



Rencontres 2019

L'ASSURABILITE DES SANCTIONS

27^{èmes} Rencontres du Risk Management AMRAE

Présentation

Intervenants

Richard DEGUETTE



General Manager Insurance LSM France

Me Stéphane CHOISEZ

Associé fondateur



Jérôme KULLMANN



Professeur – Directeur IAP Dauphine

Modérateur

Estelle JOSSO



Directeur des Assurances et de la Prévention

Historique sur l'assurance des sanctions

La vision en 1995 – Tout commence avec l'assurance D&O

- Responsabilité Civile :

Dommages et intérêts :  Frais de défense : 

- Responsabilité Pénale :

Sanctions/Amendes:  Frais de défense : 

La vision en 1997 – Tout continue avec l'assurance D&O

- Responsabilité Civile :

Dommages et intérêts :  Frais de défense : 

- Responsabilité Pénale :

Sanctions/Amendes:  Frais de défense : 

L'apport des garanties dans le temps et hors de nos frontières !

- Punitive et Exemplary damages
- Amministrazione tributaria en Italie
- Constitutions de Cautions pénales en Espagne
- Assurances des Civil fines and penalties dans les textes anglosaxons
- If insurable by law, Most favorable law, By Most favorable law we mean...
- rançon
- Amendes Civiles et Administratives en France
- Débat relancé avec les polices Cyber

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

1681... 2019

De l'inassurabilité à l'assurabilité

202. ???

vers une inassurabilité spéciale ?

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

-A- du fait personnel de l'assuré

Jurisprudence : Validité Ass. RC *Faute légère seulement*
 Nullité : *Faute lourde, inexcusable, intentionnelle, dolosive*

1681 Interdiction Art. 27 ord. 31 juillet 1681	1845 Validité Ass. RC « auto » Paris, 1 ^{er} juillet	1898 Validité Ass. RC Patron <i>Faute inexcusable</i> Loi 9 avril	1930 Art. L.113-1 Art. 12 Loi 13 juillet
--	--	--	--

1681 Validité <i>Faute légère</i> Art. 26 ord. 31 juillet (maritime)	1886 Validité <i>Faute lourde</i>	1930 Art. L.121-2 Art. 13 Loi 13 juillet
---	--	--

assurance de responsabilité civile
du fait des personnes dont l'assuré est responsable

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

A - *du fait personnel de l'assuré*

Loi du 13 juillet 1930

Art. L.113-1 C. ass.

Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou **causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.**

Toutefois, **l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.**

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

***-B- du fait des personnes
dont l'assuré est responsable***

1930 - Art. L.121-2 C. ass.

L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil, **quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes.**

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

C- L'EMPLOYEUR

1930

Art. L.113-1

Art. 12 Loi 13 juillet

1946

Art. 65 Loi 30 octobre

**Faute
inexcusable
Assurable**

**Faute
inexcusable
*Inassurable***

« Il est interdit à l'employeur de se garantir par une assurance contre les conséquences de la faute inexcusable. L'auteur de la faute inexcusable en est responsable sur son patrimoine personnel »

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE du fait personnel de l'assuré et d'autrui -C-L'EMPLOYEUR

1930

Art. L.113-1

Art. 12 Loi 13 juillet

1946

Art. 65 Loi 30 octobre

1976

Loi 6 décembre

Faute
inexcusable
Assurable

Faute
inexcusable
Inassurable

PROPRE faute
inexcusable
Inassurable

« Il est interdit à l'employeur de se garantir par une assurance contre les conséquences de sa propre faute inexcusable. L'auteur de la faute inexcusable en est responsable sur son patrimoine personnel »

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

du fait personnel de l'assuré et d'autrui

-C- L'EMPLOYEUR

1930

Art. L.113-1

Art. 12 Loi 13 juillet

1946

Art. 65 Loi 30 octobre

1976

Loi 6 décembre

1987

Loi 27 janvier

**Faute
inexcusable
Assurable**

**Faute
inexcusable
*Inassurable***

**PROPRE faute
inexcusable
*Inassurable***

**Faute
inexcusable
*Assurable***

« L'employeur peut s'assurer contre les conséquences de sa propre faute inexcusable ou de la faute de ceux qu'il s'est substitué dans la direction de l'entreprise ou de l'établissement. »

ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

du fait personnel de l'assuré

D - LA FAUTE LUCRATIVE

1930

Art. L.113-1

Art. 12 Loi 13 juillet

202. ???

Projet de loi de réforme de la RC
Mars 2017

RC 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 (...) au paiement d'une **amende civile**. (...).

« Elle n'est pas assurable »

La personnalisation de la peine

- **Postulat** : « *amende civile* » et amende pénale sont de même nature juridique dès lors l'amende civile serait inassurable ; influence d'un arrêt de 1882
- **Actuellement** : Les régulateurs sont sévères avec les entreprises
 - décision ACPR du 21 décembre 2018 (n°2018-01) de la Banque Postale : 50 millions d'euros.
 - décision CNIL du 21 janvier 2019 (n° 2019-001) de GOOGLE : 50 millions d'euros.
- Le débat sur **l'assurabilité** des « *amendes civiles* » va nécessairement intégrer l'augmentation du montant des sanctions prononcées.

La personnalisation de la peine

- **Difficulté sémantique** : l'amende « civile » est plutôt ici « non-pénale », on parle de sanctions administratives ou pécuniaires (CNIL « *amende administrative* » art 83 RGPD ; ACPR « *sanctions pécuniaires* » article L 612-39 et suivants CMF).
 - : le projet de Loi sur la RC l'évoque (+ art 32 CPC)
- Au fond toutes ces amendes se valent-elles ? Ont-elles la même nature juridique ? La sanction a-t-elle le même but social ?
- **Retour aux sources du droit pénal** : le choix de l'amende en droit pénal est une conséquence du principe général dit de « *personnalisation de la peine* ».

La personnalisation de la peine

- **Vocabulaire juridique CORNU** : la personnalisation de la peine est définie comme la sanction qui « *consiste à adapter une mesure ou une sanction à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu* ».
- **Exprimé général dans le Code Pénal** par deux articles :
 - 121-1 Code pénal : « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »
 - 132-24 et suivants du Code Pénal : dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

La personnalisation de la peine

- Toutes les **amendes pénales** ne se « *valent* » pas, elles tiennent compte de l'environnement de l'infraction et de la capacité économique de l'auteur
- C'est peut-être dans cette diversité que réside un critère utile pour l'assurabilité : **l'intentionnalité**.
- Et si, sans empiéter sur le travail du Professeur KULLMANN, les amendes pénales sont diverses, pourquoi les amendes administratives ne le seraient-elle pas ?

Une sémantique intéressante

- Amendes administratives
- Amendes transactionnelles
- Amendes de compositions
- Amendes d'intérêt public
- Astreintes
-
- Les couvertures marché :

« sont garanties avec une sous-limite deEUR par Période d'assurance, les pénalités ou amendes personnellement infligées à l'Assuré personne physique, sous réserve d'assurabilité au regard de la loi et/ou des règlements. »

- Frais de défense toujours couverts.

AMENDES

Au risque de s'y perdre...

Ministre de l'Economie, 1959 : « *Il résulte d'une jurisprudence constante (Cass. civ., 20 février 1882) que les règles générales du droit pénal, et en particulier le principe de la personnalité des peines, s'opposent à la prise en charge des amendes pénales par l'assureur* »

Sanction pécuniaire

Amende pénale

Amende administrative

contredanse

Amende de composition

prune

Amende civile

racket

Amende transactionnelle

papillon

Amende d'intérêt public

Sanction pécuniaire

Amende pénale

Amende administrative

Amende de composition

Amende civile

Amende transactionnelle

Amende d'intérêt public

Amendes - Typologie

-A- INFRACTIONS PÉNALES

- 1) "amende transactionnelle »**
- 2) « amende d'intérêt public »**
- 3) « amende de composition »**

B- « *INFRACTIONS* » CIVILES

- 1) « amende civile » (C. proc. pénale) : procédures abusives**
- 2) « amende civile » Projet : faute lucrative : « inassurable »**

C- « *INFRACTIONS* » ADMINISTRATIVES

- 1) « amende administrative »**
- 2) « sanction pécuniaire »**

D- AMENDE ET ASTREINTE

A- *Infraction pénale*

1) "AMENDE TRANSACTIONNELLE"

Environnement : art. L.173-12 C. environnement

Conseil constitutionnel (n°2014-416) : considérant 8

- les dispositions contestées organisent une procédure de transaction qui suppose l'accord libre et non équivoque de l'auteur des faits ;
- elle doit être exécutée volontairement par ce dernier ;
- par suite, les mesures fixées dans la transaction

ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition ;

A- *Infraction pénale*

2) « AMENDE D'INTÉRÊT PUBLIC »

Corruption, trafic d'influence, blanchiment

(...) le procureur de la République peut proposer à une personne morale de conclure une **convention judiciaire d'intérêt public** imposant **une ou plusieurs des obligations suivantes** :

1° Verser une amende d'intérêt public au Trésor public.

Art. 41-1-2 C. proc. pénale

Rapporteur de la loi :

il n'est « pas approprié de parler *d'amende pénale* »

A- *Infraction pénale*

3) « AMENDE DE COMPOSITION »

(« Composition pénale »)

Transparence, concurrence, ...

Art. 41-2 C. proc. pénale (+ L.490-6 C. com.)

Le procureur de la République (...) peut proposer, (...) une composition pénale (...) de 1° Verser une **amende de composition** au Trésor public

B- « Infraction » civile

« AMENDE CIVILE »

1) Code de procédure pénale

constitution de partie civile, ou citation directe, etc., abusive ou dilatoire : articles 177-2 + 212-2 + 392-1 + 673, etc.

B- « *Infraction* » civile

« AMENDE CIVILE »

2) Code civil

Projet de loi de réforme de la RC Mars 2017

RC 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 (...) au paiement d'une **amende civile**. (...)

« Elle n'est pas assurable »

*C- « *Infraction* » administrative*

1) « AMENDE ADMINISTRATIVE »

- **Code du travail** : environ 30 « amendes administratives »
- **Code de l'aviation civile** : art. R.160-1
- **RGPD** art. 83
- **etc... !**

C- « *Infraction* » administrative

2) « SANCTION PÉCUNIAIRE » et pas « Amende »

- **Autorité de la concurrence**

mais site tresor.economie.gouv.fr, une présentation parle à plusieurs reprises d' "amende" + jp Ch. com. : « amende »

- **AMF**

- **ACPR**

D- Amende et astreinte

« Astreinte »

1) afin de faire cesser le manquement

C. Travail ; Code de l'environnement L.171-8

2) afin d'assurer le respect d'une injonction ou d'un engagement

- ACPR
- Autorité de la concurrence L.464-2

Exonération de l'amende en cas de respect des conditions précisées dans l'avis de clémence

- **CNIL RGPD art 83 : amende en cas de non respect des injonctions**
- Pratiques restrictives de concurrence L.442-6 C. com. : amende civile en cas de non-respect d'une injonction

D- Amende et astreinte

1) Assimilation astreinte / certaines amendes ?

Article 10 du Code civil

Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au **besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile**, sans préjudice de dommages et intérêts.

D- Amende et astreinte

2) Une astreinte est-elle assurable ?

- Art.L131-1 C. proc. civ. d'exécution : « Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision ».

OUI

(Cass. 2^e civ., 17 avril 2008, n° 07-10.065)

... sauf suppression de l'aléa par l'assuré

PROCÉDURES D'AMÉNAGEMENT

**« transaction »,
« composition »,
« convention judiciaire d'Intérêt public »
« Clémence »
etc.**

AMÉNAGEMENT

- **Contraventions et délits C. pénal** : art. 41-1-1 C. proc. pén.
 - **Environnement** : art. L.173-12 C. environnement
 - **Discrimination** (Défenseur des droits) : art. 28 loi 29 mars 2011
 - - **Corruption, trafic d'influence, blanchiment** : Art. 41-1-2 C. proc. pén.
 - - **Transparence, concurrence,...** : Art. 41-2 C. proc. pén. (+ L.490-6 C. com.) + **Autorité de la concurrence** : art. L464-2, III C. com. (« Clémence »)
 - - **Marchés financiers** : **AMF** : tous manquements : art. L.621-14-1 C.M.F.
- **Mais pas ACPR**

AMÉNAGEMENT

A- Reconnaissance de culpabilité ?

OU

- Autorité de la concurrence : transaction

NON

- Amende d'intérêt public
- « L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation ».
- AMF Composition administrative

La transaction n'est pas qualifiée de sanction, (Dir. jurid. AMF)

AMÉNAGEMENT

B- Engagements ?

1) Payer

- l'amende
- les frais (expertises, etc.)
- des indemnités aux victimes

2) Mettre en conformité et réparer les dommages

3) Ne pas récidiver

SYNTHÈSE (tentative de...)

- 1) Les sources textuelles : tous les Codes...**
- 2) Les « autorités » : pénales, administratives, civiles**
- 3) Les sanctions**
 - a) la nature : sanction ferme / conditionnelle
 - b) la finalité : répression / réparation /amendement du « coupable »
- 4) Assurabilité**
 - a) les collatéraux (frais,...) : assurabilité
 - b) la sanction pécuniaire :
 - faute intentionnelle ou dolosive **de l'assuré**
 - finalité de la sanction : assurable sous condition

SYNTHÈSE (tentative de...)

Quelques constats

- 1) Une « amende civile » peut trouver sa source dans le Code civil... ou dans le Code de procédure pénale
- 2) Une infraction pénale peut être sanctionnée par une autorité administrative
- 3) Une sanction prononcée par une autorité administrative peut être une « amende administrative » ou une « sanction pécuniaire »
- 4) Une amende peut ne pas être une sanction
- 5) Une amende issue d'une infraction pénale peut ne pas être une amende pénale
- 6) Une amende peut correspondre à une astreinte

SYNTHÈSE (*tentative de...*)

PRISE EN COMPTE DU COMPORTEMENT

Paramètres variables, mais fréquents

- Personne mise en cause : qualité et degré d'implication
- récidive : manquements antérieurs
- gains ou avantages obtenus, pertes ou coûts évités
- bonne foi
- degré de coopération (dénonciation des faits et auteurs : « avis de clémence » : Autorité de la concurrence)
- mesures prises pour corriger le manquement et réparer les dommages (indemnisation des victimes, not. avec transaction 2044 C. civ.)
- modification du comportement

A la recherche du critère d'assurabilité des amendes « civiles »

A la recherche du critère d'assurabilité des amendes « civiles »

- **Faux ami n° 1** : Le législateur : Faible qualité de la rédaction de la loi, absence de réflexion sur la cohérence globale des textes. ; parler « d'amende civiles » dans le projet de Loi sur la RC
- **Faux ami n° 2** : l'ordre public et les bonnes mœurs.
 - Celui de l'article 6 « *on ne peut déroger... aux lois qui intéressent l'Ordre public et les bonnes mœurs* » + article 1162 du Code Civil « *le contrat ne peut déroger à l'Ordre public* » (voir arrêt CA Paris du 14 février 2012, RG n° 09/06711).
 - Celui de l'article 16-1-1 du Code Civil « *le respect du au corps humain ne cesse pas avec la mort* » (Voir Civ 1^{ère} 29 octobre 2014, n° 13-19729, exposition OUR BODY).
 - **Problème avec l'ordre public**, c'est qu'il est relatif, chacun à le sien, il évolue

A la recherche du critère d'assurabilité des amendes « civiles »

- **Compagnon de route** : l'intentionnalité dans la réalisation de l'infraction : c'est le seul critère objectivable permettant de distinguer la sanction d'une faute volontaire de la sanction d'une faute non intentionnelle ou née par l'application d'une responsabilité du fait des tiers.
- **Le débat** a commencé à exister via l'arrêt (mal motivé) du 14 juin 2012 (n° 11-17367) modifiant la notion de faute intentionnelle.

A la recherche du critère d'assurabilité des amendes « civiles »

- Transposer le critère **d'intentionnalité**
- Problème : il faudrait pour avoir un critère simple, que les sanctions des régulateurs soient plus motivées sur l'intention.
- Si on reprend **les deux décisions, GOOGLE et CNIL**, il transparaît que la faute de GOOGLE était liée à une forme de résistance au RGPD, (pouvant aussi tenir à l'approche américaine de gestion des données), tandis que dans l'affaire La Banque Postale, la différence d'approche entre la Banque et l'ACPR au titre des mêmes textes ou de l'importance des manquements réellement constatés était flagrante.
- A l'aune du critère **d'intentionnalité**, la sanction de LBP pouvait aisément être assurée, celle de GOOGLE avec plus de difficultés.

Le challenge pour les assureurs

Le challenge pour les assureurs

- Aucune garantie n'a évolué en 30 ans pour les personnes morales.
- Retour en puissance du sujet avec le Cyber et le RGPD
- Des positions de marché sans cadre (Ordre public, principe de personnalité des peines, bonnes mœurs,...)
- Les montants de garanties
- La faute intentionnelle comme seule gardienne de la garantie ?
- Dans la tête du gestionnaire sinistre...