

Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2018

La question de l'idem

1. L'arrêt annoté du 13 décembre 2018¹ traite également – parmi plusieurs autres questions – de l'application du principe non bis in idem. La Cour de cassation est cette fois-ci invitée à se prononcer sur la question de l'idem dans le cadre de deux procédures de sanctions administratives à caractère pénal menées respectivement par l'autorité belge de régulation des marchés financiers (la FSMA) et par celle des Pays-Bas (l'AMF).

Le litige porte dès lors sur une application transfrontalière du principe non bis in idem, soit une question qui ne ressort pas du champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7 ou de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques² mais relève, par contre, de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁻⁴ et de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990⁵.

2. L'arrêt annoté a pour origine la sanction imposée par la FSMA le 17 juin 2013 à, entre autres, la société Ageas (qui succède à la S.A. Fortis de droit belge et à la N.V. Fortis de droit néerlandais) en raison, notamment, de la violation de l'article 25 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'⁶ et de l'article 5 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 'relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé'⁷ – soit la diffusion d'informations susceptibles de donner des indications fausses ou

¹ Cass., 13 décembre 2018, C.16.0224.F, C.16.0230.F et C.16.0369.F.

² Voy. à ce sujet les références citées par D. BERNARD, "Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction", in X. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, pp. 1047, nbp (30) et (31).

³ J.O., C-202, 7 juin 2016, p. 389.

⁴ Cette disposition prévoit que : « 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 ».

⁵ Cette disposition prévoit que : « Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ». Sur la condition liée à l'exécution de la sanction qui est propre à cet article, voy. C.J.U.E. (Gd. ch.), 27 mai 2014, C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*.

⁶ Dans sa version applicable au moment des faits, cette disposition prévoyait :

« Art. 25. § 1er. Il est interdit à toute personne : (...) »

4° de diffuser des informations ou des rumeurs, par l'intermédiaire des médias, via l'Internet ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur des instruments financiers, alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que les informations étaient fausses ou trompeuses; (...) »

⁷ Cette disposition prévoit : « Art. 5. Les émetteurs mettent à la disposition du public toutes les informations nécessaires à la transparence, à l'intégrité et au bon fonctionnement des marchés. L'information donnée est fidèle, précise et sincère et permet aux détenteurs de titres et au public d'apprécier l'influence de l'information sur la situation, l'activité et les résultats de l'émetteur.

Les émetteurs assument en particulier la responsabilité des informations à élaborer et à publier conformément à la section IV, sous-sections Ire et II ».

trompeuses –, à l’occasion des communications effectuées par celle-ci les 22 et 23 mai 2008, ainsi que les 5 (Financieel Ontbijt) et 12 (Conférence Goldman Sachs) juin 2008⁸.

Ageas a contesté cette sanction devant la Cour d’appel de Bruxelles au motif, notamment, que les infractions qui lui sont ainsi reprochées auraient déjà été sanctionnées par la décision définitive de l’AFM du 5 février 2010, de telle sorte qu’elle devrait bénéficier de l’application du principe non bis in idem. Par cette décision, l’AFM a en effet condamné Ageas à une amende administrative à caractère pénal pour avoir, entre autres, divulgué, le 5 juin 2008, des informations fausses ou trompeuses. Aux yeux d’Ageas, les communications des 22 et 23 mai 2008 et du 12 juin 2008 « portent sur un message identique, sur les mêmes sujets et relèvent d’une seule et même conduite »⁹, de telle sorte que celles-ci devaient également être couvertes par l’application du principe non bis in idem.

Si la FSMA a finalement admis, dans le cadre de la procédure devant la Cour d’appel, que la diffusion d’informations fausses et trompeuses lors du Financieel Ontbijt du 5 juin 2008 avait déjà été sanctionnée par l’AFM et bénéficiait, dès lors, de l’application du principe non bis in idem¹⁰, elle maintenait par contre, pour sa part, que les communications des 22 et 23 mai 2008 et du 12 juin 2008 constituaient « différentes manifestations d’un même comportement adopté à un certain nombre d’occasions distinctes »¹¹, de telle sorte que ces communications devaient être traitées comme des faits distincts n’ayant pas encore été sanctionnés.

3. Comme l’a relevé la Cour d’appel de Bruxelles dans son arrêt du 24 septembre 2015¹², la question de l’interprétation de l’idem (dans le cadre d’un litige en droit bancaire) qui lui est ainsi soumise et sur laquelle la Cour de cassation a été invitée à se prononcer dans l’arrêt annoté, fait l’objet d’une certaine convergence entre la Cour de Justice de l’Union européenne (ci-après : « la C.J.U.E. ») et la Cour européenne des droits de l’homme (ci-après : « la C.E.D.H. »), fondée sur la thèse de l’idem factum, à laquelle tant la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle se sont ralliées¹³.

Selon une jurisprudence désormais constante de la C.J.U.E., le critère pertinent est celui de l’identité des faits matériels qui doit être compris comme « l’existence d’un ensemble de faits indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l’intérêt juridique protégé »¹⁴. Il appartient en conséquence aux instances nationales compétentes de

⁸ Pour un exposé de ces différentes communications, voy. Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, pp. 73, 86, 88, 92, 94, §§ 134, 135, 226, 232, 244, 245, 255.

⁹ Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, p. 72, § 130.

¹⁰ Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, p. 72, § 129.

¹¹ Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, p. 72, § 130.

¹² Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, pp. 71-72, §§ 123-127.

¹³ P. LAGASSE, « L’arrêt A et B contre Norvège : entre continuité et évolution quant au principe non bis in idem », J.T., 10 février 2018, pp. 109 et 112.

¹⁴ C.J.U.E., 9 mars 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, § 42. Voy. également C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-367/05, *Kraaijenbrinck* ; C.E.D.H., 14 janvier 2014, *Muslija c. Bosnie-Herzégovine*, § 34 ; C.E.D.H., 4 mars 2014, *Grande Stevens c. Italie*, § 224 ; C.E.D.H., 23 juin 2015, *Butnaru et Bejan Piser c. Roumanie*, § 36.

déterminer si « les faits matériels en question constituent un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet »¹⁵.

Dans le même sens, la C.E.D.H. considère qu'une personne ne peut être poursuivie ou jugée pour une seconde infraction que pour autant que celle-ci ait pour origine des faits qui sont identiques ou « en substance les mêmes »¹⁶. Il s'agit, selon la célèbre jurisprudence *Zolotoukhine*, pour la juridiction nationale de déterminer si ces faits constituent « un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps dans l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées »¹⁷.

La Cour d'appel rappelle également que, conformément à la jurisprudence de la C.J.U.E., « l'identité ne doit pas être complète et il appartient à la juridiction nationale d'apprécier "si le degré d'identité et de connexité entre toutes les circonstances factuelles à comparer est tel qu'il est possible, au vu du critère pertinent susmentionné, de constater qu'il s'agit des "mêmes faits" au sens de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen" »¹⁸. Il n'est notamment pas requis que les dates où certains détails des infractions soient en tous points identiques, pour autant qu'un objectif unisse les faits matériels et non seulement une unité d'intention (lien subjectif)¹⁹. Les lieux peuvent également différer, la Cour de justice s'étant à plusieurs reprises prononcée dans ce sens²⁰ »²¹.

La décision litigieuse de la FSMA entend se baser sur le considérant de l'arrêt *Zolotoukhine* par lequel la C.E.D.H. précise que le principe non bis in idem n'est pas violé lorsque le requérant est poursuivi pour des faits analogues à ceux pour lesquels il a déjà été condamné définitivement pour autant qu'il ne s'agisse « pas d'un acte continu, mais de différentes manifestations du même comportement adopté à un certain nombre d'occasions distinctes »²² (absence d'unité de temps ou de lieu). La frontière entre ces deux concepts n'est cependant pas toujours évidente à tracer²³.

En l'espèce, la Cour d'appel constate que les communications des 22 et 23 mai 2008 ont un contenu identique à celle diffusée le 5 juin 2008²⁴, qu'elles portent sur des faits identiques²⁵ et que, bien que

¹⁵ C.J.U.E., 9 mars 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, § 38.

¹⁶ C.E.D.H., 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 83.

¹⁷ C.E.D.H., 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 84.

¹⁸ Nbp n° 43 de l'arrêt du 24 septembre 2015 précité: C.J.C.E., *Kraaijenbrink*, 18 juillet 2007, § 36.

¹⁹ Nbp n° 44 de l'arrêt du 24 septembre 2015 précité: C.J.C.E., *Kraaijenbrink*, 18 juillet 2007, § 29.

²⁰ Nbp n° 45 de l'arrêt du 24 septembre 2015 précité: voy. notamment C.J.C.E., *Kraaijenbrink*, 18 juillet 2007 précité : un recel d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants a lieu aux Pays-Bas et ce même argent fait l'objet d'un blanchiment Belgique.

²¹ Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 28 septembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, §§ 49 et 50.

²² C.E.D.H., 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 92. Voy. également C.E.D.H., 7 mars 1996, *Raninen c. Finlande* (déc.).

²³ Une infraction successive implique un renouvellement de l'intervention volontaire. A l'inverse, une infraction est continue lorsque les conséquences persistent sans qu'une nouvelle intervention de l'auteur ne soit nécessaire (C.E.D.H., 27 janvier 2005, *Smolickis c. Lettonie* (déc.)).

²⁴ La Cour d'appel considère que : « les communications du 22 mai 2008 ont un contenu identique à celle diffusée le 5 juin 2008. En effet, il est déclaré le 5 juin que la solvabilité est « op plan » et forte et le 22 mai que « la solvabilité reste forte », que Fortis est « sur la bonne voie » pour atteindre ces objectifs ou que la solvabilité est « conforme aux prévisions ». En ce qui concerne les mesures pour atteindre les objectifs de solvabilité fin 2009, la communication du 5 juin évoque le développement d'instruments financiers non dilutifs et la vente d'actifs non stratégiques, soit la même mesure que celle présentée le 22 mai 2008 comme faisant

la décision du 5 février 2010 ne se prononce pas formellement sur lesdites communications, l'AFM considère qu'il est essentiel d'avoir égard à ce que Fortis a déclaré auparavant pour apprécier l'existence d'un manquement le 5 juin 2008 et que « la conférence est indissociablement liée aux informations précédemment données par Fortis »²⁶. Le fait que les communications des 22 et 23 mai 2008 ont eu lieu à des moments et à des endroits différents n'est, aux yeux de la Cour d'appel, pas pertinent dès lors que, comme cela ressort de la jurisprudence rappelée ci-dessus, l'identité parfaite de temps et de lieu n'est pas requise. Elle relève enfin que les infractions en lien avec ces communications sont reprochées à une même personne morale et que l'ensemble des communications des 22 mai, 23 mai et 5 juin 2008 étaient de nature à toucher un large public d'investisseurs. Ces considérations amènent la Cour d'appel à considérer que les communications des 22 et 23 mai 2008 sont « indissociablement liées à la communication du 5 juin 2008 »²⁷ et bénéficiaient dès lors également de l'application du principe non bis in idem.

La Cour d'appel maintient par contre la sanction de la FSMA à l'égard d'Ageas en ce qui concerne la communication du 12 juin 2008 (conférence *Goldman Sachs*)²⁸.

Par l'arrêt annoté, la Cour de cassation confirme, après avoir rappelé qu'elle effectue un contrôle à la marge²⁹, l'interprétation donnée par la Cour d'appel du critère de l'identité des faits matériels (idem) aux motifs que :

« s'agissant de la communication effectuée lors de la conférence organisée par *Goldman Sachs* le 12 juin 2008, outre la constatation que ce fait n'est pas mentionné dans la décision de l'autorité de régulation néerlandaise, l'arrêt relève qu'il est reproché à la demanderesse de s'être référé à la même situation comptable que celle qui avait été présentée les 13 mai 2008 et 22 mai 2008, sans faire état ni de ce que, peu avant cette communication du 12 juin 2008, la situation de la demanderesse s'était dégradée et que les prévisions de solvabilité de la demanderesse s'étaient encore aggravées ni des mesures nouvelles envisagées lors des réunions tenues au cours de la période entre le 5 juin et le 11 juin.

partie du plan restant à mettre en œuvre. C'est encore le même message qui est diffusé les 22 [lire 23] mai et 5 juin pour l'exécution satisfaisante des NITSH II » (Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, p. 73, § 135).

²⁵ Aux yeux de la Cour, l'identité des faits est confirmée par la lecture des faits décrits par l'AFM dans sa décision du 5 février 2010. Or, comme le rappelle la Cour d'appel, selon la jurisprudence, l'exposé des faits concernant l'infraction pour laquelle le requérant a déjà été jugé et un autre se rapportant à la seconde infraction dont il est accusé (C.E.D.H., 30 avril 2015, *Kapetanios*, § 63) constitue un utile point de départ pour vérifier la condition de l'idem.

²⁶ Extrait de la décision du 5 février 2010 (Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, p. 73, § 137).

²⁷ Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, p. 74, § 141.

²⁸ Bruxelles (18^{ème} ch. – Note : D.A.O.R. mentionne erronément la 20^{ème} ch.), 24 septembre 2015, D.A.O.R., 2015/4, n° 116, pp. 73-74 et 94-96, §§ 137-142 et §§ 264-261.

²⁹ La Cour rappelle en effet qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement si les faits qui font l'objet des poursuites sont identiques ou substantiellement les mêmes. La Cour se limite à vérifier si le juge ne tire pas des faits constatés des conséquences qui n'y sont pas liées ou qui ne peuvent être justifiées sur cette base (Cass., 13 décembre 2018, C.16.0224.F, C.16.0230.F et C.16.0369.F.). Voy. dans le même sens Cass. (1^{re} ch.), 24 avril 2015, RG F.14.0045.N ; Cass., 24 juin 2014, RG P.13.1747.N. ; Cass. (2^e k.), 17 février 2015, AR P.14.1509.N ; Cass. (2^e ch.), 25 mars 2014, RG P.12.1884.N.

Sur la base de ces énonciations, les juges d'appel ont pu légalement décider que, même si elle s'inscrit dans une « stratégie de communication répétitive de prévisions rassurantes », le caractère similaire de la communication du 12 juin 2008 ne suffit pas pour considérer qu'il s'agit de la même conduite ou de faits indissociablement liés dans le temps et dans l'espace aux communications pour lesquelles la demanderesse a été condamnée par l'autorité de régulation néerlandaise »³⁰.

L'arrêt annoté confirme ainsi qu'une même intention délictuelle unissant différents faits – qu'il s'agisse d'un délit continu ou d'une série d'actes connexes – ne suffit pas à remplir l'exigence d'identité de faits matériels, bien qu'il puisse s'agir d'un élément à prendre à considération³¹. Cette affaire confirme que la présence d'un lien temporel et spatial permettant de conclure à l'existence d'un ensemble indissociable n'est pas un critère évident à définir. En l'espèce, c'est l'évolution de la situation de Fortis et des décisions prises à cet égard entre la communication du 5 juin et celle du 12 juin qui semble, de manière prépondérante, avoir amené la Cour de cassation à considérer que cette dernière communication constitue une nouvelle diffusion d'informations trompeuses ou erronées qui se dissocie des précédentes.

L'appréciation de la condition de l'identité des faits matériels requise par le principe non bis in idem est donc une question éminemment concrète qui requiert une analyse avant tout casuistique.

Pauline Lagasse
Auditeur au Conseil d'Etat
Assistante à l'Université Saint-Louis Bruxelles

³⁰ Cass., 13 décembre 2018, C.16.0224.F, C.16.0230.F et C.16.0369.F.

³¹ Dans le même sens, voy. Cass., 27 novembre 2007, P.05.0583.N ; Cass., 20 octobre 2010, P.10.0753.F.