

RSC 2014 p. 110

Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec elle de la Cour européenne des droits de l'homme (2/2) ¶(1)
 (CEDH, 2^e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18662/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie*)

Frédéric Stasiak, Professeur à l'Université de Lorraine, Institut François Génys, (Nancy-Metz EA 1138 et 1106)

*
**

Ramenés à leur plus simple expression, les faits sont les suivants : Le 26 juillet 2002, la société anonyme FIAT signa un contrat de financement avec huit banques. Ce contrat expirait le 20 septembre 2005 et prévoyait qu'en cas de non-remboursement du prêt de la part de FIAT, les banques auraient pu compenser leur créance en souscrivant à une augmentation du capital de la société et auraient ainsi acquis 28 % du capital social de FIAT. La SA EXOR, présidée par M. Gabetti, aurait alors vu sa participation au capital de FIAT passée de 30 % à 22 % environ. M. Gabetti souhaita obtenir un conseil juridique pour rechercher une façon de permettre à Exor de rester l'actionnaire ayant le contrôle de FIAT, et s'adressa dans cette perspective M^e Grande Stevens. Ce dernier envisagea, pour éviter le lancement d'une offre publique d'achat (« OPA ») sur les actions FIAT, de renégocier un contrat d'*equity swap* ¶(2) en date du 26 avril 2005 portant sur environ 90 millions d'actions FIAT, qu'Exor avait conclu avec une banque d'affaires anglaise, Merrill Lynch International Ltd, et dont l'échéance était fixée au 26 décembre 2006.

Le 23 août 2005, l'autorité de régulation italienne, la CONSOB, demanda aux sociétés Exor et Giovanni Agnelli de diffuser un communiqué de presse faisant état de toute initiative prise en vue de l'échéance du contrat de financement avec les banques, de tout fait nouveau concernant la société FIAT et de tout fait utile pour expliquer les fluctuations des actions FIAT sur le marché.

Le communiqué de presse émis en réponse le 24 août, approuvé par M^e Grande Stevens, indiquait qu'Exor n'avait « ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement » et qu'elle souhaitait « rester l'actionnaire de référence de FIAT ». Aucune mention ne fut faite de l'éventuelle renégociation du contrat d'*equity swap* avec Merrill Lynch International Ltd, considérée par les requérants comme une simple hypothèse future, faute d'un fondement factuel et juridique clair. La société Giovanni Agnelli confirma le communiqué de presse d'Exor. Le 15 septembre 2005, en exécution de délibérations de leurs conseils d'administration respectifs, Exor et Merrill Lynch International Ltd conclurent l'accord modifiant le contrat d'*equity swap*.

Le 20 septembre 2005, FIAT augmenta son capital et les nouvelles actions émises furent acquises par les huit banques en compensation de leurs créances. Le même jour, l'accord modifiant le contrat d'*equity swap* prit effet et Exor maintint sa participation de 30 % dans le capital de FIAT.

Par délibération du 9 février 2007, la CONSOB estima notamment que le projet visant à conserver une participation de 30 % dans le capital de FIAT sur la base d'une renégociation du contrat d'*equity swap* avait déjà été étudié et était en cours d'exécution à la date du 24 août 2005. Les communiqués de presse qui n'en faisaient pas mention donnaient par conséquent une fausse représentation de la situation. Les requérants furent condamnés pour manipulation de marché, à des sanctions administratives de 500 000 à 5 000 000 d'euros et à des interdictions temporaires d'administrer de diriger ou de contrôler des sociétés cotées. La Cour d'appel de Turin, par un arrêt du 23 janvier 2008 réduisit le *quantum* de certaines sanctions et la Cour de cassation rejeta le pourvoi des requérants le 23 juin 2009. Parallèlement, les requérants furent poursuivis pénalement et la CONSOB se constitua partie civile comme le lui permettait le droit italien. Relaxés en première instance, MM. Gabetti et Grande Stevens furent condamnés en appel et se pourvurent en cassation, notamment pour violation du principe *ne bis in idem*.

Devant le Cour de Strasbourg, toutes les exceptions préliminaires soulevées par le gouvernement italien, tirées successivement de la nature abusive de la requête, de l'absence de préjudice important et du non-épuisement des voies de recours internes, furent rejetées. Les requérants, pour leur part, alléguèrent la violation des articles 6 de la Convention (accusation en matière pénale et droit à un procès équitable) ; de l'article 6 § 3 a) et c) ; de l'article 1 du protocole n° 1 sur le droit au respect de ses biens et de l'article 4 du protocole n° 7 relatif à la règle *ne bis in idem*. La Cour considère, pour l'essentiel, que la procédure devant la CONSOB relevait bien d'une accusation en matière pénale et qu'elle ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6, notamment celles tirées de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, de la tenue d'une audience publique permettant une confrontation orale ou de l'impartialité objective de l'autorité de régulation. Elle retient également une violation de l'article 4 du Protocole n° 7 relatif à la règle *ne bis in idem*.

En revanche, sont rejetés les griefs tirés, d'une part, d'une atteinte au droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation ou de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense (art. 6 § 3 a), b) et c) et, d'autre part, de la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 relatif à la légalité, la conformité à l'intérêt général et à la proportionnalité de l'ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens.

Afin de faire le lien avec les développements précédents, seuls seront évoqués les aspects liés à la notion d'accusation en matière pénale et à la règle *ne bis in idem*.

Sur le premier point, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle « il faut, afin de déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », avoir égard à trois critères : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction » [...]. Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non-cumulatifs : pour que l'article 6 § 1 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale » » ¶(3). En l'espèce, la Cour relève que le fait que les sanctions soient qualifiées d'administratives n'est pas décisif puisqu'elles visaient à garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions : il s'agit « d'intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal » ¶(4). Les amendes infligées visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la récidive, elles étaient donc fondées sur des normes poursuivant un but à la fois préventif, à savoir de dissuader les intéressés de recommencer, et répressif, puisqu'elles sanctionnaient une irrégularité. Elles ne tendaient donc pas uniquement à réparer un préjudice de nature financière puisqu'elles « étaient infligées par la CONSOB en fonction de la gravité de la conduite reprochée et non du préjudice provoqué aux investisseurs » ¶(5). La Cour relève encore que la sanction « susceptible d'être infligée » par la CONSOB pouvait aller jusqu'à 5 000 000 EUR, ce

plafond ordinaire pouvant dans certaines circonstances être triplé ou porté à dix fois le produit ou le profit obtenu grâce au comportement illicite. L'infliction de ces sanctions entraîne la perte temporaire de leur honorabilité pour les représentants des sociétés impliquées, et si ces dernières sont cotées en bourse, leurs représentants sont frappés d'une incapacité temporaire d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées pour une durée allant de deux mois à trois ans. La CONSOB peut également interdire aux sociétés cotées, aux sociétés de gestion et aux sociétés de révision de se prévaloir de la collaboration de l'auteur de l'infraction, pour une durée maximale de trois ans, et demander aux ordres professionnels la suspension temporaire de l'intéressé de l'exercice de son activité professionnelle. Enfin, l'application des sanctions administratives pécuniaires entraîne « la confiscation du produit ou du profit de la conduite illicite et des biens au moyen desquels elle a été possible » (6). Les amendes étaient, par leur montant, d'une sévérité indéniable, entraînant pour les intéressés des conséquences patrimoniales importantes. Aussi, compte tenu du montant élevé des amendes infligées et de celles que les requérants encouraient, la Cour estime que les sanctions en cause relèvent, par leur sévérité, de la matière pénale (7).

De surcroît, la Cour rappelle qu'à propos de certaines autorités administratives françaises compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction, elle a jugé que l'article 6, dans son volet pénal, s'appliquait notamment dans le cas de la Cour de discipline budgétaire et financière (8), du Conseil des marchés financiers (9), du Conseil de la concurrence (10), de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (11), et de la Commission bancaire (12). Il en a été de même pour l'autorité italienne de régulation de la concurrence et du marché (l'AGCM) (13).

Ainsi, « Compte tenu des divers aspects de l'affaire, dûment pondérés, la Cour estime que les amendes infligées aux requérants ont un caractère pénal, de sorte que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer, en l'occurrence, sous son volet pénal » (14).

Il ne semble guère faire de doute, que le raisonnement et la solution seraient identiques à propos des prérogatives répressives de l'AMF, ne serait-ce qu'en raison de la nature et du montant des sanctions administratives encourues : la sanction pécuniaire peut atteindre 100 millions d'euros ou le décuple du montant du profit éventuellement réalisé, et les professionnels des marchés financiers encourent soit à la place, soit en sus de cette sanction, l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, la radiation du registre des intermédiaires (15).

Sur le second point, relatif à la règle *ne bis in idem*, la CEDH se situe très logiquement, dans la droite ligne de l'arrêt *Zolotoukhine* (16). La Cour relève qu'il y avait bien lieu de considérer que la procédure devant la CONSOB portait sur une « accusation en matière pénale » contre les requérants et observe que les condamnations infligées par la CONSOB, et partiellement réduites par la Cour d'appel, ont acquis l'autorité de la chose jugée le 23 juin 2009, lors du prononcé des arrêts de la Cour de cassation. Dès lors « les requérants devaient donc être considérés comme ayant été « déjà condamnés en raison d'une infraction par un jugement définitif » au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 » (17). Malgré cela, les nouvelles poursuites pénales qui avaient entre-temps été ouvertes à leur encontre n'ont pas été arrêtées, et ont conduit au prononcé de jugements de première et deuxième instance. La violation du « *ne bis in idem* » étant établie, encore fallait-il caractériser le « *in idem* » autrement dit, savoir si les nouvelles poursuites avaient pour origine « des faits qui étaient en substance les mêmes que ceux ayant fait l'objet de la condamnation définitive » (18). La Cour précise que la question à trancher n'est pas celle de savoir si les éléments constitutifs des infractions sont ou non identiques, mais celle de déterminer si les faits poursuivis devant la CONSOB et devant les juridictions pénales se réfèrent à la même conduite. Or, tant devant la CONSOB que devant les juridictions pénales, il était reproché aux requérants d'avoir déclaré que la société Exor n'avait ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement, sans mentionner la renégociation du contrat d'*equity swap*, afin d'éviter une probable chute des prix des actions FIAT.

La Cour en conclut qu'il s'agit d'une seule et même conduite de la part des mêmes personnes à la même date, les nouvelles poursuites concernant une seconde « infraction » ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet de la première condamnation définitive, et qu'il y donc bien eu une violation de l'article 4 du Protocole n° 7 (19).

Pour autant, deux arguments du gouvernement italien doivent être relevés. D'abord, celui-ci affirmait que le droit de l'Union européenne aurait ouvertement autorisé le recours à une double sanction, administrative et pénale, dans le cadre de la lutte contre les conduites abusives sur les marchés financiers. Il se référerait à l'article 14 de la directive 2003/6/CE, invitant les États membres de l'Union européenne à appliquer des sanctions administratives à l'encontre des personnes responsables d'un abus de marché « sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales ».

La Cour de Strasbourg, tout en précisant que sa tâche n'est pas celle d'interpréter la jurisprudence de la CJUE, relève néanmoins que « dans son arrêt du 23 décembre 2009, rendu dans l'affaire *Spector Photo Group*, précité, la CJUE a indiqué que l'article 14 de la directive 2003/6 n'impose pas aux États membres de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des auteurs d'opérations d'initiés, mais se limite à énoncer que ces États sont tenus de veiller à ce que des sanctions administratives soient appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de cette directive. Elle a également alerté les États sur le fait que de telles sanctions administratives étaient susceptibles, aux fins de l'application de la Convention, de se voir qualifiées de sanctions pénales. De plus, dans son arrêt *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, [...] relatif au domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, la CJUE a précisé qu'en vertu du principe *ne bis in idem*, un État ne peut imposer une double sanction (fiscale et pénale) pour les mêmes faits qu'à la condition que la première sanction ne revête pas un caractère pénal » (20).

Ensuite, le gouvernement italien alléguait avoir émis une réserve à l'application des articles 2 à 4 du Protocole n° 7, selon laquelle les articles 2 à 4 du Protocole n° 7 ne s'appliquaient qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne. Or, la loi italienne ne qualifie pas de pénales les infractions sanctionnées par la CONSOB. De plus, la déclaration de l'Italie serait similaire à celles faites par d'autres États, notamment, l'Allemagne, la France et le Portugal (21).

La Cour rappelle que, pour être valable, une réserve doit répondre aux conditions suivantes : 1) elle doit être faite au moment où la Convention ou ses Protocoles sont signés ou ratifiés ; 2) elle doit porter sur des lois déterminées en vigueur à l'époque de la ratification ; 3) elle ne doit pas revêtir un caractère général ; 4) elle doit comporter un bref exposé de la loi visée. En l'espèce, l'absence d'un « bref exposé » de la loi ou des lois prétendument incompatibles avec l'article 4 du Protocole n° 7 tend à démontrer que « l'Italie a entendu exclure du champ d'application de cette disposition toutes les infractions et les procédures qui ne sont pas qualifiées de « pénales » par la loi italienne. Il n'empêche qu'une réserve qui n'invoque ni ne mentionne les dispositions spécifiques de l'ordre juridique italien excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7, n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État contractant » (22). La Cour rappelle que même des difficultés pratiques importantes dans l'indication et la description de toutes les dispositions concernées par la réserve ne sauraient justifier le non-respect des conditions édictées à l'article 57 de la Convention. Il en résulte que la réserve invoquée par l'Italie ne satisfait pas aux exigences de l'article 57 § 2 de la Convention, « cette conclusion suffit à fonder l'invalidité de la réserve, sans qu'il s'impose de se pencher de surcroît sur le respect des autres conditions formulées dans l'article 57 » (23).

Sans doute suffit-il de rappeler que la réserve émise par le gouvernement français n'est accompagné d'aucun exposé des lois concernées et que la généralité de son contenu va bien au-delà des seules poursuites pénales : « Le gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ».

L'arrêt rendu par la Cour européenne dans la présente affaire ne peut que conforter le sentiment d'une contrariété du système français de répression des abus de marché aux exigences de la Convention (24). Mais le respect de ces mêmes exigences par la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil n° 2011/0297 (COD) du 20 octobre 2011, relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initié et aux manipulations de marché, apparaît tout aussi douteux. Certes, « la présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tels qu'ils sont consacrés dans le traité. Plus particulièrement, elle devrait être appliquée dans le respect du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (article 50) » (25). Mais cette proposition de directive ne se prononce pas clairement sur le cumul des répressions pénale et administrative des abus de marché, risquant ainsi d'entraîner une multiplication des situations d'inconventionnalité dans l'Union européenne, ce qui serait regrettable.

Mots clés :

MARCHE FINANCIER * Infraction boursière * Abus de marché * Manipulation de marché
BOURSE DES VALEURS * Infraction boursière * Abus de marché * Manipulation de marché

- (1) V. première partie, RSC 2014. 106 .
- (2) Contrat permettant d'échanger la performance d'une action contre un taux d'intérêt, sans avoir à avancer d'argent.
- (3) §94.
- (4) §96.
- (5) *Ibid.*
- (6) § 97.
- (7) §§ 98 et 99.
- (8) CEDH, 26 sept. 2000, n° 33933/96, *Guisset c/ France*, RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre , CEDH 2000-IX.
- (9) N° 58188/00, *Didier c/ France*, 27 août 2002.
- (10) N° 53892/00, *Lilly France S.A. c/ France*, 3 déc. 2002.
- (11) N° 25041/07, *Messier c/ France*, 19 mai 2009.
- (12) N° 5242/04, *Dubus S.A. c/ France*, 11 juin 2009.
- (13) N° 43509/08, *Menarini Diagnostics S.r.l. c/ Italie*, 27 sept. 2011.
- (14) § 101.
- (15) C. mon. fin., art. L. 621-15, III
- (16) CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotouchine c/ Russie*, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2009. 2014 , note J. Pradel  ; RSC 2009. 675, obs. D. Roets .
- (17) §222.
- (18) §224.
- (19) §§ 227 et 228.
- (20) § 229.
- (21) Comp. nos observations ss Crim., 22 janv. 2014, *supra*.
- (22) § 210.

(23) § 211.

(24) Nos obs., RSC 2011. 122 .

(25) Cf. proposition de directive du Parlement européen et du Conseil n° 2011/0297 (COD) du 20 oct. 2011, relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initié et aux manipulations de marché, consid. 18.

Copyright 2015 - Dalloz – Tous droits réservés