versement.
- L'ordonnance précise ensuite que l'obligation de participation minimale du maître d'ouvrage ne sera pas applicable, les subventions pouvant couvrir l'intégralité des travaux.
- Le texte prévoit finalement, la suppression du plafonnement des fonds de concours versés entre les EPCI à fiscalité propre et leurs communes membres.

Ces différentes mesures financières ont vocation à réduire l'impact des opérations de reconstruction ou réfection sur le budget des collectivités.

## COLLECTIVITES TERRITORIALES

### Activité numérique et protection des données

Cour de justice de l'Union Européenne, 4 juillet 2023, n° C252/21

L'activité numérique d'une personne constitue l'ensemble des interactions que cette personne a pu avoir sur internet. Ces interactions sont conservées sur le *hardware* (l'ordinateur, la tablette, le smartphone) de l'utilisateur sous la forme de *cookies*.

Or, ces cookies sont susceptibles d'être collectés.

Dans son arrêt du 4 juillet 2023, la Cour de justice de l'Union Européenne pose les conditions à respecter pour collecter ces cookies.

En l'espèce, une enquête de l'autorité fédérale de la concurrence allemande avait considéré que la collecte de ces données par le réseau social Facebook était fautive et constituait un abus de position dominante.

La CJUE a d'abord précisé les conditions de contrôle du respect du RGPD : « [...] **sous réserve du respect de son obligation de coopération loyale avec les autorités de contrôle**, une autorité de la concurrence d'un État membre peut constater, dans le cadre de l'examen d'un abus de position dominante de la part d'une entreprise [...] ».

La CJUE rappelle que seules les autorités de contrôles compétentes peuvent sanctionner une atteinte à la protection des données.

Sur la question de la collecte des données « d'activité numérique », la CJUE considère que « **le traitement de données à caractère personnel** par l'opérateur de ce réseau social en ligne, consistant en la collecte, au moyen d'interfaces intégrées, de cookies ou de technologies d'enregistrement similaires, des données issues de la consultation de ces sites et de ces applications ainsi que des données insérées par l'utilisateur, en la mise en relation de l'ensemble de ces données avec le compte du réseau social de celui-ci et en l'utilisation desdites données par cet opérateur, doit être considéré comme un « traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel », au sens de ladite disposition, **qui est en principe interdit** »

La CJUE précise que parmi les possibilités de licéité de collecte de ces données, le consentement en est le premier, la CJUE précise que « la circonstance que l'opérateur d'un réseau social en ligne occupe une position dominante sur le marché des réseaux sociaux en ligne ne fait pas obstacle en tant que telle à ce que les utilisateurs d'un tel réseau puissent valablement consentir. [...] Cette circonstance constitue néanmoins un élément important pour déterminer si le consentement a effectivement été donné valablement et, notamment, librement, ce qu'il incombe audit opérateur de prouver. ». En cela la CJUE considère que le consentement

« classique » à la collecte de données personnelles ne suffit pas et que le responsable du traitement des données personnelles doit prouver que le consentement n'a pas été faussé, et que les individus ont eu connaissance de la nature des données dont ils acceptent la collecte, et du but de celle-ci.

La Cour rappelle, ensuite, qu'en l'espèce, le traitement de données à caractère personnel d'un ou plusieurs services de Meta part un autre service de Meta doit être objectivement indispensable à la fonctionnalité de ce dernier service. Ainsi la Cour considère qu'« *un traitement de données à caractère personnel issues de services autres que le service du réseau social en ligne proposés par le groupe Meta ne paraît pas être nécessaire pour permettre la fourniture de ce dernier service.* »

La CJUE considère ainsi que « *Lorsqu'il (l'utilisateur) insère des données dans de tels sites Internet ou dans de telles applications ou lorsqu'il active des boutons de sélection intégrés à ces sites et à ces applications, tels que les boutons « j'aime » ou « partager » ou les boutons permettant à l'utilisateur de*

*s'identifier sur ces sites ou ces applications en utilisant les identifiants de connexion liés à son compte d'utilisateur du réseau social, son numéro de téléphone ou son adresse électronique, un tel utilisateur ne rend manifestement publiques, au sens de cet article 9, paragraphe 2, sous e), les données ainsi insérées ou résultant de l'activation de ces boutons que dans le cas où il a explicitement exprimé son choix au préalable, le cas échéant sur la base d'un paramétrage individuel effectué en toute connaissance de cause, de rendre les données le concernant publiquement accessibles à un nombre illimité de personnes.* »

Ainsi, concernant les réseaux sociaux, la création d'un lien entre le réseau social et le site externe (notamment les partages ou les likes) ne suffit pas à rendre ces données personnelles publiques. Il faut en effet que le compte de l'individu soit public.

Le fait de rendre son compte public permet la collecte de données y compris les cookies provenant d'autres sites, si un lien entre le site et le réseau social a été créé.