

RTD Com. 2005 p.863

Application rétroactive d'une loi pénale incompatible avec le droit communautaire et sanctionnant moins sévèrement les irrégularités comptables
(CJCE 3 mai 2005, S. Berlusconi, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02)

Monique Luby, Professeur à l'Université de Pau

Au sens de la première directive du 9 mars 1968 en droit des sociétés (art. 6), la publication d'une fausse communication sociale (faux en écritures comptables) est-elle à mettre sur le même plan que la non publication (unique infraction visée par ce texte) ? Si oui, que convient-il d'entendre par le terme de « sanctions appropriées » pour de tels agissements ? Ainsi, la législation en cause au principal (modifiée après la commission des actes et le début de la poursuite) est-elle compatible avec l'exigence du droit CE tenant au caractère approprié (effectif, proportionnel et dissuasif) des sanctions prévues par les Etats-membres si violation de dispositions communautaires ? En particulier, dans une procédure pénale, une loi postérieure plus douce peut-elle, malgré son illégalité au regard du droit communautaire, être appliquée rétroactivement au profit de l'accusé ?

Plusieurs personnes physiques, dont le président du Conseil italien, étaient poursuivies devant des juridictions italiennes pour de fausses communications sociales opérées avant 2002. Or, à cette date, sont entrées en vigueur en Italie de nouvelles dispositions pénales pour ces infractions. En substance, le législateur italien a réduit la gravité des éléments constitutifs d'infraction, et a rendu la poursuite de ces faits plus difficile par rapport à la situation juridique antérieure : délai de prescription de quatre ans et demi au lieu de sept ans et demi ; dépôt de plainte permettant d'engager des poursuites réservé à un associé ou un créancier s'estimant lésé ; exclusion de la peine pour des faux aux effets non significatifs ou ne dépassant pas certains seuils. En l'espèce, la poursuite pénale des accusés serait même empêchée... C'est dire que cet arrêt rendu par la CJCE quant aux sanctions nationales impliquées par les directives CE relatives au droit des sociétés est majeur et, sensible à plus d'un titre. Du reste, fait rare, hormi l'Italie, aucun pays membre n'a présenté d'observations devant la Cour.

1) Chacun sait que le droit communautaire oblige les Etats-membres à seulement prévoir des sanctions appropriées pour les cas de violation des dispositions CE. Chacun sait que le droit pénal étant exclu du domaine d'application des directives, notamment sociétaires, celui-ci relève du législateur national hors toute influence communautaire. Le droit CE laisse ainsi aux autorités nationales, conformément à l'article 249, paragraphe 3 du Traité, le choix de la forme et des moyens, leur accordant un pouvoir d'appréciation non négligeable. La première directive, par exemple, n'a prévu qu'une sanction uniforme : l'inopposabilité aux tiers dans le cadre de la publicité obligatoire (plus en détail, V. B. Lecourt, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, LGDJ 2000, n° 183 et s., p. 112 et s.). Néanmoins, la CJCE a maintes fois excipé des limites de la latitude accordée aux Parlements nationaux, réitéré sa fermeté et sa ténacité à contrôler les Etats, ne cessant de marteler combien ceux-ci doivent exercer leur compétence dans le respect du droit CE. Ainsi, a-t-elle exigé dans divers contentieux, s'agissant de sanctions civiles ou pénales, « un caractère effectif, proportionné et dissuasif » (not. CJCE 21 sept. 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88, Rec. p. 2965), ou rejeté « des sanctions discriminatoires » (V. le jeu du « principe de la pénalisation appropriée » in not. CJCE 12 déc. 1989, *Messner*, aff. C-265/88, Rec. p. 4209 ; CJCE 29 févr. 1996, *S. Skanavi*, aff. C-193/94, Rec. I, p. 929 ; CJCE 23 janv. 1997, *Eckehard Pastoors*, aff. C-29/95, Rec. I, p. 300 ; CJCE 6 nov. 2003, *P. Gambelli*, aff. C-243/01, Rec. I, p. 13031 ; CJCE 2 oct. 2003, *M. Grilli*, aff. C-12/02, Rec. I, p. 10104 ; Cf. en droit fiscal, V. réfs in M. Luby, Libre établissement des sociétés et fiscalité directe : un bilan contrasté, Europe 2002, Chron. 1 ; Cf. en droit de la Sécurité sociale, not. CJCE 15 févr. 2000, *Commission c/ France*, aff. C-169/98, Rec. I, p. 1049 ; CJCE 13 mai 2003, *V. G. Müller-Fauré*, aff. C-385/99, Rec. I, p. 4509). Elle a admis (précédent de poids) que la Communauté puisse prescrire des sanctions pénales (en droit de l'environnement, CJCE 13 sept. 2005, *Commission c/ Cons. UE*, aff. C-176/03) ! D'autre part, la Commission et le Conseil européens s'attachent de plus en plus à la question des sanctions - sous l'angle de leur reconnaissance mutuelle - dans la perspective d'un espace de liberté, de sécurité et de justice prôné dès le Traité d'Amsterdam (http://www.europa.eu.int/comm/home_justice/index).

2) Dans la ligne du contentieux sous commentaire, on citera deux arrêts rendus l'un en 1997 (CJCE 4 déc. 1997, *Daihatsu-Händler eV*, aff. C-97/96, Rec. I, p. 927), l'autre en 1998 (CJCE 29 sept. 1998, *Commission c/ RFA*, aff. C-191/95, Rec. I, p. 482). La Cour y concluait que la première directive (dir. 68/151) relative à la publicité, aux engagements sociaux et à la nullité, s'oppose à ce qu'une législation nationale réserve aux seuls associés, créanciers et représentants du personnel, le droit de réclamer la sanction prévue par ce droit national en cas de non-respect des obligations de publicité des comptes sociaux édictées par cette directive. Pour autant, le requérant ne pouvait pas imposer à la société contrevenante de procéder à cette publicité sur la base du texte de droit dérivé, même interprété par la CJCE dans un sens favorable à ses prétentions. La Cour rappelait en effet qu'une directive ne peut par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier - principe dit de l'absence d'effet direct horizontal (depuis CJCE 26 févr. 1986, *Marshall*, aff. Rec. p. 723). Or, aujourd'hui, la Cour argue de ce même principe pour dire qu'une directive « ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un Etat-membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions » (pt 78). Autrement dit, la Cour retient l'application aux prévenus des nouvelles dispositions plus douces du droit italien, que les juges de renvoi qualifient (ou non) celles-ci de contraires au droit CE (selon le caractère approprié ou non des sanctions). Mais à la différence des jurisprudences précitées, ce n'est pas la directive visée qui instaure ou aggrave les sanctions pénales en cause ; c'est la loi italienne qui avait initialement imposé des sanctions plus lourdes (V. Europe 2005, comm. 238, D. Simon). On ne peut donc qu'être surpris par l'évocation du principe de l'absence d'effet direct horizontal...

On le sera également par la place ainsi conférée au principe de la légalité des délits et des peines. *Nulla crimen, nulla poena sine lege...* Sans doute, le propos rapporté de la Cour a-t-il déjà été énoncé sur le fondement de ce principe. Ce dernier fait d'ordinaire échec à l'obligation d'interprétation conforme en matière pénale lorsque celle-ci a pour effet d'introduire ou d'étendre la responsabilité pénale de ceux qui ont violé les termes d'une directive (not. CJCE 8 oct. 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, aff. 80/86, Rec. p. 3669 ; CJCE 12 déc. 1996, X, aff. C-74/95 et C-129/95, Rec. I, p. 6609 ; CJCE 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02, Rec. I, p. 651, Europe 2004, comm. 88, H. Pongéard-Payet). Rappelons que la théorie de l'interprétation conforme au droit CE du droit interne signifie que le juge national est tenu d'interpréter son droit, dans la mesure du possible, « à la lumière du texte et de la finalité de la directive » (CJCE 10 avr. 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, Rec. p. 1891 ; CJCE 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, Rec. I, p. 4135). Mais dans le présent arrêt, la directive concernée n'a ni déterminé ni alourdi la responsabilité pénale des

prévenus (V. *supra*). Qui plus est, les délits présumés ont été commis sous l'empire de la loi italienne ancienne (en ce sens, V. concl. av. général, pts 148 et 149).

Et si la Cour a reconnu par le passé qu'un comportement contraire à un texte CE, puni par le droit national, peut être apprécié différemment en application des principes nationaux de procédure (tel celui de l'application rétroactive de la loi pénale plus douce), on relèvera que le cadre factuel et de droit communautaire s'était *a posteriori* modifié en faveur de l'accusé (not. CJCE 29 févr. 1996, *Skanavi et Chryssanthakopoulos*, aff. C-193/94, Rec. I, p. 929 ; CJCE 26 sept. 1996, *Allain*, aff. C-341/94 et C-224/95, Rec. I, p. 3561 ; CJCE 25 juin 1997, *Tombesi e.a.*, aff. C-304/94, C-330/94, C-342/94 et C-224/95, Rec. I, p. 3567). Rien de tel ici.

3) D'ailleurs, l'arrêt du 3 mai 2005 a été rendu sur conclusions non conformes de l'avocat général. Tout au plus, la Cour suit-elle ce dernier pour décider de l'obligation des Etats-membres - au titre de la première directive (art. 6) - de prévoir des sanctions appropriées tant pour l'omission de publicité des comptes annuels, que la publication de comptes annuels faux dans leur contenu (pt 62). Le gouvernement italien invoquait le libellé du texte qui formellement évoque le seul *défaut de publicité* des comptes annuels. Il opposait en outre les termes de la quatrième directive sur les comptes annuels (dir. 78/660) qui ne connaîtrait pas d'obligations autonomes de sanction des Etats-membres. La Cour (pt 58), comme l'avocat général (pt 77), balayaient l'argument. Ils rappellent que la quatrième directive comble les lacunes du texte 68/151 s'agissant de l'organisation matérielle des comptes annuels, et que vu l'absence dans cette directive de règles générales sur les sanctions, le législateur CE a entendu faire couvrir par le régime de la première directive, les infractions aux obligations contenues dans le texte 78/660 (Cf. CJCE 4 déc. 1997, préc. ; CJCE 29 sept. 1998, préc.). Et l'avocat général d'insister - par le recours à la méthode téléologique fondée à la fois sur l'objectif, l'effet utile et la finalité du texte - sur le contexte et les objectifs des réglementations ainsi imbriquées pour interpréter leurs dispositions (pts 71 à 75). Or, les directives 68/151 et 78/660, à lire et à interpréter ensemble, témoignent de la nécessité d'un « système de sanction sans faille » (pt 77), à même de garantir la protection des intérêts des tiers, largement citée ; ce qui implique que les partenaires commerciaux d'une entreprise soient en mesure de se faire à tout moment une idée fiable de celle-ci pour mieux apprécier les risques d'une relation commerciale. La Cour, sans récuser ce propos, se borne à faire référence aux conclusions précitées (pt 62).

Au-delà, elle élude même l'invite de l'avocat général de donner au juge de renvoi toutes les indications utiles pour évaluer ce qu'il faut entendre par sanctions appropriées au sens du droit communautaire. Pourtant, M^{me} Kokott s'était livrée, de façon détaillée, à vérifier le caractère efficace, proportionné et dissuasif des nouvelles règles italiennes par rapport aux critères posés par le droit CE, pour finalement le mettre en doute (pts 82 à 130). Comment tolérer de fausses informations fournies avec l'intention de tromper ou de s'enrichir, même si du point de vue des chiffres, le patrimoine, la situation financière et les résultats d'une société n'ont pas été faussés de manière significative ? Comment agréer des règles de prescription qui font que l'imposition effective de la sanction n'est en réalité pas atteinte ou que rarement ? Comment accepter des poursuites uniquement sur plainte de l'associé ou du créancier lésé hors de tout autre tiers ?...

4) La position de la Cour est d'autant plus curieuse qu'elle est en porte à faux avec la démarche d'harmonisation totale désormais prônée par le juge CE et par la Commission (V. réf. in RTD com. 2005.438, obs. M. Luby ). Elle paraît relancer l'idée de concurrence entre les lois nationales de l'UE (*regulatory competition*), *a priori* éloignée du modèle d'intégration autour duquel le droit communautaire s'est construit (V. J.-S. Bergé, Le droit d'une communauté de lois : le front européen, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, MéL. P. Lagarde, Dalloz, 2005.113, spéc. p. 118). Ainsi, à ne pas privilégier la primauté du droit communautaire, à élargir la marge de manoeuvre laissée aux droits nationaux, la Cour conforte une lecture plurielle du droit CE et, partant, une approche compétitive entre les ordres juridiques internes. Or, cela risque de multiplier les discriminations à rebours que les formalités de l'information juridique et comptable des sociétés - même harmonisées - créent déjà au détriment de certains pays. Les entreprises françaises ont longtemps protesté de devoir fournir des informations que n'ont pas à produire certains de leurs concurrents étrangers, déplorant que la concurrence ne soit pas égale dans ces conditions (V. Y. Guyon, Les enjeux juridiques, in *L'information légale dans les affaires : quels enjeux ? quelles évolutions ?* JCP 1994 éd. EI.384 ; M. Luby, Le droit communautaire des sociétés en 2002 : coup de houle à l'horizon ? Dr. sociétés 2003, Chron. 5, spéc. n° 9 et s.). Par ailleurs, l'interprétation de la Cour semble fâcheuse - sans parler de raisons d'éthique - au moment où nombres d'Etats-membres sont favorables à une dépénalisation du droit des sociétés, et s'y engouffrent (V. La dépénalisation du droit des sociétés, Bibliographie thématique, Rev. sociétés 2003.975). On peut notamment craindre que quelques autorités nationales soient enclines à remettre en cause, avec excès, des sanctions anciennes, appropriées à garantir l'application des directives communautaires...

Une doctrine reconnue espère l'introduction de recours en manquement pour contrecarrer les effets dévastateurs du présent arrêt (D. Simon, Europe 2005, comm. 238). On ne peut que la suivre !

Mots clés :

SOCIÉTÉ EN GENERAL * Comptes annuels * Fausse communication * Sanction nationale appropriée * Loi pénale plus douce * Application rétroactive