

# BULLETIN D'ACTUALITÉ

# EN DROIT DES RÉGULATIONS

N°46 / NOVEMBRE 2020

*Par les étudiants du Master 2 DERE – Sciences Po Strasbourg  
Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe*

## ■ ÉDITORIAL

Ce mois de novembre 2020 marque les un an de l'installation de la Commission européenne, dirigée par Ursula von der Leyen. Il est temps de faire un premier point d'étape sur la conciliation des objectifs environnementaux, fixés dans le *Green Deal*, dont la communication a été publiée le 11 décembre 2019, et les activités intéressant le droit de la concurrence et le droit public économique.

Le 8 octobre 2020, la proposition de loi européenne sur le climat a déjà posé le principe d'élimination progressive des subventions directes et indirectes aux combustibles fossiles d'ici au 31 décembre 2025. Cet objectif ambitieux a été accompagné d'un appel à contribution par la Commission européenne et la Direction générale de la Concurrence visant à recueillir les idées et les propositions susceptibles de faire du droit de la concurrence un outil privilégié au soutien des politiques européennes environnementales. Le présent bulletin propose ainsi une réflexion autour de ces enjeux historiquement contradictoires dans la réalisation d'un marché intérieur effectif.

Cette conciliation entre une politique économique à la fois inclusive et responsable et la promotion du développement durable paraît plus que jamais nécessaire en cette période de crise sanitaire qui nous amène à repenser certaines règles juridiques. En témoignent les récentes modifications apportées au droit de la commande publique en France par la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, qui feront également l'objet d'une analyse approfondie.

**Toute l'équipe de l'ADERE vous souhaite une excellente lecture.**

**Et de joyeuses fêtes de fin d'année !**



**Jean GILLMANN**  
Président de  
l'ADERE



**Julia GRESEQUE**  
Responsable  
publication



– CONCURRENCE –

1. La Commission européenne en appelle aux contributions : la politique européenne de concurrence en soutien aux objectifs du Green Deal

*Par Charlotte VECCHIO* p.1

2. Pratiques anticoncurrentielles : l'Autorité de la concurrence rejette les engagements de Sony visant à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction

*Par Lise FORTMANN* p.4

– DROIT PUBLIC  
ÉCONOMIQUE –

3. La commande publique au secours des TPE et des PME françaises : une tentative de consécration risquée de la préférence locale

*Par Julia GRESEQUE* p.7

– RÉGULATION  
SECTORIELLE –

4. La régulation des données personnelles entre préservation des libertés fondamentales et ordre public

*Par Lise BACHATÈNE* p.10

L'ensemble de ces articles ont été rédigés par les étudiants du Master 2 DERE.  
L'ADERE en détient la propriété.



Association étudiante du Master 2 DERE (ADERE)  
*Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe*  
Le Cardo – 7 rue de l'Ecarlate  
67000 STRASBOURG



**La Commission européenne en appelle aux contributions : la politique européenne de concurrence en soutien aux objectifs du Green Deal**

Appel à contributions, Commission européenne, DG Concurrence, 13 octobre 2020

*Par Charlotte VECCHIO*

Le 13 octobre 2020, un appel à contributions a été lancé par la Commission européenne et la Direction Générale de la Concurrence. Jusqu'au 20 novembre 2020, la Commission a ainsi souhaité recueillir idées et propositions afin de déterminer de quelle façon la politique de concurrence pourrait au mieux appuyer le Green Deal<sup>1</sup>. Cet appel était destiné à tous ceux concernés par la question : experts en concurrence, universitaires, entreprises ou encore groupes environnementaux et organisations de consommateurs. L'enjeu est majeur car cet appel s'inscrit dans le façonnement de la politique de la Commission à travers la révision du droit souple existant et la publication de nouvelles orientations. Si les débats doctrinaux mêlant concurrence et objectifs environnementaux sont nombreux, la jurisprudence quant à elle fait preuve de davantage de laconisme, ce qui démontre d'autant plus l'importance de recueillir les contributions des parties prenantes à la question.

Dans le but d'atteindre à la neutralité carbone à l'horizon 2050, la Commission rappelle que la politique de concurrence a son rôle à jouer : la « *pression concurrentielle est une incitation puissante à utiliser efficacement les ressources limitées de notre planète, et elle complète les politiques et la réglementation en matière d'environnement et de climat visant à internaliser les*

*coûts environnementaux* ». L'appel à contributions s'inscrit notamment dans le contexte du plan de relance « *Next Generation EU* »<sup>2</sup> visant à réparer les dommages économiques et sociaux causés par la pandémie de COVID-19. Les institutions européennes et les dirigeants des États membres ont ainsi élaboré ce plan afin de sortir de la crise et jeter les bases d'une Europe plus durable, dans la mesure où 30 % des fonds de l'Union Européenne (UE) seront consacrés à la lutte contre le dérèglement climatique<sup>3</sup>.

**La politique de la concurrence est déjà une politique verte.**

C'est lors de son discours du 22 septembre 2020 que la Vice-présidente exécutive commissaire chargée de l'Europe à l'ère du numérique et à la concurrence, Margrethe Vestager, a annoncé le lancement de cette consultation publique au sujet de la politique européenne de la concurrence en appui au Green Deal. Elle a ainsi souligné que « *pour réussir, tout le monde en Europe devra jouer son rôle - chaque individu, chaque autorité publique. Et cela inclut les autorités chargées de faire respecter la concurrence* »<sup>4</sup>.

Consciente que la politique de la concurrence n'est pas en première ligne et n'a pas vocation à remplacer des outils plus efficaces tels que la fiscalité et la réglementation, Margrethe Vestager insiste sur la fonction de soutien que cette politique peut assurer et assure déjà. En effet, les règles de concurrence sont considérées comme un moteur de l'innovation au sein de l'Union dans la mesure où elles incitent les entreprises à proposer davantage de nouvelles technologies susceptibles de réduire l'impact des anciennes sur l'environnement. Le droit de la concurrence, notamment dans le contrôle actuellement exercé sur les comportements anticoncurrentiels tels que les ententes, contribue également à maintenir les prix à un niveau acceptable de sorte que le citoyen européen puisse investir plus facilement dans des produits plus respectueux de l'environnement, à l'image des véhicules électriques par exemple. Il ne fait donc aucun doute que la politique de la concurrence

<sup>1</sup> COM(2019)/640 finale de la Commission sur le pacte vert pour l'Europe du 11 décembre 2019

<sup>2</sup> Instrument temporaire pour la relance « Next Generation EU » proposée par la Commission le 27 mai 2020

<sup>3</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne suite au vote du budget de l'UE à long terme pour la période 2021-2027, 10 novembre 2020

<sup>4</sup> Discours de Margrethe Vestager lors du webinar « How can competition rules support the Green Deal? », 22 septembre 2020

participe d'ores et déjà indirectement à l'efficacité des politiques vertes au sein de l'Union. Toutefois l'appel à contributions vise à aller plus loin encore en vue d'atteindre les objectifs environnementaux ambitieux fixés par le Green Deal.

Cet appel à contributions s'inscrit en outre dans la lignée de plusieurs débats grandissants au sujet de la durabilité portée par les politiques de concurrence en Europe. Plusieurs autorités de concurrence ont, à l'échelle nationale, commencé à soulever ces questionnements depuis les derniers mois. L'Autorité de la concurrence française n'est pas en reste : cette dernière a publié en mai 2020 un document de travail concernant les enjeux de la régulation dans le cadre de l'urgence climatique<sup>5</sup>. Ce document, fruit d'une étroite collaboration avec d'autres institutions de régulation telles que l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou encore le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), porte à s'interroger sur le rôle à jouer des régulateurs pour atteindre les objectifs de l'accord de Paris et expose les divers leviers d'action mobilisables pour y parvenir. Ce mouvement de questionnements des politiques de la concurrence en lien avec le Green Deal a également été suivi récemment par les autorités en charge de la concurrence aux Pays-Bas<sup>6</sup>, en Grèce<sup>7</sup> ou encore en Allemagne<sup>8</sup>.

### **Le contrôle des aides d'État : vers la mise en œuvre d'un bonus vert ?**

Les aides d'État occupent une fonction déterminante afin de garantir que la transition verte soit abordable car elles permettent aux États membres de soutenir et inciter les entreprises à réaliser davantage d'investissements verts. Ces investissements sont dits verts en ce qu'ils participent au soutien des axes prioritaires du Green Deal identifiés dans l'appel à contributions tels que la décarbonation des bilans, les gains en efficacité énergétique, la mobilité durable, l'économie circulaire ou encore l'ambition zéro pollution.

<sup>5</sup> Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence néerlandaise, « ACM publishes for consultation its draft guidelines regarding sustainability claims », 22 septembre 2020

<sup>6</sup> Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence néerlandaise, « ACM publishes for consultation its draft guidelines regarding sustainability claims », 22 septembre 2020

Ces investissements spécifiques font d'ailleurs l'objet d'un examen<sup>9</sup> afin de développer leur efficacité. Le contrôle des aides d'État opéré par la Commission en vertu des articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) vise notamment à allouer les fonds publics limités de l'UE de la manière la plus efficace possible afin d'assurer les objectifs liés à l'environnement et au climat. Un enjeu majeur pour la Commission sera donc de veiller à ce que les règles européennes relatives aux aides d'État soient adaptées à l'augmentation des investissements verts effectués par les pouvoirs publics et par les opérateurs privés dans un contexte d'urgence climatique.

Dans le dessein de faire des aides d'État un outil encore plus efficace au service des politiques vertes, la Commission et la Direction générale de la Concurrence ont proposé plusieurs axes de réflexion. Les parties prenantes à la question étaient ainsi invitées à se prononcer sur les éventuels changements à apporter à la réglementation en vigueur afin que les aides d'État soutiennent pleinement le Green Deal. À ce titre, les parties étaient priées de fournir des exemples précis de cas où les aides d'État ne soutiennent pas suffisamment le verdissement de l'économie ou lorsque les règles actuelles permettent un soutien à des objectifs contraires, entraînant par la même une certaine contre-productivité vis à vis des objectifs environnementaux.

Par ailleurs, a également été explorée l'idée d'abaisser le niveau ou la quantité d'aides d'État pour des activités ayant une incidence négative pour l'environnement, tout en questionnant les moyens techniques dont disposeraient les opérateurs pour atténuer les effets négatifs de telles aides. De manière réciproque, la Commission souhaite également interroger les experts au sujet de l'établissement d'un bonus vert qui servirait à autoriser davantage d'aides d'État afin de soutenir les projets bénéfiques pour l'environnement. L'interrogation portera alors sur les critères

<sup>7</sup> Conférence de la Commission de la concurrence grecque, « Sustainable development and competition law towards a Green Growth regulatory osmosis, 28 septembre 2020

<sup>8</sup> Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence allemande, « Sustainability initiatives and competition law practice – virtual meeting of the Working Group on Competition Law », 5 octobre 2020

<sup>9</sup> Les lignes directrices et règles en matière d'aides d'État sont soumises à des consultations publiques accessibles sur le site internet de la Commission jusqu'au 7 janvier 2021

objectifs pouvant être mis en place dans l'évaluation desdits bonus ainsi que sur la définition des avantages environnementaux positifs.

### **L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles au service de l'urgence climatique.**

En application des articles 101 et 102 TFUE, la Commission européenne, aux côtés des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales, sanctionne les acteurs économiques auteurs de pratiques telles que les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante qui ont pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence. Comme il est rappelé dans l'appel à contributions, les règles antitrust contribuent déjà à soutenir les objectifs du Green Deal dans la mesure où elles permettent de sanctionner les comportements restrictifs tels que les restrictions au développement, essentielles pour exploiter les sources d'énergies les plus propres. En facilitant la libre circulation de l'énergie entre les États membres, les règles antitrust permettent aussi une utilisation plus optimale des ressources naturelles au sein de l'UE.

Certains accords de normalisation entre entreprises peuvent produire des effets positifs considérables. En unissant leurs efforts pour dépasser les normes contraignantes tout en mettant en place des garde-fous permettant d'éviter des restrictions inutiles à la concurrence, les opérateurs peuvent développer des marchés ou des produits nouveaux et améliorés. La Commission européenne rappelle également que les accords poursuivant des objectifs de durabilité peuvent en principe bénéficier des règlements d'exemption<sup>10</sup>, sous certaines conditions liées aux restrictions caractérisées et aux parts de marché communes des parties à l'accord.

La Commission souhaite orienter le débat de manière à déterminer si l'application actuelle des règles antitrust engendre des obstacles à la conclusion d'accords souhaitables à l'appui des objectifs du Green Deal, et si oui, comment les

surmonter au mieux. Les experts ont donc été invités à fournir des exemples concrets ou théoriques de coopérations désirables dont la mise en œuvre a été empêchée en raison des politiques antitrust. Pour étayer leurs propos, les parties prenantes au débat ont été priées de fournir des exemples de cas où la coopération serait plus efficace que la concurrence en vue d'atteindre les objectifs environnementaux. La Commission interroge également les concernés sur le mode de communication le plus pertinent pour apporter davantage de précisions sur les caractéristiques des accords qui servent les objectifs du Green Deal sans restreindre la concurrence. Est également demandé s'il existe certaines circonstances dans lesquelles la poursuite d'objectifs verts justifierait des accords restrictifs au delà de la pratique actuelle, et comment distinguer ces objectifs d'autres stratégies importantes notamment en matière sociale, à l'instar des objectifs de création d'emplois.

### **Le contrôle des concentrations : fusions, acquisitions et protection du consommateur.**

En vertu du règlement de l'Union sur le contrôle des concentrations<sup>11</sup>, la Commission européenne apprécie les mouvements de réorganisation des entreprises, notamment les fusions et acquisitions dépassant un certain seuil<sup>12</sup> et qui sont susceptibles de constituer un préjudice durable pour la libre concurrence au sein du marché intérieur. Les opérations de concentration peuvent également présenter un risque par rapport aux enjeux environnementaux car elles peuvent à terme, en supprimant de fait les contraintes concurrentielles, éliminer la pression exercée par les entreprises pour innover sur les aspects de durabilité des produits et de leur processus de production.

Dans l'appel à contributions, il a été rappelé aux entreprises que les préférences des consommateurs constituent un des aspects les plus essentiels dans l'appréciation des effets d'une concentration. La prise en compte des préférences du consommateur constituait déjà un outil d'appréciation précieux tant dans

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 310/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertés et règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines

catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 TFUE

<sup>11</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

<sup>12</sup> Article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 139/2004 précité

l'identification du marché en cause que dans l'analyse de la concurrence sur ce marché. Il s'agit également de plus en plus d'étudier les considérations relatives à l'environnement et à la durabilité dans lesquelles évoluent le consommateur. Une des questions sous-jacentes des débats est d'ailleurs celle de l'inclusion des atteintes au climat au sein de la notion de bien-être des consommateurs. À cela s'ajoutent également les problématiques liées aux recherches et avancées technologiques qui sont fondamentales aussi bien pour le progrès économique que pour l'innovation écologique.

Pour que la politique en matière de concentrations et les politiques environnementales et climatiques fonctionnent ensemble, la Commission a tout d'abord souhaité demander aux opérateurs concernés par la question s'ils voyaient des situations où une opération de concentration pourrait nuire au consommateur dans la mesure où cela réduirait son accès à des alternatives plus respectueuses de l'environnement. Il s'agit donc ici, comme cela a été le cas en matière de contrôle des aides d'Etat et des politiques antitrust, de soulever des axes de réflexion permettant d'expliquer pourquoi et comment l'application des règles en matière de concentrations pourraient contribuer davantage à atteindre les objectifs du Green Deal.

### **De la nécessité d'une réponse coordonnée à un problème mondial.**

La Commission européenne a d'ores et déjà indiqué qu'une conférence se tiendrait au début de l'année 2021 afin de rassembler les différentes perspectives évoquées à l'occasion de cette consultation publique. En tant qu'institution responsable de l'application des règles de concurrence sur la base des compétences qui lui sont conférées par l'article 103 TFUE et par le droit dérivé de l'Union, elle a initié une réforme audacieuse du droit de la concurrence. En effet, les axes de réflexion apportés par cette consultation sont susceptibles d'orienter le droit interne des États membres sur le long terme. À cela s'ajoutent également l'élaboration d'un nouvel outil de concurrence ainsi que le paquet « *Digital Services Act* » qui ne manqueront pas de participer à la modernisation de la politique de la concurrence menée au sein de l'Union.

La pluralité des initiatives sur le sujet, déjà exprimées antérieurement à cette consultation par les autorités chargées de la régulation au niveau national, pourrait présenter un risque de divergence au sein de l'Union. Cependant le dérèglement climatique étant un problème prégnant à l'échelle mondiale, il paraît impératif pour les États membres de formuler une réponse coordonnée aux défis climatiques et ce pour espérer atteindre la nullité des émissions nettes de gaz à effet de serre en 2050 et une croissance dissociée de l'utilisation des ressources, sans qu'aucun endroit et qu'aucun citoyen européen ne soit laissé pour compte au sein du marché intérieur. Le réseau européen de la concurrence, regroupant les autorités nationales habilitées à faire respecter la législation européenne de la concurrence, aura sans aucun doute un rôle éminent à jouer pour la synchronisation des réponses étatiques à l'appui du Green Deal.**C.V**



**Pratiques anticoncurrentielles : l'Autorité de la concurrence rejette les engagements de Sony visant à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction.**

Autorité de la concurrence, Communiqué du 26 octobre 2020

*Par Lise FORTMANN*

Par un communiqué du 26 octobre 2020, l'Autorité de la concurrence française a annoncé la décision du collège de rejeter les engagements proposés par Sony visant à rendre l'octroi de licences officielles pour la fabrication et la commercialisation de manettes compatibles avec la console de jeux Playstation 4 plus transparent et non discriminatoire.

Pour rappel, par lettre du 20 octobre 2016, l'Autorité de la concurrence a été saisie

par un opérateur commercialisant des manettes compatibles avec la console de jeux Playstation 4. L'opérateur en question estimait que les pratiques de Sony relatives au secteur des accessoires de contrôle compatibles avec la console étaient susceptibles de restreindre la concurrence sur ce marché.

Lancée en novembre 2013, la Playstation 4 est, à cette date, la console statique la plus vendue en France et en Europe. L'utilisation de cette console nécessite la présence de contrôleurs et notamment d'une manette permettant de pouvoir interagir avec les différents logiciels de jeux disponibles. Il existe trois types de manettes de jeux compatibles avec le produit soit les manettes produites par Sony, celles produites par des fabricants sous licence de Sony et celles produites par des tiers ne disposant pas de licence officielle. Après examen, les services d'instruction de l'Autorité ont identifié des préoccupations de concurrence liées à deux types de pratiques mise en place par Sony à compter du mois de novembre 2015.

#### **Évaluation préliminaire des services d'instruction et identification des préoccupations de concurrence : un processus d'octroi de licences « opaque » et des contre-mesures constituant des barrières à l'entrée du marché des accessoires de contrôle relatifs à l'utilisation de la PlayStation 4.**

Dans un premier temps, Sony avait déployé un dispositif de contre-mesures techniques afin d'altérer le fonctionnement des manettes de jeux présumées contrefaisantes par l'intermédiaire d'une mise à jour du système d'exploitation de la Playstation 4. Par la suite, le processus d'octroi de licences par Sony a également été pointé du doigt, celui-ci étant susceptible de constituer une barrière à l'entrée du marché.

L'Autorité de la concurrence a notamment souligné le fait que « *les concurrents de Sony ne peuvent proposer des manettes de jeu compatibles avec la Playstation 4 que s'ils disposent d'éléments techniques, propriété de Sony, qui ne*

<sup>13</sup> Aut. conc., 22 nov. 2019, Test de marché pour les engagements proposés par Sony

*peuvent être acquis que si Sony consent à octroyer une licence à l'entreprise intéressée »<sup>13</sup>. Le programme officiel d'octroi de licence mis en place par Sony est notamment perçu comme étant trop opaque et difficilement compréhensible pour les intéressés. De plus, l'étude du programme d'octroi de licences témoigne du caractère inéquitable voire même aléatoire de ce dernier. L'Autorité a donc tenu à rappeler que la possibilité pour Sony de lutter contre les pratiques contrefaisantes de ses droits de propriété intellectuelle ne doit pas donner lieu à l'instauration de barrières à l'entrée du marché des accessoires de contrôle propres à l'utilisation de la PlayStation 4.*

Dès lors, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ont estimé que le dispositif de contre-mesures techniques déployé dès le mois de novembre 2015 ainsi que le processus d'octroi de licences instaurés par Sony pouvaient être constitutifs d'un abus de position dominante sur le marché des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération. Pour l'Autorité, les pratiques constatées par ses services ont pour objectif de « *freiner ou empêcher, voire dissuader, l'entrée et le développement de tiers sur le marché des manettes de jeux compatibles avec la console Playstation ».*

#### **Les propositions d'engagements de Sony : une réponse aux préoccupations de concurrence soulevées par l'Autorité ?**

En application de l'article L. 464-2 du Code de commerce, Sony a été autorisé à soumettre à l'Autorité de la concurrence une série de propositions visant à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées. Ces propositions ont été rendues publiques par une communication du 22 novembre 2019, invitant les tiers intéressés à s'exprimer sur leur recevabilité et leur efficacité.

En pratique, Sony s'est engagé à établir un ensemble de critères objectifs et de normes techniques auxquels tout tiers devra se conformer afin de pouvoir participer au programme officiel d'octroi de licences relatif aux manettes compatibles avec la console Playstation 4 sur le marché français<sup>14</sup>. Dès lors,

<sup>14</sup> Aut. conc., 22 nov. 2019, Test de marché pour les engagements proposés par Sony

ces engagements formeront le « Programme officiel de Sony Interactive Entertainment Relatif aux Manettes PS4 pour la France »<sup>15</sup>. Les tiers qui souhaiteraient rejoindre ce programme devront fabriquer et commercialiser des manettes « *qui ne se limitent pas à être une simple reproduction de manettes compatibles avec la PS4 déjà offertes sur le marché français par un titulaire des droits de propriété intellectuelle ou industrielle ou d'une licence, mais (ii) se différencient de celles-ci grâce à des améliorations innovantes et (iii) constituent ainsi des produits nouveaux qu'un tel titulaire n'offre pas (iv) pour lesquels existe une demande potentielle des consommateurs* ».

Le point 10 de la proposition d'engagements énumère toute une série de critères préalables applicables aux tiers souhaitant obtenir une licence pour la commercialisation d'accessoires compatibles avec la PlayStation 4. Le tiers intéressé, afin d'obtenir une licence de la part de Sony, doit notamment « *a) consentir à conclure au préalable un accord de confidentialité avec SIEE (Sony Interactive Entertainment Europe Limited, le groupe Sony), b) conclure un accord contraignant avec SIEE stipulant que elle-même et ses Affiliés respecteront à l'avenir les droits de propriété intellectuelle ou industrielle de Sony et s'y conformeront, et c) cesser immédiatement (ainsi que ses Affiliés) toute violation de ces droits* »<sup>16</sup>.

La proposition d'engagements précise également que le tiers bénéficiant d'une licence se voit dans l'obligation de fournir à Sony les noms et les informations de ses fournisseurs. De plus, en cas de suspicion de violation des droits de propriété intellectuelle, le tiers intéressé doit être en mesure de fournir un audit indépendant de ses fournisseurs. Enfin, toujours au point 10 de ladite proposition d'engagements, Sony se réserve le droit de ne pas qualifier un tiers pour peu que Sony Interactive Entertainment « *fournisse, par écrit et dans un délai raisonnable, les raisons objectives de la mise en œuvre de ce refus* ».

L'ensemble des engagements proposés devait être appliqué pour une durée de trois ans à compter de la notification de leur décision d'acceptation par l'Autorité de la concurrence.

<sup>15</sup> Point 1 des Engagements proposés par Sony en application de l'article L. 464-21 du Code de commerce - Affaire n° 16/0090.

En cas d'acceptation de ces propositions par l'Autorité de la concurrence, Sony s'engageait à désigner et à rémunérer un tiers de confiance chargé de superviser le respect et la mise en place de ces modalités. Le tiers de confiance serait notamment tenu informé des demandes de qualification et d'intégration au « Programme officiel de Sony Interactive Entertainment Relatif aux Manettes PS4 pour la France » reçues par Sony au cours de l'année passée. Il se verra également attribuer la mission d'établir un rapport annuel sur la mise en œuvre des engagements de Sony. Ce rapport sera communiqué à l'Autorité de la concurrence afin que cette dernière puisse vérifier le respect des engagements pris par Sony.

### **Des propositions « insuffisantes » pour lever les barrières à l'entrée sur le marché des accessoires de contrôle nécessaires à l'utilisation de la PlayStation 4.**

Après examen de l'ultime proposition de Sony, le collège de l'Autorité de la concurrence a estimé que les engagements proposés « *ne permettaient pas de répondre de façon pertinente aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction* ».

Ainsi, dans son communiqué l'Autorité de la concurrence a annoncé le renvoi du dossier à l'instruction afin que cette dernière puisse reprendre son cours. Les motivations qui fondent cette décision n'ont pas été rendues publiques. Pour autant le renvoi du dossier démontre l'insuffisance des propositions formulées par Sony aux fins de lever les barrières à l'entrée du marché des accessoires de contrôle nécessaires à l'utilisation de la PlayStation 4 identifiées par les services d'instruction. **L.F.**



<sup>16</sup> Point 10 des engagements proposés par Sony en application de l'article L. 464-21. Du Code de commerce - Affaire n° 16/0090.



## La commande publique au secours des TPE et des PME françaises : une tentative de consécration risquée de la préférence locale

Proposition de loi n°592, tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire

Par Julia GRESEQUE

Au regard des difficultés que la crise sanitaire a engendré, en particulier pour les TPE et les PME plus durement touchées par le ralentissement de l'activité économique, plusieurs sénateurs ont envisagé de prendre des mesures spéciales afin de faciliter temporairement l'accès de ces dernières aux marchés publics, dans un objectif de relance prioritaire. L'idée était d'inclure, au travers d'une proposition de loi, des critères locaux dans les procédures de passation des marchés publics afin de permettre « *aux collectivités de renforcer les circuits économiques courts de leurs territoires* » et de permettre aux PME et TPE françaises de survivre « *au biais concurrentiel introduit par la crise sanitaire*<sup>17</sup> ».

### La proposition de loi initiale, déposée au Sénat le 3 juillet 2020, contenait trois articles.

L'article 1er prévoyait un champ d'application restreint des dispositions prévues aux articles suivants. Premièrement, une limitation temporelle : étaient seulement concernés les marchés publics conclus entre le 24 mars 2020<sup>18</sup> et jusqu'à expiration d'une période de 18 mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire. Ensuite, une limitation matérielle : n'étaient concernés que les marchés

publics échappant à l'application de la Directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics<sup>19</sup>.

L'article 2 autorisait les acheteurs publics à imposer qu'un quota maximum de 25% du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché soit confié à des « *personnels domiciliés à proximité du lieu d'exécution* » selon le périmètre qu'ils auraient défini.

L'article 3 admettait que les acheteurs publics puissent prendre en compte, dans leurs critères multiples d'attribution du marché, « *la proximité des soumissionnaires du lieu d'exécution du marché et leurs engagements à cet égard dans l'évaluation de leur offre* ».

**Cette proposition de loi posait de nombreuses difficultés au regard de sa conformité aux principes de la commande publique, consacrés communément par le droit national<sup>20</sup> et le droit de l'Union européenne<sup>21</sup>, et applicables à l'ensemble des marchés publics<sup>22</sup>.**

Notons de façon préalable que le droit national et le droit de l'Union européenne ont toujours été réticents à admettre la validité de critère géographique au nom de l'égal accès des opérateurs économiques à la commande publique.

Premièrement, outre le fait que le juge européen s'est déjà opposé, au nom du principe de non-discrimination, à ce qu'une législation nationale puisse réserver une partie de l'exécution d'un marché public à des opérateurs domiciliés à proximité du lieu d'exécution<sup>23</sup>, l'article 2 posait également un problème au regard du large pouvoir discrétionnaire laissé à

<sup>17</sup> Proposition de loi n°592, tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2020, Exposé des motifs

<sup>18</sup> Date d'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire en vertu de l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

<sup>19</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

<sup>20</sup> Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ont été érigés en principes à valeur

constitutionnel par une décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel

<sup>21</sup> Les principes susmentionnés ont été consacrés par un arrêt de la CJUE, en date du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669

<sup>22</sup> Y compris aux marchés exclus de l'application des directives européennes, selon le considérant 1<sup>er</sup> de la directive 2014/24/CE précitée

<sup>23</sup> CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ Rép. Italienne*, Aff. C-360/89, ECLI:EU:C:1992:235, point 8

l'acheteur public. En vertu de cette disposition, le pouvoir adjudicateur, exonéré de toute obligation de motivation, aurait pu décider librement de l'opportunité de recourir à du personnel à proximité du lieu d'exécution et fixer ledit périmètre de proximité arbitrairement, pourvu qu'il ne dépasse pas le quota légal. Cette disposition rendait dès lors plus difficile le contrôle du respect des principes de transparence et d'impartialité.

Concernant l'article 3, le risque d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité semblait plus certain encore. En effet, les juges se montrent davantage exigeants concernant les critères d'attribution d'un marché qu'au sujet des conditions d'exécution. Fixer des conditions d'implantation locale au stade de la passation des marchés a toujours été jugé disproportionné, peu importe le motif d'intérêt général invoqué<sup>24</sup> et comme irrégulier en droit interne<sup>25</sup>. Par ailleurs, la formulation vague de la disposition et en particulier la référence aux « engagements du soumissionnaire » suscitait le même problème de transparence que l'article 2.

**Ainsi, à l'issue des travaux préparatoires, le Sénat a adopté le 10 novembre dernier un texte d'apparence plus conforme aux normes constitutionnelles et européennes mais à la portée plus importante.**

En effet, si l'article 2 et 3 ont été supprimés, l'article 1er a été modifié de façon conséquente et rattaché à l'article L.2112-2 du Code de la commande publique. Cette nouvelle disposition prévoit que les acheteurs publics pourront, sans limite de seuil ou de temporalité, inclure au stade de l'exécution du marché, des conditions d'implantation géographique aux titulaires ou à leurs sous-traitants. La seule limite fixée à cette possibilité est que cette implantation géographique soit « *indispensable au regard de l'objet du marché ou de la prise en compte des considérations prévues au deuxième alinéa* ».

<sup>24</sup>CJUE, 27 octobre 2005, Contse SA, Vivisol Srl et Oxigen Salud SA contre Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingresa), Affaire C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, points 42 et 43

<sup>25</sup> Voir en ce sens les arrêts du Conseil d'Etat en date du 14 janvier 1998, Société Martin-Fourquin, n° 168688, et du 12 sept. 2018, Société la Préface, n°420585

<sup>26</sup> S. Le Rudulier, Rapport N°118 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du

**Le rapport du Sénateur Stéphane Le Rudulier<sup>26</sup> livre des précisions utiles quant à ce nouveau parti pris qu'il convient toutefois d'étudier plus en détail.**

Il est vrai que cette proposition d'amendement règle la question épineuse de l'article 3, puisqu'il n'est plus question des critères d'attribution. En outre, cet amendement semble en apparence résoudre les problèmes posés par l'ancien article 2 puisqu'il encadre strictement le pouvoir de l'acheteur public qui devra démontrer le caractère indispensable d'une condition d'implantation géographique au regard de l'objet du marché ou de ses autres critères d'attribution. En ce sens, la proposition de loi offre de plus solides garanties et fait en grande partie dépendre sa conformité de celle déjà reconnue de l'alinéa 2 de l'article 2112-2.

Toutefois, si le rapport indique que « *la Cour [de justice de l'Union européenne] ne considère pas qu'une condition d'exécution basée sur la situation géographique de l'opérateur est irrégulière par nature, mais [apprécie] in concreto si elle est nécessaire à la bonne exécution du contrat* » il ne s'attarde pas sur le fait que cette appréciation est habituellement particulièrement exigeante<sup>27</sup>. Par ailleurs, inclure une condition d'implantation locale au stade de l'exécution peut aboutir sensiblement aux mêmes résultats que si celle-ci avait été fixée au stade de l'attribution. Elle peut exercer un effet tout aussi dissuasif et restreindre indirectement l'accès au marché, *a fortiori* si elle est accompagnée d'une multitude d'autres critères favorisant déjà une pratique locale. Enfin, si l'on se place du côté de l'acheteur public, il pourra se fonder en toute légalité sur cette disposition pour favoriser des entreprises locales, plus objectivement aptes à satisfaire les conditions indispensables soit à l'exécution de l'objet intrinsèque du marché, soit à la réalisation des autres critères qu'il aura fixés conformément à l'alinéa 2 de l'article L.2112-2. *In fine*, cela lui permettra une large marge de manœuvre dans le verrouillage de l'accès aux marchés publics.

suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 novembre 2020

<sup>27</sup> CJUE, 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quirón SA contre Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco et Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, aff. C-552/13, ECLI:EU:C:2015:713, point 28

**Bien que cette disposition soit moins problématique dans sa version actualisée, elle n'en demeure pas pour autant à l'abri d'une censure.**

Une étude approfondie du rapport semble confirmer cela. Pourquoi se donner la peine de rappeler toutes les évolutions déjà juridiquement reconnues au profit des TPE et PME<sup>28</sup> si ce n'est pour tenter de faire accepter l'idée que cette nouvelle disposition s'inscrit dans la continuité de celles-ci ? D'ailleurs, le fait qu'il existe déjà un grand nombre d'outils de promotion des opérateurs locaux, tant au stade de l'attribution<sup>29</sup> qu'au stade de l'exécution pose la question de la réelle pertinence de cet ajout au regard des objectifs de la proposition de loi.

Dans les faits, la consécration d'une disposition aussi générale va bien plus loin que l'objectif annoncé de favoriser les TPE et PME dans le contexte de la crise sanitaire et de l'Après-covid, et il n'est pas déraisonnable de penser que ce contexte sert davantage de prétexte pour impulser un changement requis de longue date<sup>30</sup>.

Le problème est que les risques de violation des principes de la commande publique sont certes différents, mais tout aussi préoccupants dans le cadre de marchés passés sans procédure de mise en concurrence préalable, que dans celui de marchés conclus en procédure adaptée ou en procédure formalisée. Le premier cas de figure, qui rappelons-le devrait concerner un plus grand nombre de marchés en raison d'une modification à la hausse des seuils opérée par la loi ASAP<sup>31</sup>, constitue un terrain plus favorable à la promotion des TPE et PME du fait de leur caractère naturellement plus local. L'absence de mise en concurrence

préalable peut donc renforcer la tentation de pratiques discriminatoires sous couvert de cette nouvelle disposition. Concernant les marchés plus importants, ils font en général l'objet d'un contrôle plus accru, ce qui limite l'opportunité de mettre en place une politique protectionniste déguisée. Toutefois, cette nouvelle disposition pourrait servir de fondement pour l'introduction de telles politiques et cela aurait un effet plus important compte tenu du fait que de tels marchés sont plus susceptibles d'attirer les opérateurs d'autres États membres.

**Bilan : que doit-on retenir de cette proposition de loi ?**

Premièrement, qu'il n'est pas surprenant qu'elle ait été adoptée par le Sénat en raison du contexte de tensions politiques et sociales actuelles. Par ailleurs, que le droit de l'Union a malgré tout plus ou moins favorisé cette issue. Si l'on peut être tenté de voir cette proposition de loi comme une tentative de d'introduire la « *préférence locale* »<sup>32</sup>, force est de constater que celle-ci s'inscrit aussi dans la continuité d'un mouvement européen de promotion du développement durable et de modernisation des marchés publics visant à les rendre plus responsables et inclusifs.

De la même manière que le droit de l'Union n'a plus une finalité uniquement économique entendue dans un sens strict, le droit de la commande publique non plus. En effet, « *l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »<sup>33</sup>, autrement dit, le principe de neutralité de la commande publique a été abandonné avec l'adoption des nouvelles directives européennes<sup>34</sup>. La définition de « *l'offre économiquement la plus avantageuse* » et

<sup>28</sup> Sont ainsi rappelés les pratiques de l'allotissement (article L.2113-10), du sourcing (article R.2111-1) et les objectifs de développement durable (article L.2111-1)

<sup>29</sup> À cet égard l'article R.2152-7 dispose que peuvent être pris en considération dans les critères d'attribution les performances en matière de protection de l'environnement ou encore les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements. Ces différents critères sont autant d'outils mis à disposition

<sup>30</sup> En réalité la demande politique de prise en compte de l'implantation géographique dans le cadre des marchés publics est relativement ancienne. Si la dernière réponse ministérielle à ce sujet date du 25 février 2020, on peut également citer les réponses n° 4714, JOAN Q. 4 déc. 2012, p. 7205 et n° 2693, JOAN Q. 15 janv. 2013, p. 474

<sup>31</sup> Récemment validée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020

<sup>32</sup> Ou plutôt de réintroduire cette préférence locale qui existait de façon informelle antérieurement à la réelle prise en compte par l'Union européenne du droit de la commande publique

<sup>33</sup> H. Hoepffner, *Le droit commun de la commande publique au service de l'économie insulaire*, RJOI Numéro 25 - 2018-01, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines, n°229666

<sup>34</sup> Ainsi, le considérant n°2 de la directive 2014/24/UE reconnaît que les marchés publics « constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive »

des besoins du pouvoir adjudicateur se sont élargis. Cette nouvelle proposition n'est pour ainsi dire qu'une étape supplémentaire dans l'instrumentalisation reconnue des marchés publics.

Toutefois, cette utilisation des marchés publics au service des politiques publiques peut laisser perplexe quant à l'avenir des principes de la commande publique ou tout du moins quant à leur application à l'échelle européenne. Elle pose aussi la question de savoir jusqu'où peut et surtout jusqu'où doit aller cette instrumentalisation avant qu'elle n'aboutisse à une dénaturation du droit de la commande publique.

Bien sur on pourra toujours s'en remettre aux juges et à leur contrôle pour limiter les risques de dérive. Dans l'hypothèse où cette loi serait définitivement adoptée en ces termes et échapperait à toute censure constitutionnelle, ce qui n'est pas garanti, il existe plusieurs recours possibles. N'oublions pas les recours, notamment pour excès de pouvoir devant le juge administratif ou encore devant le juge judiciaire, compétent pour sanctionner le délit de favoritisme<sup>35</sup>. Enfin, il est toujours possible d'imaginer un recours en manquement sur le fondement de pratiques administratives contraires au droit devant la CJUE<sup>36</sup>.

Cependant, tout pragmatique pourrait vous dire qu'agir en aval n'est pas toujours aussi efficace et systématique qu'agir en amont et qu'il est prévisible, si cette loi devait être adoptée, que certains marchés publics passent au travers des mailles du filet. **J.G.**



<sup>35</sup> Cass. crim., 14 févr. 2007, n° 06-81.924

<sup>36</sup> CJUE, 19 mars 2009, Affaire n° C-489/06, ECLI:EU:C:2009:165, points 46 et 48

## La régulation des données personnelles entre préservation des libertés fondamentales et ordre public

Proposition de loi n°3452, relative à la sécurité globale

Par Lise BACHATÈNE

« Si nous voulons que notre population retrouve confiance en sa police, il est absolument indispensable, quand il y a dérapage, que cela soit reconnu, et qu'il y ait sanction »<sup>37</sup>; ces mots de la Défenseure des Droits, Claire Hédon, interviennent dans un contexte politique soumis à de vives tensions. Si celles-ci font éclater la contradiction entre pouvoir exécutif et citoyens mobilisés, elles traversent également la majorité législative et font même parler de fracture au sein de l'équipe ministérielle.

Dans cette configuration politique, de nombreux enjeux interviennent : pour certains, la protection des forces de l'ordre confrontées à un risque terroriste grandissant doit être la première des préoccupations. Cette logique de protection est aussi mise en avant dans l'optique de construire les instruments de la lutte contre les appels à la haine sur Internet. Pour d'autres, la loi sécurité globale doit ouvrir une réflexion sur la pratique du maintien de l'ordre en France, avec la crainte que ces dispositions législatives ne se répercutent principalement sur les citoyens. S'il appartient à chacun de juger du bien-fondé de l'une et l'autre de ces positions, force est de constater que leur antagonisme politique se départage juridiquement sur le fondement de la protection des droits et libertés fondamentales.

### À l'origine du clivage : les contradictions inhérentes à la régulation des données personnelles

Au cœur de l'identité européenne se trouvent les valeurs du Conseil de l'Europe ; la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit ainsi que les droits de

### – RÉGULATION SECTORIELLE –

<sup>37</sup> Hédon C., 2020. Entrevue télévisée menée par Jean-Jacques Bourdin, RMC

l'homme. L'activité numérique participe de la mise en péril de ces valeurs en créant de nouvelles pratiques parfois indécélables et difficilement anticipables par les instruments juridiques chargés de veiller à leur protection. L'article 24 de la proposition de loi entend ainsi résoudre cette complexité en protégeant « l'intégrité physique et psychique » des agents de la police nationale par la création d'une nouvelle infraction pénale. Celle-ci frapperait « d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende la diffusion d'images susceptibles de permettre d'identifier l'agent filmé » dans le but qu'il [lui] soit porté atteinte ».

Jugée liberticide par certains, cette disposition pourrait toutefois se comprendre à la lumière de l'analyse de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>38</sup>. En 2008, la juridiction strasbourgeoise estimait que « même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui ».

Ainsi, les États membres ne peuvent limiter ou interférer avec cette liberté d'expression que dans les conditions prévues par la Cour EDH : l'appui d'un texte de loi, la poursuite d'un objectif légitime, et en cas de caractère nécessaire de l'intervention. L'article 24 pourrait alors revêtir ces fonctions, si sa légistique n'était pas problématique. En effet, l'entrée de la diffusion d'images d'un agent de police dans le champ de l'infraction pénale est conditionnée au « but qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique et psychique ». L'imprécision et la difficulté à délimiter les contours d'un tel caractère délibéré ne peuvent alors que rappeler le principe de légalité établi par le Conseil Constitutionnel en 1981, selon lequel « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; [et] qu'il en résulte la nécessité pour le

législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »<sup>39</sup>.

Car telle est précisément la crainte qui anime les défiances à l'égard de la loi sécurité globale : le risque d'un arbitraire susceptible de remettre en cause la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La veille opérée sur celle-ci s'étend jusqu'à l'inclusion de ses modalités, comme en témoigne cette appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : « ceci est également valable lorsqu'il s'agit de déterminer la manière dont les intéressés prétendent exprimer leurs idées et opinions : ils doivent notamment être en mesure de pouvoir choisir, sans interférences déraisonnables des autorités, le mode qu'ils estiment le plus efficace pour atteindre un maximum de personnes »<sup>40</sup>. Cet encadrement des restrictions à la liberté d'expression résonne d'autant plus qu'il existe déjà de nombreuses dispositions législatives visant à protéger les fonctionnaires de police et de gendarmerie, et participe à questionner le bien-fondé de l'introduction de nouvelles dispositions<sup>41</sup>.

### **De la différence entre captation d'images de fonctionnaires de police et images de citoyens**

Les débats sur la proposition de loi se nourrissent, pour chacune des parties, des mêmes considérations juridiques relatives au respect des données personnelles. Il serait à ce titre possible d'avancer que si la diffusion d'images d'agents de police répond à un motif d'intérêt général – la liberté d'informer –, la diffusion d'images de citoyens correspond elle aussi à un motif d'intérêt général, visant à permettre une meilleure coopération entre services de l'État dans le traitement des infractions et délits. Et pour cause : l'article 20 prévoit de permettre aux policiers municipaux et agents de la Ville de Paris chargés d'un service de Police le visionnage des images enregistrées par les caméras de vidéo protection. L'article 21 abonde dans le sens d'une meilleure coopération entre services, et permet notamment aux agents détenteurs d'une caméra

<sup>38</sup> Cour EDH, 2 décembre 2008, Aff. K.U. c. Finlande, n°2872/02

<sup>39</sup> Conseil constitutionnel, Décision du 19 et 20 janvier 1981, N°80-127 DC

<sup>40</sup> Cour EDH., 3 février 2009, Women on waves et autres c. Portugal, req. N° 31276/05, §38

<sup>41</sup> Il est ainsi possible de se référer à la loi du 29 juillet 18 21, qui protège les policiers et gendarmes des injures et incitations à la réalisation d'un crime ou d'un délit ; ou encore l'article 226-1 du code pénal, qui précise les contours de leur droit à la vie privée.

individuelle de disposer des images enregistrées. Jusqu'ici limitées au seul accès d'agents désignés par les services de police et de gendarmerie, ces images verraient alors leur audience de diffusion considérablement élargie.

Dès lors, comment expliquer que la défense des droits fondamentaux puisse, dans un cas – celui des agents de police – motiver un maintien de la diffusion d'images, et dans l'autre – celui des citoyens – qualifier une atteinte aux données personnelles ? La circulaire du 23 décembre 2008<sup>42</sup> offre un éclairage précieux pour départager ces deux situations. En effet, il y est précisé que « *la liberté d'information, qu'elle soit le fait d'un journaliste ou d'un particulier, prime sur le droit à l'image ou au respect de la vie privée dès lors que cette liberté ne porte pas atteinte à la dignité de la personne* ». Plus précisément, la Défenseure des Droits a rappelé que « *le droit à l'image et au respect de l'intimité de la vie privée peut se heurter aux droits d'information du public et à la liberté d'expression* »<sup>43</sup>.

Mises en relation, ces deux considérations font apparaître un constat utile pour justifier que la défense de la vie privée ne puisse être mobilisée indistinctement pour les fonctionnaires de police comme pour les citoyens. Dans un cas, la diffusion de ces images répond aux « *droits d'information du public* »<sup>44</sup>. Dans l'autre, elle vise à permettre une organisation interne des services de l'État, sans que la nécessité absolue ne puisse être établie ; en effet, le traitement des infractions s'est jusqu'ici réalisé sans que la diffusion des images recueillies ne soit étendue à une plus grande audience.

### Sur les risques d'une collecte indistincte d'images à grande échelle

Si la question relative à la captation d'images de citoyens se pose à l'échelle individuelle, celle-ci se retrouve également à

l'aune de l'article 22 de l'article de loi, qui prévoit l'utilisation de drones à des fins de surveillance aérienne. Celle-ci est un moyen technique particulièrement pratique afin de suivre le déroulement d'une manifestation. S'agissant de cette technologie, la Défenseure des Droits estime que « *l'usage de drones pourrait permettre l'identification de multiples individus et la collecte massive et indistincte de données à caractère personnel* »<sup>45</sup>. À cet égard, le Conseil d'État se prononçait déjà le 18 mai 2020 dans une ordonnance<sup>46</sup> afin de demander qu'il soit mis un terme à l'utilisation de cette technologie en l'absence d'un cadre réglementaire suffisant et de préciser qu'un tel cadre devra faire l'objet d'un avis de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). L'utilisation des drones à des fins de surveillance fait toutefois son retour dans la loi de sécurité globale, sans consultation préalable de la CNIL.

L'inquiétude autour de cette technologie réside dans la conciliation entre objectif d'ordre public et exercice des libertés constitutionnelles, telles que la liberté d'aller et venir ou la liberté de manifester. Le recours aux drones dans la surveillance de rassemblements sur la voie publique fait ainsi craindre au Comité des droits de l'homme des Nations Unies que « *l'usage de drones avec caméras, en tant que méthode particulièrement intrusive, [soit] susceptible d'avoir un effet dissuasif sur des individus qui se trouvent dans l'espace public et qui souhaiteraient participer à des réunions pacifiques* »<sup>47</sup>. Selon le Comité, auquel se joint la Défenseure des Droits, la collecte indistincte d'images à grande échelle, dans la finalité d'une classification et d'une conservation – même temporaire – de celles-ci, est susceptible de créer les conditions d'une dissuasion de la liberté de manifester.

### Ce que les débats autour de la loi sécurité globale nous apprennent sur la régulation des données personnelles

<sup>42</sup> Circulaire n°2008-8433-D du 23 décembre 2008, relative à l'enregistrement et à la diffusion éventuelle d'images et de paroles de fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions

<sup>43</sup> Avis du Défenseur des Droits n°20-06, 17 novembre 2020

<sup>44</sup> Ibid

<sup>45</sup> Ibid

<sup>46</sup> CE, ord.18 mai 2020, N° s 440442, 440445

<sup>47</sup> mandats de la rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste ; de la rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; et du Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association, OL FRA 4/2020

L'un des aspects structurants de l'analyse de la conformité de la loi sécurité globale avec les droits et libertés fondamentales réside dans les objectifs de l'Union Européenne. L'article 3§2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), en visant la protection de ses citoyens, dispose que « *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice* ». La protection des données personnelles doit être comprise à la lumière de ce cadre. Plus encore, l'article 3§5 établit que « *l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens* ».



Ainsi, le TUE sert de base afin de justifier que l'Union soit l'échelle de protection adéquate dans le cadre de la préservation des droits fondamentaux. Dans la continuité de celui-ci, la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit le respect de la vie privée à l'article 7 ainsi que le droit à la protection des données à caractère personnel à l'article 8. L'article 16 du TFUE énonce également que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». Il découle de cette disposition que le Parlement et le Conseil ont compétence pour « *fixe[r] des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les états membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données* ».

De ce cadre réglementaire émerge une difficulté : comment concilier protection de l'ordre public – qui laisse aux États la capacité de déroger exceptionnellement à ces dispositions pour des motifs d'intérêt général – et garanties constitutionnelles des droits et libertés fondamentales.

Si la loi est encore sujette à modifications afin de concilier ces deux impératifs, les réticences restent nombreuses, notamment du fait des nombreuses contre-indications d'autorités telles que le Conseil d'État, la CNIL ou encore le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies. Ce texte de loi démontre que l'enjeu d'une régulation des données personnelles ne se résume pas uniquement à l'encadrement de leur manipulation par des sociétés privées ; celle-ci peut se montrer tout aussi problématique s'agissant d'institutions publiques. **L.B.**



**in** Charlotte VECCHIO  
<https://www.linkedin.com/in/charlotte-vecchio-1651b7195/>



**in** Julia GRESEQUE  
<https://www.linkedin.com/in/julia-greseque/>



**in** Lise FORTMANN  
<https://www.linkedin.com/in/lise-fortmann-1b143817b/>



Lise BACHATÈNE





Retrouvez l'ADERE et ses publications :  
[www.adere-scpostrasbourg.com](http://www.adere-scpostrasbourg.com)

Contact :  
[adere.iep@gmail.com](mailto:adere.iep@gmail.com)

**in** / ADERE Sciences Po Strasbourg  
**f** / ADERE – Association du M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

© Tous droits réservés

Association du Master 2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe  
*Sciences Po Strasbourg – École de l'Université de Strasbourg*