

## PROJET D'INTRODUCTION D'UNE OBLIGATION DE CONSERVATION DES MESSAGERIES ELECTRONIQUES

### Consultation de l'AMF

### Réponse de l'AMAFI

1. L'AMAFI est consultée par l'AMF sur le projet d'introduire une obligation de conservation des messageries électroniques, qui pèserait sur les PSI et éventuellement d'autres professionnels à définir. Cette nouvelle obligation impliquerait une modification du Code monétaire et financier (Comofi) d'une part, et du Règlement général de l'AMF (RG AMF), d'autre part, dont un projet a été communiqué par l'AMF.

2. En préambule, l'Association souhaite souligner le caractère particulièrement contraint du délai qui lui est laissé pour répondre à cette consultation. Informée par courrier daté du 12 octobre, reçu le 18, l'Association a disposé de 6 jours ouvrés pour consulter ses adhérents et préparé sa réponse. Ce processus de consultation, étonnant en lui-même eu égard aux pratiques habituelles de l'AMF et à ses engagements en matière de délais de consultation, l'est d'autant plus que l'on ne voit pas pourquoi ce sujet revêtirait subitement un caractère d'urgence particulier, la préoccupation de l'Autorité en matière de messageries électroniques dans le cadre des contrôles et enquêtes n'étant en effet pas nouvelle.

3. Sur le fond, s'agissant du principe même d'une obligation d'enregistrement des messageries électroniques, l'AMAFI relève que de tels enregistrements existent en pratique chez la plupart des adhérents qu'elle a interrogés (quoique sur des périmètres de population variables) et qu'en ce sens, une clarification législative et réglementaire serait bienvenue.

Elle note toutefois également trois points de préoccupation importants :

- le champ des personnes dont la messagerie devra être enregistrée doit être précisé ;
- les impacts techniques et informatiques de cette obligation étant importants, il est nécessaire de fixer un délai de mise en œuvre adapté ;
- cette disposition soulève des problématiques importantes de protection des données personnelles qui doivent être prises en compte et sur lesquelles l'avis de la CNIL doit être sollicité.

#### ➤ **Le champ de l'obligation**

4. La proposition de l'AMF ne définit ni le champ des activités concernées, ni ce que recouvrent les termes « *messageries électroniques professionnelles* ».

#### ▪ **Le champ des personnes dont la messagerie électronique doit être enregistrée**

5. S'agissant du champ des personnes dont la messagerie électronique ferait l'objet d'un enregistrement, l'AMF relève que les textes actuels portant sur les obligations d'enregistrement sont insuffisants en ce qu'ils concernent les informations relatives « *à la passation d'un ordre* ».

La proposition de texte étend ainsi l'obligation d'enregistrement aux « *messaging électroniques professionnelles* » de « *toutes personnes placées sous son autorité ou agissant pour son compte [du PSI]* ».

6. Pour ce qui concerne « *les personnes placées sous son autorité [du PSI]* », cela a pour effet d'étendre l'obligation d'enregistrement des messageries électroniques à l'ensemble des collaborateurs du PSI, c'est-à-dire même à ceux dont l'activité n'est pas en relation avec le service fourni ou la transaction effectuée, champ fixé à ce jour par l'article L. 533-10 du Comofi<sup>1</sup> (qui va donc au-delà des seuls ordres mentionnés dans le courrier).

Cela aurait pour conséquence que les PSI aient à conserver les messageries électroniques professionnelles de l'ensemble de leurs collaborateurs, quelle que soit la fonction exercée par ceux-ci (ressources humaines, juridique, risques, marketing, ...) ou l'activité concernée (activités de détail non relative à la fourniture de services d'investissement). Du point de vue de la protection des données personnelles, cela pose la question de la proportionnalité de la mesure eu égard à sa finalité, telle qu'exigée par la Loi Informatique et Libertés. Du point de vue pratique, cela pose la question des délais et coûts de mise en œuvre induits par la nécessaire consultation des instances représentatives du personnel (une telle mesure nécessitant la modification du règlement intérieur), l'information des salariés, la réalisation de déclarations auprès de la CNIL et la mise en place d'une capacité de stockage informatique adaptée.

7. Un champ aussi large impliquerait par ailleurs des obligations d'enregistrement distinctes du point de vue des collaborateurs visés selon que l'information relève d'une messagerie électronique professionnelle (tout collaborateur serait concerné) ou d'un autre support de type téléphonique ou autre (les collaborateurs participant à la fourniture du service ou à la réalisation de la transaction seraient concernés), ce qui n'est pas cohérent au regard d'une même finalité.

Au demeurant, un tel champ va au-delà de l'obligation d'enregistrement posée actuellement dans la Directive MIF, ainsi que de celle prévue dans les projets de texte en cours de discussion pour sa révision, l'obligation d'enregistrement visant « *records to be kept of all services and transactions undertaken (...)* » (Rapport final de l'ECON sur MiFID, art. 16.6) et « *records to be kept of all services, activities and transactions undertaken* » (Projet de compromis du Conseil sur MiFID, art. 16.6, 22 October 2012).

Au Royaume-Uni, la FSA a récemment (novembre 2011) apporté des modifications aux obligations d'enregistrement des PSI mais le champ de ces obligations demeure les « *relevant communications* » à savoir les communications relatives aux ordres et transactions (v. FSA Handbook, COBS 11.8.8 R et COBS 11.8.1 R).

8. Dans ce contexte, et au regard des explications fournies dans le courrier de l'AMF, la raison pour laquelle cette dernière dérogerait au cadre européen d'une part et aux pratiques habituelles en la matière d'autre part, n'est pas établie. **Eu égard aux impacts d'une telle modification, l'AMAFI souhaite que le champ des enregistrements soit celui fixé à l'article L. 533-10 § 5 du Comofi, à savoir les services fournis et les transactions effectuées. Il en résulte que les catégories de personnes au sein du PSI dont la messagerie ferait l'objet d'un enregistrement n'ont pas à être identifiées par le texte, chaque PSI ayant la responsabilité de définir le périmètre des personnes visées au regard des services qu'il fournit et des transactions qu'il réalise.**

<sup>1</sup> « Les prestataires de services d'investissement doivent : (...) 5. Conserver un enregistrement de tout service qu'ils fournissent et de toute transaction qu'ils effectuent, permettant à l'Autorité des marchés financiers de contrôler le respect des obligations du prestataire de services d'investissement et, en particulier, de toutes ses obligations à l'égard des clients, notamment des clients potentiels » (Comofi, art. L. 533-10) (l'AMAFI souligne)

9. Si cette proposition n'était pas retenue, il serait absolument nécessaire qu'une analyse coûts/bénéfices (incluant un avis de la CNIL) puisse alors être réalisée avant qu'une décision ne soit prise par le Collège de poursuivre le projet.

10. Pour ce qui concerne les personnes « *agissant pour [le] compte* » du PSI, des difficultés importantes doivent être relevées :

- Ces prestataires extérieurs interviennent dans des domaines très divers allant du gardiennage à la prestation informatique en passant par le nettoyage des locaux. L'obligation aurait ainsi un caractère particulièrement disproportionné si elle n'était pas circonscrite aux personnes impliquées dans la fourniture de services d'investissement ou la réalisation de transactions.

En tout état de cause, poser une telle obligation crée des difficultés réelles au regard du droit du travail qui placent les établissements dans des situations difficiles à gérer. La question se pose de la capacité du PSI à imposer une telle mesure à la personne concernée sans la fonder sur une disposition contractuelle avec son employeur. Si celui-ci la refuse (par exemple s'il considère qu'une telle disposition nécessite la consultation des instances représentatives du personnel), la question se pose alors de la possibilité pour le PSI de poursuivre la relation avec ce prestataire, qui peut par ailleurs occuper une position incontournable dans son domaine.

- Enfin, la formulation proposée peut laisser penser que la messagerie électronique professionnelle visée n'est pas celle mise à la disposition (ou autorisée) par le PSI mais recouvre également celle utilisée par la personne au sein de son employeur. Si cette disposition était néanmoins conservée, il conviendrait donc de résoudre cette ambiguïté.

**En conclusion, l'AMAFI souhaite que la modification vise exclusivement les collaborateurs du PSI.** En tout état de cause, si cela n'était pas le cas, un délai de mise en œuvre suffisant devrait être laissé aux établissements concernés afin que les contrats les liant à des prestataires extérieurs puissent être modifiés en conséquence de cette disposition.

▪ **Le champ des personnes morales soumises à cette obligation**

11. S'agissant du champ des professionnels soumis à cette obligation, l'AMF sollicite dans son courrier l'avis de l'Association sur les « *personnes morales concernées (les prestataires de services d'investissement seulement et/ou les conseillers en investissements financiers et/ou les intermédiaires en biens divers)* ».

Comme elle déjà eu l'occasion de l'exprimer par le passé, l'AMAFI considère que les personnes habilitées à fournir des services d'investissement financiers, quel que soit leur statut, doivent être soumises aux mêmes obligations s'agissant de la fourniture de ces services afin d'assurer à leur clientèle un cadre réglementaire homogène notamment du point de vue de sa protection. Dans cette logique, l'AMAFI considère donc que les CIF doivent également être soumis à cette obligation d'enregistrement.

▪ **Le champ des messages visés**

12. Les termes « *messagerie électronique professionnelle* » n'étant pas définis, il conviendrait de les préciser davantage, sans doute au niveau du RG AMF.

En effet, les établissements doivent connaître précisément quels sont les types de messagerie visés pour assurer leur conformité à cette obligation :

- courriels professionnels (à cet égard, il conviendrait d'ailleurs que l'AMF prévoie les modalités de protection des courriels personnels émis et reçus des collaborateurs via

leur messagerie professionnelle lorsque l'Autorité sera amenée à en détenir suite à un contrôle ou une enquête).

- *chats* Bloomberg, Reuters,...
- *instant messaging* internes à l'établissement
- agendas électroniques

Les SMS ne sont pas considérés comme compris dans la messagerie électronique professionnelle, mais dans la téléphonie qui relève de l'article 313-51 du RG AMF<sup>2</sup>.

### ➤ **La finalité de cette obligation**

**13.** La finalité de cette mesure doit être clairement précisée et inscrite dans les textes. Il s'agit en effet de permettre à l'AMF de disposer de données utiles dans le cadre de ses enquêtes. Il ne doit pas s'agir d'imposer une surveillance supplémentaire des établissements sur la messagerie de leurs collaborateurs.

Dès lors que les établissements disposeront de ce stock d'informations supplémentaires, il pourrait en effet être considéré que ceux-ci doivent l'utiliser à des fins de surveillance interne (par exemple pour la prévention des abus de marché). Cela poserait toutefois là-aussi des problématiques réelles de respect de la vie privée des collaborateurs. Ainsi, l'accès aux messageries professionnelles des collaborateurs est extrêmement restreint et protégé au sein des établissements. La prise en compte des préoccupations des instances représentatives du personnel en matière de vie privée a d'ailleurs conduit certains d'entre eux à interdire une utilisation de ces données à des fins d'enquêtes internes, exclusivement destinées alors aux autorités.

**14.** La proposition de texte devrait donc préciser, non seulement comme il est déjà fait au niveau du RG AMF, mais aussi au niveau du Comofi, que l'objet de ces enregistrements est de permettre leur consultation par l'AMF dans le cadre d'enquêtes.

### ➤ **Une mise en œuvre non rétroactive**

**15.** A la date d'entrée en vigueur de cette obligation, certains établissements ne disposeront d'aucun d'enregistrement existant de leurs messageries électroniques professionnelles ou sous une forme ne répondant pas aux conditions d'intégrité, d'exhaustivité et de confidentialité exigées par le nouveau texte. Aussi, le « stock » de données relatives aux messageries ne comprendra-t-il une année entière de données qu'une année après la mise en œuvre de la nouvelle obligation. Une montée en charge progressive doit donc être prévue par les textes.

### ➤ **Les messages supprimés entre deux sauvegardes**

**16.** Le texte prévoit que la conservation de ces données soit réalisée dans des « conditions d'intégrité, d'exhaustivité et de confidentialité satisfaisantes ». Le courrier précise que l'AMF est préoccupée par la suppression « au fil de l'eau de la presque totalité de leurs courriels » par les professionnels.

L'AMAFI s'interroge ainsi sur les modalités d'enregistrement souhaitées par l'AMF : s'agit-il d'exiger des établissements qu'ils enregistrent au fil de l'eau les messages concernés, sans altération possible par

---

<sup>2</sup> La CNIL considère d'ailleurs les SMS comme relevant de la sphère privée, ne pouvant faire l'objet d'un enregistrement par les établissements, étant d'ailleurs conservés par ailleurs par les entreprises de télécommunications.

leurs collaborateurs ? Si tel était le cas, un dispositif technique d'enregistrement des messages au fil de l'eau serait alors nécessaire, dispositif dont ne disposent pas tous les établissements, certains réalisant des enregistrements par batch (par exemple une fois par jour) sans donc conserver les messages supprimés par un collaborateur entre deux batch.

Si tel est le souhait de l'AMF, le coût des modifications informatiques induites pourra alors être beaucoup plus élevé (et plus difficile à supporter pour les établissements de plus petite taille) et un délai de mise en place sera particulièrement nécessaire.

➤ ***Un délai de conservation de un an au minimum et de cinq ans au maximum***

**17.** L'AMAFI considère que le délai de conservation prévu par le texte est adapté et proportionné à l'objectif recherché.

