

La protection des données à caractère personnel entre sanctions administratives et pénales : une dépénalisation « pénalisante » ?

Saba Parsa⁽¹⁾

Introduction

Force est de constater que les progrès technologiques et numériques, et particulièrement les traitements des données à caractère personnel dont ils se nourrissent, nous renvoient à des questions fondamentales de libertés et de protection des individus. Dans ce contexte, la valeur économique et sociétale des données à caractère personnel représente aujourd'hui l'objet de convoitises concurrentes, source de luttes déréglées, parfois sans éthique, et avec pour objectif d'opérer de plus grand profit⁽²⁾. Comme l'écrit Habermas⁽³⁾ chacun en ce monde technologique doit garder le « pouvoir d'être soi », mais également se préoccuper de la justice sociale, de la dignité humaine et de la démocratie.

Partant du même constat, le législateur européen a œuvré à la mise à jour des dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel en substituant à la directive 95/46⁽⁴⁾, le Règlement général relatif à la protection des données⁽⁵⁾, ci-après « R.G.P.D. ou le règlement ».

Loin d'avoir amorcé une révolution, le règlement, n'en a pas moins apporté son lot de changements⁽⁶⁾, dont les plus importants œuvrent à son effectivité. Il en va ainsi de la réforme du régime des sanctions pour violation de la réglementation sur la protection des données à caractère personnel.

Depuis son entrée en vigueur, le R.G.P.D. a renforcé les pouvoirs des autorités de contrôle et mis en place, aux côtés des traditionnelles sanctions pénales prononcées par les juridictions nationales,

(1) Avocate.

(2) En ce sens l'Autorité hongroise de contrôle des marchés a imposé à Facebook, une amende de 3.600.000 d'euros, pour avoir enfreint le droit de la concurrence en annonçant ses services comme étant gratuits sur sa page d'accueil et son centre d'aide, alors que les utilisateurs paient avec leurs données à caractère personnel, GVH, décision n° VJ/85/2016, consultée dernièrement le 12 avril 2020 sur le site : https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2019/gvh-imposed-a-fine-of-eur-3.6-m-on-facebook.

(3) J. HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral ?*, Paris, Gallimard, 2002.

(4) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995.

(5) Règlement (UE) 2016/676 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, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.*, L 119, 4 mai 2016, ci-après R.G.P.D.

(6) O. TAMBOU, « Chapitre 3. – Responsabilité des acteurs », in *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 249-309.

des sanctions administratives directement infligées par les autorités de contrôle.

La présente contribution examinera d'une part le cadre juridique des sanctions établies par la législation relative à la protection des données (I), en ce compris par le R.G.P.D., en s'attardant d'une part sur le régime des sanctions administratives (A.) et d'autre part sur le régime des sanctions pénales (B.), avec une attention particulière portée à la qualification des amendes administratives et aux conséquences de celles-ci (II).

I. R.G.P.D. : Sanction administrative et sanction pénale, une nécessaire quête d'effectivité

Le droit positif belge connaît à côté des peines prononcées par les juridictions de l'Ordre judiciaire à titre de sanction de la commission d'une infraction pénale, les amendes administratives infligées par l'administration. Ces sanctions ne constituent pas une peine au sens strict⁽⁷⁾ de la loi pénale, à savoir telle que définie par les dispositions des articles 1^{er} et 7 du Code pénal⁽⁸⁾. Néanmoins, de manière constante la Cour constitutionnelle ne manque pas de rappeler que : « lorsque le législateur estime que certains manquements à des dispositions législatives doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives »⁽⁹⁾.

Ces sanctions administratives ne sont pas pour autant moins « pénalisantes ».

Pour comprendre l'articulation des sanctions établies par le législateur européen et le législateur belge en matière de protection des données à caractère personnel, dans un premier temps le régime des sanctions (A.) sera abordé, ensuite il sera possible d'examiner les sanctions administratives (B.) puis pénales (C.).

A. Le régime des sanctions administratives en matière de protection des données

Le régime des sanctions applicables aux infractions à la législation relative à la protection des données en ce compris le R.G.P.D., connaît la même *summa divisio*. En effet, la matière n'échappe pas à la tendance actuelle consistant à la dépénalisation de certains comportements au profit de sanctions de nature administrative à caractère pénal⁽¹⁰⁾.

Ainsi, dans un souci d'effectivité et d'harmonisation⁽¹¹⁾, le législateur européen a porté aux sanctions une attention particulière⁽¹²⁾, d'une part en renforçant les pouvoirs des autorités de contrôle, d'autre part en instaurant aux côtés des traditionnelles sanctions pénales prononcées par les juridictions nationales, des amendes administratives directement infligées par ces autorités.

Ensuite, il a veillé à mettre à charge des États membres la responsabilité de déterminer et mettre en œuvre les sanctions pénales, en son article 84, § 1^{er}, comme suit :

« Les États membres déterminent le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du présent règlement, en particulier pour les violations qui ne font pas l'objet des amendes administratives prévues à l'article 83, et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur

(7) Cass., 18 avril 2012, *Pas.*, 2012, p. 829.

(8) Ces sanctions sont énumérées, notamment, aux articles 7 et 7bis du Code pénal.

(9) Elle précise qu'« Il n'y aurait discrimination que si la différence de traitement qui découle de ce choix impliquait une restriction disproportionnée des droits des personnes concernées », in Cour const., arrêt n° 159/2016 du 14 décembre 2016, B.6, arrêt ; voy. égal. Cour const., arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.26, arrêt n° 119/2009, du 16 juillet 2009 et arrêt n° 67/2007, du 26 avril 2007.

(10) J. ROZIE, « Ceci n'est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiegebied nog overeen kan blijven? », *Liber amicorum L. Huybrechts*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 319-355 ; E. WILLEMART, « Les sanctions administratives pénales. Chronique 2007-2010 », *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 99-184 ; R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS, *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; A. MASSET, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions en droit interne belge », *Rev. Dr. ULiège*, 2005, pp. 441-466 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Dr. ULiège*, 2005, pp. 467-490.

(11) G29, *Lignes directrices sur l'application et la fixation des amendes administratives aux fins du Règlement (U.E.) 2016/679*, adoptées le 3 octobre 2017, 17/FR WP253, p. 5.

(12) L. GÉRARD, « Titre 13 – Les sanctions en cas de non-respect du R.G.P.D. : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 64.

mise en œuvre. Ces sanctions sont effectives, proportionnées et dissuasives ».

Les dispositions de cet article doivent être lues de concert avec celles du considérant 149 du R.G.P.D. qui s'y rapportent et énoncent que :

« Les États membres devraient pouvoir déterminer le régime des sanctions pénales applicables en cas de violation du présent règlement, y compris de violation des dispositions nationales adoptées en application et dans les limites du présent règlement. Ces sanctions pénales peuvent aussi permettre la saisie des profits réalisés en violation du présent règlement. Toutefois, l'application de sanctions pénales en cas de violation de ces dispositions nationales et l'application de sanctions administratives ne devrait pas entraîner la violation du principe *ne bis in idem* tel qu'il a été interprété par la Cour de justice ».

Il s'ensuit inévitablement un cumul des procédures pénales et administratives, qui ne va pas sans poser de problèmes, s'agissant notamment de l'application du principe du « *non bis in idem* », ou encore de la mise en œuvre des garanties nécessaires à un procès équitable et au respect du principe du contradictoire⁽¹³⁾.

Pour limiter cet écueil, le législateur européen a énoncé des règles visant à assurer les garanties procédurales, alors que le législateur belge a fait le choix de privilégier la maximisation de la procédure administrative⁽¹⁴⁾ en ne consacrant de sanctions pénales qu'aux seules violations qualifiées de graves et énumérées à l'article 222 et suivants de la loi du 30 juillet 2018⁽¹⁵⁾ relative à la protection des personnes physiques à l'égard des

traitements de données à caractère personnel, ci-après la loi-cadre.

Pour comprendre l'articulation de la sanction en matière de protection des données à caractère personnel, en droit positif belge, il sera examiné dans un premier temps, la sanction administrative (B.) ensuite la sanction pénale (C.).

B. La sanction administrative

Prima facie, la possibilité pour le législateur de recourir à des sanctions administratives semble présenter de nombreux avantages⁽¹⁶⁾. En comparaison avec une sanction prononcée par le juge judiciaire, la sanction administrative prononcée par une autorité de contrôle émane d'un organe spécialisé dans la matière qu'il régule. En matière de protection des données à caractère personnel, ce régulateur est défini par le R.G.P.D. et une loi de décembre 2017, et connu sous le nom d'« Autorité de protection des données »⁽¹⁷⁾ et « Gegevensbeschermingsautoriteit », ci-après APD.

Ensuite, ces sanctions administratives peuvent être infligées de manière beaucoup plus rapide dès lors que les autorités qui les administrent ne rencontrent pas le même arriéré que connaissent les juridictions ordinaires. De plus, ces sanctions⁽¹⁸⁾ sont plus simples à mettre en œuvre qu'une sanction pénale, notamment au niveau de la charge de la preuve et de la procédure⁽¹⁹⁾. En effet, elles illustrent le mécanisme de l'inversion du contentieux en ce sens qu'elles sont d'abord infligées par une autorité administrative avant d'être contestées par la personne sanctionnée devant une juridiction⁽²⁰⁾.

(13) En ce sens, doit être respecté l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ratifiée en 1955, ci-après Convention européenne des droits de l'homme ; les principes généraux du droit pénal, consacrés notamment par l'article 7 de la même Convention européenne des droits de l'homme. L'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme ; art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O., 18 décembre 2000, C 364/I.

(14) Avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3126/001, pp. 230 et s.

(15) Article 222 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, ci-après la loi-cadre.

(16) M. WILLEMART, « Les sanctions administratives en Belgique », *Actes du colloque sur Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas, Analyse comparée*, Bruxelles, 2011, p. 5.

(17) Loi du 3 décembre 2017, portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, ci-après la loi-APD.

(18) « Les sanctions administratives peuvent être pécuniaires, comme l'amende, l'accroissement d'impôt, ou la retenue de traitement. Elles peuvent aussi consister en des mesures non pécuniaires, comme une interdiction de fréquenter un stade de football ou une mesure de retrait (ou plus exactement de révocation) ou de suspension d'une autorisation administrative », in P. GOFFAUX, « S », in *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 599-629 ; I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 679 et s., n°s 1545 et s.

(19) H. BOULARBAH, « Les sanctions administratives », in *De nieuwe uitdagingen voor de onderneming / L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 158.

(20) Voy. en ce sens H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 231, n°s 309 et s.

En outre, par les montants importants qu'elles peuvent atteindre, ainsi que la publicité⁽²¹⁾ qu'elles peuvent engendrer⁽²²⁾, elles possèdent un effet extrêmement dissuasif⁽²³⁾. En matière de protection des données à caractère personnel lorsque le dossier est en outre un peu médiatique, cette publicité est alors amplifiée par les médias.

Néanmoins, force est de constater que la possibilité pour une autorité de contrôle d'infliger des sanctions aux responsables du traitement et aux sous-traitants ne constitue pas une nouveauté ni en droit européen, ni en droit belge. L'article 28, § 3, de la directive vie privée⁽²⁴⁾, donnait déjà la possibilité aux États membres de doter leur autorité de contrôle de pouvoirs d'intervention pouvant s'assimiler à des sanctions. Le législateur belge⁽²⁵⁾ n'avait pas à l'époque jugé opportun de le faire⁽²⁶⁾. Par ailleurs, les matières soumises aux sanctions administratives sont nombreuses⁽²⁷⁾ et même de plus en plus nombreuses⁽²⁸⁾, notamment en matière sociale, fiscale,⁽²⁹⁾ ou environnementale⁽³⁰⁾.

1. Le champ d'application

a. *Ratione materiae et ratione territoria*

Les amendes administratives ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des responsables du

traitement et sous-traitants qui entrent dans le champ d'application matériel et territorial du R.G.P.D.⁽³¹⁾.

Les articles 2 et 3 du règlement définissent ces champs. D'un point de vue matériel, « le (présent) règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier ».

Pour saisir la portée de ce champ, il est nécessaire de passer par l'examen des définitions des différentes notions énoncées dans le règlement, en vue de déterminer l'objet de ce droit⁽³²⁾.

Néanmoins, faute de pertinence en l'occurrence, il est juste rappelé que l'auteur du texte a veillé à offrir un champ d'application aussi large que possible⁽³³⁾ au règlement, par une définition large de la notion de traitement (automatisé ou non automatisé) et de données à caractère personnel (se rapportant à une personne identifiée ou identifiable).

Ensuite, d'un point de vue territorial, c'est vers la loi belge et notamment son article 4, qu'il y a lieu de se retourner. La loi s'applique au traitement de données à caractère personnel, dont le responsable du traitement ou le sous-traitant est

(21) En l'occurrence, l'article 100, § 1^{er}, 16°, de la loi de 2017, permet à l'autorité de protection de décider au cas par cas de publier ses décisions sur le site internet de l'Autorité de protection des données.

(22) A. L. DURVIAUX, *Principes de droit administratif, Tome I – L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 61, n° 32.

(23) Art. 100, § 1^{er}, de la loi-APD.

(24) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995.

(25) Art. 31 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, ci-après la loi vie privée ; art. 25 à 36 du règlement d'ordre intérieur de la Commission de la protection de la vie privée.

(26) Le législateur dans la loi vie privée de 1992 s'était limité à octroyer à la Commission d'une compétence d'avis et de recommandation, tous deux non contraignants ; art. 29 à 31 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 ; art. 25 à 36 du règlement d'ordre intérieur de la Commission de la protection de la vie privée.

(27) Avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3126/001, pp. 452-453.

(28) H. BOULARBAH, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, p. 181.

(29) L'article 200ter du Code wallon du logement.

(30) L'article 36 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale relative au permis d'environnement du 5 juin 1997 prévoit des amendes administratives en matière d'émission excédentaire de gaz à effet de serre.

(31) Art. 2 et 3 du R.G.P.D.

(32) Le lecteur peut aisément les trouver à l'article 4 du R.G.P.D., une lecture utilement complétée par celle des avis du G29.

(33) Par ailleurs, le règlement définit les exceptions à son champ d'application ; on y retrouve notamment les traitements purement domestiques, ou les matières régies par la directive police et le règlement institutions. Pour l'exception à des fins journalistiques ou artistiques, le R.G.P.D., en son article 85, renvoie à la législation nationale qui pourra permettre un certain nombre d'exceptions aux dispositions de certains chapitres du R.G.P.D. L'exercice de comparaison entre les exceptions autorisées par la loi vie privée et la liste des dérogations admises par le R.G.P.D. conduit à la conclusion, selon nous, que ces exceptions de la loi vie privée pourraient être maintenues.

établi sur le territoire belge, que le traitement ait lieu ou non en Belgique. Néanmoins, si le responsable du traitement est établi dans un autre État membre de l'Union européenne et fait appel à un sous-traitant établi sur le territoire belge, le droit de l'État membre en question s'applique au sous-traitant pour autant que le traitement a lieu sur le territoire de cet État membre.

Ensuite, il s'applique aussi lorsque les personnes concernées se trouvent sur le territoire belge, si le traitement est effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne et que les activités de traitement sont liées d'une part à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées sur le territoire belge ou d'autre part au suivi de leur comportement qui a lieu sur le territoire belge.

Le champ d'application territorial et matériel défini, il y est possible d'aborder le champ d'application *ratione personae*

b. *Ratione personae*

S'agissant du champ d'application personnel du règlement, une marge de manœuvre est laissée

aux États membres en ce qui concerne l'infliction d'amendes administratives dans le cadre de traitements réalisés par des autorités ou organismes publics⁽³⁴⁾. Cette question, liée au sort réservé au produit des amendes administratives, varie d'un État membre à l'autre.

La Belgique, à l'occasion de la rédaction de la loi-cadre, a décidé d'exclure les autorités publiques de l'application des amendes administratives⁽³⁵⁾. Ces dernières sont soumises uniquement aux sanctions pénales ou aux sanctions administratives non financières⁽³⁶⁾. Cette position ne manque pas de prêter le flanc à la critique.

La Commission vie privée⁽³⁷⁾ rappelle, dans son avis sur le projet de loi, que l'article 5 du Code pénal exclut de la responsabilité pénale certaines personnes morales telles que l'État fédéral, les entités fédérées, sans pour autant exclure la responsabilité pénale du responsable de traitement⁽³⁸⁾, dès lors en l'occurrence, la théorie de l'organe sera d'application⁽³⁹⁾.

Enfin, l'exclusion totale ainsi envisagée à l'origine par le législateur belge sera aussi sévèrement critiquée par le Conseil d'État dans son avis suivant le projet de loi en ces termes :

(34) Enfin, l'article 83, § 7, du R.G.P.D. prévoit en effet que « [s]ans préjudice des pouvoirs dont les autorités de contrôle disposent en matière d'adoption de mesures correctrices en vertu de l'article 58, paragraphe 2, chaque État membre peut établir les règles déterminant si et dans quelle mesure des amendes administratives peuvent être imposées à des autorités publiques et à des organismes publics établis sur son territoire ».

(35) Art. 221 de la loi-cadre vie privée ; « § 1^{er}. Les compétences correctrices de l'autorité de contrôle en vertu de l'article 58.2 du règlement s'appliquent également aux articles 7 à 10, 20 à 24, 28 à 70 et au titre 4 de la présente loi. Sans préjudice de dispositions particulières, l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas aux traitements effectués par les autorités visées à l'article 26, 7^o, b), dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle.

§ 2. L'article 83 du règlement ne s'applique pas aux autorités publiques et leurs préposés ou mandataires sauf s'il s'agit de personnes morales de droit public qui offrent des biens ou des services sur un marché ».

(36) APD (ch. contentieuse), 29 avril 2020, DOS-2018-05421, consultée dernièrement le 24 mai 2020 sur le site : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Decision_CC_19-2020_FR.p.

(37) Devenue aujourd'hui l'autorité de protection des données, ci-après APD.

(38) Nous pensons ici surtout aux entreprises publiques actives sur les marchés du transport, de la distribution de courrier et de colis (Bpost), de la téléphonie (Proximus), de la communication.

(39) En effet, la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt 128/2002 du 10 juillet 2002, établi que « B.7.5. La différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif. Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique. Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'entendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique ».

Elle ajoute ensuite : « B.7.6. Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée ».

Par ailleurs, dans un arrêt ultérieur n° 31/2007 du 21 février 2007, la Cour a estimé que « la différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif. Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique ».

- a) « Dans l'environnement numérique, la possibilité d'infliger une amende administrative constitue un moyen de pression devant amener chaque responsable de traitement à veiller scrupuleusement au respect des règles de protection des données. De ce fait, l'amende administrative est une garantie supplémentaire, pour le citoyen, que les règles de protection des données seront en principe respectées.

Les responsables de traitement du secteur public doivent être soumis à des moyens de pression au moins équivalents à ceux qui pèsent sur le secteur privé, et ce pour quatre raisons principales.

Premièrement, les responsables de traitement du secteur public détiennent des données que les citoyens sont obligés de leur fournir sous peine de ne pas remplir leurs obligations légales, voire civiques.

Deuxièmement, la violation des règles de protection des données par une autorité publique ou un organisme public est donc susceptible non seulement de porter atteinte à la vie privée des citoyens mais également d'ébranler la confiance du citoyen en l'État.

Troisièmement, le R.G.P.D. restreint les droits de citoyens à l'égard de nombre de ces traitements, comme le rappelle l'exposé des motifs (exception à l'interdiction de traiter des données sensibles pour des raisons d'intérêt public déterminé dans une loi, exception au droit à l'oubli, exception au droit à la portabilité, exception au droit d'objecter, exception à l'interdiction de profilage sans intervention humaine, etc.). Cette limitation des droits doit être compensée par un contrôle adéquat des responsables de traitement.

Quatrièmement, la loi du 3 décembre a supprimé le contrôle qu'exerçaient les comités sectoriels chargés d'autoriser ou de refuser les échanges

de données au sein de l'administration. La suppression de ce contrôle en amont doit également pouvoir être adéquatement compensée, au risque d'immuniser le secteur public de toute sanction ».

Suite à ces avis, le législateur a introduit symboliquement une exception⁽⁴⁰⁾ de sorte que les personnes morales de droit public qui commercialisent des biens ou des services peuvent désormais se voir infliger des amendes administratives. Actuellement l'APD a sanctionné une ville sur la régularité de la consultation de la photo d'une citoyenne dans le Registre national par un employé communal, ainsi que le SPF Santé publique dans le cadre de la gestion d'une nomination⁽⁴¹⁾.

Cette situation n'est peut-être que provisoire, la FEB ayant introduit un recours en annulation du § 2 de l'article 221 de la loi-cadre.

2. Sanction administrative : contour et nature

Le champ d'application défini, il est important de s'attarder sur la nature et les contours des sanctions administratives⁽⁴²⁾, telles que proposées par la législation relative à la protection des données, en ce compris le R.G.P.D.

a. Les contours de la sanction administrative

De manière générale, une sanction administrative s'entend des « actes administratifs qui infligent une pénalité aux personnes, en raison d'un comportement contraire aux normes applicables, qu'il s'agisse d'une amende ou de toute autre mesure punitive d'ordre pécuniaire ou non »⁽⁴³⁾.

Elles prennent souvent la forme d'amende mais pas uniquement⁽⁴⁴⁾, en l'occurrence elles sont énoncées aux articles 58 du R.G.P.D. et 100, § 1^{er}, 3^o à 14^o et 16^o et suivant de la loi-APD⁽⁴⁵⁾.

(40) Nous pensons ici surtout aux entreprises publiques actives sur les marchés du transport, de la distribution de courrier et de colis (B-post), de la téléphonie (Proximus).

(41) APD (ch. contentieuse), 29 avril 2020, décision 19/2020, DOS-2018-05421, dernièrement consultée le 20 mai 2020, https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Decision_CC_19-2020_FR.pdf; APD (ch. contentieuse), 9 juillet 2019, décision 5/2019, DOS-2018-04887, dernièrement consultée le 20 mai 2020 sur le site : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/BETG05_2019ANO_fr.pdf.

(42) P. GOFFAUX, « S », *op. cit.*, pp. 599-629 ; I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *op. cit.*, pp. 679 et s., n^{os} 1545 et s.

(43) Recommandation R 91/I adoptée le 13 février 1991 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et relative aux sanctions administratives, A.P.T., 1995, p. 295. On peut aussi retenir la définition de J. Put : « Une mesure à caractère répressif arrêtée par ou en vertu d'une loi qui est infligée par un organe administratif au moyen d'un acte administratif unilatéral et individuel en réaction à une infraction à une norme juridique » (traduction libre) », in J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Bruges, die Keure, 1998, p. 35.

(44) D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *Abrégé de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 141 et s. ; H. BOULARBAH, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, p. 158.

(45) Loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, M.B., 5 janvier 2018, ci-après loi-APD.

R.G.P.D.	Loi belge
Article 58, § 1^{er}. Chaque autorité de contrôle dispose du pouvoir d'adopter toutes les mesures correctrices suivantes :	Art. 100, § 1^{er}. La chambre contentieuse a le pouvoir de
	1° classer la plainte sans suite ; 2° ordonner le non-lieu ; 3° prononcer la suspension du prononcé ; 4° proposer une transaction ;
a) avertir un responsable du traitement ou un sous-traitant du fait que les opérations de traitement envisagées sont susceptibles de violer les dispositions du présent règlement ;	5° formuler des avertissements et des réprimandes ;
b) rappeler à l'ordre un responsable du traitement ou un sous-traitant lorsque les opérations de traitement ont entraîné une violation des dispositions du présent règlement ;	
c) ordonner au responsable du traitement ou au sous-traitant de satisfaire aux demandes présentées par la personne concernée en vue d'exercer ses droits en application du présent règlement ;	6° ordonner de se conformer aux demandes de la personne concernée d'exercer ces droits ;
d) ordonner au responsable du traitement ou au sous-traitant de mettre les opérations de traitement en conformité avec les dispositions du présent règlement, le cas échéant, de manière spécifique et dans un délai déterminé ;	9° ordonner une mise en conformité du traitement ;
e) ordonner au responsable du traitement de communiquer à la personne concernée une violation de données à caractère personnel ;	7° ordonner que l'intéressé soit informé du problème de sécurité ;
f) imposer une limitation temporaire ou définitive, y compris une interdiction, du traitement ;	8° ordonner le gel, la limitation ou l'interdiction temporaire ou définitive du traitement ;
g) ordonner la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel ou la limitation du traitement en application des articles 16, 17 et 18 et la notification de ces mesures aux destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été divulguées en application de l'article 17, paragraphe 2, et de l'article 19 ;	10° ordonner la rectification, la restriction ou l'effacement des données et la notification de celles-ci aux récipiendaires des données ;
h) retirer une certification ou ordonner à l'organisme de certification de retirer une certification délivrée en application des articles 42 et 43, ou ordonner à l'organisme de certification de ne pas délivrer de certification si les exigences applicables à la certification ne sont pas ou plus satisfaites ;	11° ordonner le retrait de l'agrément des organismes de certification ;
i) imposer une amende administrative en application de l'article 83, en complément ou à la place des mesures visées au présent paragraphe, en fonction des caractéristiques propres à chaque cas ;	12° donner des astreintes ; 13° donner des amendes administratives ;
j) ordonner la suspension des flux de données adressés à un destinataire situé dans un pays tiers ou à une organisation internationale.	14° ordonner la suspension des flux transfrontières de données vers un autre État ou un organisme international ;
	15° transmettre le dossier au parquet du procureur du Roi de Bruxelles, qui l'informe des suites données au dossier ;
	16° décider au cas par cas de publier ses décisions sur le site internet de l'Autorité de protection des données.

On distingue à côté de la kyrielle de mesures, allant de la réprimande à la suspension des flux de données, en passant par l'ordre de rectification, de mise en conformité, et le retrait de certification, la possibilité offerte à l'APD d'imposer des amendes et même des astreintes.

Une sanction administrative étant aussi un acte administratif unilatéral, la décision qui l'impose est soumise aux règles qui constituent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie générale de l'acte administratif.

Parmi ces règles, on peut notamment citer le principe de la motivation découlant de la loi du 29 juillet 1991, le principe général de droit de l'impartialité de l'administration, le principe de proportionnalité et le principe du délai raisonnable.

En outre parmi ces sanctions administratives, certaines révèlent une nature pénale, entraînant l'application d'un régime complémentaire, tenant compte du principe du respect des droits de la défense⁽⁴⁶⁾ et du principe *non bis in idem*⁽⁴⁷⁾.

La mise en œuvre, de ces amendes à caractère pénal, a contraint le législateur belge à mettre en place des mesures visant à réaliser les garanties de procédures, exigées par la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte européenne des droits fondamentaux et les principes du droit pénal⁽⁴⁸⁾.

b. Les mesures coercitives

Comme précédemment énoncé, tant les dispositions du R.G.P.D. que celles de la loi belge,

permettent aux autorités de contrôle d'adopter des mesures dites correctrices. Ces mesures sont énumérées à l'article 58, § 2, a) à h) et j)⁽⁴⁹⁾, du règlement et 100, § 1^{er}, 5° à 11°, 14° et 16°, de la loi-cadre. Elles vont du simple avertissement à l'interdiction de traitement en passant par le rappel à l'ordre et l'injonction⁽⁵⁰⁾.

Exception faite de l'avertissement, ces mesures ont pour caractéristique commune d'être juridiquement contraignantes, sans pour autant être toutes qualifiées de « réelles sanctions », tels les rappels à l'ordre.

Il est, dès lors, possible de distinguer deux catégories de mesures coercitives juridiquement contraignantes, d'une part les injonctions correctrices visant à corriger le traitement en cours, d'autre part les sanctions correctrices en ce qu'elles restreignent directement l'activité du responsable du traitement ou du sous-traitant.

Il s'ensuit qu'au titre de son pouvoir de sanction l'autorité de contrôle peut imposer une limitation temporaire ou définitive du traitement, retirer une certification ou ordonner la suspension d'un flux transfrontières de données. Néanmoins, et en toutes circonstances, le R.G.P.D. exige que la prise de ces mesures soit encadrée par des garanties procédurales appropriées et ouvre le droit à un recours juridictionnel effectif⁽⁵¹⁾.

Enfin, ces mesures correctrices peuvent se cumuler aux amendes ou à une astreinte administrative⁽⁵²⁾.

(46) C.E., 26 mars 1991, n° 36.732, *b.v.b.a. Algemene Ondernemingen Aerts* ; 22 mars 1996, n° 58.752, *SPRL Biorim*.

(47) Article *non bis in idem*.

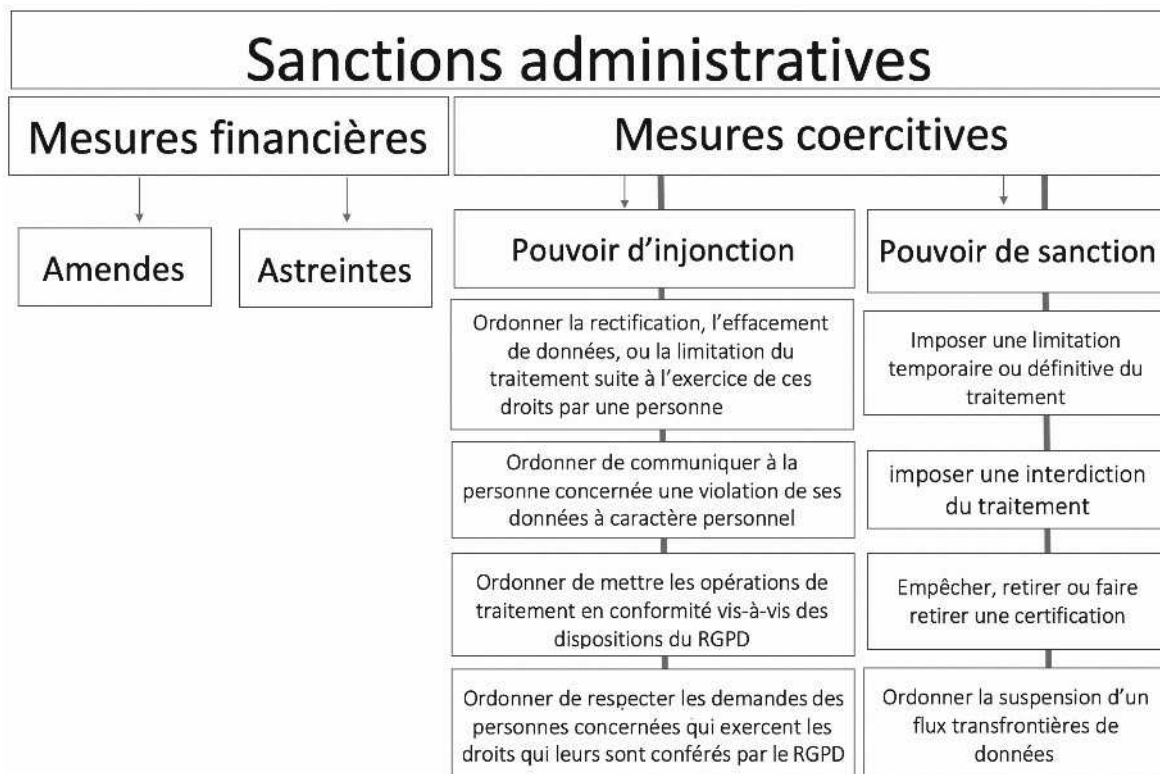
(48) Notamment l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ratifiée en 1955, ci-après Convention européenne des droits de l'homme ; les principes généraux du droit pénal, consacrés notamment par l'article 7 de la même Convention européenne des droits de l'homme. L'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme ; l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, 18 décembre 2000, C 364/I.

(49) Il est intéressant de noter que ces mesures sont énoncées dans le R.G.P.D. en son Chapitre 6 « Autorités de contrôle indépendantes » mais pas, contrairement aux amendes administratives, en son Chapitre 8 qui traite des sanctions. Dans la même lignée, le législateur belge énonce ces mesures dans la loi-APD et non à l'article 221 de la loi-cadre vie privée.

(50) L'article 58, § 6, du R.G.P.D. donne la possibilité aux États membres de compléter la liste des mesures correctrices à la condition de ne pas porter atteinte à l'application cohérente du R.G.P.D.

(51) Art. 58, § 4, du R.G.P.D. ; voy. égal. considérant n° 129.

(52) <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/fr/autres-instruments>.



c. L'amende administrative et l'astreinte

i. Cadre légal : du R.G.P.D. aux lois belges

Les amendes administratives sont décrites à l'article 83 du R.G.P.D., qui distingue deux catégories⁽⁵³⁾ d'amendes, en fonction des dispositions ayant fait l'objet de la violation. Pour chaque catégorie le montant maximum des amendes varie comme suit :

- Pour la première catégorie⁽⁵⁴⁾, le montant maximal est de 10.000.000 euros ou, si le contrevenant est une entreprise, un pourcentage équivalent à 2% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent, et vient sanctionner les manquements aux obligations des responsables du traitement, des organismes de certification et des organismes chargés du suivi des codes de conduite.

- Pour la deuxième catégorie⁽⁵⁵⁾, le montant maximal de l'amende est fixé à 20.000.000 euros ou, si le contrevenant est une entreprise, à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent et sanctionne les violations des principes de base applicables aux traitements, des droits des personnes concernées, des dispositions relatives aux flux transfrontières de données, des obligations imposées par le droit des États membres relativement à des situations particulières de traitement, et le non-respect⁽⁵⁶⁾ des ordres et injonctions émis par les autorités de contrôle en vertu de l'article 58, § 2, du R.G.P.D.

Au-delà du caractère éminemment dissuasif⁽⁵⁷⁾ des montants énoncés par le R.G.P.D., il convient de rappeler que ces montants sont des plafonds.

(53) L. Gérard les classe en trois catégories, in L. GÉRARD, « Titre 13 – Les sanctions en cas de non-respect du R.G.P.D. : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 641-654.

(54) Art. 83, § 4, du R.G.P.D.

(55) Art. 83, § 5, du R.G.P.D.

(56) Art. 83, § 6, du R.G.P.D.

(57) B. DOCQUIR, « Introduction générale », in B. DOCQUIR (dir), *Vers un droit européen de la protection des données*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 17.

L'autorité de contrôle peut et doit moduler le montant de l'amende en fonction des circonstances propres à l'espèce dans le respect de l'exigence de proportionnalité, tel que précisé au considérant 150 du règlement :

« Le présent règlement devrait définir les violations, le montant maximal et les critères de fixation des amendes administratives dont elles sont passibles, qui devraient être fixés par l'autorité de contrôle compétente dans chaque cas d'espèce, en prenant en considération toutes les caractéristiques propres à chaque cas et compte dûment tenu, notamment, de la nature, de la gravité et de la durée de la violation et de ses conséquences, ainsi que des mesures prises pour garantir le respect des obligations découlant du règlement et pour prévenir ou atténuer les conséquences de la violation. Lorsque des amendes administratives sont imposées à une entreprise, ce terme doit, à cette fin, être compris comme une entreprise conformément aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Lorsque des amendes administratives sont imposées à des personnes qui ne sont pas une entreprise, l'autorité de contrôle devrait tenir compte, lorsqu'elle examine quel serait le montant approprié de l'amende, du niveau général des revenus dans l'État membre ainsi que de la situation économique de la personne en cause. Il peut en outre être recouru au mécanisme de contrôle de la cohérence pour favoriser une application cohérente des amendes administratives (...) ».

Il découle des dispositions de ce considérant, que si le contrevenant est une entreprise, l'autorité de contrôle est appelée à appliquer le critère qui permet d'atteindre le plafond d'amende le plus élevé. En application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union

européenne, la Cour de justice définit l'entreprise comme une unité économique pouvant être formée par la société-mère et les filiales concernées engagée dans des activités commerciales ou économiques⁽⁵⁸⁾.

Enfin, le R.G.P.D.⁽⁵⁹⁾ établit un système de cumul plafonné des amendes en cas de concours d'infractions, de sorte que le montant de l'amende infligée ne pourra pas être supérieur au montant maximal de l'amende applicable à la violation la plus grave⁽⁶⁰⁾.

ii. De la nature des amendes

Dès lors que les États sont autorisés⁽⁶¹⁾ à introduire un système de sanctions administratives à côté du système de sanctions pénales, ils doivent veiller à ce que ce phénomène n'entraîne pas un recul des garanties énoncées par les principes généraux et obligations du droit pénal énoncés notamment aux articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou à l'article 50 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Dans ce cadre, la sanction administrative de nature pénale doit, outre les garanties de bases du droit administratif, assurer les garanties complémentaires offertes par le droit pénal⁽⁶²⁾.

La qualification de la nature de la sanction présente ainsi un intérêt majeur.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, depuis l'arrêt *Engel c. Pays-Bas* du 8 juin 1976⁽⁶³⁾, la notion d'« accusation en matière pénale » visée par l'article 6 C.E.D.H. est une « notion autonome », de sorte que la qualification « administrative » d'une mesure, en droit interne, ne peut exclure l'application des garanties applicables en matière « pénale »⁽⁶⁴⁾. Pour établir sa classification, la Cour a mis en œuvre trois critères (ci-après

(58) G29, Lignes directrices sur l'application et la fixation des amendes administratives aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 6.

(59) Art. 83, § 3, du R.G.P.D.

(60) À titre d'exemple si un responsable du traitement qui viole à la fois des dispositions relatives au « privacy by design » (article 35 du R.G.P.D.), sanctionnées par une amende de la première catégorie, d'un montant maximal de 10.000.000 euros, et des dispositions relatives au droit à la rectification des données (article 16 du R.G.P.D.), sanctionnées par une amende de la deuxième catégorie, d'un montant maximal de 20.000.000 euros, il sera sanctionné par une amende dont le montant maximal ne pourra jamais dépasser les 20.000.000 euros.

(61) La Cour a ainsi admis qu'« eu égard à la multiplicité des infractions légères [...] qui ne dénotent pas une indignité propre à valoir à leur auteur le jugement défavorable caractérisant la peine, un État contractant peut avoir de bonnes raisons d'introduire un système qui décharge ses juridictions du soin de traiter la grande majorité d'entre elles », in Cour eur. D.H., arrêt *Lutz c. Allemagne* du 25 août 1987, § 57.

(62) P. GOFFAUX, « V° Sanction administrative », in *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 601 et s.

(63) Cour eur. D.H., arrêt *Anghel c. Roumanie* du 4 octobre 2007 rendu à l'unanimité, § 67.

(64) F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, Tome IV – La peine, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 80 et s.

les « critères *Engel* »⁽⁶⁵⁾. Il s'agit de : (1) la qualification de la sanction en droit interne ; (2) de la nature du comportement réprimé ; et (3) de la nature et du degré de sévérité de la sanction concernée.

La Cour de justice de l'Union européenne a aussi eu l'occasion de se prononcer sur ce point dans son arrêt *Bonda*⁽⁶⁶⁾. La juridiction y fait sien le raisonnement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme reprenant les trois critères initiés par l'arrêt *Engel*⁽⁶⁷⁾. Elle vérifie successivement (1) la qualification juridique de l'infraction en droit de l'Union, (2) la nature de l'infraction, ainsi que (3) la nature et le degré de sévérité de la sanction.

Ces trois critères dégagés par la jurisprudence strasbourgeoise, en principe alternatifs, peuvent être utilisés dans une approche cumulative « si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire »⁽⁶⁸⁾.

L'examen de la nature des amendes administratives instaurées par la législation relative à la protection des données, en ce compris le R.G.P.D., sur la base des critères *Engel*, permet d'en qualifier la nature.

Le premier critère ne donne pas lieu ici à beaucoup de débats, il suffit de tenir compte de la qualification retenue en droit interne. Le second critère, relatif à la nature de la sanction en droit de l'Union et en droit interne, doit être examiné au regard des dispositions de l'article 83 du règlement, qui précise que les amendes administratives répriment les violations au droit à la protection de la vie privée et poursuivent un but

dissuasif. L'examen de ce critère établit clairement la nature pénale des amendes fixées par le législateur européen.

Ensuite, s'agissant du troisième critère, à savoir le degré de sévérité de la sanction, les plafonds des amendes fixés par le R.G.P.D. finissent de convaincre de la nature pénale de ces sanctions, d'autant que le législateur belge a fait le choix de fixer des plafonds moins élevés pour les infractions pénales⁽⁶⁹⁾.

À cet égard, un intéressant parallèle⁽⁷⁰⁾ peut être établi avec l'arrêt *Grande Stevens c. Italie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁷¹⁾. En cette affaire, les requérants s'étaient vu infliger, par l'autorité de contrôle des marchés financiers italiens, des amendes administratives dont les montants oscillaient entre 500.000 et 5.000.000 euros. Saisi de cette affaire, le juge strasbourgeois a constaté, d'une part, que les dispositions violées par les requérants protègent l'intérêt général de la société et que, d'autre part, les amendes infligées ont à la fois un but dissuasif et répressif. Se prononçant sur le degré de sévérité de l'amende, la Cour a constaté la « sévérité indéniable » des amendes eu égard à leur montant élevé. La Cour a alors qualifié celles-ci de sanctions pénales⁽⁷²⁾.

Enfin, la section législation du Conseil d'État a accepté d'assimiler les astreintes aux sanctions pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne, dès lors qu'il est établi qu'elles poursuivent un but répressif en cas d'échec de son rôle premier, à savoir incitatif et qu'elles présentent, en outre, un « degré potentiel de gravité pour le

(65) Ces critères ne diffèrent pas selon qu'il s'agit d'appliquer le volet pénal de l'article 6 de la Convention.

(66) La jurisprudence *Engel* de la Cour européenne des droits de l'homme a été reprise par la Cour de justice de l'Union européenne. C.J.U.E., 5 juin 2012, arrêt *Bonda c. Pologne*, C-489/10. En cette affaire, un agriculteur avait été sanctionné administrativement suite au dépôt d'une déclaration inexacte concernant l'étendue de ses terres agricoles et ensuite à nouveau poursuivi pénalement par les juridictions polonaises pour les mêmes faits. La Cour suprême polonaise, saisie de l'affaire, adressa alors une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne quant à la nature pénale ou civile de la sanction administrative et ce afin de déterminer si les poursuites pénales engagées à l'encontre de M. Bonda violaient ou non le principe *ne bis in idem*.

(67) Cour eur. D.H., arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976 ; voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009.

(68) Cour eur. D.H., arrêt *Jussila c. Finlande*, précité ; cité par C.J.U.E., concl. av. gén. M. Paolo MenGozzi, 31 janvier 2013, *TEXDATA Software GmbH*, C-418/11, en ce sens H. BOULARBAH, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, p. 181.

(69) Art. 222 et s. de la loi-cadre.

(70) Cette jurisprudence *Grande Stevens* est reprise par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 14 avril 2016 ; Trib. UE (8^e ch.), 14 avril 2016, arrêt *Ben Ali*, T-200/14, spéc. § 79.

(71) Cour eur. D.H., arrêt *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014. À l'origine de cette affaire, ses sanctions prononcées par la CONSOB, Autorité italienne de contrôle des marchés financiers, à la suite de faits de manipulation du marché boursier, sur la base de ces mêmes faits, les requérants furent par la suite poursuivis et condamnés pénalement par la cour d'appel de Turin, un tel cumul étant autorisé par la législation italienne en vigueur.

(72) *Idem*, §§ 94-99.

contrevenant » compte tenu de l'importance du montant qu'elles peuvent atteindre⁽⁷³⁾.

Étant de nature pénale, outre les garanties de base propre à la matière administrative, les amendes administratives en matière de protection des données à caractère personnel, se voient appliquer en droit positif belge les garanties procédurales propres à la « matière pénale »⁽⁷⁴⁾, notamment le droit à un procès équitable, la légalité des incriminations et des peines et le principe *non bis in idem*⁽⁷⁵⁾.

3. L'assurabilité des sanctions administratives

Étant présentées par le R.G.P.D. comme administratives, les sanctions infligées par l'Autorité de contrôle semblent, *a priori*, pouvoir faire l'objet d'une couverture assurantielle⁽⁷⁶⁾. Or, comme cela vient d'être démontré précédemment les amendes administratives infligées par les autorités de contrôle doivent être considérées comme étant de nature pénale tant au vu de leur finalité répressive et dissuasive qu'au regard des montants qu'elles peuvent atteindre⁽⁷⁷⁾.

Si la qualification pénale de l'amende administrative offre la garantie du procès équitable et de l'application des principes généraux du droit pénal, elle conduit indubitablement à l'impossibilité⁽⁷⁸⁾ pour le responsable du traitement ou le sous-traitant de s'assurer contre un tel risque⁽⁷⁹⁾. L'objet d'une telle assurance serait contraire à l'ordre public⁽⁸⁰⁾, entraînant la nullité de la couverture dès lors que la cause elle-même est illicite ou

que l'objet du contrat d'assurance pourrait avoir pour effet de créer ou de maintenir une situation illégale⁽⁸¹⁾.

Il faut toutefois distinguer si l'assurance porte sur une amende susceptible d'être directement et personnellement infligée au responsable du traitement ou au sous-traitant, ou si elle vise le cas où celui-ci peut être déclaré civilement responsable du paiement de l'amende administrative. Dans ce second cas, il est admis que l'amende puisse être valablement assurée⁽⁸²⁾.

C. La sanction pénale : une mise en œuvre nationale de la sanction

Il n'y a, dans le R.G.P.D., qu'un article consacré à la sanction pénale : l'article 84. Cet article énonce que les États membres peuvent mettre en place des sanctions supplémentaires en cas de violation du R.G.P.D., afin de compléter le cadre prévu par le règlement, en particulier les violations qui ne font pas l'objet d'amendes administratives⁽⁸³⁾, en précisant simplement que les sanctions pénales doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Les articles 222 à 230 de la loi-cadre viennent affiner les sanctions et compléter le R.G.P.D.

Le législateur y prévoit des sanctions que pour les infractions graves. Il s'agit essentiellement d'infractions qui se cumulent avec des infractions qualifiées comme pénales dans le Code pénal.

(73) C.E., avis L. 33.239/2 du 2 mai 2002 sur un avant-projet de loi complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du... relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1842/001 et n° 50-1843/001, p. 289.

(74) M. WILLEMART, « Les sanctions administratives en Belgique », *op. cit.*, p. 6.

(75) Voy *infra*, II.

(76) P. DAMBLY, « Risque digital, cyber risques et risques liés au R.G.P.D. : la question de l'assurance », *DPOnews*, 2020/6, pp. 15-20.

(77) N. HÉLÉNON, C. HESLAUT, « Données personnelles : sur l'assurabilité des sanctions administratives », *Expertises*, 2017/424, pp. 181-182.

(78) Ch. VERDURE, « L'assurabilité des amendes en droit de la concurrence : *quo vadis* ? », *For. ass.*, 2015, pp. 6 et s. pour ce qui concerne spécifiquement l'assurance de l'amende prévue par l'article IV.70 du Code de droit économique (*supra*, n° 10).

(79) En ce sens, l'article 155 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances terrestre : « Aucune amende ni transaction pénale ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance ». On comprend aisément la *ratio legis* d'une telle interdiction : si l'amende pénale pouvait faire l'objet d'une couverture assurantielle, celle-ci présenterait un caractère dissuasif plus faible – voire inexistant – et l'effectivité de la réglementation s'en verrait fortement amoindrie. En outre, faire assurer sa faute pénale apparaît comme contraire à l'ordre public ; le contrat d'assurance qui stipulerait autrement serait par conséquent fondé sur une cause illicite et ne pourrait produire aucun effet juridique.

(80) V. CALLUWAERT, « L'assurance de la responsabilité civile des mandataires sociaux », in *Les entreprises et leurs assurances*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 540.

(81) H. BOULARBAH, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, p. 158.

(82) Ch. VERDURE, « L'assurabilité des amendes en droit de la concurrence : *quo vadis* ? », *op. cit.*, p. 3.

(83) Le considérant 149 du R.G.P.D. vient compléter le tableau.

Cette loi fixe également les plafonds des sanctions, dont la plus importante est limitée à 30.000 euros, en application de l'article 223 de la loi-cadre. Ce qui a conduit la Commission vie privée⁽⁸⁴⁾, devenue aujourd'hui l'A.P.D., à s'étonner de ce montant bien inférieur au montant des amendes administratives prévues par le règlement⁽⁸⁵⁾.

Les sanctions édictées par le législateur belge peuvent être classées en trois catégories suivant le montant de la peine :

– Première catégorie⁽⁸⁶⁾, le législateur sanctionne d'une amende de 100 à 20.000 euros⁽⁸⁷⁾ :

- a. quiconque, a usé de voies de fait, de violence ou menaces, de dons ou de promesses, pour contraindre une personne à lui donner son autorisation au traitement de ses données à caractère personnel ;
- b. quiconque a transféré, fait ou laissé transférer, de par sa négligence, pour autant qu'elle soit grave, ou avec une intention malveillante, des données à caractère personnel vers un pays non membre de l'Union européenne ou vers une organisation internationale sans qu'il ait été satisfait aux exigences imposées par le R.G.P.D.

– Deuxième catégorie, le législateur impose une amende de 250 à 15.000 euros, au responsable du traitement ou son sous-traitant, son préposé ou son mandataire lorsqu'il :

- a. par négligence grave ou avec intention malveillante, traite les données à caractère personnel, en violation des principes généraux imposés pour les traitements, (à savoir sans base de licéité, de finalité, en violation du principe de proportionnalité, de minimalisation, détention minimale, transparence et loyauté et sécurité adéquate) ou maintient le traitement ayant fait l'objet d'une objection sans raisons juridiques impérieuses ;

- b. par négligence grave ou avec intention malveillante, transfère des données à caractère personnel à un destinataire dans un pays tiers ou une organisation internationale, en violation des garanties prévues dans le R.G.P.D. ou dans la loi ;

c. ne respecte pas la mesure correctrice adoptée par l'autorité de contrôle visant la limitation temporaire ou définitive du traitement ou à la mise en conformité du traitement avec les dispositions du R.G.P.D. ;

d. fait obstacle aux missions légales de vérification et de contrôle de l'autorité de contrôle compétente ou ses experts ou fait preuve de rébellion à l'encontre des membres de l'autorité de contrôle (au sens de l'article 269 du Code pénal) ;

e. obtient un certificat, visé à l'article 42 du R.G.P.D. sur base de faux documents ;

f. en qualité d'organisme de certification, ne respecte pas les dispositions du R.G.P.D. ;

g. a failli à leur devoir de confidentialité, en qualité de membres de l'APD ou d'expert⁽⁸⁸⁾.

– Troisième catégorie, le législateur sanctionne d'une amende de 500 à 30.000 euros toute personne, qui par sa propre négligence, pour autant qu'elle soit grave, ou avec une intention malveillante, communique à une personne concernée sans autorisation que les forces armées ou/et l'organe de coordination pour l'analyse de la menace sont destinataire de ses données⁽⁸⁹⁾.

En condamnant du chef d'une infraction susmentionnée, le tribunal peut également ordonner l'insertion du jugement, intégralement ou par extraits, dans un ou plusieurs journaux, dans les conditions qu'il détermine, aux frais du condamné⁽⁹⁰⁾.

(84) CVP, avis n° 33/2018 concernant l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, 11 avril 2018, p. 51, § 175.

(85) Ce à quoi le législateur répond : « les montants des amendes administratives prévues par le règlement sont une fourchette et basés également sur le chiffre d'affaires, qui laisse une marge à l'autorité de contrôle qui sanctionnera le responsable du traitement », réponse pour le moins étonnante tant elle s'applique aussi au juge judiciaire, qui néanmoins, restera limité à ce plafond plus de 660 fois inférieur à celui du R.G.P.D.

(86) Art. 222 de la loi-cadre.

(87) Art. 226 et 227 de la loi-cadre.

(88) Art. 224 de la loi-cadre.

(89) Art. 223 de la loi-cadre.

(90) Art. 225 de la loi-cadre.

Ensuite, les dispositions générales du droit pénal en matière de concours d'infractions sont applicables au même titre que les mesures qui concernent la participation et les circonstances atténuantes en application du chapitre VII et de l'article 85 du Code pénal.

Enfin, la loi-cadre a aussi prévu des procédures pour éviter l'application de deux sanctions administrative et pénale pour une même infraction à la loi, en son article 228⁽⁹¹⁾.

II. Les garanties procédurales

Lorsqu'un même manquement à une obligation légale fait l'objet tant d'une sanction pénale, que d'une sanction administrative, la différence de traitement qui pourrait en résulter n'est admissible que si elle est raisonnablement justifiée⁽⁹²⁾.

En effet, si selon que le contrevenant soit attrait devant le tribunal correctionnel, ou une autorité administrative sanctionnatrice, comme un régulateur, l'intéressé ne dispose pas des mêmes moyens de défense alors qu'il comparait, pour le même fait, devant l'un ou l'autre juge, la loi consacre une différence de traitement quant aux moyens de défense qui n'est pas justifiée et s'avère contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽⁹³⁾.

Sans viser l'exhaustivité, en vue de mieux appréhender le régime juridique particulier de la sanction administrative en matière de protection des données à caractère personnel et son articulation avec la sanction pénale, un certain nombre de questions transversales liées au caractère pénal de la sanction administrative, particulièrement les amendes sont, ici, abordées.

A. Les modalités d'application de l'amende : la détermination de son montant

À côté des dispositions et principes généraux qui encadrent l'action unilatérale de l'administration⁽⁹⁴⁾, et qui constituent le régime juridique de base des sanctions administratives⁽⁹⁵⁾, les sanctions administratives de nature pénale doivent être conformes aux principes généraux du droit pénal. À cet effet, des mesures sont énoncées par le R.G.P.D. et le législateur belge.

En ce sens, le règlement interdit aux autorités de contrôle l'automatisme de mise en œuvre du mécanisme d'infliction des amendes administratives ainsi que l'adoption de directives générales concernant la fixation du montant des amendes à infliger⁽⁹⁶⁾. Dans un souci d'exhaustivité, en son article 83, § 2⁽⁹⁷⁾, il liste onze catégories d'éléments devant faire partie intégrante de l'analyse

(91) Voy. *infra*, II.

(92) La possibilité de recourir à des sanctions administratives pour réprimer une infraction doit reposer sur un fondement objectif et raisonnable ; en ce sens, C.A. (audience plénière), 16 juin 2004, n° 105/2004, C.A.-A., 2004, p. 1193 ; C.A. (audience plénière), 14 juillet 1997, n° 40/1997, C.A.-A., 1997, p. 575.

(93) C.C., 6 novembre 2008, n° 157/2008, A.C.C., 2008, p. 2495.

(94) Notamment le droit d'être entendu (*audi alteram partem*), motivation de la décision, accès au dossier. Sur ces principes, P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, « Les polices et les sanctions administratives », in *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 179, n° 139.

(95) P. GOFFAUX, « V° Sanction administrative », *op. cit.*, pp. 601 et s.

(96) Actuellement, le montant le plus élevé des amendes infligées par l'APD est de 50.000 euros. Ce montant a été prononcé d'une part à l'encontre d'un assureur et d'autre part de Proximus ; APD (ch. contentieuse), 14 mai 2020, 24/2020, DOS-2019-02902, consultée dernièrement le 20 mai 2020 sur le site : https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Beslissing_GK_24-2020_NL.pdf ; APD (ch. contentieuse), 28 avril 2020, AH-2019-0013, consultée dernièrement le 20 mai 2020 sur le site : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Beslissing_GK_18-2020_FR_.pdf.

(97) « Selon les caractéristiques propres à chaque cas, les amendes administratives sont imposées en complément ou à la place des mesures visées à l'article 58, paragraphe 2, points a) à h), et j). Pour décider s'il y a lieu d'imposer une amende administrative et pour décider du montant de l'amende administrative, il est dûment tenu compte, dans chaque cas d'espèce, des éléments suivants : a) la nature, la gravité et la durée de la violation, compte tenu de la nature, de la portée ou de la finalité du traitement concerné, ainsi que du nombre de personnes concernées affectées et le niveau de dommage qu'elles ont subi ; b) le fait que la violation a été commise délibérément ou par négligence ; c) toute mesure prise par le responsable du traitement ou le sous-traitant pour atténuer le dommage subi par les personnes concernées ; d) le degré de responsabilité du responsable du traitement ou du sous-traitant, compte tenu des mesures techniques et organisationnelles qu'ils ont mises en œuvre en vertu des articles 25 et 32 ; e) toute violation pertinente commise précédemment par le responsable du traitement ou le sous-traitant ; f) le degré de coopération établi avec l'autorité de contrôle en vue de remédier à la violation et d'en atténuer les éventuels effets négatifs ; g) les catégories de données à caractère personnel concernées par la violation ; h) la

in concerto menée par les autorités dans l'établissement du montant de l'amende. Parmi celles-ci, on peut citer : la nature, la gravité⁽⁹⁸⁾ et la durée de la violation, la portée ou la finalité du traitement concerné, du nombre de personnes concernées affectées et le niveau de dommage qu'elles ont subi, le fait que la violation a été commise délibérément ou par négligence, les antécédents et toute autre circonstance aggravante ou atténuante applicable aux circonstances de l'espèce.

À l'occasion de lignes directrices adoptées le 3 octobre 2017, le Groupe de travail de l'article 29 s'est par ailleurs longuement prononcé sur la manière dont les autorités de contrôle seront amenées à évaluer ces différents éléments. Précisant, que l'analyse *in concerto* doit également prendre en compte la possibilité pour l'autorité de contrôle d'infliger toute autre mesure correctrice prévue par le règlement⁽⁹⁹⁾. Il s'ensuit que la Cour des marchés⁽¹⁰⁰⁾, saisie sur recours en annulation d'une décision de l'APD, suivant cette précision a énoncé que :

« Si l'APD peut affirmer qu'elle n'est pas tenue de passer en revue toutes les sanctions possibles de l'article 83.2 du R.G.P.D. et qu'elle n'a pas à donner les raisons pour lesquelles certaines sanctions n'ont pas été envisagées, cela n'enlève rien au fait que le choix de la sanction imposée doit effectivement être suffisamment motivé. Les critères généraux suivants devraient guider la détermination concrète de la sanction :

- la gravité de l'infraction ;
- la durée de l'infraction ;
- l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir de nouvelles infractions ».

B. Les modalités d'application de l'amende : le contrôle juridictionnel

Ensuite, si les modalités de personnalisation des peines permettent notamment de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, de tenir compte de considérations socioprofessionnelles, de proportionner la peine à la gravité des faits, toute sanction de nature pénale doit pouvoir être contrôlée par un tribunal répondant aux exigences de son article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, même les poursuites et les sanctions relatives aux infractions mineures relèvent en premier lieu des autorités administratives⁽¹⁰¹⁾.

Il existe également un principe général en vertu duquel, en matière de sanctions, rien de ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration ne peut échapper au contrôle du juge⁽¹⁰²⁾. Dès lors, tous les pouvoirs reconnus à l'administration, telle la faculté de moduler, dans une certaine mesure, l'importance de la sanction ou de se limiter à un avertissement, doivent être reconnus à la juridiction appelée à contrôler la sanction administrative infligée⁽¹⁰³⁾.

En ce sens l'article 78 du R.G.P.D. énonce que :

« 1. Sans préjudice de tout autre recours administratif ou extrajudiciaire, toute personne physique ou morale a le droit de former un recours juridictionnel effectif contre une décision juridiquement contraignante d'une autorité de contrôle qui la concerne.

2. Sans préjudice de tout autre recours administratif ou extrajudiciaire, toute personne concernée a le droit de former un recours juridictionnel effectif lorsque l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu des articles 55 et 56 ne traite pas une réclamation ou n'informe pas la personne concernée, dans un délai de

manière dont l'autorité de contrôle a eu connaissance de la violation, notamment si, et dans quelle mesure, le responsable du traitement ou le sous-traitant a notifié la violation ; i) lorsque des mesures visées à l'article 58, paragraphe 2, ont été précédemment ordonnées à l'encontre du responsable du traitement ou du sous-traitant concerné pour le même objet, le respect de ces mesures ; j) l'application de codes de conduite approuvés en application de l'article 40 ou de mécanismes de certification approuvés en application de l'article 42 ; et k) toute autre circonstance aggravante ou atténuante applicable aux circonstances de l'espèce, telle que les avantages financiers obtenus ou les pertes évitées, directement ou indirectement, du fait de la violation ».

(98) Bruxelles (ch. des marchés), arrêt 2020/1417 du 19 février 2019, consulté dernièrement le 12 avril 2020 sur le site : https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Arrest_190220.pdf.

(99) G29, Lignes directrices sur l'application et la fixation des amendes administratives aux fins du règlement (UE) 2016/679, WP 253, adoptées le 3 octobre 2017.

(100) Bruxelles (ch. des marchés), arrêt 2020/1417 du 19 février 2019, consulté dernièrement le 12 avril 2020 sur le site : https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Arrest_190220.pdf.

(101) Cour eur. D.H., arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 6 octobre 2011, § 28, J.T., 2012, p. 669.

(102) C.C. (audience plénière), 22 octobre 2015, n° 147/2015, M.B., 2015, p. 73770.

(103) C.A., 7 décembre 1999, n° 128/1999, C.A.-A., 1999, p. 1551.

trois mois, de l'état d'avancement ou de l'issue de la réclamation qu'elle a introduite au titre de l'article 77 (...) ».

Dès lors, la loi-APD instaurant l'Autorité belge de contrôle, en son article 108, § 2, précise qu'un « recours peut être introduit contre les décisions de la chambre contentieuse en vertu des articles 71 et 90 devant la Cour des marchés qui traite l'affaire selon les formes du référé conformément aux articles 1035 à 1038, 1040 et 1041 du Code judiciaire ».

Ce recours doit être introduit dans un délai de trente jours, à compter de la notification à la Cour des marchés.

Contrairement à la compétence du Conseil d'État, la compétence de la Cour des marchés n'est pas limitée à la faculté d'annuler la décision attaquée pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir⁽¹⁰⁴⁾.

La Cour ne manque pas de le rappeler à l'occasion des recours contre l'APD. Dans un arrêt du 19 février⁽¹⁰⁵⁾, annulant la décision prise par l'APD à l'encontre d'un marchand de boissons et de spiritueux, sanctionné initialement pour une utilisation non conforme des données contenues sur les cartes d'identité dans la gestion de ses cartes de fidélité, la Cour rappelle les limites de sa compétence comme suit :

« Binnen de grenzen van de regels van openbare orde en binnen de grenzen van de interpretatie die moet worden gegeven aan de voor het Hof ingeroepen middelen, moet het Hof zijn beoordeling, dit wil zeggen – de gebeurlijke indeplaatsstelling van een eigen beslissing – beperken tot de door verzoekende

partij aangevoerde gronden en de middelen van verdediging van de wederpartij.

Kortom, het Marktenhof kan zijn beslissing in de plaats stellen van de door het Hof vernietigde bestreden beslissing, mits het Hof geen betwistingen oproept die niet aan tegenspraak zijn onderworpen geweest in de voor het Hof gevoerde rechtspleging en voor zover geen beslissing wordt getroffen waaromtrent de procespartijen zich niet hebben kunnen verdedigen in de rechtspleging voor het Hof »⁽¹⁰⁶⁾.

Du reste, il faut déplorer un règlement des procédures de l'APD, quelque peu laconique, de sorte qu'actuellement, les quatre recours⁽¹⁰⁷⁾ introduits devant la Cour des marchés n'ont pas manqué d'être annulés essentiellement à défaut d'une procédure adaptée, ayant conduit l'APD à prendre des décisions qui ne sont pas suffisamment motivées⁽¹⁰⁸⁾.

Gageons que ces maladies de jeunesse seront rapidement corrigées.

C. Ne bis in idem

La question du possible cumul entre sanction pénale et amende administrative n'a pas échappé aux rédacteurs du R.G.P.D., qui en son considérant 149 dispose que « l'application de sanctions pénales [...] et l'application de sanctions administratives ne devrait pas entraîner la violation du principe ne bis in idem tel qu'il a été interprété par la Cour de justice ».

Ce considérant impose à son lecteur un détour par l'article 50 de la Charte des droits

⁽¹⁰⁴⁾ Le législateur n'a pas précisé de façon exhaustive les fondements sur la base desquels la Cour des marchés exerce son contrôle des décisions attaquées, in « Cour des marchés, rapport annuel 2018 », consulté sur à l'adresse suivante : https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/hvb_brussel/files/Cour%20des%20marchés.pdf.

⁽¹⁰⁵⁾ Bruxelles (ch. des marchés), arrêt 2020/1471 du 19 février 2019, consulté dernièrement le 12 avril 2020 sur le site : https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Arrest_190220.pdf.

⁽¹⁰⁶⁾ Traduction libre : « Dans les limites des règles d'ordre public et dans les limites de l'interprétation qui doit être donnée aux moyens invoqués devant la Cour, celle-ci doit limiter son appréciation, c'est-à-dire l'éventuelle substitution d'une décision, aux motifs invoqués par le requérant et aux moyens de défense de la partie adverse. En bref, la Cour des marchés peut substituer sa décision à la décision contestée qui a été annulée par elle, à condition que la Cour ne soulève pas de litiges qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure contradictoire devant elle et à condition qu'aucune décision ne soit prise sur laquelle les parties à la procédure n'ont pas pu se défendre dans la procédure devant la Cour ».

⁽¹⁰⁷⁾ Bruxelles (ch. des marchés), arrêt 2019/4884, du 12 juin 2019, arrêt 2019/7537, du 9 octobre 2019, arrêt 2019/8029 du 23 octobre 2019, arrêt 2020/1471 du 19 février 2020. Consultés dernièrement le 14 avril 2020, sur le site : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/decisions-de-la-cour-des-marchés>.

⁽¹⁰⁸⁾ « Zoals uw hof opmerkte in eerdere beroepsprocedures tegen beslissingen van de GBA kunnen door de GBA ingeroepen motieven “slechts een beslissing schragen wanneer zij blijken uit de stukken van het dossier waarop de autoriteit (GBA) vermocht acht te slaan” en houdt “de materiele motiveringsplicht (...) in dat ideale administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen” », in Bruxelles, (ch. des marchés), arrêt 2020/1471, du 19 février 2020, p. 28.

fondamentaux de l'Union européenne et à la jurisprudence y relative. Cet article énonce ce qui suit :

« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »⁽¹⁰⁹⁾.

La jurisprudence, quant à elle, est sur ce point, sans équivoque, la Cour de justice de l'Union européenne précise à cet égard que :

« Le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits [...] successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier »⁽¹¹⁰⁾.

Il s'ensuit que le principe *ne bis in idem*, essentiel de droit pénal, implique qu'une personne déjà condamnée ou acquittée ne peut faire l'objet de nouvelles poursuites pour les mêmes faits⁽¹¹¹⁾. Ce raisonnement renvoie à la question, traitée *supra*, de la nature de l'amende administrative. Comme cela a été démontré, la nature pénale des amendes administratives instaurées par le R.G.P.D. ne fait aucun doute au regard des critères *Engel*.

C'est à ce titre que l'article 229⁽¹¹²⁾ de la loi-cadre prévoit la possibilité de conclusion d'accord

entre le Collège des procureurs généraux et l'Autorité de contrôle dans ces circonstances.

En sus, à défaut de protocole et pour les infractions visées aux articles 222 et 223 le procureur du Roi dispose d'un délai de deux mois, à compter du jour de la réception de l'original du procès-verbal, pour communiquer à l'Autorité de contrôle qu'une information ou une instruction a été ouverte ou que des poursuites ont été entamées⁽¹¹³⁾. Cette communication éteint la possibilité pour l'autorité de contrôle d'exercer ses compétences correctrices.

Simultanément, l'autorité de contrôle ne peut infliger de sanction avant l'échéance de ce délai. Toutefois elle pourra sanctionner administrativement à défaut de communication de la part du procureur du Roi dans les deux mois⁽¹¹⁴⁾.

Par ailleurs, la lecture de ces dispositions doit être complétée par celle des articles 95, § 3 et 100, § 2, de la loi-APD⁽¹¹⁵⁾ énonçant que :

« Lorsqu'après (application du § 1^{er}, 15°), le ministère public renonce à engager des poursuites pénales, à proposer une résolution à l'amiable ou une médiation pénale au sens de l'article 216^{ter} du Code d'instruction criminelle, ou lorsque le ministère public n'a pas pris de décision pendant un délai de six mois à compter du jour de réception du dossier, l'Autorité de protection des données détermine si la procédure administrative doit être reprise »⁽¹¹⁶⁾.

(109) Art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(110) C.J.U.E., 26 février 2013, arrêt *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, § 37. En cet arrêt la Cour est saisie d'une question préjudicielle relative à la possibilité pour une juridiction d'infliger une sanction pénale à un contrevenant ayant déjà été sanctionné, pour les mêmes faits, par diverses amendes infligées par l'administration fiscale.

(111) A. LECOCQ, A. BARTHOLOMEUSEN, « Confirmation par la C.E.D.H. de la nouvelle réalité jurisprudentielle liée au *ne bis in idem* – Note sous C.E.D.H., 16 juin 2019, *Nodet c. France*, req. 47342/14 », *R.I.S.F.-I.J.F.S.*, 2020/1, p. 52.

(112) Art. 229 « § 1^{er}. En ce qui concerne les infractions visées aux articles 222 et 223, l'autorité de contrôle compétente et le Collège des procureurs généraux peuvent conclure un protocole régissant les accords de travail entre l'autorité de contrôle et le ministère public dans des dossiers portant sur des faits pour lesquels la législation prévoit aussi bien la possibilité d'une amende administrative que la possibilité d'une sanction pénale.

Le Roi fixe les modalités et le modèle de ce protocole par arrêté délibéré en Conseil des ministres.

Ce protocole respecte l'ensemble des dispositions légales concernant notamment les procédures prévues pour les contrevenants et ne peut déroger aux droits des contrevenants.

Le protocole est publié au *Moniteur belge* et sur le site internet de l'autorité de contrôle compétente.

§ 2. À défaut de protocole et pour les infractions visées aux articles 222 et 223 le procureur du Roi dispose d'un délai de deux mois, à compter du jour de la réception de l'original du procès-verbal, pour communiquer à l'autorité de contrôle compétente qu'une information ou une instruction a été ouverte ou que des poursuites ont été entamées. Cette communication éteint la possibilité pour l'autorité de contrôle d'exercer ses compétences correctrices.

L'autorité de contrôle compétente ne peut infliger une sanction avant l'échéance de ce délai. À défaut de communication de la part du Procureur du Roi dans les deux mois, les faits ne peuvent être sanctionnés que de manière administrative ».

(113) Cass., 15 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2653 ; Cass., 24 janvier 2002, *Pas.*, 2002, p. 238.

(114) Cass., 18 avril 2012, *Pas.*, 2012, p. 829.

(115) Loi du 3 décembre 2017, portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018.

(116) Bruxelles (ch. des marchés), arrêt du 12 juin 2019, *Gielen Jurgen c. l'APD*, pp. 11 et s. ; consulté dernièrement le 12 avril 2020 sur le site : https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Arrest_120619.pdf.

Par ces mécanismes le législateur proscriit les risques de « *bis in idem* » et se conforme aux exigences tant du R.G.P.D. que de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Conclusion

Certes le R.G.P.D. n'engage pas une révolution dans le traitement des données, à caractère personnel, néanmoins, il est porteur d'avancées majeures tout particulièrement en matière de sanction. Force est de constater que le règlement a massivement participé à la dépénalisation de la matière au profit d'un régime de sanctions administratives.

En outre, en accordant aux autorités de contrôle un rôle central que le législateur national ne peut altérer, et en édictant les règles procédurales visant à assurer l'articulation entre les sanctions administratives et les sanctions pénales, elle favorise encore plus le régime de la sanction administrative.

C'est ainsi, encadré par les obligations découlant du règlement, mais également par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne que le législateur belge se mettra à l'écriture de la loi-APD et de la loi-cadre. Ces deux lois viennent poser les modalités d'application des sanctions en matière de protection de données à caractère personnel.

Le législateur national aussi témoigne d'une volonté à peine dissimulée de favoriser la sanction

administrative, en ce qu'il précise dans l'avant-projet de la loi-cadre que : « Le principe du "non bis in idem" doit être respecté. Pour cette raison, il est privilégié la maximisation de la procédure administrative »⁽¹¹⁷⁾. Un favoritisme à déplorer, sachant que la seule sanction financière applicable aux autorités publiques est la sanction pénale à l'exclusion de l'amende administrative. Cette situation pourrait néanmoins ne pas perdurer, eu égard au recours en annulation de la loi-cadre, introduit par la FEB.

Enfin, cette confiance disproportionnée en la nature administrative de la sanction en vue d'assurer une meilleure effectivité du droit à la protection des données à caractère personnel, risque d'être ébranlée si l'APD ne fait pas un usage adéquat des nouvelles compétences qui lui sont confiées. La responsabilité qui pèse sur les épaules de l'autorité belge de protection des données est importante, et sous-tend la justiciabilité des droits des personnes concernées, ainsi que l'effectivité des obligations et principes généraux découlant du règlement.

Néanmoins, actuellement, le constat n'est pas concluant, tant chacune des décisions de l'APD n'a pas manqué d'être annulée devant la Cour des marchés.

La question reste ouverte à savoir si cette dépénalisation n'est pas plus « pénalisante », particulièrement pour les personnes concernées dont les droits sont en jeu.

Si nul ne sait ce que l'avenir nous réserve, gageons, comme le disait George Sand que « L'avenir peut s'éveiller plus beau que le passé ».

(117) Avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3126/001, pp. 230 et 231.