■ FICHIERS ET LOI INFORMATIQUE ET LIBERTES

Dès lors qu'ils forment un ensemble structuré et stable accessible selon des critères déterminés**,** tous les fichiers contenant des **données à caractère personnel** doivent respecter les dispositions de la loi dite "informatique et libertés" du 6 janvier 1978 modifiée. On entend par donnée à caractère personnel toute donnée relative à une **personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement** telle que nom, prénom, numéro de compte bancaire, de téléphone, de plaque d'immatriculation, adresse email, etc.

Il en résulte, en pratique, que **la constitution (1)** comme **l'exploitation (2)** d'un grand nombre de fichiers communément utilisés dans les entreprises (**fichier clients et fichier du personnel,** par exemple) sont soumises à **des règles dont les entreprises n'ont pas toujours conscience.**

1. La Constitution des fichiers

Déclaration du fichier à la CNIL - La création de fichiers requiert le plus souvent une **procédure de déclaration préalable auprès de la CNIL**.

Toutefois, certains traitements portant sur des données plus sensibles (origines, opinions politiques ou religieuses, santé, infractions et condamnations, etc.) sont soumis à un régime **d'autorisation préalable**.

D'autres, plus rares, échappent à toute obligation de déclaration (c'est notamment le cas des traitements mis en place dans les entreprises ayant désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues par la loi).

En pratique, la CNIL propose deux types de déclarations : (i) **La déclaration simplifiée** (formulaire allégé qui permet de certifier qu'un fichier est conforme à un modèle (dit norme simplifiée) défini par la CNIL - la CNIL a établi des **normes simplifiées pour** les **fichiers les plus courants** (fichiers clients ou du personnel, notamment)) - et (ii) l**a déclaration normale** (dans tous les autres cas). Après avoir vérifié qu'un dossier de déclaration est complet, la CNIL délivre un récépissé qui permet de mettre en œuvre le fichier, mais ne vaut pas quitus de son contenu, ni de l'utilisation qui en sera faite par la suite.

Le non-accomplissement des formalités auprès de la CNIL peut entraîner des sanctions importantes : 5 ans d'emprisonnement et une amende pouvant aller jusqu'à 1.500.000 € (amende pénale) et/ou 150.000 € (amende administrative). Ces sanctions sont peu mises en œuvre en pratique car les difficultés sont le plus souvent régularisées après un premier rappel à l'ordre.

Mais il existe d'autres sanctions indirectes qui peuvent s'avérer très pénalisantes : **un fichier non déclaré est illégal.** Une entreprise **risque donc de ne pas pouvoir se prévaloir des informations qu'il contient**. Celles-ci ne pourront a priori fonder aucune sanction disciplinaire ni aucune action judiciaire. La Cour de Cassation a ainsi considéré que le "*licenciement d'un salarié fondé sur son refus d'utiliser un badge électronique de gestion des entrées et des sorties du personnel était dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que l'entreprise n'avait pas déclaré son dispositif à la CNIL"* (Cass. soc. 6 avril 2004*).*

De même, pour établir l'utilisation abusive par un salarié de sa messagerie professionnelle à des fins personnelles, l'employeur ne peut pas se prévaloir des informations tirées d'un logiciel de contrôle de cette messagerie non déclaré à la CNIL (Cass. soc. 8 octobre 2014). Le fichier illégal risque également de ne pas pouvoir être cédé : selon la Cour de Cassation, en effet, "*la vente […] d'un tel fichier qui, n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, [a] un objet illicite*" (Cass. soc., 25 juin 2013).

Collecte des informations - **La collecte des informations alimentant le fichier** doit être **loyale et licite.** Ceci implique notamment d'informer les personnes dont les données sont traitées de l'identité du responsable du traitement, de la finalité poursuivie, du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences éventuelles d'un défaut de réponse, des destinataires des données, et enfin des droits dont ces personnes disposent sur ces données (opposition, accès, rectification). Le défaut d'information est puni d'une amende de 7.500 € par infraction, la CNIL pouvant également prononcer des amendes administratives jusqu'à 150.000 €.

Toute information intégrée dans un fichier doit en outre être **adéquate, pertinente et non excessive au regard de la finalité** du traitement des données envisagé. La CNIL a ainsi pu demander à une banque de supprimer de ses fichiers informatiques les informations relatives à des clients, telles que *"menteur"* ou *"timide".*

2. L'exploitation des fichiers

Respect du principe de finalité - Toutes les exploitations du fichier sont soumises au **principe de finalité** qui impose que le fichier soit **exclusivement exploité conformément à la finalité déclarée** (usage déterminé et légitime). A titre d'exemple, un fichier électoral ne pourra pas être utilisé à des fins publicitaires. Il est donc important de préciser d'emblée, au moment de la déclaration, l'ensemble des fonctions auxquelles pourra être employé le fichier. A défaut, le responsable désireux de l'utiliser pour des **activités différentes** devra effectuer une demande d'**extension de finalité** auprès de la CNIL et procéder en parallèle à une **information** des personnes visées. Tout détournement de finalité est passible de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 1.500.000 €, outre une sanction administrative.

Auteurs : Valérie Ledoux, Frédérique Chaput, Sophie Pasquesoone, Caroline Levard et Audrey Maître
Responsable de la publication : Valérie Ledoux

Respect des droits des personnes - Par ailleurs, tant que l'entreprise conserve le fichier, elle doit veiller lors de toutes ses exploitations, au **respect des droits des personnes qui y sont identifiées**. L'entreprise doit notamment mettre en place un dispositif efficace permettant de faire jouer leur droit d'accès, de rectification et, le cas échéant, d'opposition. En outre, les fichiers ne doivent pas être conservés au-delà de la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles les données sont collectées. Enfin, l'entreprise doit prendre les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité des données et éviter leur divulgation à des tiers non autorisés.

Le non respect de ces obligations est passible d'une sanction administrative maximale de 150.000 € et, selon les obligations concernées, de sanctions pénales (amendes pouvant aller de 1.500 à 1.500.000 €, voire peine d'emprisonnement de 5 ans).

Cession de fichiers - Une entreprise qui souhaite **céder ou louer son fichier** à un tiers doit recueillir le consentement exprès des personnes concernées, par exemple en les invitant à cocher une case précisant : "*Vous donnez votre consentement pour que la société X communique vos données à des entreprises extérieures dans un but de prospection commerciale".* La simple acceptation de CGU/CGV n'est pas suffisante. Il est recommandé aux entreprises cessionnaires de s'assurer que cette obligation a été remplie en amont (à défaut, la cession de fichier pourrait être nulle) et de se faire garantir par contrat, par les cédantes, que les fichiers cédés sont conformes aux prescriptions de la loi Informatique et libertés.

Le cessionnaire ou le locataire est, quant à lui, tenu (i) de procéder à une nouvelle déclaration du fichier auprès de la CNIL, et (ii) de fournir aux personnes concernées les mêmes informations que si les données avaient été recueillies par lui - notamment son nom, la finalité du traitement, et ce, dès l'enregistrement des données. Précisons que le respect de ces obligations s'impose à une cession isolée de fichier, comme à toute cession s'inscrivant dans le cadre d'une **cession de fonds de commerce**, d'une **fusion** ou d'un **apport partiel d'actif**.

■ ANNONCES DE RABAIS : LA REMISE EN CAUSE DU PRIX DE REFERENCE

Annoncer un prix remisé est un argument de vente majeur. Pour éviter les abus (annonces de remises là où les prix sont en réalité inchangés), la réglementation française impose que la remise soit calculée par rapport à un prix de référence, défini comme étant le prix le plus bas appliqué dans le mois précédant l'offre ou éventuellement le prix conseillé par le fournisseur (arrêté du 31 décembre 2008).

Le 10 juillet 2014, la CJUE est venue condamner la réglementation belge qui prévoit la même interdiction, au motif qu'elle serait plus restrictive que ce que prévoit la directive européenne 2009/25 qui a procédé à une harmonisation complète en matière de pratiques commerciales déloyales. La France se voit donc contrainte de modifier sa règlementation et va prochainement présenter un projet de révision de l'arrêté du 31 décembre 2008.

Alors que beaucoup se réjouissent de ce nouveau cadre "déréglementé" offrant davantage de liberté quant aux réductions susceptibles d'être proposées, il faut rester prudent puisque le professionnel reste soumis à l'interdiction de proposer des offres constituant des **pratiques commerciales trompeuses** (sanctionnées par des amendes pouvant atteindre 1.5 M€ pour les personnes morales depuis la loi Hamon). La DGCCRF a d'ailleurs d'ores et déjà annoncé que pour éviter les dérives, des contrôles sur le **caractère trompeur des annonces** continueraient "bien entendu" à être réalisés…

Réunies lors d'une table ronde le 7 octobre dernier, les organisations professionnelles représentatives du commerce ont décidé d'élaborer un "Guide des bonnes pratiques", censé recenser les annonces de rabais susceptibles de constituer des pratiques déloyales afin de limiter l'insécurité juridique.

■ CONCENTRATIONS : ATTENTION AUX PARTICIPATIONS CONFERANT LE CONTROLE DE FAIT

Comme nous le soulignions dans notre précédente lettre, il existe des hypothèses particulières de prise de contrôle qui sont soumises au droit des concentrations. La Commission Européenne a ainsi rappelé qu'un **contrôle exclusif de fait peut résulter d'une prise de participation inférieure à 50 %** du capital et des droits de vote (Case Comp/M.784 – Marine Harvest /Morpol).

Dans cette affaire, **Marine Invest a été condamnée à 20 M€** d'amende pour n'avoir pas notifié, en décembre 2012, l'acquisition de 48,5 % des titres de la société Morpol. (NB : la prise de contrôle ultérieure à hauteur de 87,1 % a, quant à elle, fait l'objet d'une notification).

Pour caractériser le contrôle, la Commission a relevé que Marine Harvest disposait d'une majorité stable lors des assemblées d'actionnaires, étant donné la grande dispersion des parts restantes et les taux de présence antérieurs à ces assemblées. Ces éléments lui ont permis d'en déduire **la possibilité d'exercer le contrôle sur Morpol**, élément suffisant pour justifier l'obligation de notification, et ce alors même que Marine Invest s'était abstenue d'exercer ses droits avant la décision de la Commission l'ayant autorisée, sous conditions d'engagements, à porter sa participation à 87,1 %.

Cette décision - qui fait suite à la décision "Electrabel" confirmée par la CJUE – permet de rappeler qu'il est nécessaire de faire preuve de prudence au moment de l'acquisition ou du renforcement d'une participation dans une entreprise tierce afin, le cas échéant, de prendre attache au préalable avec les autorités de concurrence. Ceci d'autant plus que la Commission a confirmé que le caractère non intentionnel de l'infraction n'est pas de nature à dégager la responsabilité de l'acquéreur…

Auteurs : Valérie Ledoux, Frédérique Chaput, Sophie Pasquesoone, Caroline Levard et Audrey Maître
Responsable de la publication : Valérie Ledoux