

Revue Lamy de la concurrence

Une autorité de concurrence doit-elle être impartiale ?
À propos de l'ordonnance du 1^{er} mars 2019 rejetant
une requête en suspicion légitime contre l'Autorité
polynésienne de la concurrence

Bernard BOULOC

- Électricité nucléaire et défaillance de marché : la nécessité de maintenir une régulation *Guillaume DEZOBRY*
- Le droit de la concurrence : un moyen de conforter la libéralisation régulée des professions juridiques réglementées *Cheik GALOKHO*
- Le sévère rappel à l'ordre (concurrentiel) de l'Autorité de la concurrence contre les pratiques anticoncurrentielles d'un ordre professionnel dans les marchés publics *Claire MONGOUACHON*
- Les professions réglementées à l'heure de la concurrence : un regard économique *Ariane CHARPIN et Angela MUNOZ*
- Commande publique et candidature des personnes publiques : le statut d'établissement public n'est pas un obstacle ! *Mathias AMILHAT*
- L'auto-notation par les candidats à un marché public *Elie WEISS*

90 | MENSUEL
JANVIER 2020

RLC 3702

Communication des fadettes à l'Autorité de la concurrence : modalités de l'accès aux données de connexion des personnes suspectées de pratiques anticoncurrentielles

Un décret d'application de la loi Pacte vient préciser les modalités du nouveau pouvoir d'enquête de l'Autorité de la concurrence consistant à accéder aux données de connexion des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles. Analyse du dispositif.

D. n° 2019-1247, 28 nov. 2019, JO 29 nov.

Le décret n° 2019-1247 du 28 novembre 2019 relatif à la procédure de communication des données de connexion précise les modalités d'application de l'article L. 450-3-3 du code de commerce qui permet à l'Autorité de la concurrence d'avoir accès aux données de communications électroniques.

Pour rappel, depuis le 30 novembre 2019, l'Autorité de la concurrence peut accéder aux fadettes des personnes faisant l'objet d'une enquête sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

Abréviation de « facture détaillée », la fadette ne doit donc rien à George Sand ! Elle correspond aux données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication. En y ayant accès, l'Autorité de la concurrence sera informée des données de connexion, notamment des personnes qui ont été appelées, de la date et de l'heure de l'appel, sa durée et sa localisation géographique et des données de

facturation, comme les coordonnées bancaires.

L'accès aux fadettes est soumis à l'autorisation préalable du contrôleur des données de connexion, qui est un contrôleur indépendant de l'Autorité de la concurrence, alternativement membre du Conseil d'État et magistrat de la Cour de cassation. L'autorisation préalable est obtenue par l'Autorité de la concurrence à la suite d'une demande motivée d'accès aux données.

Le décret n° 2019-1247 précise les éléments devant figurer dans cette demande, par l'insertion des articles R. 450-4 et suivants du code de commerce. De manière non exhaustive, la demande doit comprendre l'identité des personnes suspectées, le type de données demandées ou encore les éléments de fait et de droit permettant de justifier cette demande.

À noter

Le texte donne peu d'indications quant aux éléments devant être fournis par l'Autorité afin d'obtenir l'autorisation d'intercepter les données de connexions, laquelle doit simplement fournir « *les éléments de fait et de droit permettant de justifier [la] demande* ».

Il ressort néanmoins de la formulation du texte que l'Autorité pourra a priori obtenir les données non seulement des personnes directement impliquées dans les pratiques identifiées mais également celles de « *toute autre personne pour laquelle l'accès aux données de connexion apparaît nécessaire à l'enquête* ». Le nombre de personnes concernées peut donc être conséquent.

Quant aux « *périodes au titre desquelles les données de connexion sont demandées* », ces dernières devront simplement être précisées : l'Autorité peut donc potentiellement avoir accès aux données de connexion selon un laps de temps important.

Le texte dispose également que l'Autorité de la concurrence doit mettre en place des modalités permettant de garantir la confidentialité des données transmises, notamment lorsqu'elle adresse sa demande d'autorisation d'accès aux données de connexion ou lorsqu'elle conserve les données recueillies. Une des dispositions du présent décret précise à cet égard que « les données transmises par les opérateurs de télécommunication sont recueillies et conservées, jusqu'à leur destruction, selon des modalités propres à garantir leur confidentialité ».

L'accès aux données par l'Autorité de la concurrence pose la question de sa conciliation avec le droit au respect de la vie privée des personnes suspectées de pratiques anticoncurrentielles. Lors de l'examen de la loi Macron en 2015 (L. n° 2015-990, 6 août 2015, JO 7 août), le Conseil constitutionnel avait jugé qu'un pouvoir d'accès aux données de connexion, démunies de garanties, était contraire au droit

au respect de la vie privée et avait alors retoqué l'introduction de cette nouvelle faculté (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, pts. 134 et s.). L'introduction de ce pouvoir dans le cadre de la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, JO 23 mai, art. 212, dite « loi Pacte ») n'a été possible que dans la mesure où des gardes fous ont été associés à ce pouvoir d'enquête, en particulier l'autorisation préalable du contrôleur indépendant pour avoir accès aux données de connexion.

Quid des poursuites pénales ?

Pour rappel, l'article L. 420-6 du code de commerce prévoit des sanctions pénales (4 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende) pour les personnes physiques ayant pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques [anticoncurrentielles] ».

Or, l'interception des données de communication par l'Autorité est de nature à permettre l'identification, précisément, des personnes ayant pris une part personnelle aux pratiques reprochées : si ce dispositif renforce donc les capacités de l'Autorité à identifier une pratique anticoncurrentielle, il fait également courir un risque personnel de poursuites pénales aux personnes impliquées, ce qui peut jouer un fort rôle de dissuasion.

Les précisions sur le contenu de la demande permettent de rendre effectives les dispositions de l'article L. 450-3-3 du code de commerce. Il conviendra de porter une attention particulière aux prochaines enquêtes/décisions de l'Autorité de la concurrence pour voir comment l'Autorité motivera ses demandes et quelles seront ses relations avec le contrôleur des données de connexion.

Pour aller plus loin. Pour plus de précisions sur les enquêtes de concurrence en droit interne, voir Le Lamy droit économique 2020, n°s 1547 et s. ■