

## COMMISSION RC APREF

# AMENDES ET SANCTIONS

Johane Coignard Nivet, Frédérique de la Chapelle, Corinne Hepner-Brafman

Avril, 2021

## RESUME DES TRAVAUX

En introduisant dans le Code Civil français une amende civile prononcée par le juge civil à l'encontre de l'auteur d'un dommage ayant délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, dénommée faute lucrative, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 29 avril 2016 semble avoir conféré à la responsabilité civile, au-delà d'une finalité réparatrice, une fonction punitive qui relève normalement du Droit Pénal. Dans l'évolution envisagée des règles de responsabilité civile, la question de l'importation du concept juridique de dommages et intérêts punitifs, jusqu'alors étranger au Droit français et déjà présent dans le projet Catala de 2005, a été une des plus polémiques compte tenu des dérives qu'elle pourrait engendrer à la lumière des pratiques déjà constatées aux Etats-Unis.

La Commission RC a souhaité analyser au sein d'un groupe de travail constitué ad hoc les impacts potentiels de ce nouveau dispositif sur le champ des couvertures d'assurance de responsabilité civile, puis sur celui des contrats de réassurance. Pour ce faire, la démarche du groupe de travail a consisté tout d'abord à tenter de clarifier la place de la future amende civile au sein des différentes sanctions déjà existantes en Droit français. Face à la grande diversité des types de sanctions rencontrés et compte tenu des différents critères pouvant mener à un fil conducteur, celles-ci ont été rangées en 3 grandes catégories : civiles, pénales et administratives.

La question de l'assurance des amendes et des sanctions s'est révélée par la suite tout aussi complexe. En effet, un constat s'impose, celui de l'absence quasi généralisée de textes traitant de la question de l'assurance des amendes et des autres sanctions. Cette situation qui n'est pas propre à la France est de nature à engendrer des interrogations et de nombreux débats sources d'incertitudes voire d'insécurité juridique, dans un domaine où les enjeux financiers et commerciaux ne sont plus à démontrer.

Si le gouvernement est intervenu depuis la version initiale de 2016 en prévoyant tout d'abord expressément l'inassurabilité de l'amende civile dans le projet de réforme de la responsabilité civile

du 13 mars 2017, et que par la suite la proposition de loi du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile est allée jusqu'à ne plus consacrer du tout l'amende civile, cela ne nous a pas semblé pour autant rendre moins légitime la poursuite de nos travaux. En effet, cette évolution révèle précisément l'importance du sujet et démontre à quel point les oppositions qui ont pu se manifester en défaveur de l'amende civile et de son assurabilité ont été entendues. De surcroît, le sujet n'en reste pas moins d'une grande actualité. Avec la montée en puissance des enjeux financiers du fait des amendes substantielles prévues par la Loi Sapin II et par le règlement général sur la protection des données (RGPD) en cas d'atteinte aux données personnelles, et plus récemment par le projet de loi Climat, l'importance et la fréquence des sanctions pécuniaires administratives infligées par les autorités administratives indépendantes (AAI) telles que la CNIL, l'AMF ou l'ACPR justifient de s'interroger sur leur assurabilité. Or, si un consensus semble établi quant à l'inassurabilité des amendes pénales, la question se pose pour les autres sanctions et plus particulièrement pour celles prononcées par les AAI. Le sujet n'a de cesse d'évoluer avec une multiplication des amendes et la consécration toute récente d'une l'amende civile dans le Code de la Consommation suite à l'Ordonnance du 29 septembre 2021.

Un débat doctrinal s'est installé sur ce point, avec d'un côté, la thèse de l'inassurabilité fondée sur la contrariété d'un tel contrat à l'ordre public et à la morale et sur la coloration pénale de ces sanctions, empêchant leur assurance. D'un autre côté, une thèse défend l'assurabilité de telles sanctions, en rejetant tous ces arguments et en se basant sur une lecture littérale des articles du Code des Assurances. Certaines autorités administratives, quant à elles, considèrent leurs sanctions inassurables quand d'autres sont silencieuses ; enfin de rares décisions judiciaires laissent à penser que ces sanctions seraient inassurables, d'autres non. Deux grandes périodes se distinguent. Jusqu'en 2012, pour écarter l'assurabilité des sanctions administratives, les juges fondaient leur position en visant l'ordre public. Mais dans un arrêt rendu le 14 juin 2012, la Cour de cassation a marqué une évolution très importante dans le traitement de l'assurabilité de la sanction administrative en se référant non plus à l'ordre public mais au caractère intentionnel des faits reprochés. Des auteurs ont souligné le fait qu'en se fondant sur le caractère intentionnel des faits et non plus sur le critère de la contrariété à l'ordre public, les juges ont donné aux assureurs la possibilité de garantir les sanctions administratives avec la faculté de faire jouer la clause d'exclusion des faits intentionnels ou dolosifs qui constitue une disposition d'ordre public du code des assurances.

Si les amendes pénales sont considérées comme inassurables, le débat reste ouvert à ce jour pour les autres catégories d'amendes et sanctions à savoir les amendes civiles, les sanctions administratives, les amendes fiscales et les amendes en cas d'atteintes aux données personnelles (RGPD). Face à ces nombreuses incertitudes, les solutions apportées en pratique par les acteurs du Marché sont diverses. Tous les assureurs n'en ont pas la même appréciation et l'acceptation de garantir un risque dépend des politiques de souscription des compagnies et des natures de risques concernés. L'inassurabilité des sanctions et amendes constitue le principe général, mais la pratique des assureurs est loin d'être homogène et relève dans une large mesure de la liberté contractuelle. L'exclusion des amendes et sanctions pénales se retrouve majoritairement dans les polices, certains contrats

Prévoyant la couverture des amendes civiles et des sanctions administratives sous réserve que le droit applicable permette cette couverture. Cette dernière solution est fréquemment adoptée notamment par les contrats couvrant la RC des dirigeants et mandataires sociaux (D&O/RCMS) et par les couvertures Cyber. Il semble que la réponse des acteurs dans ces deux branches soit plus avancée que dans la branche responsabilité civile.

En l'absence de prohibition normative expresse, le principe de l'assurabilité des sanctions administratives demeure donc sujet à débat. Ni la Cour de cassation ni le législateur ne se sont prononcés clairement sur la question. Une réponse est attendue depuis longtemps. Cette position qui devra provenir du législateur ou de la Cour de cassation pourrait avoir une grande importance au niveau du droit positif, puisqu'elle permettrait de déterminer si les sanctions pécuniaires administratives peuvent être également considérées comme pénales. La réponse aurait non seulement une incidence sur le plan assurantiel, mais encore sur toutes les questions concernant la qualification des sanctions administratives en général. Cela est d'autant plus essentiel que les Autorités Administratives Indépendantes se développent ainsi que leurs pouvoirs. Elles font partie intégrante d'un système de contrôle en liaison avec leurs homologues européens et internationaux. Face à cette tension et au silence des textes, le rapport sur l'assurance Cyber rendu par Valeria Faure-Muntian publié le 13 octobre 2021 recommande l'autorisation de couverture et de prise en charge des amendes administratives par l'Assureur.

Le groupe de travail n'a pas l'ambition de recommander une clause de couverture ou d'exclusion mais bien de faire un état des lieux en dressant un inventaire non exhaustif des amendes et des sanctions, en présentant les données de la problématique de l'assurabilité des amendes, tout en soulignant les incertitudes existantes du fait que certaines questions restent sans réponse. Ces travaux ont également pour finalité de mettre en évidence l'importance de la terminologie utilisée dans la rédaction des clauses contractuelles, que ce soit au niveau de la définition des amendes et des sanctions, du périmètre de couverture ou des clauses d'exclusion, dans des domaines où les enjeux financiers peuvent se révéler très élevés tant pour les assureurs que pour les réassureurs.

## Synthèse

### Table des matières

<b>Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>1ère partie : Tentative de classification des amendes et sanctions.....</b>	<b>5</b>
<b>2<sup>ème</sup> partie : Les limites de l’assurabilité des sanctions et des amendes.....</b>	<b>12</b>
<b>3<sup>ème</sup> partie : Les pratiques de marché .....</b>	<b>18</b>
<b>4<sup>ème</sup> partie : Les incidences pour la réassurance .....</b>	<b>22</b>
<b>Tableau récapitulatif (tentative de synthèse) .....</b>	<b>26</b>

### Introduction

Les amendes répondent à un besoin de justice de la société et sont présentes dans de nombreux domaines de notre droit. Si cette fonction primaire se retrouve au sein de chaque amende, en pratique, il n’y a pas de consensus sur la définition. Par ailleurs, nous observons une tendance des législateurs français et européen en faveur du développement des amendes et des sanctions administratives avec la loi Sapin II et le Règlement Européen sur la protection des Données (RGPD). Or, la multiplicité des amendes et sanctions et leur caractère fluctuant ne sont pas sans incidence sur la question de leur assurabilité. S’il est clairement établi que les amendes pénales ne sont pas assurables, et que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile introduisant une amende civile destinée à sanctionner la faute lucrative (abandonnée dans la proposition de loi du 29 juillet 2020), a prévu explicitement son inassurabilité, la question de l’assurabilité des amendes administratives n’est pas sans poser un certain nombre de questions dont les réponses demeurent incertaines. Cela étant, le sujet n’a de cesse d’évoluer avec la consécration toute récente de l’amende civile dans le Code de la Consommation suite à une Ordonnance du 29 septembre 2021.

C’est ainsi qu’après avoir tenté de dresser un inventaire des différents types d’amendes et de sanctions (1), le groupe de travail s’est efforcé de présenter les limites à leur assurabilité (2), pour

apporter enfin un éclairage sur les différentes solutions proposées par le Marché de l'Assurance (3) et leurs incidences en Réassurance (4).

## 1<sup>ère</sup> partie : Tentative de classification des amendes et sanctions

La sanction entendue dans son acception générale intègre toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation. Dans un sens plus restreint, la sanction est une punition ou une peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction.

L'amende peut quant à elle être définie comme une « sanction pécuniaire édictée par la loi en matière civile, fiscale, douanière ou pénale, consistant en une somme d'argent payable à l'Etat » (Larousse).

Cependant, la réalité juridique des définitions des amendes et surtout des sanctions financières est beaucoup plus complexe dans la mesure où ces pénalités ne répondent pas toujours à des définitions claires et uniformes ; ceci est notamment très caractéristique des sanctions administratives. La notion de sanction administrative répond par exemple à des définitions différentes selon que l'on se réfère à la doctrine, au Conseil d'Etat (« décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique »), au Conseil Constitutionnel ou encore à la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Les exemples suivants sont révélateurs des difficultés rencontrées pour retenir un fil conducteur permettant une classification des amendes et des sanctions : une « amende civile » peut trouver sa source dans le Code civil mais également dans le Code de procédure pénale, une infraction pénale peut être sanctionnée par une autorité administrative, une sanction prononcée par une autorité administrative peut être une « amende administrative » ou une « sanction pécuniaire », une amende peut ne pas être une sanction, une amende issue d'une infraction pénale peut ne pas être une amende pénale, une amende peut correspondre à une simple astreinte...

Face à la diversité et au grand nombre de sanctions existant dans notre environnement juridique et économique, plusieurs critères pourraient être retenus en vue de réaliser une classification de celles-ci :

- ✓ Les sources textuelles : les sanctions se rencontrent dans tous les codes,
- ✓ Les autorités qui les prononcent : pénales, administratives, civiles ; à ce titre, la majorité des auteurs s'accordent pour considérer que les « amendes » civiles ou pénales sont prononcées par des juges et les « sanctions administratives » par des autorités administratives,
- ✓ La nature : ferme ou conditionnelle de la sanction,
- ✓ La finalité : répressive, réparatrice, ou encore visant l'amendement du coupable. A ce titre un consensus semble établi sur le fait que les sanctions, qu'elles soient pénales ou

<sup>1</sup> Vocabulaire Juridique Gérard Cornu, PUF, "sanction".

administratives, ont une fonction essentiellement répressive. C'est l'intention de punir et parfois aussi de réparer au profit de l'intérêt général qui est recherchée.

Parmi ces différents critères, la répartition des amendes et sanctions en trois grandes familles pénales, civiles et administratives, est apparue au groupe de travail comme étant la plus couramment retenue quand bien même les frontières entre ces catégories tendent à s'atténuer. Avant tout, cette classification s'avère la plus en adéquation avec notre environnement professionnel, les contrats d'assurance dans leur grande majorité retenant la référence aux amendes ou sanctions pénales, civiles ou administratives. C'est donc la distinction suivante qui a été choisie pour ce panorama introductif.

### **1) Amendes et sanctions de nature pénale**

Il s'agit d'amendes pécuniaires versées au Trésor Public ou de sanctions non pécuniaires prononcées à titre principal ou complémentaire en matière de crime, de délit ou de contravention, par une juridiction pénale (tribunal de police, tribunal correctionnel ou Cour d'Assises). Les amendes pénales sont destinées à réprimer une palette très large de faits allant des plus bénins aux plus graves, et pour des montants très variables.

Traditionnellement, notre droit réservait ces amendes aux seules personnes physiques. La loi 2004-204 du 9 mars 2004, dite « loi Perben II »<sup>2</sup> reprise à l'article L121-1 du code pénal, a posé et généralisé le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. L'article 131-8 du Code pénal précise que pour ces amendes, le taux maximum est le quintuple de celui d'une personne physique pour la même infraction et le montant maximum est d'un million d'euros si aucune amende n'a été prévue, avec un possible doublement en cas de récidive. Certains textes prévoient même la possibilité d'augmenter le maximum pour certains délits. En pratique, les infractions les plus courantes pour les entreprises sont liées aux domaines économique (concurrence, corruption, exercice illégal), comptable ou financier (blanchiment, infractions boursières, etc.) ou à la législation du travail (harcèlement, discrimination...). Les faits reprochés doivent avoir été commis par un organe ou un représentant de la personne morale et l'infraction doit avoir été réalisée pour le compte de la personne morale.

#### Le cas particulier des amendes environnementales :

Les premières normes environnementales datent des années 1960 mais elles se sont multipliées depuis ce qui a justifié la création du Code de l'environnement en 2000. La Charte de l'environnement de 2004 a été intégrée au bloc de constitutionnalité français.

Ce droit est complexe en raison notamment des multiples matières juridiques qu'il touche. Les sanctions des manquements à ces normes sont essentiellement de nature pénale, la sanction administrative demeurant secondaire, ce qui nous paraît justifier de les ranger dans cette première

<sup>2</sup> LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

catégorie. Ces amendes peuvent être prononcées aussi bien à l'encontre de l'entreprise, personne morale, que du dirigeant. Le Code de l'environnement relève quatre infractions principales qui visent les déchets, la pollution de l'eau, de l'air, et l'installation classée pour la protection de l'environnement, avec des réglementations spécifiques par type d'activité. Les infractions à chacune de ces réglementations conduisent à une sanction pénale propre allant de la simple amende (contravention) à une peine d'emprisonnement (délit ou crime). En droit pénal, les infractions non-intentionnelles ne constituent pas un délit sauf en cas d'imprudance, de négligence ou de mise en danger délibérée d'autrui par son auteur. Cependant, la Cour de cassation a développé une jurisprudence sévère consistant à présumer l'intention coupable des exploitants d'installations classées pour la protection de l'environnement.

Aux côtés des victimes ayant personnellement et directement subi un préjudice environnemental, la demande en réparation est également ouverte à certaines associations. Cette possibilité a été renforcée avec l'introduction en droit français de l'action de groupe environnementale par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle (nouvel article L. 142-3-1 du Code de l'environnement). Exercée devant le juge judiciaire ou administratif, elle tend à la cessation du manquement et/ou à la réparation des préjudices, laquelle peut être individuelle ou collective. L'engagement d'une action de groupe environnementale est réservé aux associations agréées et aux associations régulièrement déclarées depuis 5 ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres ainsi qu'aux associations de protection de l'environnement agréées.

## 1.2 Amendes et sanctions en matière civile

Les amendes et sanctions peuvent, lorsque la loi le prévoit, être prononcées à l'encontre des personnes physiques ou morales en dehors du cadre pénal et revêtir un caractère civil. Avant l'apparition de l'« amende civile » dans le projet de réforme de la responsabilité civile destinée à réprimer une faute lucrative, l'amende civile ne visait jusqu'alors qu'une peine très spécifique prononcée au profit du Trésor Public et fixée indépendamment des dommages et intérêts qui pourraient être alloués à la victime, à l'occasion d'un procès civil lorsque le juge estime que l'action du demandeur a été abusive ou que celui-ci n'en a pris l'initiative que dans le but de retarder la reconnaissance des droits de son adversaire<sup>4</sup> (abus d'ester en Justice ou témoins défaillants par exemple).

En revanche, la sanction civile est nettement plus courante en faisant référence à toute disposition légale, réglementaire, statutaire, judiciaire ou contractuelle ayant pour objet de garantir que son effectivité sera assurée, telle que la clause pénale insérée dans les contrats qui détermine à l'avance la sanction pécuniaire applicable en cas de manquement d'une partie dans l'exécution de ses

<sup>3</sup> LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016

<sup>4</sup> <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/amende-civile.php>

obligations. Le montant fixé est généralement très supérieur au dommage réel subi dans la mesure où sa finalité est de décourager l'inexécution. L'article 1231-5 du Code civil prévoit que le juge peut modérer ou augmenter la pénalité si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Cette mesure existe également en droit du Travail, en visant les dommages et intérêts dus par l'employeur en cas de licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse.

#### Le cas particulier des dommages et intérêts punitifs

Ces dommages et intérêts sont connus depuis longtemps du droit anglo-saxon, avec des spécificités selon les pays. S'ils se retrouvent dans la majorité des Etats américains, en Grande-Bretagne et en Irlande, ils restent exclus en Australie. Les dommages et intérêts punitifs (« punitive damages ») sont destinés à punir le responsable du dommage, exprimant la réprobation qu'inspire la conduite du défendeur gravement négligente ou intentionnelle. La somme octroyée est versée à la victime, en plus de la compensation de son dommage ; il ne s'agit donc pas d'une amende civile à proprement parler, mais bien d'une sanction civile.

#### Exemples de condamnations :

- ✓ Décembre 2014, le jury fédéral de Californie a accordé 185 millions de dollars à une salariée victime de discrimination pour cause de grossesse.
- ✓ Octobre 2016: un tribunal de Los Angeles a accordé 347 millions à une femme qui poursuivait Johnson & Johnson pour un cancer développé du fait de l'utilisation d'un talc.
- ✓ Plus récemment, les dommages-intérêts punitifs et l'action collective viennent d'atteindre un sommet inégalé avec un arrêt historique rendu le 1er mars 2019 par la Cour d'Appel du Québec dans le cadre de deux actions de groupe intentées par des fumeurs contre trois fabricants de cigarettes. À la suite d'un procès retentissant, des fabricants de cigarettes ont été condamnés pour omission volontaire, avec conspiration, d'avertir contre les risques graves sur la santé du tabagisme induits par la dépendance. Usant de leur large pouvoir d'appréciation et désireux de dénoncer le comportement extrêmement répréhensible des fabricants, les juges sont arrivés à un montant de dommages punitifs de 132 millions de dollars canadiens. Les dommages compensatoires et punitifs ajoutés aux dépens et aux intérêts ont atteint la somme de 1,3 milliard de dollars canadiens et ont eu pour finalité de sanctionner les atteintes intentionnelles à la vie, la sécurité et l'intégrité. Grâce à son large domaine d'application, l'action a regroupé plus d'un million de personnes.

Ces montants astronomiques fréquemment dénoncés sont considérés par certains comme la partie visible de la maladie du système judiciaire américain<sup>5</sup>. Globalement, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande, les pays européens sont hostiles aux dommages punitifs. Leur reconnaissance existe néanmoins en Espagne où, dans le cadre d'un manquement à la sécurité, l'employeur peut être obligé de verser des indemnités majorées de 30% à 40%.

<sup>5</sup> [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/473.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/473.pdf)

### Vers une reconnaissance des dommages punitifs en droit français ?

Les dommages punitifs ne font pas partie des systèmes légaux traditionnels en Europe. Le système juridique français applique en général strictement le principe indemnitaire et exclut toute idée de sanction ou de profit pour la victime. Il semble cependant que le droit français ait déjà montré des signes d'ouverture en direction de la reconnaissance de dommages et intérêts à vocation punitive dans certaines hypothèses.

En 2010, la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur l'exequatur en France d'un jugement californien octroyant des dommages et intérêts punitifs. Les juges ont retenu que « si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas en soi contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». La Cour de cassation a donc reconnu que les dommages et intérêts punitifs n'étaient pas en soi contraires à l'ordre public international.<sup>6</sup>

En droit interne, le débat sur les dommages et intérêts punitifs est ouvert depuis plus de vingt ans. En 2005, le rapport Catala<sup>7</sup> sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile prévoyait déjà que l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime », tout en prévoyant leur inassurabilité.

En mars 2017, le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par Jean-Jacques Urvoas, Garde des Sceaux, traduit l'aboutissement de cette évolution à travers l'introduction dans notre droit d'une amende à fonction préventive qui serait versée au Trésor public ou à un fonds d'indemnisation.

« L'amende civile à la française sera respectueuse de notre tradition juridique attachée au principe de la réparation intégrale, tout en remplissant la fonction de moralisation des comportements qui lui est assignée ». <sup>8</sup> Cette amende s'appliquerait lorsque le responsable aura délibérément commis une faute lucrative qui lui rapporterait plus qu'une éventuelle réparation des préjudices. Cette réforme qui devait être introduite dans notre droit positif au plus tard dans l'année 2019 a conduit à la proposition de loi du 29 juillet 2020 portant réforme de la Responsabilité Civile qui ne consacre pas l'amende civile.

<sup>6</sup> Cour de cassation, Première chambre civile Arrêt n° 1090 du 1 décembre 2010 (09-13.303 )

<sup>7</sup> [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)

<sup>8</sup> <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/discours-de-2017-12856/projet-de-reforme-de-la-responsabilite-civile-29780.html>

La loi du 30 juillet 2018 (art L152-6 du Code de Commerce) sur le secret des affaires dispose par ailleurs que les dommages et intérêts sont fixés en tenant compte des bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte et non plus seulement en fonction du préjudice subi.

### **1.3 les amendes et sanctions de nature administrative**

Une sanction administrative est une décision émanant d’une autorité administrative qui vise à réprimer un comportement fautif<sup>9</sup>. Elles réparent également le dommage subi par la collectivité (par opposition à celui subi par les individus lésés) et peuvent consister en sanctions pécuniaires mais également en mesures coercitives telles que l’avertissement, le blâme, le retrait d’agrément ou d’autorisation, la fermeture d’établissement, ou encore l’interdiction d’exercer une profession.

Si les sanctions les plus graves relèvent en principe du droit pénal, les sanctions pécuniaires prévues en matière fiscale, douanière, mais surtout en droit de la concurrence, peuvent atteindre des montants nettement supérieurs à ceux des amendes pénales. Comme pour les amendes pénales, la fonction de la sanction administrative est essentiellement répressive. Les exemples de condamnations suivants nous semblent révélateurs des enjeux financiers en question.

- ✓ 672 millions d’euros de sanctions pécuniaires à l’encontre d’une vingtaine d’entreprises de messagerie pour entente illicite sur les hausses tarifaires le 15 décembre 2015 (TNT, Fedex, etc.)
- ✓ 350 millions d’euros de sanctions pécuniaires à l’encontre d’Orange pour abus de position dominante le 27 décembre 2015 ;
- ✓ 35 millions d’euros de sanctions pécuniaires à l’encontre de Natixis en juillet 2017 ;
- ✓ 50 millions d’euros de sanctions pécuniaires à l’encontre de Google le 21 janvier 2019, pour manquements aux dispositions du RGPD,
- ✓ 50 millions d’euros d’amende infligés à La Banque Postale pour non-respect de la législation relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

#### Panorama des grands types de sanctions administratives :

La liste de ces sanctions est longue et plusieurs auteurs s’accordent sur la grande difficulté à en dresser un inventaire exhaustif.

<sup>9</sup> “Le juge administratif et les sanctions administratives” <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives>

Voici néanmoins une liste des principales sanctions relevées :

- ✓ Sanctions prévues par le Droit du Travail depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016<sup>10</sup>, pouvant être prononcées par l'administration sur rapport des agents de contrôle de l'inspection du travail;
- ✓ Sanctions prévues par l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans son rôle de surveillance des marchés et de protection des investisseurs; <sup>11</sup>
- ✓ Amendes et sanctions prévues en Droit de la Concurrence : ces sanctions sont rarement pénales mais le plus fréquemment administratives notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles. Si ces dernières peuvent prendre plusieurs formes (engagements comportementaux, interdiction d'accès aux marchés publics, publicité...), elles impliquent obligatoirement une sanction pécuniaire, ce qui est notamment le cas des ententes sur les prix qui constituent les infractions les plus graves ;
- ✓ Sanctions des actes de corruption : la loi Sapin II n° 2016 -1691 du 9 décembre 2016<sup>(12)</sup> consacre un chapitre III aux « *autres mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité* » du fait de l'instauration d'un dispositif efficace anticorruption qui passe par la mise en place, au sein des entreprises visées, de dispositifs internes de prévention et de détection de cette délinquance. S'inspirant des législations britannique (*Bribery Act* 2010) et helvétique (Code pénal suisse art. 102), l'article 17 de la loi Sapin II impose le respect d'une obligation générale de prévention de la corruption qui pèse sur les grandes entreprises (plus précisément sur leurs mandataires sociaux), pouvant être sanctionnée par l'AFA (Agence Française Anti-corruption), autorité à compétence nationale. La Commission des Sanctions de l'AFA a le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires dont le montant ne peut excéder 200.000€ pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales. Le montant de la sanction pécuniaire prononcée doit être proportionnel à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée.

<sup>10</sup> Ordonnances n° 2016-413 relative au contrôle de l'application du droit du travail, publié au JORF 8 avril 2016

<sup>11</sup> <http://www.amf-france.org/L-AMF/Missions-et-competences/Presentation>

<sup>12</sup> Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°2087 du 10 décembre 2016

### Le cas particulier des amendes RGPD ou les grands principes de la protection des données personnelles : des sanctions administratives renforcées

Le règlement européen sur la protection des données du 26 avril 2016 (RGPD),<sup>13</sup> applicable à compter du 25 mai 2018, vise à améliorer la protection des données des personnes en introduisant de nouvelles obligations pour les entreprises. Ces obligations s'accompagnent de sanctions administratives renforcées prononcées par les autorités de protection, et notamment un avertissement, de la suspension des flux de données, mais également des sanctions pécuniaires administratives pouvant aller, selon la catégorie de l'infraction, de 10 à 20 millions d'euros, ou, dans le cas d'une entreprise internationale, de 2% à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial, le montant le plus élevé étant retenu. La sanction sera conjointement adoptée par l'ensemble des autorités concernées et donc potentiellement étendue à l'ensemble des territoires où l'auteur a ses établissements au sein de l'Union Européenne.

En France, le pouvoir de la CNIL en matière de sanction et de contrôle s'est vu ainsi renforcé. De surcroit, l'action de groupe en tant qu'action réparatrice d'un préjudice pourra être actionnée dans le cadre d'une atteinte aux données personnelles ce qui fait peser une lourde menace sur les entreprises.

A l'étranger, la situation est assez similaire. De la même manière que des juridictions françaises peuvent prononcer des amendes à l'encontre d'entités étrangères, des personnes physiques ou morales pourraient être condamnées par les juridictions étrangères à payer des amendes substantielles.

## **2<sup>ème</sup> partie : Les limites de l'assurabilité des sanctions et des amendes**

La question de l'assurabilité des sanctions et des amendes est complexe mais néanmoins fondamentale en raison tant de la nature même des infractions à couvrir que des enjeux financiers en question. Si certains pays prévoient clairement l'illégalité de l'assurance des amendes, il n'existe pas de texte général en France posant le principe de l'interdiction. Ce sont donc des principes d'ordres généraux qui s'appliquent, mais qui laissent néanmoins persister des incertitudes sur plusieurs aspects. A priori techniquement possible, l'assurabilité des amendes pose débat tant sur le plan juridique que moral.

<sup>13</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil 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

## 2.1. État du Droit positif en France

Deux fondements légaux paraissent classiquement faire obstacle à l'assurabilité des sanctions et des amendes : la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré d'une part, la contrariété du contrat d'assurance à l'ordre public et aux bonnes mœurs d'autre part.

- ✓ L a faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré est une cause légale d'exclusion aux termes de l'article L.113-1 du Code des assurances dont les dispositions sont impératives. Aucune assurance ne peut jouer si l'assuré a commis une « faute intentionnelle ou dolosive ». Il s'agit donc d'une limite apportée à une garantie valide en son principe, mais qui tient aux circonstances du sinistre. Il est utile de préciser toutefois que la faute intentionnelle de l'assuré au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances est définie traditionnellement par la jurisprudence de façon stricte, l'intention devant porter tant sur la volonté de commettre la faute que sur le résultat dommageable qui en résulte. La question se pose de l'application de cette notion aux sanctions civiles, pénales et administratives qui contiennent souvent un élément intentionnel, même si l'intentionnalité pénale n'implique pas nécessairement l'intentionnalité en droit des assurances. Ce raisonnement a conduit certains à considérer valable la couverture des frais de défense qui peut s'assimiler à une forme de protection juridique, admise par exemple en Grande-Bretagne par l'autorité de contrôle (la FSA), ou encore à retenir l'assurabilité de la responsabilité de l'assuré lorsqu'elle est issue, non de sa propre faute intentionnelle, mais de celle de l'un de ses préposés.
- ✓ La contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, cause de nullité, affecte en revanche la garantie en son principe même, et ce indépendamment de la survenance d'un sinistre.

S'agissant plus particulièrement de l'assurabilité des sanctions pénales, la doctrine<sup>14</sup> affirme que les sanctions pénales ne sont pas, par nature, assurables. Cette interdiction découle de la personnalité des peines édictées par l'article 121-1 du Code pénal<sup>15</sup>, impliquant que l'assureur ne peut décharger le condamné du poids de l'amende.

Il est ainsi admis en droit positif que l'assurance du risque de paiement de toute amende pénale est illicite. Cette règle est applicable tant aux personnes physiques que morales. Les condamnations personnelles du dirigeant pour des infractions au code de la route ne peuvent être réglées par la société, sous peine d'être qualifiées d'abus de biens sociaux. La jurisprudence considère en effet que cela est contraire à l'intérêt social.<sup>16</sup>

De même, la jurisprudence considère que la prise en charge du paiement des amendes pénales prononcées à l'encontre du dirigeant entraîne la qualification d'abus de biens sociaux.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Le Lamy Assurances 2020, §2626

<sup>15</sup> Article 121-1 du code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. »

<sup>16</sup> Cass. Crim., 3 février 1992, n°90-85.431

<sup>17</sup> Cass. Crim., 6 septembre 2000, n°00-80.989

Nous verrons plus loin que la pratique apporte des solutions plus nuancées.

Si les amendes pénales sont considérées comme inassurables, le débat reste ouvert pour les autres catégories d'amendes et sanctions à savoir les amendes civiles, les sanctions administratives, les amendes fiscales et les amendes en cas d'atteintes aux données personnelles (RGPD).

S'agissant des amendes fiscales, dont on imaginerait mal la prise en charge par l'assurance compte tenu de la finalité poursuivie, on observe que certaines sont mises à la charge de l'employeur même si l'infraction est le fait d'un préposé. Ce mécanisme est intéressant car il a conduit des auteurs à considérer que ces amendes sont, de ce point de vue, moins répressives que réparatrices et qu'il y a donc là une responsabilité civile du fait d'autrui revêtant une coloration plus civile que pénale. Plusieurs auteurs estiment qu'en conséquence, il n'y a pas d'obstacle à la validité d'une assurance ayant pour objet de garantir ce type d'amende. D'autres sont opposés à une telle assurabilité, car « les finalités manifestement préventives et dissuasives de ces sanctions les apparentent à une responsabilité d'ordre pénal plutôt que civil, même lorsqu'elles ne frappent pas l'auteur de l'infraction ». La réponse est donc incertaine.

L'étude de l'assurabilité des sanctions pécuniaires infligées par les Autorités Administratives Indépendantes s'avère encore plus complexe compte tenu de leur nature hybride et de leur qualification, qui font appel à des notions qui ne sont pas clairement définies.

En France, la sanction ou l'amende administrative est généralement assimilée à une amende pénale, laquelle est par nature, inassurable. Si une grande partie des auteurs s'accordent à dire que les amendes ne sont pas assurables du fait de cette assimilation aux sanctions pénales, d'autres auteurs estiment que les amendes administratives seraient assurables sauf si elles sanctionnent des fautes intentionnelles au sens du droit des assurances compte tenu des évolutions de la jurisprudence en la matière. Outre la doctrine administrative, la doctrine universitaire défend majoritairement l'inassurabilité des sanctions administratives dans la mesure où, à l'instar des amendes pénales, elles ont pour finalité de sanctionner également une atteinte à l'ordre public et présentent une nature répressive non indemnitaires.

En ce qui concerne la jurisprudence, deux grandes périodes sont à distinguer. Jusqu'en 2012, pour écarter l'assurabilité des sanctions administratives, les juges fondaient leur position en visant l'ordre public. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 février 2012 est clair à ce titre en rappelant que : « les sanctions prononcées par l'AMF présentent un caractère para-pénal dès lors qu'elles poursuivent le même objectif que les sanctions pénales ». Dans sa motivation, la décision rappelle les termes de l'article 6 du code civil avant d'énoncer que « le rôle de l'AMF est de protéger l'ordre public boursier au moyen de sanctions pécuniaires » qui poursuivent le même objectif que les sanctions pénales, à savoir la répression d'infractions à des textes législatifs ou réglementaires et une finalité suffisamment dissuasive destinée à décourager la réitération de tels actes ». La Cour d'Appel ajoute que « le montant particulièrement élevé de ces sanctions pécuniaires et la possibilité offerte à l'AMF de leur donner une publicité les rendent assimilables à des amendes pénales ».

Six ans plus tôt, sollicitée pour avis par un assureur, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), ancêtre de l'actuelle Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), était parvenue à la même conclusion en estimant « contraire à l'ordre public la prise en charge par un assureur des amendes pénales, fiscales, douanières ou de toute autre sanction pécuniaire prononcée par les autorités administratives ».

Mais dans un arrêt rendu le 14 juin 2012, la Cour de cassation a marqué une évolution très importante dans le traitement de l'assurabilité de la sanction administrative en visant non plus l'ordre public mais le caractère intentionnel des faits reprochés, en affirmant qu'il ne pouvait y avoir assurabilité des sanctions administratives prononcées par l'AMF dès lors qu'il ne s'agissait « ni d'une faute d'inattention ou de négligence, ni d'une erreur de fait, mais de l'expression consciente d'une volonté délibérée de fournir au public des informations propres à modifier l'appréhension de la situation financière de la société, de valider des opérations qu'il savait illégales »

Des auteurs ont souligné le fait qu'en se fondant sur le caractère intentionnel des faits et non plus sur le critère de la contrariété à l'ordre public, les juges ont donné aux assureurs la possibilité de garantir les sanctions administratives avec la faculté de faire jouer la clause d'exclusion des faits intentionnels ou dolosifs qui constitue une disposition d'ordre public du code des assurances réitérée dans toutes les polices si les circonstances du sinistre le permettent, ce qui relève d'une appréciation au cas par cas.

Il est à noter que dans une décision du 6 mars 2018<sup>18</sup>, le TGI de Paris est toutefois revenu à la solution à laquelle était parvenue la Cour d'Appel de Paris le 14 février 2012 en excluant clairement la possibilité d'assurer les sanctions prononcées par les autorités administratives.

#### Cas particulier des sanctions de la CNIL

La CNIL dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction administrative qui s'est renforcé à l'égard des entreprises qui violeraient les règles de sécurité relatives aux données. La question se pose de savoir si de telles sanctions peuvent être prises en charge par une assurance. À ce jour, la Cour de cassation n'a pas été saisie de cette question. En particulier, dans l'arrêt *Marionnaud précité* du 14 juin 2012,<sup>19</sup> où l'assuré sollicitait de son assureur la garantie de sa condamnation par l'AMF, la Cour régulatrice s'était focalisée sur la faute intentionnelle de cet assuré, sans aborder la validité de la garantie invoquée, alors que l'ordre public était en jeu.

#### **2.2 Situations observées à l'étranger en matière d'assurabilité des amendes civiles ou administratives**

Il nous a semblé intéressant de confronter l'état actuel de la problématique de l'assurabilité des amendes civiles ou administratives en France avec les positions des législations étrangères. Sur le

<sup>18</sup> TGI Paris, 6 mars 2018, n°17/00415

<sup>19</sup> Cour de cassation, Civ. 2, 14/06/2012, 11-17.367

plan européen, la Cour Européenne des droits de l'homme a reconnu que les amendes administratives devraient être assimilées à des sanctions pénales. Comme en France, et sauf erreur, les autorités nationales étrangères cantonnent strictement l'assurabilité des amendes à un certain nombre de principes.

Au Royaume-Uni, la question de l'assurabilité des amendes administratives n'est pas tranchée et il est généralement considéré que l'assurabilité d'une amende civile ou administrative est possible s'il s'agit d'un acte commis de manière non intentionnelle par son auteur. Cependant, il existe au moins une prohibition expresse portant sur les sanctions prononcées par la Financial Conduct Authority («FCA») qui ne sont pas assurables. Dans le but de rendre effectif le principe selon lequel une amende financière (« fine ») est payée par la personne qui en est frappée, la FCA a interdit de souscrire une assurance qui aurait pour objet d'indemniser en tout ou en partie les sanctions financières prononcées mais cela ne vise que les amendes qu'elle prononce elle-même, et non celles décidées par d'autres autorités.

En Espagne, le Ministerio De Economia y Hacienda, par lettre du 13 mars 2008, a pris une position plus générale : les contrats de responsabilité civile ne peuvent pas garantir des sanctions de nature administrative car cela est contraire à l'ordre public.

En Allemagne, le débat est similaire, la question étant également posée de savoir s'il serait contraire à l'ordre public de garantir les sanctions administratives. Il semble que la plupart des auteurs s'accordent sur le fait que cette couverture serait contraire à la morale et nulle au regard de la section 138 du Code civil allemand.

En Italie, le régulateur (IVASS – Istituto Per La Vigilanza Sulle Assicurazioni), sur la base du décret-loi n°209/05, a émis une interdiction totale de pouvoir transférer à un assureur la charge financière d'une amende ou d'une pénalité administrative.

Aux Etats-Unis, la situation varie selon les types de sanctions :

Les pénalités financières prononcées en application de la Section 359 du Federal Deposit Insurance Corporation Rules and Regulations ne peuvent faire l'objet d'une couverture d'assurance.

Les amendes cyber relèvent des protections mises en place au sein de chaque régulateur et Etat. On peut néanmoins noter que l'obligation de notification a été mise en place dès 2003. La FTC (Federal Trade Commission) ainsi que la FCC (Federal Communications Commission) peuvent par ailleurs prononcer des amendes ainsi que des *punitive damages*. Ces « fines » sont couvertes dans la plupart des contrats cyber sauf si cela est contraire à la loi.

S'agissant des dommages et intérêts punitifs, la Cour Suprême considère que ces dommages ne peuvent, sauf exception, dépasser dix fois le montant des dommages et intérêts. Leur assurabilité est

contestée puisque 18 Etats américains, parmi lesquels figurent la Californie et l'Etat de New York, considèrent qu'ils ne sont pas assurables. Néanmoins dans les autres Etats, il est possible de les couvrir dans la mesure où ils ne résultent pas d'une faute intentionnelle.

#### Cas particulier des amendes en cas d'atteinte aux données personnelles (RGPD) :

Suite à l'entrée en application le 25 mai 2018 dans le droit positif du règlement sur la protection des données, se pose avec acuité la question de l'assurabilité des amendes et sanctions administratives prévues par ce texte au travers de l'Europe.

Le RGPD permet aux États membres européens d'imposer leurs propres sanctions en cas de violation de données personnelles et le débat reste ouvert dans de nombreux Etats. Ainsi, les sanctions administratives du RGPD ne seraient généralement pas considérées comme assurables en Europe, notamment au Royaume-Uni, en France, en Italie, en Belgique et en Espagne. Cependant, certaines polices prévoient une indemnisation de ces amendes, notamment les polices Cyber lorsque les frais d'enquêtes administratives ou de défense en présence d'incidents cyber, ou d'atteintes à la sécurité des données ou des systèmes d'information, sont couverts. Il faudra attendre les premières décisions judiciaires pour plus de clarté quant à la légalité de telles pratiques.

Dans huit autres Etats membres, il semble que la licéité de l'assurabilité soit appréciée au cas par cas et dépende de la conduite de l'assuré et de la classification de l'amende comme étant pénale ou civile. Le groupe de travail recommande vivement sur ce point la lecture du rapport AON DLA Piper May 2020<sup>1</sup> qui fournit un panorama récent, complet et très intéressant avec un **descriptif détaillé des solutions apportées en matière d'assurance** des amendes RGPD mais également des amendes non RGPD dans l'Union Européenne, en Suisse, en Norvège et au Royaume-Uni. Cela étant, bien qu'il n'existe que quelques pays où les amendes RGPD semblent assurables, l'assurance contre les coûts engendrés suite à une violation de données apparait soulever moins de questions ce qui explique sans doute la généralisation de cette couverture à toute l'Europe. Les coûts associés à la non-conformité au RGPD et les pertes d'affaires résultant des perturbations peuvent en effet engendrer des frais juridiques et un contentieux élevé, des enquêtes réglementaires, des mesures correctives et d'autres coûts associés à la compensation et à la notification aux personnes concernées. Le RGPD devrait exposer les entreprises à des risques significativement plus élevés liés à la façon dont celles-ci gèrent et stockent les données personnelles de leurs clients. Les violations de données et d'autres cyber-événements pourraient entraîner des amendes substantielles pour les entreprises.

1. DLA Piper and Aon review insurability of GDPR fines across Europe | News | DLA Piper Global Law Firm

## 3<sup>ème</sup> partie : Les pratiques de marché

Face à ces nombreuses incertitudes, les solutions apportées en pratique par les acteurs du Marché sont diverses.

Si l'inassurabilité des sanctions et amendes constitue le principe général, la pratique des assureurs est loin d'être homogène et relève dans une large mesure de la liberté contractuelle. L'exclusion des amendes et sanctions pénales se retrouve majoritairement dans les polices mais certains contrats prévoient la couverture des amendes civiles et des sanctions administratives sous réserve que le droit applicable le permette. Cette dernière solution est fréquemment adoptée par les contrats couvrant la RC des dirigeants et mandataires sociaux (D&O/RCMS) et par les couvertures Cyber. Il semble en effet que la réponse des acteurs dans ces deux branches soit plus avancée que dans la branche responsabilité civile.

### 3.1 Contrats de responsabilité civile générale (RC)

Outre les exclusions habituellement rencontrées dans les contrats de responsabilité civile, des exclusions spécifiques visant les amendes ou autres pénalités et sanctions peuvent être prévues mais ce n'est pas toujours le cas, la clause visée pouvant se limiter à la seule exclusion des amendes pénales, sans mention des autres types de sanctions qui resteraient alors couvertes faute d'exclusion générale. La palette des solutions proposées dans la pratique est très large et varie selon la nature des amendes ; à titre d'exemples et selon les contrats, les clauses d'exclusions suivantes ont pu être relevées :

- ✓ Les amendes pénales ;
- ✓ Les amendes pénales infligées directement et personnellement à l'assuré ;
- ✓ Les pénalités, amendes et astreintes dont sont redevables les dirigeants, que ce soit au titre du droit pénal, fiscal ou social ;
- ✓ Les sanctions prévues contractuellement par l'assuré vis-à-vis de ses co-contractants

#### Commentaires :

Les polices du marché prévoient généralement l'exclusion des sommes résultant d'engagements contractuels allant au-delà du droit commun, par exemple les clauses pénales ou les indemnités forfaitaires. Les montants ainsi versés ne sont pas indemnisés. Des tempéraments existent pour les cas de déséquilibre manifeste entre les parties, comme les contrats passés avec l'Etat ou les établissements publics. Une définition des pénalités est parfois prévue comme consistant dans toute somme conventionnellement fixée à l'avance entre l'Assuré et les Cocontractants, indépendamment de toute notion de préjudice. Les pénalités, autres que celles de retard, sont assimilées soit à des dommages immatériels consécutifs en cas de dommage matériel ou corporel garanti, soit à des dommages immatériels non consécutifs dans des cas limitativement prévus par le contrat.

- ✓ Les amendes et sanctions non prévues contractuellement ;

Commentaires :

Le sort réservé à ces amendes et sanctions varie sur le marché en fonction des situations des assurés et reste du ressort de la liberté contractuelle entre l'assuré et son assureur. Pour les risques d'entreprises petites ou moyennes sans exposition particulière aux Etats-Unis, les polices de responsabilité civile du marché français excluent souvent toute indemnisation pour les amendes, y compris les amendes civiles et les sanctions pécuniaires ; mais ce n'est pas systématique. Pour des risques de taille plus significative avec des expositions américaines à l'exportation, certaines polices prévoient une prise en charge au titre du « Hold harmless » agreement (accord avec un partenaire américain régissant les limites respectives de responsabilité). Les polices de responsabilité civile peuvent couvrir les conséquences de ces stipulations contractuelles à certaines conditions, par exemple uniquement pour des missions temporaires ;

- ✓ Amendes en matière de protection des données personnelles (RGPD) ;
- ✓ Dommages et intérêts punitifs

Commentaires : la couverture de ces pénalités spécifiquement anglo-saxonnes est généralement traitée au travers des dispositions spécifiques figurant dans les polices pour les dommages et/ou réclamations survenus aux Etats-Unis et Canada, avec des variantes selon les contrats :

- Exclusion pure et simple des dommages et intérêts punitifs (punitive and exemplary damages)
- Inclusion des punitive and exemplary damages dans des conditions très restrictives et sous réserve que la législation locale permette leur assurabilité : cela vise certaines polices de grands risques internationaux, les frais de défense étant alors généralement contenus dans les limites de garantie du contrat, précaution largement recommandée
- Inclusion totale, mais ce dernier cas est rare et est généralement réservé à la reprise des polices de grands groupes qui souscrivent une police de type bermudienne

**3.2 Contrats de Responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS) :**

La question de l'assurabilité des sanctions administratives résonne tout particulièrement dans le champ contractuel des polices de Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux. Pour rappel, ces polices sont destinées exclusivement au bénéfice des dirigeants personnes physiques définis généralement comme les dirigeants de droit (mandataires, statutaires, salariés ou non) ; de fait et les dirigeants additionnels (directeurs juridiques, risk managers, directeur des assurances, etc.).

Les assureurs de responsabilité des dirigeants ont en effet été les premiers à proposer une couverture en se référant aux « amendes civiles » ou aux « sanctions administratives », mais sans que ces termes ne recouvrent systématiquement à l'origine une définition précise. Les contrats délivrés à présent sur le Marché ont beaucoup évolué en proposant des garanties très sophistiquées.

La couverture des amendes et des sanctions civiles et administratives est généralement accordée sous la forme d'extensions de garanties et avec des sous limites allant de 500 000 € à 5 M€, voire au-delà pour les plus grands risques. Les amendes et les sanctions pénales dans la mesure où elles sont infligées à titre personnel, en vertu du principe de la personnalité des peines qui prévaut en droit pénal, sont considérées comme inassurables et à ce titre exclues des contrats de RC des mandataires sociaux. A noter toutefois que certaines amendes non prévues par le code pénal avaient reçu la qualification officielle de « pénales » et donc inassurables. Ainsi la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité), qui a remplacé l'AAI, prononçait des amendes suite à des actes de discrimination visés par des articles du code pénal.

#### 1) La couverture des amendes civiles

Certains contrats d'assurance de RCMS prennent en charge les amendes civiles en omettant généralement toutefois de les définir. Ce terme semble en réalité renvoyer à la notion anglo-saxonne de « fines », dont l'assurabilité pourrait conserver un intérêt dans un contrat d'assurance applicable dans un pays de Common Law où leur garantie est légale.

Au sens du droit français, dans l'attente du sort final qui sera réservé par la loi à l'amende civile introduite par le projet de réforme de la RC, il a pu être soutenu que les amendes civiles n'avaient en réalité qu'une acception possible : une peine prononcée par une juridiction au profit du Trésor public en cas d'action abusive.

Du fait de son absence de définition et de son acception très limitée au sens du droit français, une garantie qui serait limitée aux seules amendes civiles prévue dans les polices RCMS ne garantirait pas l'assuré pour les sanctions administratives prononcées à l'encontre des sociétés et dirigeants par l'AMF, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ou la CNIL qui peuvent peser personnellement sur le dirigeant.

#### 2) La couverture des amendes et des sanctions administratives

Le principe de l'inassurabilité des amendes n'étant pas nouveau, les positions prises par les assureurs ont conduit le Marché à proposer des solutions hétérogènes. Cela étant, il semble que les polices RCMS proposent dans leur grande majorité une garantie des sanctions administratives, soit en faisant référence à la notion de « sanction pécuniaire prononcée par une autorité administrative à l'encontre des personnes physiques », soit en faisant référence aux seules « amendes et/ou pénalités civiles assurables imposées à un dirigeant personne physique ».

La garantie des sanctions administratives lorsqu'elle est proposée en extension des contrats de RCMS, prévoit généralement des sous-limites en montants déterminées au cas par cas en fonction de l'exposition de cette dernière au risque de sanction, notamment de par ses activités (financières, industrielles et commerciales), son exposition géographique (UE, US etc...) ou encore sa structure (cotée, non cotée, ETI, GE, etc.). La condition que la loi prévoit l'assurabilité de la sanction civile ou administrative peut être incluse dans la définition des amendes et des sanctions. Voici un exemple de définition rencontrée en pratique : « les sanctions, amendes ou pénalités civiles ou administratives

prononcées dans le cadre d'une réclamation garantie au titre du contrat doivent être légalement assurables pour être garanties ». Cette condition est également rappelée au niveau de l'extension de garantie concernée comme le montre l'exemple de clause de garantie complémentaire en rachat d'exclusion suivant :

« Chapitre Garantie:

La garantie des sanctions pécuniaires prononcées par une autorité administrative

L'*assureur* prendra en charge les sanctions pécuniaires mises à la charge d'un *assuré* personne physique par une autorité administrative dans le cadre d'une *réclamation* garantie, à condition qu'elles soient assurables selon le droit applicable au présent contrat ou le droit applicable en vigueur dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées.

Chapitre Exclusions :

4.1.5 Amendes, taxes et sanctions pécuniaires

LES AMENDES, SANCTIONS PECUNIAIRES QUELLE QUE SOIT LEUR QUALIFICATION JURIDIQUE, IMPOTS, TAXES OU PENALITES IMPOSES AUX ASSURES PAR TOUTE LEGISLATION, REGLEMENTATION, DECISION DE JUSTICE Y COMPRIS LES DECISIONS ARBITRALES OU RESULTANT DE TOUTE STIPULATION CONTRACTUELLE.

Cette exclusion ne s'applique pas :

à la partie des dettes sociales mises à la charge d'un *assuré* résultant d'une décision judiciaire dans le cadre d'une action visant à combler tout ou partie du passif de la *société souscriptrice* en application des dispositions de l'article L.651-2 du Code de commerce ou de toute réglementation étrangère similaire. »

Les réclamations aux USA/Canada peuvent faire l'objet d'exclusions totales ou partielles. Suivant le même principe, certains contrats se contentent d'exclure les dommages et intérêts punitifs, exemplaires ou aggravés uniquement dans les Etats où leur assurance n'est pas légalement autorisée, la particularité du déclenchement de cette garantie étant liée à sa compatibilité avec l'Ordre Public de l'Etat dans lequel l'autorité administrative prononce sa sanction.

En l'absence de prohibition normative de l'assurabilité des sanctions (e.g. en droit français), comme déjà mentionné, le principe de l'assurabilité demeure sujet à débat. Certaines autorités considèrent leurs sanctions inassurables quand d'autres sont silencieuses ; certaines décisions judiciaires laissent à penser que ces sanctions seraient inassurables, d'autres non. A ce jour, il est donc impossible de confirmer ou d'infirmer l'effectivité d'une prise en charge effective des sanctions pécuniaires des autorités administratives par l'assurance. En pratique, l'exécution de la garantie est sujette à une analyse au cas par cas.

Or la prise en charge des sanctions pécuniaires infligées par les autorités administratives comme l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ou la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), qui peuvent peser

personnellement sur le dirigeant sont de nature à faire supporter par les assureurs des enjeux financiers extrêmement élevés, ces montants pouvant atteindre plusieurs centaines de millions d'euros.

### 3) Les frais de défense

La garantie des frais de défense et/ou d'enquête des dirigeants devant les autorités administratives est quasi systématiquement proposée dans les polices responsabilité civile des mandataires sociaux indépendamment de la garantie « sanctions pécuniaires » puisqu'elle constitue la substance originelle de ces polices. Certaines polices précisent que si un dirigeant assuré est finalement condamné au pénal, il devra restituer à l'assureur les indemnités versées par l'assureur au titre des frais de défense.

### **3.3 Couvertures Cyber**

La plupart des assureurs délivrant des garanties spécifiques en Cyber étendent les garanties de base de responsabilité aux frais de défense dont l'assuré serait redevable s'il était mis en cause dans une procédure disciplinaire. Si cette procédure aboutissait à une amende administrative, certains contrats proposent de prendre celle-ci également en charge.

Certaines polices Cyber proposent également la garantie des amendes administratives, notamment celles infligées par la CNIL. Une des clauses de garantie souvent rencontrées est la suivante : « amendes administratives: remboursement des sanctions pécuniaires prononcées par une autorité administrative, qui sont la conséquence directe d'une atteinte aux informations ou d'un vol de données personnelles ».

Comme précédemment indiqué au sujet des couvertures RC Mandataires Sociaux, la doctrine majoritaire considère que ces amendes sont inassurables.

## **4<sup>ème</sup> partie : Les incidences pour la réassurance**

Deux situations peuvent être envisagées : la première vise le sort des sanctions pécuniaires dues par l'assuré original au titre du contrat d'assurance (4.1), la seconde est plus spécifiquement celle de l'amende imposée à l'assureur directement dans le cadre de sa gestion des sinistres (4.2).

### **4.1. Amendes à charge de l'assuré**

En l'absence de disposition spécifique visant les amendes et autres sanctions dans le traité, le sort de la couverture des amendes et autres sanctions dépendra pour le réassureur du traitement qui leur sera réservé par l'assurance directe. Il s'ensuit qu'en l'absence d'indemnisation par une police d'assurance, il n'y aura pas de recouvrement possible par le biais de la réassurance. A l'inverse, une couverture des amendes prévue ou rendue possible par une exclusion partielle ou ambiguë dans le contrat conclu entre la cédante et l'assuré laisserait potentiellement le champ ouvert pour une couverture par la réassurance.

Or il s'avère que la seule mention spécifique majoritairement relevée dans les traités de réassurance concerne les « punitives damages » avec l'exclusion des sanctions ou demandes d'indemnités comportant un caractère punitif ou exemplaire en cas de réclamations survenues aux USA/Canada. On peut néanmoins souligner que même pour cette catégorie d'amendes, certains traités renvoient aux risques exclus dans les contrats originaux y inclus sur les dispositions spécifiques des USA/Canada.

En dehors de l'exception représentée par les dommages punitifs, en Europe continentale et plus particulièrement en France, la plupart des traités restent silencieux sur le sujet. Or, faute d'exclusion spécifique générale et non limitée aux seules amendes pénales dans les contrats d'assurance ou à défaut de toute mention dans les traités de réassurance, le réassureur pourrait être amené à couvrir des dommages liés aux autres types d'amendes, les amendes pénales n'étant pour leur part pas assurables. Les montants des récentes condamnations à des sanctions administratives suffisent à montrer les enjeux économiques et financiers très importants qui pourraient en découler tant pour les assureurs que pour les réassureurs.

#### **4.2 Pénalités à charge de l'Assureur**

Dans les parties précédentes ont été traitées les amendes et les sanctions infligées à un assuré et leur éventuelle prise en charge par l'assurance. Dans le cadre de cette étude, il nous a semblé important de citer une catégorie de pénalités particulières : celles pesant sur l'assureur dans le cadre de son activité de règlement des sinistres.

La question qui se pose est la suivante : si l'assureur est amené à payer une pénalité dans le cadre du règlement d'un sinistre, cette somme pourrait-elle être couverte par son traité de réassurance ? Sur le marché français, les traités incluent généralement dans leurs conditions générales une clause de définition de la perte nette définitive. Classiquement, sera inclus dans le montant du sinistre versé au traité le total des paiements que la Cédante effectuera pour régler le sinistre, y compris les frais de justice et les autres frais engagés en vue de ce règlement, à l'exception des frais généraux et des salaires des employés de la Cédante.

#### Clauses dites "ECO" (Extra Contractual Obligation)

Certains contrats de réassurance couvrant la responsabilité civile contiennent une clause « ECO » ayant pour objet de couvrir les dommages et intérêts auxquels les juges peuvent condamner les assureurs ayant failli à indemniser la victime à temps ou en cas de mauvaise gestion du sinistre de leur part. Cette pratique est essentiellement visible sur le marché anglo-saxon. Ces pénalités pesant sur la cédante au bénéfice de l'assuré sont donc d'une autre nature que celles visées par la police originale.

En général, les contrats de réassurance précisent les cas dans lesquels cette couverture s'applique tout en prévoyant également le mode de répartition de ces indemnités entre le réassureur et la cédante.

Il nous semble que les pénalités dites « Badinter » et « Kouchner » figurant dans les contrats de réassurance en France se rapprochent des clauses ECO anglo-saxonnes. Ces pénalités relèvent de la juridiction civile.

« Pénalités prévues par la loi Badinter »

La loi du 5 juillet 1985 dite « loi Badinter » impose des obligations à l'assureur quant à l'offre transactionnelle d'indemnisation et prévoit des sanctions en cas d'offre transactionnelle manifestement insuffisante ou tardive. En cas d'offre tardive (Article L.221-13 du Code des assurances), l'Assureur est condamné à payer des intérêts légaux entre la date à laquelle aurait dû être faite l'offre et celle à laquelle elle est présentée. Ces intérêts sont appliqués à la totalité de la somme indemnisant le préjudice. En cas d'offre jugée insuffisante, le Code des assurances (Article 211-14) prévoit une pénalité de 15% de l'indemnité allouée d'office par le juge. La Cour de cassation (Arrêt du 9.12.2010<sup>21</sup>) a néanmoins considéré qu'une offre manifestement insuffisante peut être assimilée à une absence d'offre et donc autorise que la pénalité soit calculée avec des intérêts majorés. Les contrats de réassurance prévoient dans certains cas une répartition de ces pénalités au Marc le franc entre l'assureur et le réassureur dans le cas où l'offre a été fixée de concert avec les réassureurs.

« Pénalités prévues par la loi Kouchner »

La loi Kouchner a également prévu des pénalités en cas d'offre tardive ou insuffisante (art. L.1142.14 et L.1142.15 du Code de la Santé Publique) à des victimes d'accidents médicaux. Elle a en outre instauré une procédure de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accident médicaux. Elle doit permettre aux victimes d'obtenir un avis rapide sur les responsabilités et les préjudices avec la possibilité d'obtenir une indemnisation, même en cas de refus de l'assureur, grâce à l'ONIAM. L'ONIAM se substitue à l'assureur, propose une indemnisation et prend ainsi en charge l'action en justice contre l'assureur. Elle pourra ainsi solliciter le versement d'une pénalité de 15% sur les sommes obtenues pour sanctionner la défaillance de l'assureur. Les traités de réassurance ont traditionnellement et de manière générale réservé un traitement particulier à ces pénalités.

En reprenant l'approche retenue pour les « pénalités prévues par la loi Badinter »,

- ✓ Certaines de ces pénalités peuvent entrer dans le calcul de la perte nette définitive, par exemple pour offre manifestement insuffisante et lorsque la décision a été prise de concert avec le Réassureur apériteur ; et faire l'objet d'une répartition au Marc le Franc, par exemple si la décision a été prise sans consulter le réassureur ;

<sup>21</sup> Cour de cassation, 2ème ch. Civ. , 9/12/2010, 09-72.393, publié au bulletin

Fa

- ✓ D'autres peuvent être simplement exclues car relevant un défaut de gestion du sinistre comme par exemple un paiement tardif.

La solution relève de la liberté contractuelle.

## Conclusion

Un consensus semble exister sur l'inassurabilité des amendes et des sanctions de nature pénale qui sont dans la plupart des cas exclues des contrats d'assurance. La situation est moins claire pour les autres types d'amendes et de sanctions pour lesquels le principe de l'assurabilité fait l'objet de débats faute de texte en la matière. Dans un contexte de liberté contractuelle, les solutions apportées par les assureurs varient selon les domaines de couverture. Si les contrats Cyber prévoient en général une garantie des amendes administratives et les polices RC mandataires sociaux des extensions de diverses natures, il ne semble pas que soit pour l'instant accordé par les assureurs de responsabilité civile générale un traitement particulier des amendes ou autres sanctions à charge des assurés. Les exclusions communément rencontrées visent les amendes pénales et les dommages punitifs aux Etats Unis et au Canada.

En réassurance, à défaut de dispositions spécifiques prévues par les traités, l'exposition du réassureur suit celle de l'assureur direct. Les traités se concentrent dans leur grande majorité sur l'exposition que représentent les dommages et intérêts punitifs aux USA/Canada. Or, les enjeux économiques et financiers représentés par les amendes administratives ou assimilées nous paraissent justifier qu'une attention particulière soit portée à la couverture des amendes et des autres sanctions, que ce soit au niveau des définitions, de l'objet des garanties, ou encore des clauses d'exclusion.

Il conviendra de suivre le sort de l'amende civile qui, après avoir fait couler beaucoup d'encre et suscité de nombreux débats, a été retirée de la proposition de loi du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile. De même, il sera nécessaire de rester vigilants sur l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence sur l'assurabilité des sanctions administratives qui se développent en constituant un risque d'exposition aggravé tant pour les assurés que, en cas d'assurabilité de celles-ci, pour les assureurs et réassureurs. Or, si les arguments en défaveur de l'assurabilité de ces sanctions apparaissent plus convaincants et plus nombreux que ceux en leur faveur, ni la Cour de Cassation ni le législateur ne se sont prononcés clairement sur la question. En réponse à cette situation, le rapport sur l'assurance Cyber rendu par Valéria Faure-Muntian et publié le 13 octobre 2021 recommande l'autorisation de couverture et de prise en charge des amendes administratives par l'Assureur.

La conclusion ne serait pas sans incidence sur le plan assurantiel, mais également sur toutes les questions concernant la qualification des sanctions administratives en général. Cela est d'autant plus essentiel que les Autorités Administratives Indépendantes se développent et que leurs pouvoirs vont grandissants. Les règles appliquées en France et à l'étranger devraient donc être claires pour une meilleure compréhension des contrats présents sur des marchés mondialisés.

## Tableau récapitulatif (tentative de synthèse)

Assurabilité des amendes et des sanctions pénales, civiles et administratives ?	
<b>Amendes, sanctions pénales</b>	<b>NON</b> , car ce serait : <u>contraire au principe de personnalité des peines</u> édicté par l'article L.121-1 du Code pénal (« <i>Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait</i> »), <u>contraire à l'ordre public</u> édicté par l'article 6 du Code civil (« <i>On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs</i> »)
<b>Amendes, sanctions civiles</b>	<b>NON</b> , selon <u>l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile</u> qui avait introduit le concept d'amende civile en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Le projet prévoit qu'elle n'est pas assurable.  <b>MAIS</b> l'amende civile ne figure plus dans la proposition de loi du 29 juillet 2021 portant réforme de la responsabilité civile. Une amende civile apparaît dans le Code de la Consommation suite à une Ordonnance du 29 septembre 2021.
<b>Amendes, sanctions administratives</b>	<b>REPONSE PLUS INCERTAINE (compte tenu des débats existant dans la doctrine et des décisions variées en jurisprudence)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Thèse de l'assurabilité des amendes administratives</b> Selon certains auteurs, dont le Professeur Kullmann, au regard des articles L. 113-1, alinéa 2 et L. 121-2 du Code des assurances « <i>la responsabilité de l'assuré est techniquement assurable dès lors qu'elle est issue soit d'une faute non intentionnelle, soit d'une faute, même intentionnelle mais commise par une autre personne dont l'assuré peut être tenu pour responsable</i> ».</li> <li>• <b>Thèse de l'inassurabilité des sanctions administratives.</b></li> </ul> <p>A l'inverse, d'autres auteurs assimilent les sanctions administratives aux sanctions pénales : la finalité punitive des amendes administratives les rapproche des sanctions pénales. Le législateur semble s'inscrire de plus en plus dans une perspective d'efficacité de la sanction, ce qui pourrait l'orienter vers une inassurabilité des sanctions administratives (voir toutefois une recommandation de couverture des amendes administratives dans le rapport sur l'assurance Cyber rendu par Valéria Faure-Muntian publié le 13 octobre 2021) .</p>

