

# Sanctions RGPD : ne sont-elles qu'un tigre de papier ?

Le renforcement des sanctions prévues par le RGPD allait de pair avec un changement de paradigme consistant notamment à faire disparaître une bonne partie des formalités à accomplir avant de pouvoir procéder à un traitement de données et à responsabiliser les acteurs. Mais on peut se demander si la révolution annoncée – et redoutée – en matière de sanctions pour violations de la réglementation sur la protection des données personnelles a bien eu lieu.

PAR HUGUES BOUTHINON-DUMAS ET W. GREGORY VOSS

L'augmentation considérable du montant des sanctions encourues constituait l'une des principales ruptures introduites dans le droit européen des données personnelles par le RGPD. Alors que les sanctions encourues auparavant étaient faibles et variaient d'un pays à l'autre (150 000 € en France, 500 000 £ en GB par exemple), le RGPD harmonise les sanctions maximales auxquelles les entreprises sont exposées et prévoit des amendes qui peuvent aller jusqu'à 20 M€ ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial. Plus de deux ans après que le RGPD et les sanctions prévues par son article 83 devenus applicables, il est possible d'apprécier la pratique décisionnelle des autorités de contrôle nationales chargées de les appliquer.

## DES SANCTIONS À GÉOMÉTRIE VARIABLE

On peut d'abord relever que les sanctions ne sont pas très nombreuses et qu'elles concernent des entreprises de tailles et de secteurs très différents. Ensuite, on observe une forte disparité entre les régulateurs nationaux : alors que l'Espagne a prononcé à elle seule plus du tiers de toutes les sanctions prononcées dans l'EEE, l'Irlande, où plusieurs GAFAM ont pourtant leur siège européen et où les autorités ont reçu de nombreuses plaintes à leur sujet, n'a prononcé à ce jour que deux sanctions. Surtout, les sanctions

apparaissent relativement faibles dans leur montant. Le régulateur hongrois a infligé une sanction très symbolique de 28 € à Google en juillet 2020. Même la sanction record de 50 M€ infligée par la Cnil au même groupe Google en janvier 2019 apparaît modeste au regard du montant maximal encouru par ce géant du numérique. Les autres sanctions les plus élevées, qui se chiffrent en millions ou en dizaines de millions d'euros, ont été prononcées assez récemment. Elles ne concernent pas les GAFAM mais plutôt des entreprises industrielles ou de services (H&M, British Airways, Marriott International, Eni Gas e Luce...). Le fait que des sanctions très sévères soient encourues produit en soi certains effets. Cela montre par exemple l'importance reconnue par le législateur à ces questions et confère à certaines obligations un caractère clairement prohibitif. Mais la fonction dissuasive, et donc l'aptitude des sanctions administratives à concourir à la régulation en modifiant les comportements des acteurs, nécessite que celles-ci ne soient ni symboliques, ni appliquées de manière erratique quand des violations significatives de la réglementation sont constatées.

## UNE MENACE QUI MANQUE D'EFFICACITÉ ?

Or, l'un des inconvénients d'une politique de sanction timorée ou tardive, c'est qu'elle envoie des signaux inadéquats

## à propos de

**HUGUES BOUTHINON-DUMAS ET W. GREGORY VOSS**

Hugues Bouthinon-Dumas est professeur associé à l'ESSEC et co-directeur du programme Droit, Management et Stratégies (DMS) de l'ESSEC.



W. Gregory Voss est professeur associé à TBS Business School (Toulouse).



aux entreprises. Dans l'élaboration de leur politique de conformité et leur calcul économiques, les entreprises sont en effet enclines à prendre en compte les bénéfices et les coûts induits par un certain niveau de conformité à la réglementation. Parmi les coûts à mettre en rapport avec les avantages qu'une entreprise est susceptible de retirer d'une politique juridique risquée (ou de gestion à la marge), il y a le coût financier d'une possible amende. Si l'entreprise constate que, dans la pratique observable des régulateurs, les sanctions prononcées sont rares, tardives et/ou limitées par rapport aux sanctions théoriques, celle-ci aura tendance à ajuster ses anticipations et sa politique de conformité en conséquence.

La relative faiblesse des sanctions effectivement prononcées a aussi un autre inconvénient. Une telle politique n'incite pas les entreprises à s'engager dans une stratégie de conformité différentielle maximaliste. Une entreprise peut en effet chercher à obtenir un avantage compétitif en adoptant délibérément une telle politique de conformité maximale, voire en allant au-delà des prescriptions légales pour apparaître exemplaire dans son environnement. Or, ce type de stratégie est d'autant plus intéressante que les concurrentes de cette entreprise peuvent être sévèrement sanctionnées et stigmatisées, ce qui accentuera le contraste avec l'entreprise exemplaire. En revanche, si le risque de sanction apparaît faible en pratique, une telle stratégie individuelle vertueuse aura moins d'intérêt, ce qui limitera les chances qu'une dynamique collective de conformité se mette en place sur le marché.

On peut avancer différentes raisons pour expliquer la relative faiblesse des sanctions prononcées. D'abord, dans la phase d'implémentation d'une réglementation complexe et délicate à appliquer, les régulateurs ont pu préférer une approche pédagogique plutôt que répressive. Ensuite, on peut conjecturer que les entreprises ont été si impressionnées par les sanctions encourues qu'elles ont choisi de se

mettre rapidement et parfaitement en conformité ; dans ce cas, les sanctions – et notamment des sanctions sévères – n'ont pas lieu d'être. La Commission européenne a aussi noté que la faiblesse des sanctions pouvait résulter du fait que les régulateurs, notamment les régulateurs ayant a priori la responsabilité de gros acteurs (comme l'Irlande), ne disposent pas (ou ne souhaitent pas engager) des moyens suffisants pour instruire des dossiers complexes. D'ailleurs, certains acteurs semblent avoir intégré dans leurs stratégies l'hétérogénéité des politiques de régulation dans les différents États.

### LES STRATÉGIES D'ÉVITEMENT DES RÉGULATEURS MISES À MAL

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le constat de la relative faiblesse des sanctions prononcées en application du RGPD. L'hypothèse d'une conformité générale des entreprises est irréaliste. Il est vraisemblable que les petites entreprises, surtout celles dont le modèle économique ne repose pas principalement sur l'exploitation des données personnelles, aient été ménagées dans un premier temps. Ce qui est plus surprenant, c'est que les grands acteurs du numérique aient été pour le moment assez préservés. Cela tient sans doute dans une large mesure à la complexité des dossiers qui les concernent et à la disparité des politiques de régulation entre les États membres. À cet égard, il convient de souligner que le Comité européen de la protection des données (EDPB) entend favoriser une application étendue et homogène de la politique de sanctions. En outre, certaines décisions de justice (comme l'arrêt Google du Conseil d'État du 19 juin 2020) ont d'ores et déjà porté un coup aux stratégies d'évitement des régulateurs les plus sévères que certaines multinationales ont été tentées de suivre. Il s'agissait d'éviter les pays qui semblent plus enclins à appliquer des sanctions (comme l'Espagne, l'Allemagne ou la France), en exploitant la règle du guichet unique qui permet à un groupe extra-européen de choisir d'implanter son siège sur le

*L'un des inconvénients d'une politique de sanction timorée ou tardive, c'est qu'elle envoie des signaux inadéquats aux entreprises.*

territoire d'un régulateur supposé plus accommodant ou moins bien doté pour instruire des procédures susceptibles de déboucher sur des sanctions. Faute d'avoir démontré une véritable autonomie de décision du siège irlandais, les autorités de régulation des autres pays peuvent se saisir des dossiers et in fine infliger elles-mêmes des sanctions qui seront sans doute de moins en moins indolores.

Finalement, les entreprises ont des raisons sérieuses de se méfier des sanctions auxquelles elles sont exposées en cas de violation du RGPD, en particulier celles qui sont au cœur de l'économie numérique. Les sanctions observées dans la période passée ne permettent pas de préjuger de ce que sera la politique de sanction future ! On peut penser que la comparaison pertinente pour déterminer le risque de sanction pour violation du droit européen des données personnelles n'est pas la pratique passée dans ce domaine, mais plutôt ce qu'on a pu observer dans une autre branche majeure du droit économique ayant une dimension répressive, comme le droit de la concurrence où les sanctions peuvent maintenant se chiffrer en milliards d'euros. La révolution des sanctions peut ainsi s'opérer en deux temps : après l'élévation des sanctions encourues suivra certainement l'application effective de sanctions redoutables... ■