

Newsletter

Le savoir partagé se voit multiplié



Assurance

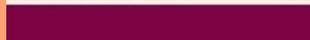
Les amendes prononcées par la Commission nationale pour la protection des données en cas de violation de la réglementation en matière de protection des données sont-elles assurables ?

14 DÉCEMBRE 2020



MOLITOR Avocats à la Cour
Auteurs : Michel Molitor / Sophie Lamothe /
Virginie Liebermann / Ariane Wourwoukas

MOLITOR



/// Dans le cadre d'une police d'assurance cyber-risques, nos experts en droit des assurances présentent les raisons pour lesquelles les amendes administratives émises par la Commission nationale pour la protection des données seraient à considérer comme des sanctions pénales, donc inassurables, en l'état actuel du droit luxembourgeois.



Les amendes prononcées par la Commission nationale pour la protection des données en cas de violation de la réglementation en matière de protection des données sont-elles assurables ?

Les exemples récents de cyberattaques ne manquent pas et l'actuelle pandémie de COVID-19 contribue assurément à une intensification de ce phénomène¹. Si de telles attaques peuvent se révéler dévastatrices pour une entreprise et paralyser son fonctionnement, elles peuvent également s'accompagner de violations de données à caractère personnel au sens du Règlement général sur la protection des données² (RGPD) susceptibles de donner lieu, d'une part, à une enquête sur la protection des données personnelles effectuée par l'autorité administrative compétente et, d'autre part, à des sanctions pécuniaires à l'issue de cette enquête.

Ainsi, au Luxembourg, la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) dispose notamment³ du pouvoir de prononcer des amendes administratives considérables en cas de violation de la réglementation applicable en matière de protection des données, dont les montants peuvent s'élever jusqu'à 20 millions d'euros voire 4 % du chiffre d'affaires annuel d'une entreprise, étant entendu que le montant le plus élevé sera dans ce cas retenu⁴.

Face à l'importance de ces montants et à l'enjeu économique qu'ils représentent pour les entreprises, la question de l'assurabilité de telles amendes présente un intérêt pratique certain.

1 INTERPOL, Rapport « Cybercriminalité : impact du COVID-19 », disponible sur www.interpol.int, 19 août 2020.

2 Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

3 Voy. l'article 58 du RGPD pour une liste complète des pouvoirs accordés aux autorités de contrôle. Voy. en outre le Règlement CNPD relatif à la procédure d'enquête adopté par décision n- 4AD/2020 en date du 22 janvier 2020, en application de l'article 40 de la loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données.

4 Article 83, § 5 du RGPD.

Ainsi, si l'on peut constater le développement de contrats d'assurance dits « cyber risques » dont l'objet va bien au-delà de l'indemnisation des dommages subis par l'assuré et/ou causés à des tiers, mais vise également à offrir une véritable solution de gestion de crise, l'analyse des clauses existantes démontre une certaine hésitation de la part des assureurs à offrir leur couverture en présence de sanctions pécuniaires prononcées par une autorité administrative.

A titre illustratif de cet état d'esprit, nous reproduisons ci-dessous un extrait des conditions générales d'une assurance cyber risques émise par un assureur luxembourgeois concernant cette question :

« SANCTION PECUNIAIRE PRONONCEE PAR UNE AUTORITE ADMINISTRATIVE

L'assureur paie à ou au nom de l'assuré toutes les sanctions pécuniaires prononcées par une autorité administrative qui sont légalement assurables sur base de la législation la plus favorable à l'assuré que l'assuré est légalement tenu de payer après l'achèvement d'une enquête sur la protection des données personnelles effectuée par une autorité administrative, résultant d'une infraction à la législation sur la protection de la vie privée ».

En se référant, dans le contexte des amendes prononcées par une autorité administrative, à une expression telle que « *qui sont légalement assurables sur base de la législation la plus favorable à l'assuré* », l'assureur entend ainsi se prémunir à l'encontre d'une législation, voire d'un courant jurisprudentiel, qui viendrait consacrer l'inassurabilité de telles sanctions.

La question de savoir si l'hésitation des assureurs est fondée implique ainsi de s'intéresser aux textes applicables et à la jurisprudence y relative.

Le contrat d'assurance est régi en droit luxembourgeois par la loi modifiée du 27 juillet 1997⁵ qui, elle-même, trouve son origine dans la loi belge du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁶. En l'occurrence, il y a lieu de constater qu'aussi bien la loi luxembourgeoise que belge restent muettes quant à la question de l'assurabilité des amendes administratives.

Seul le principe de l'inassurabilité des sanctions pénales y est expressément prévu à l'article 97⁷ qui stipule qu' « *aucune amende ni transaction pénale ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance, à l'exception de celles qui sont à charge de la personne civilement responsable* ».

⁵ Loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A, n° 65, p. 2048.

⁶ Actuellement, loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

⁷ Article 91 de la loi belge.

Cette interdiction d'assurer de telles amendes est d'ordre public et découle de l'article 6 du Code civil luxembourgeois qui prévoit qu' : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Comme l'exprime en effet clairement la doctrine spécialisée, « *Lorsque, traditionnellement, on explique que l'assurance ne peut aller à l'encontre des sanctions pénales, c'est qu'en ce cas elle remettrait en cause la portée personnelle des sanctions pénales, lesquelles relèvent d'un ordre public incarné ici par les décisions du service public de la justice. (...) Les amendes prononcées par une juridiction pénale, ainsi que les frais qui y sont relatifs, ne sont jamais pris en charge par les assurances, car il existe une interdiction d'ordre public d'indemniser les dettes pénales. En effet, celles-ci sont personnelles et sont donc attachées à la personne condamnée qui ne peut que seule la payer* »⁸.

C'est également en se basant sur ce même fondement de contrariété à l'ordre public que la jurisprudence et la doctrine majoritaires concluaient traditionnellement à l'inassurabilité de principe des sanctions administratives. En la matière, un arrêt de la Cour de cassation française⁹ semble toutefois avoir apporté une nuance à cette vision catégorique : l'ordre public ne serait ainsi plus le fondement à prendre en compte afin d'exclure le cas échéant le caractère assurable de telles amendes mais il s'agirait plutôt du critère de l'intentionnalité de l'acte posé.

En d'autres termes, en application de cet arrêt, les sanctions administratives ne seraient « *plus inassurables per se, mais elles ne le seraient que si l'acte qui y a donné lieu a été posé de manière intentionnelle. On pourrait alors envisager une police qui stipulerait couvrir uniquement les sanctions administratives qui ne découleraient pas d'une faute intentionnelle. Il est en effet théoriquement possible d'avoir une sanction administrative sans faute intentionnelle* »¹⁰.

Dans cet esprit, seraient ainsi assurables les amendes administratives pour autant que l'infraction ayant donné lieu à de telles sanctions ne soit pas intentionnelle. Une telle vision nous semble autorisée par la loi luxembourgeoise sur le contrat d'assurance dans la mesure où, ainsi que nous l'avons vu précédemment, la loi ne régit aucunement la question de l'assurabilité des sanctions administratives. Elle déclare néanmoins inassurables les conséquences d'une faute intentionnelle ou dolosive en édictant que « *Nonobstant toute convention contraire, mais sans préjudice de l'article 103 point 1, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé le sinistre d'une manière intentionnelle*

⁸ N. HÉLÉNON et C. HESLAUT, « Données personnelles : sur l'assurabilité des sanctions administratives », *Expertises*, mai 2017, pp. 180 et s.

⁹ Cass. fr., civile, Chambre civile 2, 14 juin 2012, 11-17.367.

¹⁰ C. LEERMAKERS, « L'arrêt du 14 juin 2012 de la Cour de cassation française », disponible sur www.newsletter.cms-db.info, juin 2014.

ou dolosive »¹¹. Le défaut d'aléa en présence d'une faute intentionnelle ou dolosive explique la sanction du législateur.

Bien que la Cour de cassation française semble ouvrir la voie et plaider en faveur de l'assurabilité de certaines amendes administratives ou, à tout le moins, du rejet de l'inassurabilité systématique de telles sanctions, il nous semble qu'un autre élément doit être pris en compte avant de pouvoir aboutir à une conclusion pertinente concernant le cas particulier des amendes prononcées par la CNPD.

En effet, comme nous l'avons indiqué ci-avant, le droit luxembourgeois consacre l'inassurabilité de principe des sanctions pénales. Dès lors, si par sa nature la sanction prononcée par la CNPD devait présenter un caractère pénal ou quasi pénal, elle ne pourrait nécessairement pas faire l'objet d'une couverture assurantielle.

Il n'existe, à notre connaissance et à ce jour, aucun texte normatif ni jurisprudence qui traiterai spécifiquement du caractère (quasi)pénal ou non d'une amende administrative prononcée par la CNPD.

Afin de déterminer si une sanction administrative – telle que celle prononcée par la CNPD – présente ou non un caractère (quasi)pénal, l'analyse des critères dits « Engel » dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme¹² et utilisés afin de déterminer, d'une part, ce qui relève effectivement d'une accusation en matière pénale et, d'autre part, quel est le champ d'application du principe *ne bis in idem*¹³, nous semble alors pertinente. Ces critères, qui sont au nombre de trois, sont les suivants :

- (i) la qualification de l'infraction en droit interne ;
- (ii) la nature du comportement réprimé ; et
- (iii) la nature et le degré de sévérité de la sanction.

A cet égard, nous ne pouvons que nous rallier à l'analyse faite par la doctrine s'agissant du RGPD : « *comme l'explique la doctrine se basant notamment sur la jurisprudence Grande Stevens c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme, les sanctions prévues dans le Règlement répondent à ces trois critères, puisque les sanctions sont des sanctions administratives selon le Règlement, elles ont vocation à avoir un effet dissuasif et répressif et à protéger l'intérêt général, et les montants des amendes traduisent une sévérité indéniable.*

¹¹ Article 14, alinéa 1^{er} de la loi du 27 juillet 1997.

¹² Ces critères ayant également été repris par la Cour de justice de l'Union européenne ; voy. notamment CJUE, 5 juin 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, aff. C-489/10 ; CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 ; CJUE, 20 mars 2018, *Luca Menci*, aff. C-524/15 et CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation, Stefano Ricucci, Magiste International SA c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, aff. C-537/16.

¹³ Voy. en ce sens : M. MARTY, « Le principe *ne bis in idem* ou la quête de l'immunité pénale », in *Le risque pénal du banquier*, Limal, Anthemis, 2020, p. 46.

Ces éléments convainquent à suffisance de la nature pénale des sanctions prévues par le Règlement, à tout le moins des amendes. Il en découle que les amendes administratives prononcées par la CNPD devront se voir appliquer certaines des garanties procédurales applicables en matière pénale (...) »¹⁴.

L'amende prononcée par la CNPD, en ce qu'elle répond aux trois critères Engel et, partant, présente un caractère pénal, doit donc être soumise aux mêmes règles et principes que ceux régissant les sanctions pénales. Ceci nous amène alors à conclure à son caractère inassurable en l'état actuel du droit luxembourgeois¹⁵.

/// Michel Molitor, Managing Partner
michel.molitor@molitorlegal.lu

/// Sophie Lamothe, Counsel
sophie.lamothe@molitorlegal.lu

/// Virginie Liebermann, Counsel
virginie.liebermann@molitorlegal.lu

/// Ariane Wourwoukas, Senior Associate
ariane.wourwoukas@molitorlegal.lu

¹⁴ E. GUISSARD, « Le risque pénal du banquier en matière de protection des données personnelles », in *Le risque pénal du banquier, op. cit.*, pp. 259 et 260.

¹⁵ Voy. en ce sens en droit belge : Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2019, p.157, note de bas de page n° 156.