

Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 21 mai 2012

JURISPRUDENCE

**I. APPEL – EFFET SUSPENSIF – FORME SUBSTANTIELLE TOUCHANT À L'ORGANISATION DES COURS ET TRIBUNAUX AU SENS LARGE – POURSUITE DE L'EXAMEN DE LA CAUSE PAR LE PREMIER JUGE – EXCÈS DE POUVOIR – NULLITÉ DU JUGEMENT ET DE TOUS LES ACTES ACCOMPLIS PAR LE TRIBUNAL DESSAISI**

**II. APPEL – ANNULATION D'UNE DÉCISION AVANT DIRE DROIT – ÉVOCATION – SAISINE DE LA COUR – ÉTENDUE – CONCURRENCE ENTRE L'ÉVOCATION ET L'EFFET DE L'APPEL INTERJETÉ ANTÉRIEUREMENT SUR LE FOND – ABSENCE DE CONSÉQUENCES RÉSULTANT DE L'ÉVOCATION**

**III. PRATIQUES DU COMMERCE – AGENTS COMMISSIONNÉS (DGCM) – RECHERCHE ET CONSTATA-TION DES INFRACTIONS PÉNALES – INFRACTIONS ÉTRANGÈRES À LA LOI SUR LES PRATIQUES DU COM-MERCE – CONNEXITÉ – COMPÉTENCE**

**IV. PRATIQUES DU COMMERCE – AGENTS COMMISSIONNÉS (DGCM) – RECHERCHE ET CONSTATA-TION DES INFRACTIONS PÉNALES – DIRECTION DE L'ENQUÊTE – LOI SUR LA FONCTION DE POLICE**

**V. PRATIQUES DU COMMERCE – AGENTS COMMISSIONNÉS (DGCM) – RECHERCHE ET CONSTATA-TION DES INFRACTIONS PÉNALES – POUVOIR D'INVESTIGATION – INJONCTION AU PRÉVENU DE COM-MUNIQUER DES DOCUMENTS SOUS PEINE DE POURSUITES PÉNALES – DROIT AU SILENCE – VIOLATION**

**VI. PRATIQUES DU COMMERCE – AGENTS COMMISSIONNÉS (DGCM) – RECHERCHE ET CONSTATA-TION DES INFRACTIONS PÉNALES – POUVOIR D'INVESTIGATION – INJONCTION AU PRÉVENU DE COMMU-NIQUER DES DOCUMENTS SOUS PEINE DE POURSUITES PÉNALES – DROIT AU SILENCE – APPLICATION AUX PERSONNES MORALES POURSUIVIES**

**VII. PRATIQUES DU COMMERCE – LPC ET LPMC – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL – EXCLUSION DES VALEURS MOBILIÈRES ET AUTRES INSTRUMENTS FINANCIERS – PORTÉE – INTERPRÉTATION STRICTE**

**VIII. PRATIQUES DU COMMERCE – VALEURS MOBILIÈRES – PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS – APPLICATION DE LA LPC (LPMC) ET DE LA LÉGISLATION FINANCIÈRE – LÉGISLATIONS DIFFÉRENTES QUANT À LEUR OBJET – COMPÉTENCE CONCURRENTTE DE LA DGCM ET DE LA FSMA**

**IX. PRATIQUES DU COMMERCE – VALEURS MOBILIÈRES – PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS – APPLICATION DE LA LPC (LPMC) ET DE LA LÉGISLATION FINANCIÈRE – LÉGISLATIONS DIFFÉRENTES QUANT À LEUR OBJET – APPLICATION CONJOINTE**

**X. SERVICES FINANCIERS – CLIENT NON SPÉCIALISTE – INVESTISSEMENT DANS DES VALEURS MOBI-LIÈRES – CONVENTION ENTRE LA BANQUE ET L'ÉPARGNANT – QUALIFICATION DU LIEN CONTRACTUEL**

**XI. SERVICES FINANCIERS – CLIENT NON SPÉCIALISTE – INVESTISSEMENT DANS DES VALEURS MOBI-LIÈRES – CONVENTION ENTRE LA BANQUE ET L'ÉPARGNANT – OBLIGATION DE LA BANQUE ENVERS UN CLIENT – CONSEIL**

**XII. PRATIQUES DU COMMERCE – INFRACTION – ÉLÉMENT MORAL – « MAUVAISE FOI » – DOL GÉNÉRAL**

**XIII. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES – ÉLÉMENT MORAL – DOL DISTINCT DE CELUI DES PERSONNES PHYSIQUES**

*I. La méconnaissance, par le premier juge, de l'effet suspensif qui s'attache à l'appel contre une décision qu'il a rendue avant dire droit implique un excès de pouvoir, constitutif d'une violation d'une forme substantielle tenant à l'organisation des cours et tribunaux au sens large, qui entraîne la nullité du jugement ensuite rendu au fond mais également de tous les actes accomplis par le tribunal correctionnel et notamment des interrogatoires de témoins et de l'accueil des constitutions de partie civile.*

*II. Lorsque la cour d'appel annule un jugement avant dire droit, elle est, en règle, saisie du fond de la cause en raison de l'évocation. Toutefois, lorsque le premier juge, commettant un excès de pouvoir, a poursuivi l'examen de la cause au fond, l'appel de cette décision, interjeté avant le prononcé de l'arrêt d'annulation, saisit la cour du fond de l'affaire en manière telle que l'évocation est dépourvue d'effet en termes de saisine.*

III. Les agents de la Direction Générale Contrôle et Médiation du SPF Économie (DGCM), lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs prérogatives en matière pénale, sont habilités à dénoncer au procureur du Roi les indices d'infractions étrangères à leur compétence matérielle dont ils ont fait le constat incident. Lorsque ces infractions sont connexes à celles pour lesquelles lesdits agents ont reçu compétence, les agents de la DGCM sont également fondés à indiquer à leur sujet.

IV. Les agents de la DGCM, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs prérogatives en matière pénale, sont soumis à l'autorité du procureur du Roi, qui assume la direction de l'enquête, conformément à l'article 28bis du C.i.cr., mais ils ne sont pas soumis aux dispositions de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. La direction de l'enquête par le ministère public n'est pas soumise à l'observation de formes substantielles ou prescrites à peine de nullité.

V. Violent le droit du suspect de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, garantis par des conventions internationales directement applicables, le procureur du Roi et les agents de la DGCM, qui contraignent ce suspect à leur communiquer des documents ou informations, sous la menace d'encourir des poursuites du chef d'«entrave à l'information judiciaire» (article 104 de la LPC). Pareilles sanctions ne peuvent valoir qu'à l'égard des tiers aux poursuites.

VI. Le droit au silence s'applique également aux personnes morales dont la responsabilité pénale est mise en cause lors de l'information.

VII. L'exception étant d'interprétation stricte, la législation en matière de pratiques de commerce, d'information et de protection du consommateur s'applique aux services financiers, à l'exclusion des seules opérations de vente au sens strict de valeurs mobilières et d'instruments financiers.

VIII. La circonstance que les pratiques de commerce dénoncées concernent des valeurs mobilières n'exclut pas la compétence de la DGCM pour enquêter à leur sujet, cette prérogative pouvant s'exercer conjointement avec celle qui appartient à la FSMA, chacune de ces autorités agissant dans le cadre strict de ses compétences.

IX. La réglementation financière s'applique aux services financiers offerts aux consommateurs, conjointement avec la législation en matière de pratiques de commerce, d'information et de protection du consommateur, le champ d'application et la portée de ces deux cadres légaux n'étant pas identiques.

X. L'activité commerciale d'une banque, consistant, en qualité d'intermédiaire rémunéré, à suggérer puis à conclure la vente de valeurs mobilières et d'instruments financiers à un client non spécialiste dans ce domaine, relève de son objet social et consiste en une convention de conseil en investissement, à laquelle s'applique de manière directe la LPC (LPMC).

XI. Cette convention implique, dans le chef du banquier, professionnel, la fourniture de recommandations personnalisées à un client, actuel ou simplement potentiel, soit à sa demande, soit à l'initiative de la banque, ce qui implique que soient donnés des conseils adaptés à cette personne ou fondés sur l'examen de sa situation propre, la LPC (LPMC) s'appliquant directement à cette activité.

XII. Les infractions à la législation sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, incriminées aux articles 102 et 103 de la LPC (articles 124 et 125 de la LPMC), requièrent dans le chef de l'auteur, le dol général, le recours aux termes «mauvaise foi» n'impliquant pas la nécessité de démontrer l'existence d'un dol spécial, d'une intention spéciale légalement déterminée.

XIII. La responsabilité pénale d'une personne morale requiert, dans son chef, l'existence d'un dol propre, soit la connaissance à tout le moins de l'acte culpeux et la volonté de le commettre, au-delà de l'intention qui a animé les personnes physiques à l'intervention desquelles l'infraction a été commise, la seule constatation du juge que la personne physique a commis une faute sciemment et volontairement ne suffisant pas à entraîner la culpabilité de la personne morale.

Siège: MM. Sprockeels (prés.), Lugentz et M<sup>me</sup> Massart

Min. publ.: M. Carolus

Plaid.: Mes Klees, Roger-France, Everaert, Verhaegen, Kaluma, Coveliers, Lenssens, D'Haenens, Soudant, Jaminon, Leus, de Maeseneir, François, Terwingen, Moussebois Martin

(n° de rôle 60 BC 2011)

(Procureur du Roi c. Citibank Belgium s.a. et S.F.)

## ARRÊT

(...)

### 1. L'annulation du jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010, l'évocation et la saisine de la cour

#### La recevabilité des appels et la saisine de la cour

(...)

#### Effet suspensif et effet dévolutif de l'appel

I. L'appel interjeté par le ministère public et la partie civile G. contre l'ordonnance du premier juge, du 2 décembre 2009, relative à la requête en vue de la désignation d'un administrateur *ad hoc*, aurait dû amener le tribunal à suspendre l'examen de la cause, conformément à l'article 203, § 3, du Code d'instruction criminelle, dès lors que le premier juge n'a pas déclaré par une disposition spécialement motivée de cette décision, qu'elle serait exécutoire provisoirement nonobstant appel.

Dès lors, pendant le délai d'appel d'abord, puis dès le 4 décembre 2009, pour la durée de l'instance en appel, l'exécution de la décision entreprise et les débats *dans leur ensemble* devaient être suspendus devant le premier juge, dans l'attente de la décision de la cour sur la question lui déferée, soit la nécessité ou non de désigner un mandataire *ad hoc*, conformément à l'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Il n'était pas possible, cette suspension ayant pris cours (et le juge d'appel ayant été saisi), d'y porter atteinte aux termes d'un jugement ultérieur, en l'occurrence prononcé le 8 décembre 2009.

En effet, dès le 4 décembre 2009, en raison de la déclaration d'appel, la cour avait été saisie de la cause tranchée avant dire droit, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, de sorte que l'action publique devant le premier juge était suspendue dans son ensemble (elle l'était du reste auparavant déjà, en raison du délai d'appel), dans l'attente de la décision de la cour<sup>(1)</sup>. Le premier juge n'était donc plus autorisé, dès lors, à poursuivre l'examen de la cause, *a fortiori* pour modifier, compléter la décision entreprise ou corriger une éventuelle omission (relative à l'exécution provisoire) affectant cette décision du 2 décembre 2009.

De même, il ne pouvait poursuivre l'examen de la cause au fond.

Le premier juge, en méconnaissant ce principe, a commis un excès de pouvoir, dans la mesure où il a continué l'examen d'une cause dont il n'était (le cas échéant provisoirement, dans l'attente de la décision de la cour) plus saisi. Il a ainsi violé une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux au sens large.

Le jugement entrepris, du 1<sup>er</sup> décembre 2010, rendu en suite de cet excès de pouvoir, doit dès lors être annulé.

Toutefois, à peine de confondre effet dévolutif de l'appel et évocation, au moment du premier appel, le 4 décembre 2009, relatif à la première ordonnance du 2 décembre 2009, la cour n'était pas encore saisie du fond.

2. En l'absence de décision de la cour d'évoquer la cause au 1<sup>er</sup> décembre 2010, elle ne le sera que plus tard, en vertu et *dans les limites* des déclarations d'appel recevables à l'encontre du jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010, soit sur la base :

- de l'appel du prévenu S. F. au pénal et limité,
- de l'appel de la prévenue s.a. Citibank Belgium au pénal, limité et contre les dispositions civiles de ce jugement,
- de l'appel du ministère public en cause des prévenus S. F. et s.a. Citibank Belgium,
- de l'appel de la partie civile G. limité à certaines dispositions civiles du jugement entrepris (la cour n'est toutefois plus saisie de cette action, eu égard au désistement d'appel intervenu).

S'agissant des conséquences de l'annulation du jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010, les devoirs accomplis par le premier juge, nonobstant les appels pendants, sont également nuls. Ainsi en est-il des auditions de témoins (et des procès-verbaux les consignant ou retranscrivant le contenu des enregistrements des 6 CD audio et de la clé USB déposés le 7 mai 2010) auquel il a été procédé en première instance, soit :

- l'audition de J. L. en date du 19 avril 2010;
- l'audition de J.-P. S. en date du 22 avril 2010;
- l'audition de B. C., en date du 20 avril 2010;
- l'audition de S. P. en date du 29 avril 2010;
- l'audition de C. D. K., en date du 29 avril 2010;
- l'audition de V. V., en date du 3 mai 2010.

<sup>(1)</sup> Voy. R.P.D.B., v° « Appel en matière répressive », Complément, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 262.

Cette annulation ne porte toutefois pas atteinte au droit, pour la défense des prévenus, de se prévaloir de ces devoirs et du contenu de telles auditions<sup>(2)</sup>.

Enfin, c'est également en outrepassant ses pouvoirs que le premier juge a accueilli les différentes constitutions de partie civile. Ces dernières n'ont donc pas été régulièrement reçues.

Les demandes formées en degré d'appel par voie de conclusions par les personnes qui ne se sont constituées partie civile que devant le premier juge et s'y réfèrent fut-ce verbalement sont dès lors irrecevables.

Sont ainsi irrecevables les demandes réitérées par les parties civiles suivantes (...).

Enfin, pour les mêmes motifs, la cour ne pourra avoir égard, pour examiner le fondement pénal ou civil des actions, aux pièces déposées devant le premier juge par les parties civiles.

### **Conséquences de l'effet dévolutif et notion d'évocation**

L'évocation qui est la conséquence de l'arrêt du 9 novembre 2011, lequel a annulé l'ordonnance du 2 décembre 2009 relative à la requête en vue de la désignation d'un mandataire *ad hoc* (greffe n° 009339), ne saurait étendre davantage la saisine actuelle de la cour, qui est limitée par les dispositions du jugement entrepris, du 1<sup>er</sup> décembre 2010, passées en force de chose jugée et ce, nonobstant l'illégalité qui affecte cette décision dans sa totalité.

En effet, comme l'a déjà souligné la cour aux termes de son arrêt du 9 novembre 2011, «l'évocation ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des parties qui se sont pourvues en appel ou contre lesquelles l'appel est dirigé, peu importe que le jugement annulé contienne la même illégalité à l'égard d'autres parties»<sup>(3)</sup>.

Par voie de conséquence, il appartient désormais à la cour de juger la présente cause dans les limites des seuls appels interjetés et rappelés ci-avant, frappant le jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010. L'arrêt du 9 novembre 2011 étant postérieur à la

saisine de la cour, consécutive aux appels du jugement sur le fond, l'évocation est dépourvue d'effet.

### **Recevabilité des constitutions de parties civiles en degré d'appel**

1. Compte tenu des éléments rappelés ci-avant, relatifs à l'effet dévolutif et à l'évocation, les prévenus d. P. d. F. et B. B. sont, tant au pénal qu'au civil, définitivement jugés. Ils ne sont partant plus à la cause et les demandes des parties civiles M. F., D. N., H. A. et L. O. à l'égard de ces condamnés sont irrecevables: faute d'appel principal contre ces prévenus au civil, un appel incident par voie de conclusions ne saurait saisir la cour d'une demande à leur encontre, pas davantage qu'une nouvelle constitution de partie civile devant la cour.

2. Aucune partie civile n'a interjeté appel principal contre le prévenu S. F., qui, sur le plan civil, n'avait pas été condamné aux termes du jugement entrepris.

Dès lors, les demandes formées contre ce prévenu, pas voie de constitution de partie civile ou de conclusions contenant des appels incidents, ne sont pas recevables.

3. En règle, une partie préjudiciée par une infraction ne peut, pour la première fois, agir en se constituant partie civile devant le juge d'appel, à peine de porter atteinte au double degré de juridiction dont bénéficie le prévenu.

Cette interdiction souffre cependant une exception dans l'hypothèse où le premier juge n'a pas statué sur le fond, lorsque le juge d'appel a annulé une décision avant dire droit ou sur incident et, en vertu de l'évocation, doit connaître du fond de la cause<sup>(4)</sup>.

Cette situation se retrouve, en partie, en l'espèce, sans préjudice de l'absence d'effet découlant de l'évocation.

Ainsi, la cour a annulé une décision avant dire droit ou sur incident, mais le premier juge, nonobstant l'appel pendant, a jugé la cause au fond, la cour étant ensuite saisie d'une partie du fond par les appels subséquents. Pareille situation, en tant que telle, ne paraît pas avoir été envisagée par le législateur.

<sup>(2)</sup> Voy., dans le même sens, C.A., arrêt n° 86/2002 du 8 mai 2002.

<sup>(3)</sup> Cass., 4 avril 2006, P.05.1704.N. De même, «lorsque le juge d'appel évoque après annulation d'un jugement ayant statué au fond, sa saisine est limitée, quant aux personnes, quant aux faits et quant aux actions, par les appels que les parties ont formés. Le juge ne pourra donc se saisir des faits, ni des actions qui ne lui ont pas été déférés par les parties intéressées»: R.P.D.B., v° «Appel en matière répressive», Complément, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 915.

<sup>(4)</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 210, spéc. note 123; R.P.D.B., v° «Appel en matière répressive», Complément, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 901.

Semblable hypothèse de jugement sur le fond n'est en effet pas celle généralement envisagée par la doctrine ou rencontrée par la jurisprudence, pour décider que, dans ce cas, l'évocation n'ouvre pas un droit pour une partie civile de se constituer pour la première fois en degré d'appel. Ces cas d'espèce, plus fréquents, ont trait à la situation dans laquelle c'est la décision sur le fond qui est annulée. Il est alors logique qu'une victime, qui aurait pu agir régulièrement devant le premier juge mais s'en est abstenue, ne puisse le faire pour la première fois en appel, à peine de priver le prévenu du double degré de juridiction.

En l'espèce, les personnes se disant victimes des infractions se sont bien manifestées en temps et heure, se constituant partie civile devant le premier juge.

Toutefois, en raison de la violation de l'effet suspensif par le tribunal, ces devoirs sont nuls: les parties civiles n'avaient, en raison de l'appel à l'encontre de la première ordonnance du 2 décembre 2009, plus la possibilité d'agir *régulièrement* devant le premier juge. En outre, eu égard à la violation de la règle constitutionnelle de la publicité des débats et du prononcé du jugement relevée aux termes de l'arrêt du 9 novembre 2011, ladite ordonnance, d'emblée, ne pouvait qu'être annulée, ce qui aurait entraîné l'application de l'article 215 du Code d'instruction criminelle. Le droit pour les parties lésées de se constituer partie civile régulièrement devant le premier juge était donc compromis dès l'appel contre l'ordonnance susvisée du 2 décembre 2009, même si, contrairement à ce que soutient la prévenue Citibank, l'appel du ministère public contre la première ordonnance du 2 décembre 2009 n'a pas eu pour effet de saisir la cour de l'action publique, soit du fond (ce sont les appels contre le jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010 qui auront cet effet, précédant ainsi la décision du 9 novembre 2011 et vidant l'effet dévolutif qui en est la conséquence).

La circonstance qu'en violation de l'effet suspensif de l'appel, le premier juge a malgré tout poursuivi, de manière illégale, l'examen de la cause au fond (en recevant et en jugeant l'action civile) n'est pas de nature à faire obstacle à de telles constitutions de partie civile devant la cour, celles admises en première instance n'ayant pu l'être régulièrement.

En effet, en raison de l'annulation de l'ordonnance du 2 décembre 2009 et, à présent, du juge-

ment du 1<sup>er</sup> décembre 2010, la cour d'appel se trouve saisie, dans les limites des appels, comme l'avait été le premier juge, de sorte que les parties civiles peuvent se constituer valablement devant elle comme elles auraient pu le faire devant le tribunal correctionnel s'il avait été valablement saisi<sup>(5)</sup>.

En décider autrement reviendrait en outre à consacrer l'impossibilité pour une partie civile de se faire entendre, situation que l'on a voulu éviter en permettant à la victime d'une infraction, dans le cas d'une évocation, de se constituer partie civile pour la première fois devant le juge d'appel, dès lors qu'elle n'a pas eu l'occasion de le faire *de manière régulière* auparavant. Pareille situation ne pourrait passer pour compatible avec le droit au procès équitable qui, dans le chef d'une partie civile, implique celui de voir juger toute contestation «sur ses droits et obligations de caractère civil»<sup>(6)</sup>.

Sans préjudice de l'examen de la recevabilité des constitutions de partie civile déposées devant la cour au regard de l'étendue de la saisine de cette dernière, y compris en fonction des appels principaux et des éléments qui seront examinés ci-après, ces constitutions de partie civile ne sont donc pas irrecevables au seul motif qu'elles interviendraient devant la cour.

(...)

### **3. La compétence de la Direction Générale Contrôle et Médiation du SPF Économie (DGCM)**

1. Conformément à l'article 113, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, soit la disposition fondant la compétence spéciale de la DGCM en vigueur à l'époque de l'enquête, «sans préjudice des devoirs incombant aux officiers de police judiciaire, les agents commissionnés par le ministre sont compétents pour rechercher et constater les infractions mentionnées aux articles 102 à 105 (de cette loi)».

Il y va d'une compétence limitée *ratione materiae*, dans le chef de ces agents, le constat incident qu'ils feraient d'une infraction étrangère à cette matière devant les amener à la dénoncer au procureur du Roi, conformément au texte général de l'article 29 du Code d'instruction criminelle (C.i.cr.), en vue

<sup>(5)</sup> Voy. Cass., 11 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 484.

<sup>(6)</sup> Article 6.1 CEDH.

de permettre aux services de police compétents d'en être saisis.

En effet, lorsque, dérogeant à la compétence générale des services de police locale ou fédérale, le législateur a investi certains fonctionnaires spécialisés agissant au sein d'une administration d'une prérogative particulière pour poser des actes relevant de la police judiciaire dans une certaine matière, pareille exception doit être interprétée de manière stricte.

À l'inverse, lorsque, entendant déroger à ce caractère restrictif de la compétence d'agents spécialisés, le législateur a admis qu'ils puissent également poser des actes d'enquête, faire des constatations, au sujet d'infractions connexes à celle qui fonde leurs pouvoirs, il l'a expressément indiqué dans la loi. Tel est le cas, par exemple, s'agissant des agents visés à l'article 3, alinéa 2, 4<sup>o</sup>, de la loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de l'Administration des douanes et accises.

Il n'en est rien, en revanche, s'agissant des autres fonctionnaires à compétence particulière, au rang desquels les agents de la DGCM agissant dans le cadre de l'article 113 précité.

2. En l'occurrence, la compétence de la DGCM, d'initiative d'abord, sur réquisitions du procureur du Roi ensuite, doit s'analyser au moment où ce service a agi et non à la lumière des conclusions du juge du fond, nécessairement *a posteriori*, quant à l'applicabilité en l'espèce de la loi du 14 juillet 1991.

En effet, s'agissant de déterminer la régularité de l'intervention d'une autorité judiciaire ou policière au regard des textes qui fondent sa compétence, que ce soit *ratione materiae, loci* ou *personae*, c'est au moment de cette intervention qu'il convient de

se placer tandis qu'«hors le cas où l'inculpé aurait été volontairement soustrait à son juge naturel et où ses droits de la défense auraient été de la sorte violés, les actes d'instruction accomplis par un juge d'instruction incompétent *ratione loci* ne sont pas nuls et peuvent valablement fonder des poursuites ultérieures»<sup>(7)</sup>.

En l'espèce, au moment où la DGCM est intervenue, ayant été informée par des plaintes de clients de la s.a. Citibank Belgium, des indices d'infractions à la loi du 14 juillet 1991 pouvaient raisonnablement être décelés par ce service spécialisé, compte tenu des déclarations des plaignants, certains faisant notamment état de ce qui aurait pu constituer des offres conjointes illégales.

En effet, sans préjudice du pouvoir du juge du fond d'examiner, *in concreto*, si ladite loi (et celle qui l'a remplacée) était applicable à la vente des produits visés aux préventions E et F (*n.d.l.r.*: il s'agit d'infractions à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur (LPC)<sup>(8)</sup>, dorénavant remplacée aux termes de l'article 138, 1<sup>o</sup>, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur [LPMC], entrée en vigueur le 12 mai 2010; le raisonnement ci-après peut être étendu aux dispositions de cette nouvelle loi) – soit des valeurs mobilières – et à la publicité s'y rapportant, la cour relève que la doctrine spécialisée elle-même est divisée à ce sujet, tandis qu'entendu par la cour, le président de la FSMA n'a pas exclu qu'une application conjointe de la loi sur les pratiques de commerce et de la législation financière soit admise, en fonction du moment et des modalités de la vente de tels produits, soit des valeurs mobilières.

Il a ainsi été écrit que «le champ d'application de l'arrêté royal (du 5 décembre 2000, rendant

<sup>(7)</sup> Cass., 11 septembre 2002, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 1202; J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 24, spéc. la note 23. Ce raisonnement peut être étendu en l'espèce.

<sup>(8)</sup> Ces préventions étaient libellées comme suit: «À charge de Citibank Belgium SA et de S.F., Prévenus de ou d'avoir, dans l'arrondissement de Bruxelles, et de connexité ailleurs dans le Royaume (...): (E.) à plusieurs reprises, entre le 30 novembre 2007 et (le 14 août 2009), en infraction à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur, article 94/5 § 1<sup>er</sup> et 3; 94/6 § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, 3; 94/7 §§ 1<sup>er</sup> et 2; 94/8, 17<sup>o</sup>; 102 et 103, à savoir avoir commercialisé de manière déloyale et trompeuse des produits financiers structurés de type obligatoire "Lehman Brothers" en faisant croire à tort au consommateur que le capital était garanti à 100% par la Citibank Belgium SA et ne l'informant pas correctement sur les caractéristiques et la dégradation de ces produits avant le 15 septembre 2008 au préjudice de diverses personnes et notamment des victimes reprises en annexe; (F.) à plusieurs reprises entre le 26 septembre et le 1<sup>er</sup> décembre 2007, en infraction à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur (ancienne version), art. 22; 23, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, 94, 102 et 103, à savoir avoir commercialisé par une publicité trompeuse et des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale des produits financiers structurés de type obligatoires "Lehman Brothers" en faisant croire à tort au consommateur que le capital était garanti à 100% par la Citibank Belgium SA, et ne l'informant pas correctement sur les caractéristiques et la dégradation de ces produits avant le 15 septembre 2008 au préjudice de diverses personnes et notamment des victimes reprises en annexe».

applicable certaines dispositions de la loi sur les pratiques du commerce aux valeurs mobilières) est complexe. En principe (mais avec d'importantes exceptions), les dispositions suivantes de la LPC s'appliquaient aux valeurs mobilières: les dispositions en matière de publicité, (...), la norme générale de loyauté envers les consommateurs, (...), les sanctions pénales. Depuis les modifications intervenues en vertu de la loi du 5 juin 2007, (...), des doutes existent quant à l'application du principe énoncé à l'article 139, § 2, de la LPMC en matière de pratiques commerciales déloyales»<sup>(9)</sup>.

Quant à l'opinion émise par le témoin Servais, elle reflète la position de la CBFA (aujourd'hui FSMA) dès lors qu'aux termes d'une communication du 5 mars 2009, contenant des recommandations «applicables aux instruments de placement visés par la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, à savoir principalement les valeurs mobilières», elle indiqua qu'«il convient de rappeler que les présentes recommandations s'appliquent sans préjudice de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, telle que celle-ci a été rendue applicable aux instruments financiers par l'arrêté royal du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur». Cette communication avait pourtant trait aux obligations en termes d'approbation préalable par la CBFA auxquelles étaient soumis les documents à caractère promotionnel relatifs à de telles valeurs mobilières, conformément à l'article 60 de la loi du 16 juin 2006 (soit la disposition dont la méconnaissance fonde la prévention C, à supposer ces faits établis)<sup>(10)</sup>.

Illustrant toujours le principe de l'application conjointe de la législation financière et de celle relative aux pratiques du commerce, ces recommandations précisent encore qu'«en cas de vente conjointe de deux produits (par exemple, la vente

conjointe d'un certificat à taux fixe et d'une part dans un fonds commun de placement), pour autant qu'elle soit autorisée par la loi sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, il s'indique de distinguer les différents produits offerts et leur rendement respectif»<sup>(11)</sup>.

Cette communication de la CBFA, qui présente l'intérêt d'avoir été adoptée sous l'empire de la législation applicable lors de l'intervention de la DGCM en l'espèce, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 6 avril 2010, illustre donc, non seulement l'opinion de la CBFA selon laquelle la matière de la vente des instruments financiers laisse une place à l'application de la loi du 14 juillet 1991, mais également, par voie de conséquence, la proximité entre les compétences respectives de cette autorité et de la DGCM.

Ainsi, c'est à bon droit que les services de la DGCM, même avant ladite communication de la CBFA, ont pu s'estimer compétents en 2008 et en 2009 pour instruire les faits qui leur avaient été dénoncés et ensuite pour accomplir les actes que l'information commandait.

Il n'a pas pu résulter de cette situation seule une violation des droits de la défense.

Quant au fait que les agents de la DGCM ont posé des questions aux prévenus ou à certains témoins, au sujet du respect d'autres législations que la loi du 14 juillet 1991, soit en relation avec la loi du 16 juin 2006 ou la réglementation dite «MiFID», cela ne leur est pas interdit.

En effet, de telles questions pouvaient, d'une part, éclairer la DGCM quant à la nature exacte des faits susceptibles d'être reprochés aux prévenus, afin notamment de vérifier la compétence de ce service spécialisé (puisque une telle compétence peut s'exercer à la marge de celle d'autres autorités, dont, à l'époque, la Commission bancaire, financière et des assurances – CBFA), tandis, d'autre part, des violations éventuelles d'autres dispositions que celles dont le respect est soumis à l'inspection de la DGCM peuvent révéler l'existence d'infractions à la loi du 14 juillet 1991 : ainsi, le fait d'utiliser

<sup>(9)</sup> J. STUYCK, «Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur et leurs conséquences», in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Anthemis, 2010, pp. 29 et 30; voy. également V. COLAERT, «Financiële diensten en de wet Marktpraktijken», *Droit bancaire et financier / Bank – en Financieel Recht*, 2011/2, spéc. pp. 89 et s., et ce dernier auteur de rappeler que cette question était controversée s'agissant des services financiers, deux interprétations diamétralement divergentes s'opposant: *idem*, p. 94, spéc. n° 34.

<sup>(10)</sup> Voy. la communication CBFA 2009/11, du 5 mars 2009, pp. 1 et 2.

<sup>(11)</sup> *Idem*, p. 4, *in fine*.

des documents promotionnels qui n'auraient pas été soumis à l'approbation préalable de la CBFA pourrait, à le supposer établi, révéler une volonté du distributeur d'instruments financiers de tromper le consommateur en lui cachant l'existence de risques ou de modalités liées à ces produits<sup>(12)</sup>. À cet égard, sur la base de l'article 58 de la loi du 16 juin 2006 d'une part, et de ses modalités d'application conformément aux recommandations de la CBFA, 2009/11, du 5 mars 2009, d'autre part, des obligations précises d'information du consommateur au regard du produit vendu (mention de l'identité de l'émetteur du produit, des risques qu'il implique, etc.), sont prévues. Le respect ou la méconnaissance de ces règles et recommandations peuvent bien entendu être révélateurs de la conformité ou non du comportement du distributeur (la s.a. Citibank Belgium) ou de ses agents aux obligations qu'impose la loi du 14 juillet 1991, en matière de publicité, d'information et de loyauté envers le consommateur.

De même, à décharge des prévenus, la circonstance que de tels documents promotionnels ont été utilisés après avoir obtenu une approbation de la CBFA et en conformité avec ses recommandations, pourrait être de nature à rassurer *prima facie* quant à la qualité et à l'exhaustivité de telle publicité, sous réserve de l'examen de la manière concrète dont pareils documents ont ensuite été utilisés, par exemple par les agents de la prévenue, envers les investisseurs.

La thèse de la DGCM, sur la base des informations disponibles à l'automne 2008 et jusqu'aux citations directes en juin 2009, au sujet de sa compétence matérielle, thèse qui présida à son intervention, ne saurait dès lors être qualifiée d'«absurde» comme l'affirme de manière péremptoire la prévenue s.a. Citibank Belgium en conclusions.

3. Si, à l'occasion de tels devoirs, les agents de la DGCM devaient constater l'existence d'indices d'autres infractions que celles incriminées aux termes de la loi du 14 juillet 1991, une dénonciation interviendrait, conformément à l'article 29 du C.i.cr., ainsi que l'a rappelé le témoin Limbioul. Il a du reste été pratiqué de la sorte. Si le procureur du Roi fait lui-même ce constat sur la base des informations reçues de la DGCM, il est autorisé à

s'en saisir et à entamer des poursuites du chef de ces autres infractions.

En dehors de l'hypothèse (qui n'est pas alléguée ici) du détournement furtif d'une procédure préexistante afin de mettre en évidence des infractions dont on soupçonne par avance l'existence, la découverte fortuite, de bonne foi et de manière incidente, d'indices d'infractions étrangères à la saisine d'une autorité ou justifiant son intervention, ne fait donc pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire s'en saisisse et exerce ensuite des poursuites de leur chef.

4. Sans préjudice de l'examen, ci-après, du champ d'application de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 6 avril 2010 qui l'a remplacée, l'intervention de la DGCM, sur la base de la compétence spéciale de ses agents, est régulière et a pu fonder leur action dans le cadre de l'instruction des faits des préventions E et F.

S'agissant des faits des quatre autres préventions, dont des indices ont le cas échéant, à l'estime du ministère public, pu être mis en exergue fortuitement suite à l'intervention régulière de la DGCM (ou du procureur du Roi lui-même), les poursuites s'y rapportant sont elles-mêmes régulières.

#### **4. La violation du droit au silence**

1. L'article 14.3, g, du Pacte international relatif aux Droits civils et politiques (PIDCP), qui constitue une norme internationale ayant un effet direct en droit belge<sup>(13)</sup>, dispose que «toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes: (...) à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable».

La doctrine retient de cette règle une conséquence: «le droit de se taire a pour composante le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination: la personne soupçonnée d'une infraction ne peut être contrainte de collaborer à la production de preuve et ne peut pas être sanctionnée pour défaut de communication de certains documents ou éléments de preuve. "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche

<sup>(12)</sup> Voy. à cet égard l'ancien article 94 de la loi du 14 juillet 1991.

<sup>(13)</sup> A. DIRKX, «La CBFA, les infractions à la législation financière et la sanction par les amendes administratives», in R. VERSTRAETEN, O. KLEES et autres, *Le droit pénal financier en marche – Het financieel strafrecht in opmars*, Anthemis et Intersentia, Louvain-la-Neuve et Anvers, 2009, p. 319, n° 81.



à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence(„..)"»<sup>(14)</sup>.

Le droit au silence est applicable, indépendamment de la qualité de personne physique ou morale en cause. En effet, dans la mesure où la responsabilité pénale d'une personne morale est susceptible d'être engagée, cette prévenue dispose de droits identiques à ceux dont jouissent les personnes physiques poursuivies.

2. En l'espèce, il ne fait aucun doute, d'une part, que lors de l'envoi du courrier litigieux de la DGCM du 4 novembre 2008, la prévenue Citibank revêtait la qualité d'accusée au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), et que, d'autre part, des contraintes ont été utilisées pour amener cette prévenue à collaborer.

3. Ainsi, s'agissant de la qualité de suspecte («accusée» au sens de l'article 6 de la CEDH) de la société Citibank Belgium s.a., des poursuites à caractère pénal ont été à tout le moins envisagées dès le 4 novembre 2008, ce qui suffit à faire naître le droit au silence<sup>(15)</sup>.

Cette circonstance a été confirmée par le témoin Limbioul, lors de son audition devant la cour le 22 novembre 2011. Du reste, cette perspective répressive n'est guère contestable dès lors qu'à tort ou à raison, compte tenu de l'état du dossier à cette époque, le courrier précité du 4 novembre 2008 précisait que ses auteurs et leur service agissaient sous l'autorité du procureur du Roi. Dans la mesure où ce courrier contient une demande de communication d'informations adressée à la prévenue Citibank elle ne pouvait dès lors s'inscrire dans le cadre des missions de contrôle administratif qui relèvent par ailleurs des prérogatives de la DGCM. C'est donc à tort qu'en termes de conclusions, la prévenue elle-même parle de dossier administratif.

Par ailleurs, une nouvelle demande de communication d'informations fut adressée à la prévenue Citibank le 7 avril 2009, à un moment où l'information répressive était engagée depuis plusieurs mois.

4. S'agissant des contraintes qui ont accompagné la demande de remise de pièces et d'informa-

tions adressée à la prévenue, elles sont également établies compte tenu des éléments suivants :

- le courrier précité du 4 novembre 2008 appuyait la demande ainsi formulée d'une menace d'application des sanctions pénales que comminaient à l'époque l'article 104 de la loi sur les pratiques du commerce ;
- le ministère public, par courrier électronique du 16 avril 2009, reprenant à son compte la demande exprimée aux termes du courrier électronique de la DGCM du 7 avril 2009, faisait grief, notamment, au prévenu S. F., de n'y avoir pas réservé de suite. Révélant une violation flagrante du droit au silence et de l'article 14.3, g, précité du PIDCP, le ministère public ajoutait «je tenais à vous avertir que la non-communication de ces documents internes dans le cadre de la procédure judiciaire est constitutif (sic) d'une infraction d'entrave au sens de la loi du 14 juillet 1991 (..) passible d'une amende de 10.000 EUR. Par conséquent, à défaut d'avoir reçu l'ensemble des documents demandés (sauf les consultations d'avocats) pour le 17 avril 2009 à 17 h au plus tard, le SPF Économie dressera procès-verbal à votre rencontre ainsi qu'à l'encontre (d'un autre cadre de la banque) pour entrave à l'information judiciaire».

5. De telles menaces quant à l'application d'une éventuelle sanction pénale consécutive à l'absence de collaboration peuvent certes se concevoir dans le cadre de l'enquête administrative ainsi qu'à l'égard de tiers à l'enquête pénale, témoins, dépositaires de pièces utiles à la manifestation de la vérité. Toutefois, sous peine de violer des principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale, consacrés par des textes internationaux directement applicables en droit belge, les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 précitée (et, aujourd'hui, de la loi du 6 avril 2010 qui l'a remplacée) ne sauraient être interprétées comme susceptibles d'entraîner l'application de pareille obligation sanctionnée pénalement à l'égard de personnes physiques ou morales mises en cause dans l'enquête.

Pareille interprétation porterait atteinte à la règle consacrant la primauté du droit international en vigueur et directement applicable sur le droit national.

<sup>(14)</sup> H.D BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale, op. cit.*, pp. 28 et 30 spéc. les notes n° 103 et 115.

<sup>(15)</sup> H.D BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale, op. cit.*, p. 30.

La menace récurrente d'appliquer de telles sanctions pénales à l'égard d'une personne physique ou morale visée par une enquête pénale constitue une atteinte grave au droit de l'«accusé» de ne pas collaborer à l'enquête et, partant, de son droit au silence.

6. Si le choix de poursuivre une information ou de requérir un juge d'instruction relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public, en revanche, optant pour la première hypothèse, celui-ci est tenu de rester dans le cadre de ses compétences.

Ainsi, l'obtention de documents espérés et non communiqués par une personne accusée, au sens de l'article 6 de la CEDH, ne peut résulter que d'une visite domiciliaire consentie ou d'une perquisition, ce dernier acte relevant de la compétence exclusive d'un juge d'instruction.

7. Le respect de ce droit au silence participant du caractère équitable de la procédure, au sens de l'article 6 de ladite Convention, il y a lieu d'écarter les pièces transmises ensuite de ces différents courriers, de même que les devoirs accomplis et les constatations opérées sur leur base, qui en sont la conséquence.

Par conséquent, demeurent seuls susceptibles de constituer le fondement des poursuites les éléments obtenus dans le respect des droits de la défense, et notamment du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il s'agit en particulier des pièces et informations réunies antérieurement au 4 novembre 2008 par la DGCM qui disposait déjà du contenu de 116 plaintes de clients de la s.a. Citibank Belgium ainsi que des éléments issus de l'analyse de ces pièces et de toutes celles produites devant la cour en ce compris les auditions des témoins entendus par celle-ci.

L'appréciation du fondement des poursuites peut également reposer sur des pièces ou extraits recueillis par les enquêteurs même postérieurement au 4 novembre 2008 mais dont il appert qu'ils se fondent sur des éléments non affectés du grief d'atteinte aux droits de la défense par la violation du «droit au silence».

En outre, la cour aura égard à toute pièce le cas échéant sujette à grief mais invoquée par la défense des prévenus dans son propre intérêt, ainsi qu'au demeurant revendiqué par le prévenu S. F.

Dès lors qu'à l'occasion de l'examen des poursuites la cour ne prend en considération que les pièces et informations en résultant énumérées ci-dessus, les poursuites sont recevables.

### **5. La régularité de l'enquête au regard des articles 28bis du C.i.cr. et 8 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police**

1. La prévenue Citibank critique la manière dont les devoirs d'information ont été accomplis par les services de la DGCM, en ce que ceux-ci auraient agi sans que le ministère public exerce un réel contrôle de cette action et en assume la direction effective.

Cette prévenue se méprend cependant en cela quant à la portée des dispositions qu'elle évoque.

2. Ainsi, force est d'abord de souligner que la loi sur la fonction de police est étrangère à l'action de la DGCM, ce service n'étant pas inclus dans le champ d'application personnel de la loi du 5 août 1992 susvisée, conformément à l'article 2 de cette loi qui ne vise (plus<sup>(16)</sup>) que les polices locale et fédérale.

3. Pour le surplus, s'agissant du droit commun de l'information, sauf les cas prévus par la loi, étrangers à l'espèce, aucune disposition, aucun principe général n'imposent aux autorités judiciaires, à peine d'irrégularité des actes accomplis, de les ordonner systématiquement et par écrit (l'article 28bis du C.i.cr. précité est d'ailleurs muet à ce sujet).

Un pouvoir d'action d'initiative appartient aux services de police, y compris en l'absence d'instruction expresse des autorités, pour autant que, ce faisant, les enquêteurs n'empiètent pas sur la compétence réservée d'un magistrat notamment au regard de sa saisine (du reste, la jurisprudence citée par la prévenue, aux pages 47-48 de ses conclusions [tome II], ne dit rien d'autre). Le recours à l'écrit, pour donner ou confirmer une instruction donnée aux policiers, n'est pas prescrit à peine de nullité.

Il en est d'autant plus ainsi lorsque, comme en l'espèce, on se trouve en présence d'un service spécialisé – la DGCM –, comme l'a récemment relevé la Cour constitutionnelle, admettant notamment que les enquêteurs attachés à cette autorité disposent d'un plus large pouvoir d'appréciation que des policiers locaux ou fédéraux<sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Voy. à cet égard l'article 8, 2<sup>o</sup> à 5<sup>o</sup>, de la loi du 17 novembre 1998 portant intégration de la police maritime, de la police aéronautique et de la police des chemins de fer dans la gendarmerie.

<sup>(17)</sup> Voy. Cour const., 14 octobre 2010, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 78, spéc. B.12.1.

En l'espèce, s'il est exact que l'information n'a donné lieu qu'à un nombre étonnamment limité de réquisitoires adressés aux enquêteurs, ceux-ci ont pu agir d'initiative sans qu'il en résulte une atteinte à la fiabilité des preuves collationnées ou une violation du droit au procès équitable des prévenus, sous réserve toutefois de ce qui a été indiqué au titre du constat de la violation du droit au silence, soit un grief étranger à celui examiné ici: dès lors, s'agissant de l'information elle-même et de la régularité des poursuites reposant sur celle-ci, il n'y a pas lieu de faire la constatation d'un obstacle résultant de la situation invoquée par la prévenue.

Si le ministère public ne s'est guère exprimé par voie de réquisitions, il ne fait aucun doute, eu égard à son attitude (courriers aux prévenus reprenant des demandes de communication d'informations d'abord formulées par la DGCM, établissement de réquisitions et de citations, mise en mouvement des poursuites), qu'il a ratifié, à tout le moins, les devoirs accomplis par les services d'enquête. Pareille attitude ne laisse planer aucun doute quant au fait que le ministère public avait par ailleurs bien chargé la DGCM de l'enquête.

Surabondamment, au-delà d'une affirmation générale de manquement, les prévenus n'indiquent pas, concrètement, en quoi le ministère public, par son attitude, aurait négligé de constater un comportement ou un acte d'information déloyal ou illégal, pas plus qu'ils ne précisent, ici, en quoi ils auraient subi un dommage quelconque de ce chef, si ce n'est, en page 47 des conclusions (tome II) de la prévenue. Cependant, le grief qui est ainsi soulevé n'est pas fondé: il va de soi que, devant s'intéresser au processus de vente des avoirs litigieux, d'ailleurs mentionné aux préventions, les services de la DGCM se devaient d'abord d'en cerner les caractéristiques, afin de s'assurer ensuite que la prévenue et ses agents avaient, eu égard à leur devoir d'information des investisseurs-consommateurs, à suffisance attiré l'attention des clients sur celles-ci et le danger potentiel en résultant.

(...)

## **Les préventions E et F**

### **1. La période infractionnelle**

Les préventions E et F se rapportent à des infractions à la législation en matière de pratiques du commerce.

À les supposer établis, les faits de la prévention F auraient été commis entre le 26 septembre et le

1<sup>er</sup> décembre 2007, tandis que ceux de la prévention E l'auraient été entre le 30 novembre 2007 et «ce jour», soit la date de la dernière citation du procureur du Roi, le 14 août 2009.

Il y a lieu, en tout état de cause, de limiter la période infractionnelle se rapportant à la prévention E. Il n'apparaît pas des pièces régulièrement soumises à la cour que les faits, à les supposer établis, auraient pu être commis à partir du moment où la période de souscription relative aux avoirs financiers litigieux (émis par la société Lehman Brothers Treasury Co b.v.) a été clôturée.

Il y va d'infractions instantanées, de sorte que si elles ont pu être commises à l'occasion de diverses transactions, l'absence ultérieure de remboursement des investissements par la prévenue Citibank ou le maintien des effets allégués des infractions (soit la perte de valeur des avoirs acquis), par exemple, ne sauraient être considérés comme le maintien d'un état s'analysant lui-même comme constitutif de l'infraction.

Dès lors, la prévention E, à supposer établis les faits qu'elle vise, a pris fin le 25 juin 2008, comme l'indique à juste titre la prévenue Citibank par voie de conclusions, invitant la cour à limiter ainsi la prévention.

(...)

Les prévenus se sont défendus de ces préventions respectivement limitée et rectifiée.

### **2. La loi applicable**

La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPC) a été modifiée en cours de période infractionnelle, aux termes de la loi du 5 juin 2007 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2007).

Depuis la date des derniers faits, cette loi a été abrogée et remplacée aux termes de l'article 138, 1<sup>o</sup>, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPMC), entrée en vigueur le 12 mai 2010.

Du point de vue des peines cominées, la nouvelle loi est identique aux précédentes.

Sur le plan des éléments constitutifs des infractions, elle n'opère pas davantage de modification, en ce qui concerne les faits de la cause.

Ainsi, l'élément moral requis est libellé dans les mêmes termes que sous l'empire des législations antérieures.

De même, sur le plan matériel, la nouvelle loi établit toujours une exclusion de principe de son champ d'application «des valeurs mobilières et autres instruments financiers visés par la législation relative aux opérations financières et aux marchés financiers», tout en réservant la possibilité, pour le Roi, de déclarer certaines dispositions de la loi applicables à ces avoirs ou à certaines catégories d'entre eux, aux conditions et compte tenu des adaptations qu'il détermine.

Seules les notions de «produit» et de «service» sont dorénavant plus largement définies aux termes de la LPMC, de sorte que la loi ancienne, de ce point de vue, est plus favorable. Cette modification de la définition n'emporte toutefois pas de conséquences en l'espèce (voy. *infra*).

La loi du 6 avril 2010 n'a «pas dépénalisé la publicité trompeuse à l'égard des consommateurs, dès lors qu'il résulte expressément de son article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, que toute publicité au sens de l'article 2, 1<sup>o</sup>, peut être considérée comme une pratique commerciale trompeuse au sens des articles 88 à 91 et, partant, comme une pratique commerciale déloyale à l'égard des consommateurs»<sup>(18)</sup>.

Les faits visés aux préventions E et F sont donc toujours incriminés et, en ce qui les concerne, la nouvelle loi n'est pas plus favorable que les anciennes (avant et après l'entrée en vigueur de la loi du 5 juin 2007), qui peuvent dès lors constituer le fondement des préventions, conformément à l'article 2 du Code pénal.

### 3. Application de la législation en matière de pratiques du commerce

#### 3.1. La portée de la loi au regard des valeurs mobilières et autres instruments financiers

S'agissant des valeurs mobilières et autres instruments financiers, la règle découlant de la loi du 14 juillet 1991 et toujours en vigueur aujourd'hui est celle qu'exprimait l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de cette loi, soit l'exclusion de ces avoirs de son champ d'application. Pareille limitation au principe de l'application de la loi aux «produits» et aux «services» tels qu'y définis constitue une exception: il convient dès lors de l'interpréter strictement.

Ce traitement particulier est justifié par la circonstance que l'émission de ces valeurs est déjà soumise à un contrôle de la part d'une autorité

spécialisée (la FSMA), sous l'angle d'une réglementation elle-même spécifique.

Une possibilité exceptionnelle (et donc, elle aussi, d'interprétation stricte lorsque le Roi y recourt) de déroger à cette exclusion de tels avoirs du champ d'application de la LPC puis de la LPMC a été admise par le législateur, *in fine* de la disposition susvisée. Elle a été mise en œuvre aux termes de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

La question se pose toutefois de l'application de la LPC (et, aujourd'hui, de la LPMC) aux services portant sur de tels valeurs mobilières et instruments financiers (les services financiers portant sur d'éventuels autres biens n'ayant pas été exclus par le législateur, il n'y a en tout état de cause pas lieu de déroger au principe de l'application de la LPC en ce qui les concerne).

La prévenue Citibank soutient ainsi que la LPC n'était pas applicable aux prestations (dont la qualification est elle-même sujette à débats) qui donnent lieu aux préventions E et F, soit des services.

De même, était controversée la question de l'application aux valeurs mobilières de la LPC, en matière de publicité trompeuse, eu égard au texte de l'ancien article 22 de la LPC.

En l'espèce, il n'y aurait lieu d'examiner cette question que dans l'hypothèse où la cour considérerait que les services financiers susvisés sont en règle exclus du champ d'application de la loi.

Afin de déterminer la portée de l'exclusion de principe des valeurs mobilières et, le cas échéant, de son éventuelle limitation aux termes de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, en vue de la solution de l'espèce, il y a lieu de se rapporter notamment aux travaux préparatoires des différents textes en cause, et ce dans la mesure où la loi (LPC) ne permet pas elle-même de dégager directement cette solution.

La cour observe que la disposition qui a ainsi habilité le Roi à intervenir, soit celle de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la LPC, a été ajoutée aux termes de l'article 177 de la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses.

<sup>(18)</sup> Cass., 20 avril 2011, P.10.2026.F.

Selon les travaux préparatoires relatifs à cet article 177, «une question d'interprétation a surgi quant à savoir si les dispositions du chapitre IV de la (LPC) relatives à la publicité s'appliquent aux valeurs mobilières. Certains auteurs estiment que ces dispositions s'appliquent aux valeurs mobilières, compte tenu de la définition de la publicité contenue dans l'article 22 de la (LPC) (disposition visant également les "droits et les obligations") ainsi que de l'obligation d'interpréter cette disposition en conformité avec la directive CEE relative à la publicité trompeuse. Cette interprétation est cependant en opposition avec le texte de l'article 1<sup>er</sup> de la (LPC) qui exclut de façon explicite ces valeurs du champ d'application de la loi. Le Gouvernement est favorable à l'idée de déclarer les dispositions de la (LPC) applicables aux valeurs mobilières à condition toutefois de ne pas compromettre le bon déroulement des opérations sur valeurs mobilières qui sont d'ores et déjà régies par des règles et des contrôles stricts en matière d'information. À condition de ne pas voir compromis le bon fonctionnement du marché des capitaux, le Gouvernement est également favorable à l'idée d'étendre aux valeurs mobilières l'application de certaines autres dispositions de la (LPC), par exemple celles en matière de clauses abusives»<sup>(19)</sup>.

Le rapport au nom de la commission de l'Économie, relatif à ce projet de loi, paraît *prima facie* lui-même éclairant: il fait suite à une difficulté rencontrée à l'occasion de la vente à un investisseur belge de valeurs mobilières émises à l'étranger et qui firent l'objet de documents publicitaires établis au Grand Duché de Luxembourg, qui omettaient de mentionner l'existence d'un précompte mobilier applicable en Belgique, soit une circonstance de nature à réduire le rendement du placement. Il fut alors précisé que «cette publicité était de nature à induire le consommateur en erreur.

La réglementation relative aux valeurs mobilières ne présentant pas de moyens d'agir, nous voulions voir appliquer la LPC». Et les auteurs du rapport de conclure par deux remarques:

«a) La modification de l'article 1<sup>er</sup> de la LPC n'inclut pas les valeurs mobilières et services financiers<sup>(20)</sup> en tant que tels dans la loi, mais permet à certaines dispositions de s'appliquer. En effet, la

première partie du dernier alinéa reste d'application, les excluant de la LPC.

La différence est de taille. Ainsi, les protections de la loi horizontale qu'est la LPC ne portent aucunement préjudice aux dispositions de la loi verticale qu'est la loi du 4 décembre 1990.

b) Par ailleurs, la Commission Bancaire et Financière veut éviter qu'on puisse attaquer en justice sur la base de la LPC, par exemple un prospectus, une publication ou une publicité qu'elle aurait contrôlés sur la base de l'arrêté royal du 9 juillet 1935. C'est pourquoi le projet de loi est prudent et propose de dresser l'inventaire des dispositions de la LPC en collaboration avec la Commission bancaire et financière»<sup>(21)</sup>.

Il se dégage de ces considérations (*cf.* le point a de l'extrait du rapport), que le législateur, au niveau de l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la LPC, n'a pas entendu opérer de distinction entre produits financiers et services financiers portant sur des valeurs mobilières et autres instruments financiers, tandis qu'il se réfère à une compétence particulière de la CBFA (devenue FSMA) en cette matière (point b): produits et services financiers sont, selon cet avis de l'auteur de la loi, en principe exclus de son champ d'application. De même, s'agissant de l'habilitation donnée au Roi pour étendre ce champ d'application aux valeurs mobilières, il n'apparaît pas des travaux préparatoires qu'une différence doive être faite entre ces notions de produits financiers et de services s'y rapportant.

Du reste, dans la mesure où le texte de l'alinéa 2 susvisé n'opère pas de distinction entre les valeurs mobilières et autres instruments financiers en tant que tels («produits», mais encore s'agirait-il là de biens meubles corporels dans le sens de la loi) ou selon qu'ils sont vendus dans le cadre d'une prestation de service, il n'y aurait pas davantage lieu de distinguer du point de vue de l'exclusion de son champ d'application.

Quant à l'arrêté royal du 5 décembre 2000, aux termes de son article 2, il rend l'ensemble de l'article 1<sup>er</sup> de la LPC (y compris donc les produits, dorénavant définis par l'arrêté royal et aux fins de son application comme étant «les instruments financiers et les titres et valeurs», et les services, ces derniers étant visés à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>,

<sup>(19)</sup> Exposé des motifs, projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1994-95, n° 1218/1, p. 79.

<sup>(20)</sup> Souligné par la cour.

<sup>(21)</sup> Rapport fait au nom de la commission de l'Économie, par M. WEYTS, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1994-95, n° 1218/5, pp. 11 et 12.

de la LPC) applicable aux «instruments financiers et aux titres et valeurs».

On trouve cependant, y compris dans les travaux préparatoires relatifs à la loi du 14 juillet 1991 elle-même, d'autres interventions tendant à laisser penser que le législateur a, au contraire, entendu voir la LPC s'appliquer aux services dits financiers<sup>(22)</sup>.

La cour observe que ces opinions en sens divers émises lors des travaux préparatoires ne paraissent cependant pas pertinentes en l'espèce dès lors, d'une part, que des avis contraires se sont exprimés et, d'autre part, que la notion de «service financier» y reprise, dont l'auteur précité rappelle qu'à l'époque elle n'avait pas fait l'objet d'une définition légale, ne se rapportait pas précisément au service consistant dans le conseil en investissement et la vente de valeurs mobilières et d'autres instruments financiers.

La cour relève par contre que dans une autre partie de la LPC, soit sous sa section 9 («Des contrats à distance»), telle que modifiée aux termes de la loi du 25 mai 1999, le législateur, soucieux d'exclure les services financiers du champ d'application de cette partie de la loi, l'a précisé de manière expresse. En effet, après avoir défini, aux fins d'application des dispositions reprises sous la section 9 susvisée, les «services financiers» à l'article 77, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, de la LPC, comme couvrant, notamment:

«7. [les] (...) prestations de services relatives aux produits financiers suivants:

- a. instruments du marché monétaire;
- b. titres négociables;
- c. parts dans des organismes de placement collectif;
- d. contrats à terme et options;
- e. instruments sur taux de change et taux d'intérêt.

8. [et la] gestion de portefeuilles et [les] conseils en matière de placements concernant tous les instruments énoncés au point 7».

Le législateur a ensuite indiqué à l'article 77, § 2, de la LPC que «la présente section ne s'applique pas aux contrats portant sur les services finan-

ciers», sous réserve des dispositions rendues applicables par arrêté royal.

Cette exception (emportant exclusion des services financiers), valant pour la matière des «contrats à distance», est d'interprétation stricte.

Inversement, dans la mesure où, s'agissant des dispositions de la LPC visées aux préventions E et F, pareille exclusion des services financiers n'a pas été prévue, il y a lieu de considérer que la LPC s'y applique.

Ainsi, on peut à la fois concevoir l'exclusion de principe des services portant sur la vente au sens strict des valeurs mobilières et instruments financiers (et, même dans ce cas, sans préjudice de l'extension du champ d'application de la LPC en vertu de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, couvrant notamment la convention de commissionnement: voy. *infra*) et, en même temps et pour le surplus, soutenir que les autres services financiers (notion plus large, englobant les services en matière de crédit, d'opérations relatives aux comptes bancaires, conseil dans ces domaines mais également conseil en investissement et en vue d'un éventuel achat de valeurs mobilières...) entrent quant à eux dans le champ d'application de la LPC puisque se rapportant à des prestations ou à des biens qui n'en sont pas exclus expressément.

Pareille interprétation, bien qu'elle puisse parfois rendre imprécis les contours du principe (application, en règle, de la LPC) et de son exception (exclusion en matière de valeurs mobilières et autres instruments financiers), puisque la distinction entre l'activité de conseil en vue d'une vente (à laquelle s'applique la LPC) et celle consistant à procéder à ladite vente (exclue du champ d'application de la LPC) sera dans certains cas malaisée à opérer, est du reste la seule compatible avec les règles rappelées ci-avant de manière liminaire: le principe étant l'application de la LPC aux produits et aux services, l'exception que prévoit l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, en cause des valeurs mobilières et des autres instruments financiers doit se concevoir de manière restrictive.

Cette imprécision, pour regrettable qu'elle soit, résulte en réalité de modifications nombreuses de

<sup>(22)</sup> Voy. ainsi les extraits de ces travaux relevés par M.A. WEINBERGER, «Questions choisies en matière de responsabilité du banquier prestataire de services d'investissement – Conseil en investissement et pratiques commerciales déloyales», in *Actualités du droit bancaire*, UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 11 et s., spéc. la note 26.

<sup>(23)</sup> V. COLAERT, «Financiële diensten en de wet marktpraktijken en consumentenbescherming – Enkele knelpunten», *Dr. banc. fin.*, 2011/II, p. 92, spéc. note 23.

diverses législations en matière, respectivement, de pratiques du commerce et de valeurs mobilières, renvoyant tantôt à des textes abrogés (absence de mise en coordination, comme dans le cas de l'article 2 de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, qui renvoie à des textes abrogés; ainsi, le renvoi aux dispositions de l'arrêté royal n° 185 du 5 juillet 1935 doit dorénavant se lire par référence à celles de la loi du 16 juin 2006)<sup>(23)</sup>, tantôt à des notions qui soit n'étaient pas définies lors de l'adoption de la loi (ainsi les notions de valeurs mobilières, d'instruments financiers, de services financiers), soit l'ont été postérieurement dans d'autres textes dont la transposition à la matière des pratiques du commerce ne paraît pas nécessairement aisée. Il n'appartient pas aux cours et tribunaux de pallier à une telle situation en se substituant au législateur, tandis que, selon les déclarations du ministre des Finances, un projet de loi serait envisagé en vue d'assurer la protection des consommateurs de services financiers et d'instruments financiers sous l'angle, cette fois, des pratiques du commerce<sup>(24)</sup>.

Il est donc inexact d'affirmer, comme le fait la prévenue, que, sur le plan des incriminations, «tout comportement relatif aux instruments financiers (est) exclu du champ d'application de la LPC en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la LPC, y compris les services financiers».

Contrairement à ce qu'indique la prévenue, rien n'indique que la position de la CBFA durant des années aurait été en faveur de pareille exclusion. À ce sujet, la cour renvoie du reste, au contraire, aux développements ci-avant, consacrés à la compétence de la DGCM pour enquêter dans le cadre de la présente affaire; il en ressort que l'opinion autorisée de la CBFA, devenue FSMA, va dans le sens d'une surveillance en parallèle sous l'angle des deux législations: financières et en matière de pratiques du commerce.

Quant à la doctrine, à supposer qu'elle constitue une source de droit suffisante pour contrebalancer les éléments ci-avant, relevant de l'interprétation de la loi, elle ne paraît pas avoir adopté de manière quasi univoque la position dont se prévaut la prévenue<sup>(25)</sup>. À cet égard, reposant sur le postulat

erroné (car assimilant «valeurs mobilières et instruments financiers», exclus de la LPC, aux «services», qui ne le sont, en règle, pas) selon lequel les instruments financiers sont écartés du champ d'application de la LPC, au motif qu'une protection équivalente existe par ailleurs en vertu de la réglementation financière, de sorte que cette même LPC ne trouverait jamais à s'appliquer à l'occasion de prestations de nature financière, la doctrine invoquée par la prévenue<sup>(26)</sup> n'est pas pertinente. Au contraire, en effet, l'approche de l'une et de l'autre législations, leurs exigences en vue d'assurer la protection des consommateurs ou investisseurs, ne sont pas rigoureusement identiques et il y a place pour un contrôle sous l'angle de chacune, ainsi que l'indique la FSMA aux termes de sa communication CBFA 2009/11, déjà citée, du 5 mars 2009 (soit postérieure à la transposition de la réglementation dite Mifid) et comme paraît le penser le ministre des Finances, dans son avis susvisé, à l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses.

Ainsi, à titre d'exemple, les exigences, en matière de pratiques commerciales à l'égard des consommateurs (interdiction des pratiques commerciales trompeuses) et notamment quant à l'information à communiquer (ce qui n'est qu'un volet réglé par la LPC, d'autres pans de cette loi n'ayant pas d'équivalent dans la législation financière), énoncées par les articles 94/4 et suivants de la LPC, ne sont pas entièrement recouvertes par celles qui découlent de textes tels que l'arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers. La même conclusion peut être tirée de la comparaison des dispositions précitées de la LPC et de celles de l'article 27 (tel qu'en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2007) de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ou des articles 14 et suivants de la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers (tandis

<sup>(24)</sup> Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget, Ch. Repr., sess. 2009-2010, *doc parl.*, 52-2408/04, p. 51.

<sup>(25)</sup> Outre l'opinion critiquée par la prévenue, du Pr. WEINBERGER, voy. par exemple, soulignant l'application de la LPC aux services financiers, I. FERRANT, *Les pratiques du marché (depuis les lois du 6 avril 2010)*, Kluwer, Waterloo, 2011, p. 35, n° 86 et V. COLAERT, «Financiële diensten en de wet marktpraktijken en consumentenbescherming – Enkele knelpunten», *Dr. banc. fin.*, 2011/III, p. 95.

<sup>(26)</sup> J.P. BUYLE, «Judgement Citibank», *Banking & Finance*, mars 2011, p. 35.

que, *ratione personae*, ainsi qu'il a été souligné lors de l'examen de la prévention D, cette loi ne s'applique pas aux vendeurs tels que la prévenue et ses employés: rappr. article 4, 1<sup>o</sup>, et 2<sup>o</sup>, de cette loi et les définitions y reprises).

Ces derniers textes prévoient certes eux aussi des obligations en matière d'information à communiquer à l'investisseur ou à l'investisseur potentiel (ce qui, déjà à ce stade, témoigne de l'absence de portée de la nuance qu'entend souligner la prévenue quant à une phase précontractuelle dans ses relations avec la clientèle), mais sans pour autant s'identifier à ce que requiert la LPC<sup>(27)</sup>. Le respect des réglementations financières spécifiques par la banque peut certes constituer un indicateur positif quant au respect des exigences imposées par la LPC, mais il n'existe pas d'automatisme: en d'autres termes, un vendeur de services en matière d'instruments financiers peut donc avoir respecté les obligations de la législation financière en termes d'information à transmettre, tout en ayant méconnu celles résultant de la LPC.

Au-delà, si le produit ou le service en cause peut, dans certains cas et pour certains aspects, échapper à la réglementation des pratiques du commerce, dès lors que son émission, son admission à la vente et ses modalités générales de distribution sur le marché (prospectus, documentation promotionnelle, ...) sont l'objet de législations plus spécifiques (et sans préjudice de l'extension de champ d'application de la LPC et de la LPMC, aux termes de l'arrêté royal du 5 décembre 2000), il n'en demeure pas moins que la manière dont se réalise ensuite *concrètement* la vente de tels produits aux clients de la banque par les agents de celle-ci peut ne pas être conforme aux obligations résultant de la LPC puis de la LPMC.

Il convient alors de ne pas confondre, *ratione temporis*, les différentes étapes du processus auquel est soumise une telle vente: si l'admission sur un marché financier réglementé belge puis la vente d'une valeur mobilière ou d'un autre instrument financier peuvent être soumises à certaines conditions, afin de prévoir des conditions *générales* visant à protéger l'investisseur en l'informant cor-

rectement (première étape), il convient ensuite d'examiner selon quelles modalités concrètes cette information a été communiquée de manière *particulière* cette fois aux clients ou à certains d'entre eux (seconde étape): ce n'est pas parce qu'un produit financier peut être vendu, ayant satisfait aux conditions légales spécifiques requises, son prospectus et la documentation promotionnelle y afférents étant le reflet sincère de ses caractéristiques, que la manière, les modalités pratiques, selon lesquelles cet instrument est ensuite effectivement proposé, exposé, distribué aux clients satisfait également aux exigences légales en termes d'information correcte, loyale et sincère.

Si la première des deux étapes ainsi mises en évidence relève assurément de la compétence des seuls services spécialisés tels que la FSMA, agissant sur base d'une loi particulière (la législation financière), tel n'est en revanche pas le cas de la seconde étape, lors de laquelle une compétence partagée trouve à s'exercer entre la FSMA et, en l'espèce, les services du SPF Économie, singulièrement la DGCM.

On peut ainsi imaginer que les clients d'une banque ne reçoivent pas les documents promotionnels ou prospectus jugés satisfaisants quant à leur contenu, mais seulement des informations écrites ou verbales différentes de celles examinées par les autorités chargées du contrôle du secteur financier (CBFA, devenue FSMA, en Belgique): peut-être les agents de la banque, d'initiative ou non, ont-ils sciemment et volontairement communiqué des informations biaisées, incomplètes, dissimulant telle ou telle caractéristique du produit. Dans pareil cas, se pose la question de l'application de la loi à ce comportement, sous l'angle notamment du «service», tel qu'il était défini aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la LPC (soit durant la période infractionnelle afférente aux préventions E et F) et de l'article 2, 6<sup>o</sup>, de la LPMC (sur cette question de qualification de la prestation de la prévenue, voy. *infra*, 3.2).

Il y a donc bien place pour une application en parallèle de ces différentes législations aux services financiers tels qu'envisagés ci-avant et, corrélativement,

<sup>(27)</sup> Le Pr. Dieux parle ainsi, s'agissant des compétences d'autorités telles que celles de la FSMA, notamment de «contrôle des pratiques contractuelles et des comportements des entreprises financières et des intermédiaires financiers dans les relations avec les investisseurs envisagés individuellement, cette (...) variété de supervision, souvent couplée avec la précédente, représentant aussi un degré élevé de parenté avec le droit de la consommation»; il ne s'agit donc pas d'une identité de compétence et de contrôle: X. DIEUX, «La nouvelle alliance: présentation des nouvelles structures de supervision du secteur financier», *J.T.*, 2012, p. 65, n<sup>o</sup> 6.



ment, pour une surveillance et un contrôle « fonctionnels », exercés par des autorités différentes, chacune gardienne du respect des dispositions particulières pour lesquelles elle a reçu compétence.

*3.2. L'application de la LPC aux faits visés par les préventions E limitée et F rectifiée*

S'agissant des services, l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la LPC les définit notamment comme « toutes prestations qui constituent un acte de commerce » dans la version de la loi sur laquelle reposent les préventions E et F, soit avant l'entrée en vigueur de la LPMC du 6 avril 2010, l'article 2, 6<sup>o</sup>, de cette dernière les définissant comme « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire ». La notion plus précise de « service financier » n'apparaît pas dans la disposition générale de l'article 1<sup>er</sup> de la LPC. On ne la retrouve qu'à l'article 77 de la LPC (et seulement aux fins d'application des dispositions contenues dans la section 9, qui inclut ledit article 77), soit un texte étranger aux préventions dont la cour est saisie: on se réfèrera dès lors d'abord à la seule notion de « service » comme définie ci-avant.

En définitive, en l'espèce, quelle que soit la définition retenue pour qualifier la relation entre la prévenue Citibank et ses clients (contrat de commissionnement seul, comme le plaide la prévenue Citibank, ou adossé à un contrat de conseil en investissement, voire l'englobant, comme l'ont soutenu les parties poursuivantes), les faits de ces deux préventions, à les supposer établis, seraient couverts par le champ d'application des deux lois, LPC et LPMC (dès lors, conformément à l'article 2 du Code pénal, de ce point de vue également, les poursuites demeurent régulières).

En effet, le contrat de commissionnement lui-même, isolé de tout conseil et invoqué par la prévenue Citibank, n'est pas exclu par la loi de la définition très large du « service » dans la LPC, définition à laquelle renvoie l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 (lors du rapport au Roi précédant l'adoption de cet arrêté royal, le contrat de commission a du reste et en tout état de cause été cité comme exemple de convention portant sur des instruments financiers et à laquelle s'appliqueraient les dispositions de la LPC. En réalité, précise ce rapport, ce sont tous les contrats portant sur de tels instruments qui seront concernés, pour autant qu'ils soient conclus entre un vendeur et un consommateur). Il ne convient

dès lors pas d'opérer une distinction que le législateur lui-même n'a pas opérée.

De même, l'article 2 du Code de commerce (Livre I, titre I) dispose que « La loi répute acte de commerce: (...) Toute opération de banque, (...) commission ».

Ce contrat, sans précision quant à d'éventuels liens avec d'autres, constituerait donc bien déjà, dans le chef du vendeur, un acte de commerce, en tant que tel visé par l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la LPC, rendu applicable lorsqu'il porte sur des valeurs mobilières ou des instruments financiers, en vertu de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, sans préjudice de l'exception invoquée par la défense (et résultant de l'alinéa 2 de cette dernière disposition, lorsque les pratiques dénoncées ont eu lieu durant la période de l'offre publique).

De même, s'agissant d'une banque comme la prévenue, une telle convention s'inscrit dans la réalisation de son objet social et correspond dès lors à la notion de « prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire » (article 2, 6<sup>o</sup>, de la LPMC). Les faits, à les supposer établis, demeureraient donc du point de vue du champ d'application matériel de la loi, toujours incriminés sous l'empire de la loi du 6 avril 2010 (la loi ancienne, soit celle en vigueur lors des faits, du point de vue de ce champ d'application matériel, est d'ailleurs plus restrictive, et donc plus favorable aux prévenus: il en sera donc fait application).

Cependant, les prestations de la prévenue, dans le cadre des faits des préventions E limitée et F rectifiée, ne sauraient même être limitées à ce commissionnement auquel la LPC s'applique en vertu de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, voire à une phase précontractuelle le précédant, et en quelque sorte distincte de ce dernier.

En effet, en l'espèce, quant à la nature concrète de la prestation de la prévenue Citibank auprès de ses clients, acquéreurs des valeurs visées aux préventions E limitée et F rectifiée, c'est en vain que cette prévenue, par voie de conclusions, dénie à son intervention auprès desdits clients la qualification de (service de) conseil en investissement.

Elle estime que le rôle de ses agents est seulement, dans le cadre d'une « phase précontractuelle », de procéder à des échanges d'informations « en vue de conclure (le) contrat de commissionnement ».

Outre les éléments relevés ci-avant, dont il ressort en tout état de cause que la prestation litigieuse correspond à la définition du «service», la cour ne saurait adhérer à pareille conception, *a minima*, du rôle d'un banquier normalement prudent et diligent. Du reste, les éléments communiqués par cette prévenue elle-même témoignent de l'existence, *in concreto*, d'une prestation de conseil auprès de ses clients, que cette dernière aille ou non de pair avec ce qu'elle qualifie de commissionnement. C'est dès lors bien d'une application directe de la LPC dont il est question, eu égard aux principes soulignés ci-avant, et non d'une extension de son champ d'application par le truchement de l'arrêté royal du 5 décembre 2000.

Par voie de conséquence, il n'y aura pas lieu de s'attacher à l'examen de la limitation *ratione temporis* apportée aux dispositions de cet arrêté royal, s'agissant des ventes réalisées en cours de période d'offre publique de valeurs mobilières.

L'approche à laquelle adhère la prévenue pour définir ses activités (et, plus largement, celles du banquier) apparaît ainsi totalement désincarnée, faisant fi de la réalité que recouvrait sa relation avec la clientèle: le plus souvent, la seule des deux parties – banque ou investisseur – qui est présumée connaître la nature exacte des produits financiers distribués, les caractéristiques précises (à commencer par l'identité) de l'émetteur, c'est bien la banque, à l'intervention de ses agents (à l'égard desquels une obligation de formation est d'ailleurs imposée à la banque sous cet angle, formation qui a été décrite par les agents de la prévenue, interrogés devant la cour en qualité de témoins). C'est du reste la banque qui décide de classer tel produit dans telle catégorie d'investissement, adaptée à tel profil d'investisseurs (ces derniers étant classés, chez la prévenue, de PI à P6, en application de critères que la loi impose à tout le moins actuellement).

S'il en était autrement, on n'aperçoit pas pour quel motif les agents de la banque devraient recevoir la moindre formation en matière de produits financiers.

Cherchant à minimiser le rôle qui fut celui de ses agents – et qui est celui légitimement attendu d'un professionnel des placements financiers comme une banque ou un banquier – la prévenue tente

de donner de ses clients une image, sinon biaisée, à tout le moins ne correspondant que très partiellement à la réalité: la prévenue essaye ainsi de les présenter comme ayant, «pour la majorité un profil d'investisseur supérieur à P1/P2» (et de citer l'exemple de banquiers, d'hommes d'affaires, voire de ministres...) et de sous-entendre que ce sont ces clients, en parfaite connaissance de cause, qui sollicitaient l'achat de tel ou tel instrument financier.

La présence, parmi ces clients, de telles personnes est certes établie, mais il n'en demeure pas moins qu'une clientèle aussi vaste que celle à laquelle furent vendus les produits structurés litigieux n'est pas uniforme. Il ressort ainsi de l'instruction d'audience et de l'audition, devant la cour, de plusieurs parties civiles, que celles-ci n'avaient pour la plupart pas un tel profil ou, à tout le moins, n'avaient pas la connaissance des marchés financiers que la prévenue leur prête.

La prévenue se contredit d'ailleurs puisque, dans le même temps, elle affirme que les produits litigieux n'étaient nullement complexes, ce qui sous-entend qu'ils pouvaient être distribués auprès de clients non initiés aux arcanes de la finance.

Enfin, surabondamment, la nuance qu'évoque cette prévenue entre relations contractuelles et précontractuelles, pour rejeter l'application de la LPC s'agissant de ces dernières, n'est elle-même plus pertinente depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2007<sup>(28)</sup> puisque, s'agissant de l'information à communiquer par les entreprises réglementées (celles-ci comprennent notamment les établissements de crédit de droit belge, au rang desquels la prévenue), l'article 8 de l'arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers, concerne les «clients de détail existants ou potentiels», ces derniers recouvrant la catégorie des interlocuteurs de la banque, lors d'une phase précontractuelle. On observe que, dès avant le 1<sup>er</sup> novembre 2007 déjà, des lois faisaient état d'une telle obligation à l'égard de clients potentiels (à titre d'exemple, encore qu'elle ne s'applique pas à la prévenue, on relèvera la disposition de l'article 15, § 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 22 mars 2006).

En réalité, et afin de ne pas mettre à mal le principe de prévisibilité de la loi pénale, la nature de

<sup>(28)</sup> Soit avant le début de la vente des produits financiers dénommés *Double opportunity note*, *Double opportunity note II*, *Double opportunity note V*, *Eurostoxx Growth Opportunity Note*, *Eurostoxx Lock-in Note*, *Eurostoxx Coupon Note*, *Inflation protected Note* et *Bondled Note*.

l'activité de la prévenue, dans le cadre des faits de la présente cause, doit se déterminer à la lumière des définitions prévues par la législation financière particulière en cette matière lorsque cette dernière est compatibles avec la LPC. La LPC se réfère d'ailleurs, à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, à «la législation relative aux opérations financières et aux marchés financiers» tandis que, de manière plus explicite encore, l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 précité définit les instruments financiers par référence à ceux «repris à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement».

Ainsi, l'activité de conseil en investissement elle-même s'entend dans ces réglementations d'une manière plus large que celle admise par cette prévenue en conclusions: «il peut s'agir d'une recommandation *ad hoc* personnalisée, qui ne porte pas nécessairement sur l'ensemble du portefeuille ou sur la stratégie du client. Il peut également s'agir d'une relation de conseil plus durable»<sup>(29)</sup>. S'agissant de la durée de la période infractionnelle pour la prévention E limitée et, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2007<sup>(30)</sup>, pour la prévention F rectifiée, ce commentaire a été traduit dans l'arrêté royal du 27 avril 2007, sous l'article 37 (soit le nouvel article 46 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement), qui définit dans les termes suivants l'activité de conseil en investissement: «la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande soit à l'initiative de l'entreprise d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers», tandis que la «recommandation personnalisée» consiste dans «une recommandation qui est présentée comme adaptée à cette personne, ou est fondée sur l'examen de la situation propre à cette personne, et qui recommande la réalisation d'une opération relevant des catégories suivantes: l'achat, la vente, la souscription, l'échange, le remboursement, la détention ou la prise ferme d'un instrument financier particulier; (...)».

En l'espèce, il est apparu des débats menés devant la cour et des informations transmises par

les plaignants ayant produit des pièces, que l'on se trouvait à tout le moins dans l'hypothèse visée à la première de ces branches: une recommandation *ad hoc* faite à des investisseurs, en l'occurrence souvent très prudents, demandeurs de produits financiers parmi les plus simples (comptes d'épargne, à terme, ...).

Dès lors, il ne saurait être question pour la prévenue de réduire son intervention à celle d'un vendeur au détail de produits exposés à la vente et qui seraient en quelque sorte choisis par le client, après un simple échange d'informations de bases (comme le prix à payer). Il apparaît d'ailleurs des déclarations de nombre de plaignants, dont les déclarations initiales (soit des pièces régulières en fonction des développements ci-avant), dès l'automne 2008, qui ne sauraient être jugées suspectes faute, à l'époque, de possibilité de concertation, que ceux-ci se rendirent auprès des agences de la prévenue afin d'ouvrir un compte d'épargne ou à terme.

Il y a à l'évidence dès lors bien eu prestation de conseil en investissement (même si celui-ci ne correspond pas nécessairement aux activités réglementées que sont, par exemple, la gestion de fortune, le conseil en placement au sens strict), consistant à avoir suggéré l'achat de tel avoir financier à tel client, en fonction de son profil d'investisseur. Relevant d'une conception de pareille relation banque-client par trop éloignée de la réalité, la doctrine citée par la prévenue<sup>(31)</sup> se méprend à cet égard en assimilant conseil en investissement, d'une part, et vente de valeurs mobilières ou gestion de fortune et conseil en placements, d'autre part: au contraire, le premier, entendu dans le sens d'un «service» tel que ceux définis à la LPC, ne saurait être réduit à ces derniers.

Ainsi, la prévenue elle-même a précisé que:

- «(La) distribution (de produits émis par d'autres institutions financières internationales réputées) se fait à la suite d'une sélection rigoureuse effectuée par les analystes de Citigroup à New York qui sélectionnent les émetteurs dont les produits pourront être proposés à la clientèle (...)» et «(la prévenue) a opté pour une architecture ouverte qui consiste à proposer les pro-

<sup>(29)</sup> Voy. le commentaire, lors du Rapport au Roi, de l'article 37 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers.

<sup>(30)</sup> Soit la date d'entrée en vigueur de l'article 37 de cet A.R. du 27 avril 2007.

<sup>(31)</sup> J.P. BUYLE, «Jugement Citibank», *Banking & Finance*, mars 2011, p. 35.

duits d'autres organismes financiers, en toute objectivité».

C'est donc bien la prévenue, compte tenu de son expertise, qui choisit les produits adaptés à tel marché, en vue de les proposer à sa clientèle.

- «La SBU Wealth est l'unité au sein de (la prévenue) qui, entre autres, est responsable de et coordonne l'offre sur le marché belge d'un large éventail de produits d'investissements offerts par (la prévenue) à ses clients, dont les obligations structurées de différents émetteurs». Cette déclaration témoigne du rôle actif de la banque dans la sélection des produits émis (et dont la valeur est le cas échéant garantie) par des tiers et qu'elle va ensuite présenter à ses clients. On ne saurait concevoir qu'une telle connaissance de la banque aille ensuite de pair avec une attitude purement passive, se limitant à communiquer au client une brochure promotionnelle voire à lui donner accès à un prospectus: du reste, nombre de plaignants ont déposé, à l'appui de leurs conclusions ou de leur plainte, des notes manuscrites d'agents de la prévenue, expliquant, schéma à l'appui, le fonctionnement des produits financiers offerts, leurs caractéristiques. Pareilles interventions et explications recouvrent un véritable service de conseil dans le choix de placements financiers.
- «(...) la majorité des employés et agents (de la prévenue) interrogés ont confirmé qu'ils considéraient personnellement ces produits financiers comme de bons produits recommandables à leurs clients».

Enfin, la hauteur non négligeable (*jusqu'à plusieurs milliers d'EUR*, correspondant à 2% de la transaction, lors de certaines souscriptions), des sommes perçues auprès des clients au titre de frais par la prévenue et de sa rémunération<sup>(32)</sup>, lors des transactions réalisées, témoigne de l'importance de son activité: s'il ne s'agissait que de vendre un produit à un client ne nécessitant pas, en règle, de conseil adapté à son niveau de connaissance en matière financière, on aperçoit mal comment justifier une telle rémunération de la banque qui, on le rappelle, n'était que le distributeur de titres émis par un tiers (la prévenue ne garantissant pas elle-même le capital).

<sup>(32)</sup> Voy. les conclusions de la prévenue à cet égard.

Dès lors, les pourparlers précédant la conclusion de vente de valeurs mobilières, en l'espèce, ne sauraient être réduits à une phase précontractuelle d'un contrat de commission. Il y a bel et bien eu un service consistant à conseiller le client, par exemple en lui suggérant, sur base de la connaissance qu'avait la banque des produits en cause et du profil de chaque investisseur (et, une fois encore, dans la majorité des cas, c'est bien la banque qui est la plus à même d'apprécier les risques et caractéristiques d'un produit, afin de le classer dans telle catégorie, adaptée à tel profil de client), d'investir en tout ou en partie dans ceux-ci plutôt que dans tels comptes d'épargne ou à terme, souhaités par nombre de plaignants.

C'est dès lors d'une application directe de la LPC dont il est ici question, eu égard aux principes soulignés ci-avant, et non d'une extension de son champ d'application par le truchement de l'arrêté royal du 5 décembre 2000.

Par voie de conséquence, la réserve résultant de l'article 2, alinéa 2, 1<sup>o</sup>, de cet arrêté royal (s'agissant des transactions réalisées pendant la durée de l'exposition, de l'offre ou de la vente publique relative à des instruments financiers soumis à l'obligation d'émission d'un prospectus approuvé ou reconnu par la FSMA ou dispensés de cette obligation) ne sera pas applicable. Il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les arguments de la prévenue s'y rapportant.

### 3.3. Application de la loi aux faits visés aux préventions E limitée et F rectifiée et imputabilité de ceux-ci

I. En l'espèce, il apparaît que les faits imputés à la prévenue Citibank sont intrinsèquement liés à la réalisation de son objet et ont été commis pour son compte.

Entre en effet dans l'objet d'une banque telle que la prévenue de conseiller les investisseurs – ses clients ou clients potentiels – en vue de les amener à acquérir les différents produits financiers qu'elle offre. Cette activité, on l'a dit, lui a permis d'encaisser des sommes importantes au titre de sa rémunération. Les faits ont donc bien été commis pour le compte de la prévenue, notamment (les agents ont pu, à travers l'augmentation de leurs résultats, également tirer un profit personnel indirect des ventes de produits structurés).

2. Tant l'infraction visée par l'article 102 de la LPC que celle reprise à l'article 103 de la LPC requièrent l'existence d'un dol général. Le recours – en l'espèce redondant – aux termes «de mauvaise foi», à l'article 103, n'implique en effet pas l'exigence d'un dol spécial ainsi que cela fut rappelé par la Cour constitutionnelle: «La mauvaise foi est établie notamment lorsque, étant donné les circonstances de fait dans lesquelles les actes ont été commis, leur auteur ne peut avoir aucun doute quant à leur caractère délictueux. La mauvaise foi ne suppose pas une intention particulière: il suffit que l'intéressé viole la loi en connaissance de cause et au détriment de ses concurrents ou des consommateurs»<sup>(33)</sup>. La Cour de cassation retient une interprétation similaire de la notion de «mauvaise foi»<sup>(34)</sup>.

Du point de vue de cet élément moral, selon la Cour de cassation «en cas d'infraction commise par une société, le dol est suffisamment établi par la constatation que les instances dirigeantes de celle-ci ont eu connaissance de l'intention de commettre l'acte culpeux et y ont consenti»<sup>(35)</sup>.

Dès lors, «la constatation du juge que la personne physique a commis une faute sciemment et volontairement ne suffit pas. Il doit constater également la faute dans le chef de la personne morale. La responsabilité pénale ne sera établie que si l'infraction résulte soit d'une décision prise sciemment et volontairement par la personne morale, soit d'une omission commise dans le chef de cette personne morale. Pour constater cet élément moral, le juge peut se baser sur les comportements des organes de direction de la personne morale ou de ses dirigeants, lesquels peuvent notamment être des personnes physiques»<sup>(36)</sup>.

Il ne s'agit en effet pas d'incriminer, dans le chef de la personne morale, tout comportement délictueux commis en son sein, par un organe ou un préposé, mais à l'insu de l'être juridique.

La cour observe qu'en l'occurrence, aucun des agents ayant vendu les produits litigieux aux parties civiles (ou à d'autres clients) n'a été poursuivi du chef, notamment, des faits visés aux préventions E limitée et F rectifiée. Certes, rien n'empêche le ministère public de décider, en opportunité, de

limiter les poursuites à certains prévenus, voire même à la personne morale seule.

Il appartient cependant à l'accusation de rapporter la preuve d'un dol propre, dans le chef de la personne morale elle-même, par exemple dans le chef de ses instances dirigeantes.

En l'espèce, la cour constate que pareille preuve n'est pas rapportée.

Si des agents de la prévenue ont certes pu prendre, à l'occasion de certaines transactions, des libertés *prima facie* étonnantes par rapport aux demandes d'investisseurs (soucieux d'obtenir un compte d'épargne ou un compte à terme) et à l'obligation de loyauté et de sincérité quant aux informations qu'ils ont communiquées, occultant à l'évidence des éléments aussi importants que la localisation à l'étranger de l'émetteur des titres et du garant, alors qu'il est certain que pareille information revêt un caractère important puisqu'en cas de matérialisation du risque (mentionné sur la documentation établie et remise aux clients, en règle; toutefois certains ne l'auraient apparemment même pas reçue, ce qui serait imputable à l'agent et non à la prévenue), il aurait fallu agir à l'étranger, ce qui pose des problèmes considérables (obstacles liés à la langue étrangère, à la nécessité de recourir aux services – souvent coûteux – d'un avocat étranger, à la distance elle-même,...), en revanche, aucun élément porté à la connaissance de la cour ne lui permet de considérer qu'il s'est agi là d'une politique organisée au sein de l'entreprise, sciemment et volontairement, voire simplement connue et acceptée.

Il n'est pas établi que les organes dirigeants de la prévenue auraient même été informés de telles pratiques qui, nonobstant le nombre de parties civiles, ont pu, en termes relatifs, ne concerner que quelques dizaines de transactions (sur des périodes infractionnelles de plusieurs mois et parmi plusieurs milliers de clients, selon les informations communiquées par la prévenue et qui n'ont pas été contredites par le ministère public).

Quant au co-prévenu S. F., les parties civiles se sont bornées à demander sa condamnation avec celle de la prévenue Citibank, sans exposer en quoi il aurait commis personnellement l'une des infrac-

<sup>(33)</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 1984-1985, n° 947/1, p. 51 (Cour const., arrêt n° 111/2010, B.5.2).

<sup>(34)</sup> Cass., 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 172; Cass., 26 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 209.

<sup>(35)</sup> Cass., 20 avril 2011, P.10.2026.F.

<sup>(36)</sup> Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N; Cass., 12 juin 2007, P.07.0246.N.

tions visées aux préventions E limitée et F rectifiée. Indépendamment de l'irrecevabilité des actions civiles à l'égard de ce prévenu (voy. ci-avant), ni le ministère public, ni les parties civiles n'ont apporté la preuve d'une faute dans son chef, susceptible d'engager sa responsabilité pénale ou, eu égard à ses relatives (à l'époque) fonctions dirigeantes, celle de la prévenue Citibank.

S'agissant des autres cadres de la prévenue, (y compris ceux poursuivis devant le premier juge mais non encore à la cause devant la cour) aucune preuve de cette nature n'est davantage rapportée, sur la base des pièces auxquelles la cour peut avoir égard.

En l'espèce, s'agissant des produits visés aux préventions (hors «Double opportunity note») et des reproches faits sous l'angle de la LPC (soit, d'une part, avoir fait croire au consommateur que le capital était garanti à 100% par la prévenue et, d'autre part, ne pas l'avoir informé correctement, sur les caractéristiques et la dégradation des produits en cause avant le 15 septembre 2008), et pour ce qui est du rôle des prévenus, la cour relève :

- que la documentation approuvée relative aux produits vendus et qui devait être remise par les agents de la prévenue est dépourvue d'équivoque quant au risque assumé à l'occasion de l'achat de ce qui demeure une créance sur l'émetteur, à ce titre soumise à un aléa,
- que ce n'est pas la prévenue qui garantissait le remboursement du placement, circonstance suffisamment précisée dans la documentation susvisée,
- que la prévenue n'assume pas, en vertu de la loi ou d'un contrat, d'obligation, sanctionnée pénalement, d'informer les investisseurs en cas de modification négative d'un élément tel que la solvabilité du garant (et donc, même pas de l'émetteur lui-même, *prima facie*, dans le cas d'espèce), tandis qu'une réduction d'un degré de la cote de ce garant auprès d'une agence de notation ne saurait être considérée, en soi, comme significative. Les témoins interrogés lors des débats devant la cour ont du reste fait des dépositions unanimes en ce sens : une défaillance du garant et de l'émetteur n'était pas sérieusement envisagée à l'époque,
- qu'il n'apparaît pas des pièces auxquelles la cour peut avoir égard (compte tenu de la circonstance que nombre de pièces et procès-verbaux sont irréguliers et doivent être écartés, comme indiqué ci-avant) que les agents de la prévenue

n'auraient pas été correctement formés et avisés de leurs obligations notamment en termes d'information à transmettre aux clients et aux clients potentiels, lorsqu'ils conseillaient l'achat des produits financiers en cause. Aucune faute structurelle ne saurait dès lors être reprochée à la plaignante de ce point de vue, à supposer même qu'un tel simple manquement suffise à engager la responsabilité pénale d'une personne morale au regard de la LPC.

La circonstance que, minimisant voire occultant totalement le risque (certes perçu comme très limité à l'époque) susvisé, certains agents de la prévenue Citibank ont à l'évidence insisté sur les seules caractéristiques positives (rendement, protection de l'investissement...) des investissements qu'ils conseillaient en présentant ceux-ci à certains clients de manière juridiquement et factuellement biaisée (en témoignent notamment plusieurs schémas présentant l'investissement et établis de la main de tels agents, documents qui furent produits lors des débats devant la cour) n'est pas, au regard des éléments ci-avant, de nature à engager la responsabilité *pénale* de la prévenue ou du prévenu S. F.

Il semble même, à suivre l'analyse des plaintes effectuée à la DGCM que certains responsables d'agences de la prévenue Citibank auraient pris l'initiative d'envoyer des mailings relatifs à des offres combinées de produits structurés émis par Lehman Brothers et de comptes à terme ou d'épargne non approuvés par le siège de Citibank Belgium s.a.

Ces faits, dans le chef de leurs auteurs, sont certes susceptibles de s'analyser en une faute à caractère civil voire pénal, compte tenu notamment des dispositions, applicables, de la LPC, mais on ne saurait les imputer pénalement aux prévenus sous peine de retenir une responsabilité pénale pour autrui, ce qui n'existe pas en droit pénal, sans préjudice toutefois de l'application éventuelle en matière civile en l'espèce, de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

Le fait que la prévenue Citibank se méprend, comme il a été exposé ci-avant (points 3.1 et 3.2), au sujet de la qualification de sa relation avec les investisseurs, parties civiles ou clients ayant acquis les titres en cause, et minimise à l'évidence son rôle, n'implique pas qu'*in concreto* elle aurait commis une faute constitutive de l'une des infractions visées aux préventions E limitée et F rectifiée, puisqu'il apparaît que c'est au niveau de cer-

tains agents en contact avec la clientèle que des reproches devraient être formulés à l'occasion de certaines transactions.

Les préventions E limitée et F rectifiée, ne sont établies ni en cause de la prévenue Citibank, ni en cause du prévenu S. F.

(...)

Par ces motifs,

La cour,

(...)

Acquitte les prévenus Citibank Belgium s.a. et S. F. des préventions A, B, D limitée, E limitée et F rectifiée (...).

(Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation)

## NOTE – Arrêt *Citibank*: la protection du consommateur par le biais du droit pénal

*“The system of banking we have both equally and ever reprobated. I contemplate it as a blot left in all our constitutions, which, if not covered, will end in their destruction, which is already hit by the gamblers in corruption, and is sweeping away in its progress the fortunes and morals of our citizens”*<sup>(37)</sup>.

Débuter ce commentaire par une citation du Président Thomas Jefferson peut sembler étrange mais permet de souligner l'existence d'un scepticisme ambiant envers le monde bancaire et financier depuis de nombreuses décennies déjà.

Qu'elle soit justifiée ou non, cette méfiance s'est trouvée renforcée en raison des crises qui ont secoué le paysage économique et financier. Et, à mesure que l'épargne des ménages s'est tournée vers les opérations bancaires et financières<sup>(38)</sup>, une prise de conscience s'est fait jour pour réglementer différemment des activités devenues complexes et protéger les investisseurs-consommateurs. «On n'a jamais autant discuté d'éthique, de morale et de déontologie que de nos jours où les risques de

dérive sont les plus grands, c'est-à-dire au cœur du système capitaliste néolibéral (...)»<sup>(39)</sup>.

Le présent article, qui sera complété par un second opus consacré à la protection du consommateur en droit de la consommation et en droit civil, est consacré à l'application des dispositions pénales contenues dans la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur du 6 avril 2010 (ci-après LPMC) aux «services» et aux «produits» financiers.

L'analyse sera réalisée à la lumière de l'affaire *Citibank* (jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010 et arrêt du 21 mai 2012) qui soulève la délicate question de l'applicabilité des réglementations protectrices des consommateurs au monde de la finance et qui est, dans une certaine mesure, symptomatique de la tendance consumériste de laquelle est empreint le droit bancaire et financier.

À la banalisation des opérations bancaires et financières a succédé un besoin de (re-) définir les contours des opérations et des services financiers. Les tendances consuméristes dont question ci-dessus ont engendré deux épiphénomènes: une inflation législative, souvent aux dépens d'une cohérence des législations, et une protection accrue de l'investisseur-consommateur de produits financiers.

En tout état de cause, la crise financière a mis en lumière l'absence de maîtrise des risques liés aux produits complexes tant par les investisseurs que par les financiers, ce qui a eu comme conséquence une remise en question globale des instruments de protection des investisseurs-consommateurs lésés. L'affaire *Citibank* fut l'occasion de confirmer que la LPMC pouvait constituer une base juridique solide en vue de renforcer la protection des investisseurs-consommateurs, notamment par son volet pénal.

### I. Introduction générale: mise en contexte

#### A. Première vague: crise des subprimes

Dans son film «Wall Street», sorti en 1987, le réalisateur Oliver Stone a voulu dénoncer les dérives de cette place financière et des traders

<sup>(37)</sup> Th. JEFFERSON, *Political Writings*, Letter to John Taylor (1816), Edited by Joyce Appleby & Terence Ball, Series Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, 1999, 623 p. (extrait: <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=308>).

<sup>(38)</sup> Ce que le professeur André Bruyneel nomme «la bancarisation du public». Voy. not. A. BRUYNEEL, «Observations sur la réforme (1988-1993) du droit bancaire et financier belge», *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 41.

<sup>(39)</sup> L. DABIN, *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 104.

qui y exercent leurs activités. Ce film, pour lequel l'acteur principal fut oscarisé, n'atteint pourtant pas son objectif et la place boursière resta l'emblème de la réussite dans la finance. Quelques années plus tard, en pleine crise financière, ce même réalisateur décida de sortir un second opus, «Wall Street II». Tenant compte de l'actualité financière du moment, il se proposa de baser son scénario sur la réalité, et plus particulièrement la chute de *Bear Stearns Companies Inc.*

Dans le courant de l'année 2008, éclate la première vague de la crise financière, connue sous le vocable « crise des *subprimes* », mais qui avait débuté aux États-Unis au cours du second semestre de 2006. Ce *Krach* des valeurs immobilières était dû, principalement, à la mise en évidence d'une surexposition des institutions financières américaines aux créances à risque que les emprunteurs n'étaient économiquement plus dans la possibilité d'honorer. La conséquence fut l'obligation, pour bon nombre des institutions exposées, de déprécier grandement la valeur de ces titres (valeur des actifs liés aux *subprimes*) mais également de tenter de relocaliser ces actifs contaminés, ce qui se révéla fort ardu. Le prêt interbancaire fut atteint, obligeant les banques centrales à injecter des liquidités afin de fluidifier ce marché.

### **B. Seconde vague : crise financière et boursière**

Fort logiquement, la seconde vague de cette crise financière et bancaire a débuté à l'automne 2008, lorsque les institutions financières et bancaires furent amenées à constater leur exposition massive aux actifs toxiques issus de la crise du marché hypothécaire américain. Les premières institutions touchées furent *Bear Stearns Companies Inc.* (mars 2008), *Fanny Mae* et *Freddie Mac*, toutes actives dans le refinancement hypothécaire et dans la titrisation de produits complexes (ex. *Asset-backed securities*, *Residential mortgage backed securities*, *Collateralised debt obligations*). Le risque de faillite de celles-ci a conduit les autorités américaines à les sauver, avec l'aide de certaines institutions financières. Ainsi, la première citée fut sauvée par *JPMorgan Chase*, avec le soutien de la Réserve Fédérale américaine (FED).

Afin d'endiguer cette pandémie, et les faillites consécutives, le Secrétaire au Trésor américain *Henry Paulson* et le Président de la Réserve fédé-

rale (FED) *Ben Bernanke* ont dû prendre des décisions rapides et souvent symboliques. L'une d'entre elles fut de savoir si l'objectif, à terme, était de sauver toutes les institutions financières qui demanderaient l'aide, la garantie ou le refinancement par le Trésor américain (rachat des actifs toxiques ou prise de participation dans leur capital). La réponse fut apportée par la suite dans la mise sur pied du plan *Paulson* ou *Emergency Economic Stabilization Act of 2008 – H.R. 1424*. Néanmoins, avant l'entrée en vigueur de celui-ci, une autre institution fut contrainte d'annoncer son risque de faillite : la société *Lehman Brothers Holdings Inc.*

*Lehman Brothers*, également active dans les crédits et la titrisation immobilière, fut fortement exposée à la crise des *subprimes*. Dès août 2007, elle décide de vendre des actifs afin de redresser sa situation financière et contrer la chute de son cours boursier (le cours est passé de 85 USD au premier semestre 2007, à 3,65 USD le jour de la convocation de la réunion par le Secrétaire au Trésor le 13 septembre 2008). Néanmoins, il fallut constater que cette opération ne suffirait pas à redresser sa situation et la confiance des marchés. Les autorités Fédérales (*Treasury*, FED et Banque centrale de New York) furent, en conséquence, contactées par *Lehman Brothers* afin de bénéficier d'une aide similaire à celle qui a permis à *Bear Stearns*, *Fanny Mae* et *Freddie Mac* d'être sauvés. Les observateurs économiques ne furent pas étonnés de cette demande d'intervention et, se basant sur le principe du « Too big to Fail », estimèrent que le Gouvernement allait agir rapidement. Néanmoins, la décision fut toute contraire.

Le samedi 13 septembre 2008<sup>(40)</sup>, l'actuel Secrétaire au Trésor américain *Timothy F. Geithner*, alors Président de la *Federal Reserve Bank of New York* – la plus importante des banques centrales régionales américaines (formant la FED ou *Federal Reserve System*) – convoqua une réunion urgente et exceptionnelle à 18 heures au cœur de Wall Street. Les participants à cette réunion étaient les principaux créanciers de Wall Street ainsi que des représentants étrangers, tels la *Royal Bank of Scotland*. Se côtoient autour de la même table, les CEO de *Goldman Sachs*, *JPMorgan Chase*, *Morgan Stanley*, *Merill Lynch*, *Bank of NY Mellon* et *Citigroup*.

<sup>(40)</sup> *The New York Times*, « US gives banks urgent warning to solve crisis », 13 septembre 2008, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2012 en ligne.



La convocation du Président Geithner avait un double objectif. D'une part, annoncer que le Trésor n'allait pas participer au sauvetage de Lehman Brothers, ce qui conduirait inexorablement à une mise sous *Chapter II* dès le lundi matin et, d'autre part, demander à ses interlocuteurs si l'impact d'une telle faillite éventuelle était maîtrisable.

Le lundi 15 septembre 2008, le CFO de Lehman Brothers, Ian T. Lowitt, soumettait à la United States Bankruptcy Court du Southern District of New York la demande de mise sous concordat américain («Chapter II du U.S. Bankruptcy Code»)<sup>(41)</sup>:

«I, Ian T. Lowitt, a duly authorized officer of Lehman Brothers Holdings Inc., a Delaware corporation (the "Company"), hereby certify that at a special meeting of the Board of Directors (the "Board") for the Company, duly called and held on September 14, 2008, the following resolutions were adopted in accordance with the requirements of the Delaware General Corporation Law and that these resolutions have not been modified or rescinded and are still in full force and effect as of the current date. RESOLVED, that in the judgment of the Board, it is desirable and in the best interests of the Company, its creditors, employees, and other interested parties that a petition be filed by the Company seeking relief under the provisions of chapter II of title 11 of the United States Code (the "Bankruptcy Code")»<sup>(42)</sup>.

Notons que cette procédure, très utilisée aux États-Unis, consiste en la mise sous protection de la société vis-à-vis des créanciers sans engendrer, de *facto*, de mise en faillite. Le même jour, Merrill Lynch évita le même sort en étant rachetée par la Bank of America.

La mise sous *Chapter II* de Lehman Brothers, dont les activités seront rachetées au fur et à mesure par Barclays, Nomura ou encore des fonds d'investissement, est considérée comme un des événements majeurs de la crise financière de 2008.

En Europe, dès le lundi 15 septembre 2008, l'annonce de la mise sous concordat de Lehman Brothers fit l'effet d'une bombe. Non seulement une telle «faillite» n'était pas prévue, mais très rapidement la vérification quant à l'exposition<sup>(43)</sup> à Lehman Brothers devint impérative.

Dans la présente affaire, les produits proposés par Citibank Belgium s.a. (mais également par la Deutsche Bank) furent émis par une filiale de Lehman Brothers US, Lehman Brothers Treasury BV, dont la faillite a été prononcée par le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam le 8 octobre 2008. La société américaine était garante de cette émission.

En Belgique, des plaintes furent très rapidement déposées à la suite de l'annonce de cette mise sous *Chapter II* étant donné que le risque de non-remboursement des *Notes* (obligations structurées) – ou créances – fut rapidement soulevé. Ces plaintes furent déposées tant auprès de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation (DGCM), que du Service de Médiation Banques-Crédit-Placements (*cf.* Rapport annuel 2009)<sup>(44)</sup>. En réaction à ces demandes, la grande majorité des institutions belges concernées décidèrent de proposer des transactions ou des compensations aux investisseurs concernés<sup>(45)</sup>. Néanmoins, deux institutions n'ont pas pris directement cette voie (Citibank Belgique et Deutsche Bank).

## **II. L'affaire Citibank**

### **A. Genèse de la procédure**

En Belgique, auprès de Citibank Belgium, près de 4.000 personnes ont investi, directement ou indirectement, dans des produits structurés Lehman Brothers. Les plaintes déposées furent traitées par la DGCM, instituée auprès du SPF Économie, autorité de surveillance pour les réglementations qui protègent le consommateur.

Le 3 décembre 2008, au vu du nombre de plaintes de même nature, et tenant compte du fait que d'autres infractions furent constatées

<sup>(41)</sup> [http://www.lehman.com/press/pdf\\_2008/091508\\_lbhi\\_chapterII\\_announce.pdf](http://www.lehman.com/press/pdf_2008/091508_lbhi_chapterII_announce.pdf).

<sup>(42)</sup> <http://dm.epiq11.com/LBH/Document>.

<sup>(43)</sup> Voluntary Petition (Chapter 11), Order for Relief Entered. Filed by Harvey R. Miller of Weil, Gotshal & Manges, LLP on behalf of Lehman Brothers Holdings Inc. <http://dm.epiq11.com/LBH/Docket#Debtors=1906&RelatedDocketId=&ds=true&maxPerPage=25&page=1181>.

<sup>(44)</sup> Rapport, p. 16; <http://www.ombfin.be/Downloads/RA2009.pdf>.

<sup>(45)</sup> <http://www.lalibre.be/economie/actualite/article/452583/ethias-rembourse-les-produits-lehman-brothers.html>; <http://www.lalibre.be/economie/actualite/article/452583/ethias-rembourse-les-produits-lehman-brothers.html>; <http://www.ageas.com/en/Pages/questions.aspx>; <http://www.nateus.net/mailings/info/FinActualiteitBijlageNL.pdf>; <http://www.deltalloydlife.be/FR/news/detail.aspx?uri=tcm:22-27880>.

par les services de la DGCM pour lesquelles ils ne sont pas compétents, ce service prit la décision de dénoncer les faits au Procureur du Roi de Bruxelles afin qu'il puisse poursuivre globalement l'enquête concernant l'ensemble de ces faits. Une information fut ouverte et confiée, sur réquisitoire du Procureur du Roi, aux services de la DGCM. À la suite de celle-ci, citation fut lancée devant le tribunal correctionnel à l'encontre des quatre prévenus: la personne morale Citibank Belgium s.a., M. J. de P.F., Directeur général de la banque, M. B. B., ancien Directeur juridique de la banque ainsi que M. F. S., actuel directeur juridique.

En janvier 2010, Citibank Belgium proposa une transaction à ses clients:

«Citibank Belgium et Deminor ont annoncé aujourd'hui être parvenus à un accord offrant une solution aux clients de Citibank Belgium ayant souscrit à des obligations émises et garanties par Lehman Brothers et distribuées par l'intermédiaire de Citibank Belgium, et ceci dans le cadre d'une transaction globale. L'offre de transaction prévoit, sous certaines conditions, le paiement en espèces de 65% de la valeur nominale des obligations Lehman Brothers auxquelles les clients de Citibank Belgium ont souscrit par l'intermédiaire de Citibank Belgium. De plus, les clients auront la possibilité de placer le montant payé en espèces sur un compte bloqué à terme fixe de 3 ans avec capitalisation automatique des intérêts auprès de Citibank Belgium, à un taux annuel brut de 5,3%. Cette offre de transaction prévoit également une renonciation générale à toute action contre, entre autres, Citibank Belgium et un transfert des obligations Lehman Brothers à Citibank Belgium ou à une société liée. L'offre de transaction peut être acceptée à partir du 7 janvier 2010, et restera valable jusqu'au 18 février 2010 à 17 heures. Elle sera proposée par courrier personnalisé adressé à tous les clients éligibles».

Toutes les personnes déclarées lésées ou constituées partie civile, ont accepté cet accord, à l'exception de 63 d'entre elles. Quant à la Deutsche Bank, qui fut également poursuivie par le parquet de Bruxelles, elle transigea en 2011 avec ce dernier, ce qui a conduit à l'extinction de l'action publique.

## B. Préventions retenues

Le Parquet décida, suite à l'enquête confiée à la DGCM, de citer directement les prévenus devant la 61<sup>e</sup> chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles. Six préventions furent retenues:

1. *prévention A*: abus de confiance;
2. *prévention B*: blanchiment des avantages patrimoniaux tirés des infractions A, C, D, E et F;
3. *prévention C*: infractions à la loi «prospectus» (loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés);
4. *prévention D*: infractions à la loi «Willems» (loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et la distribution d'instruments financiers);
5. *préventions E et F*: infractions à la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur du 14 juillet 1991.

Les préventions A et B ne seront pas étudiées dans le présent commentaire, tenant compte du constat par la cour d'appel de Bruxelles de l'absence de tous les éléments constitutifs de ces infractions.

## C. Epilogue

En novembre 2009, une procédure particulière fut intentée par l'une des parties civiles qui estimait qu'un mandataire *ad hoc* devait être désigné par le tribunal afin de représenter Citibank Belgium. Le tribunal refusa une telle nomination et un appel fut interjeté contre son ordonnance du 2 décembre 2009. La cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt le 9 novembre 2011 et a annulé la décision du tribunal estimant que la question aurait dû bénéficier d'un débat contradictoire et faire l'objet d'un jugement prononcé en audience publique. Durant cette procédure d'appel, le procès au fond n'avait pas été suspendu.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2010, le jugement Citibank fut rendu par le tribunal correctionnel de Bruxelles <sup>(46)</sup>

Le 15 décembre 2010, M.F. et Citibank décidèrent d'interjeter appel de ce jugement. En outre, il décida de maintenir l'offre transactionnelle <sup>(47)</sup> aux 2% de clients toujours en procédure.

<sup>(46)</sup> Ce jugement a été publié: Corr. Bruxelles (61<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> décembre 2010, *Dr. banc. fin.*, 2011/III, pp. 127 à 140.

<sup>(47)</sup> L'offre de transaction comprend, sous certaines conditions, un paiement en liquide de 65% de la valeur nominale des notes Lehman Brothers achetées par les clients de Citibank Belgium par l'intermédiaire de Citibank Belgium. Les clients se verront par ailleurs offrir l'opportunité de placer le montant du paiement en liquide sur un compte à terme à 3 ans avec capitalisation automatique des intérêts, assorti d'un taux d'intérêt annuel brut de 5,3%.

### III. L'arrêt de la 11<sup>e</sup> chambre de la cour d'appel de Bruxelles

#### A. Introduction

Le 15 décembre 2010, Monsieur F. S. et la société Citibank Belgium ont interjeté appel contre le jugement rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2010 par le tribunal correctionnel de Bruxelles. Dès le lendemain, cet appel fut suivi de celui du ministère public et des parties civiles.

Dans la présente partie du commentaire, nous analyserons l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 21 mai 2012.

Compte tenu de ce que la cour d'appel confirme, sans surprise, le jugement d'acquiescement rendu par le tribunal correctionnel en ce qui concerne les préventions A (détournement de fonds), B (blanchiment) et D (loi Willems), nous nous limiterons à l'analyse des préventions C (loi « Prospectus ») et E/F (LPC/LPMC).

Nous en profiterons également pour reprendre les notions essentielles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales.

Il convient de noter que 40 des 63 parties civiles et le parquet général se sont pourvus en cassation à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel qui acquitte, *in fine*, les deux prévenus.

#### B. Effet dévolutif et notion d'évocation

Une des premières questions qui devait être tranchée par la cour d'appel fut celle liée à l'ordonnance du 2 décembre 2009 et l'appel visant à désigner un mandataire *ad hoc* représentant Citibank Belgium (*cf.* II. D. Epilogue, ci-avant).

La cour d'appel détermine dans un premier temps l'étendue de sa saisine, en examinant l'éventuelle incidence sur celle-ci des appels introduits contre l'ordonnance avant dire droit du 2 décembre 2009 et de l'arrêt rendu par la cour

d'appel du 9 novembre 2011 annulant ce jugement (*cf.* II. D. Epilogue, ci-avant).

L'appel, qu'il soit dirigé contre une mesure avant dire droit ou un jugement définitif, a un effet suspensif et un effet dévolutif.

Conformément à l'article 203, § 3, du Code d'instruction criminelle, l'exécution d'un jugement est ainsi tenue en suspens pendant le délai d'appel et, à partir du moment où l'appel a été formé, jusqu'à la décision du juge d'appel. Toutefois, les jugements sur l'action publique autres que ceux qui portent condamnation, acquittement ou absolution et les jugements sur l'action civile peuvent être déclarés exécutoires provisoirement, nonobstant appel, par une disposition spécialement motivée.

L'effet dévolutif signifie que le juge d'appel est saisi dans les limites de l'acte d'appel. Il ne peut dès lors statuer sur des dispositions du jugement qui n'ont pas fait l'objet de l'appel, ni à l'encontre de personnes qui ne se sont pas pourvues en appel ou contre lesquelles aucun appel n'est dirigé<sup>(48)</sup>.

L'article 215 du Code d'instruction criminelle prévoit une dérogation à cet effet dévolutif. Le juge d'appel saisi de l'appel portant sur un jugement préparatoire ou d'instruction doit évoquer la cause s'il annule ce jugement, dès lors que cette annulation ou cette réformation n'est pas fondée sur l'incompétence du premier juge ou sur la circonstance que ce dernier n'était pas légalement saisi de la cause<sup>(49)</sup>.

Le juge qui est amené à évoquer l'ensemble de la cause doit statuer sur l'ensemble de ses aspects comme aurait été appelé à le faire le premier juge s'il n'avait pas été dessaisi suite à l'appel. Le juge d'appel doit dès lors statuer sur des questions qui n'avaient pas encore été tranchées par le premier juge en dérogation au principe du double degré de juridiction<sup>(50)</sup>.

L'évocation ne peut toutefois avoir d'effet qu'à l'égard des parties qui se sont pourvues en appel ou contre lesquelles un appel est interjeté, peu

<sup>(48)</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, 909; H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., Bruges, La Chartre, 2010, p. 1224.

<sup>(49)</sup> H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1230. Sur la notion d'évocation, voy. également D. SPIELMANN, «Évocation et double degré de juridiction», *J.T.*, 1993, pp. 269-270; J. KERKHOF, «Evocatie ingevolge 215 van het wetboek van strafvordering: het begrip iets vaster omlijnd? Kanttekeningen bij het arrest van het Hof van cassatie van 4 april 2006», *T. Strafr.*, 2007, liv. I, 14-21; R. SWENNEN, «L'évocation», *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, liv. 12, pp. 1223-1225; N. BAUWENS, «Evocatie ingevolge artikel 215 van het wetboek van Strafvordering: een weinig vast omlijnd begrip», *R.W.*, 1983-84, 753-776.

<sup>(50)</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 928.

importe que le jugement attaqué contienne la même illégalité à l'égard d'autres parties<sup>(51)</sup>.

La cour d'appel constate que l'ordonnance du premier juge du 2 décembre 2009 refusant la désignation d'un mandataire *ad hoc* ne prévoit pas, par une disposition spécialement motivée, l'exécution provisoire de cette décision, nonobstant appel.

Dès lors, le tribunal correctionnel était tenu de surseoir à statuer au fond pendant le délai d'appel, ensuite durant l'instance d'appel<sup>(52)</sup> (soit à partir du moment où les appels ont été introduits jusqu'à la décision de la cour d'appel du 9 novembre 2011).

La cour d'appel conclut le 4 décembre 2009 que le tribunal correctionnel a commis un excès de pouvoir dans la mesure où il a continué l'examen de la cause dont il n'était plus saisi. La cour en déduit les conséquences suivantes :

- la nullité du jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010;
- la nullité de tous les devoirs accomplis par le premier juge, notamment les auditions de témoins, des procès-verbaux les consignants ou retranscrivant le contenu des enregistrements<sup>(53)</sup>;
- l'impossibilité pour la cour d'appel d'avoir égard aux pièces déposées devant le premier juge par les parties civiles;
- l'irrecevabilité des constitutions de partie civile formées devant le premier juge;
- l'irrecevabilité des demandes formées par conclusions devant la cour d'appel par les personnes qui ne se sont constituées partie civile que devant le premier juge.

Dès lors que le premier juge ne pouvait accueillir valablement les constitutions de partie civile et que, par conséquent, les demandes formées en degré d'appel par voie de conclusions par les personnes qui ne se sont constituées partie civile que devant le premier juge, sont irrecevables, les demandes des personnes s'estimant préjudiciées devaient se formaliser, selon la cour, par des constitutions de partie civile déposées avant la clôture des débats devant celle-ci.

En principe, une constitution de partie civile ne peut être reçue – pour la première fois – en degré

d'appel<sup>(54)</sup>. La Cour de cassation a toutefois admis la possibilité pour une personne de se constituer pour la première fois partie civile devant la juridiction d'appel lorsque le premier juge n'a pas statué sur le fond de l'affaire et que la juridiction d'appel a évoqué la cause<sup>(55)</sup>.

Ainsi, lorsqu'une personne n'a pas eu la possibilité de se constituer partie civile devant le tribunal correctionnel saisi de l'action publique parce que celui-ci, sans aborder le fond, a rendu un jugement avant dire droit et que, ce jugement ayant été annulé sur l'appel d'une partie, la cour d'appel a évoqué la cause, ladite personne lésée est encore recevable à se constituer partie civile en degré d'appel.

La cour d'appel estime que cette hypothèse se retrouve, en partie, dans l'affaire qui lui est soumise, sans préjudice de l'absence d'effet découlant de l'évocation.

Dans la présente affaire, les personnes lésées se sont bien constituées partie civile devant le premier juge, mais ces constitutions n'étaient pas, selon la cour, valables car celles-ci ont été accueillies en violation de l'effet suspensif des appels dirigés contre le jugement du 2 décembre 2009.

En outre, la cour d'appel constate que l'évocation découlant de l'arrêt du 9 novembre 2011 annulant le jugement avant dire droit du 2 décembre 2009 est dépourvue d'effet. En principe, la cour d'appel, réformant ainsi une décision avant dire droit, aurait dû se saisir de l'ensemble de la cause conformément à l'article 215 du Code pénal et trancher le fond de l'affaire (uniquement à l'égard des parties qui se sont pourvues en appel ou contre lesquelles un appel est introduit).

En l'espèce, le tribunal correctionnel a poursuivi l'examen de la cause, nonobstant les appels intervenus contre la décision avant dire droit et a rendu un jugement sur le fond de l'affaire en date du 1<sup>er</sup> décembre 2010, contre lequel différents appels ont été interjetés.

La cour d'appel fut dès lors, en raison de l'effet dévolutif des appels dirigés contre le jugement rendu sur le fond du 1<sup>er</sup> décembre 2010, saisie du fond

(51) Cass., 4 mai 2006, *NjW*, 2007, 363, note S. BOUZOUMITA.

(52) *R.P.D.B.*, v° « Appel en matière répressive », Complément, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 262.

(53) Cette annulation ne porte toutefois pas, selon la cour d'appel, atteinte au droit, pour la défense des prévenus, de se prévaloir de ces devoirs et du contenu de telles auditions.

(54) H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 263.

(55) Cass., 20 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, 193; Cass., 11 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 484; *R.P.D.B.*, v° « Appel en matière répressive », Complément, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 342, 901 à 904.

de l'affaire (dans les limites des appels). La saisine de la cour d'appel, dans le cadre de cette seconde procédure en appel, étant antérieure<sup>(56)</sup> à l'arrêt du 9 novembre 2011 annulant la décision avant dire droit, l'évocation consécutive à cet arrêt n'a pu avoir d'effet.

Il convient en effet de distinguer effet dévolutif et évocation. Dans le cadre d'un appel contre un jugement avant dire droit, la saisine de la juridiction d'appel est limitée par les dispositions attaquées. La juridiction d'appel ne sera saisie du fond de l'affaire que dans le cas et à partir du moment où elle annule le jugement avant dire droit, conformément à l'article 215 du Code d'instruction criminelle. La cour d'appel, dans le cadre de la procédure d'appel dirigée contre la décision avant dire droit, n'était donc pas encore saisie du fond de l'affaire lorsque les appels ont été interjetés contre le jugement rendu sur le fond du 1<sup>er</sup> décembre 2010, lesquels ont saisi la cour du fond.

La cour d'appel estime que suite à l'annulation de l'ordonnance du 2 décembre 2009 et du jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010, elle est saisie, dans les limites des appels, comme l'avait été le premier juge, de sorte que les parties civiles – qui n'ont pu se constituer valablement devant le premier juge en raison de la violation de l'effet suspensif de l'appel – peuvent se constituer valablement devant elle.

### C. La loi du 16 juin 2006 (« loi prospectus »)<sup>(57)</sup>

Les préventions retenues à l'encontre de Citibank Belgium et ses dirigeants dans le cadre de la loi prospectus concernaient les articles 60 et 69, 2<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, de la loi, « à savoir avoir utilisé des documents promotionnels dans le cadre de la commercialisation des produits financiers structurés (...) sans l'approbation préalable de la Commission Bancaire Financière et des Assurances (CBFA) ».

Compte tenu du fait que la cour et le tribunal arrivent à un résultat totalement différent, il nous a semblé intéressant de reproduire brièvement le raisonnement du premier juge pour ensuite évoquer certaines questions que soulève la matière.

#### i. Le jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010

Il convient de noter que, en dépit de ce que laisse à penser la rédaction des préventions, les infractions retenues visent tant l'utilisation de documents à caractère promotionnel dans le cadre de la commercialisation de produits financiers (articles 60, 69, 2<sup>o</sup>, 69, 5<sup>o</sup> et 69, 8<sup>o</sup>, de la loi), que la question de savoir à qui incombait la responsabilité de la publication préalable d'un prospectus et son éventuelle adaptation (article 69, 4<sup>o</sup>, de la loi). Cette dernière question et l'analyse qu'en a faite le tribunal suscitent de nombreuses réserves sur lesquelles il ne nous appartient cependant pas de revenir dans le cadre du présent commentaire.

Signalons à tout le moins qu'il semble que les prospectus concernés avaient vraisemblablement été approuvés par l'autorité de contrôle irlandaise (IFSRA), conformément à la directive européenne 2003/71 du 4 novembre 2003<sup>(58)</sup> et bénéficiaient en conséquence du « passeport européen » permettant une « libre circulation » au sein de l'Union européenne, moyennant notification à l'autorité de contrôle du pays d'accueil (*cf.* art. 38 de la loi prospectus).

Quant aux dispositions relatives à l'utilisation de documents promotionnels, il ressort du jugement que les prévenus ont diffusé des communications à caractère promotionnel qui ne furent pas autorisées par la CBFA (actuelle FSMA) (articles 60, 69, 2<sup>o</sup> et 69, 8<sup>o</sup>, de la loi prospectus) ainsi que des communications à caractère promotionnel différentes de celles qui furent approuvées par ce régulateur (article 69, 5<sup>o</sup>, de la loi prospectus).

#### a) La violation des articles 60, 69, 2<sup>o</sup> et 69, 8<sup>o</sup>, de la loi

Le tribunal constate que quatorze communications à caractère promotionnel furent utilisées dans le cadre de la commercialisation des obligations structurées Lehman Brothers et ce, sans avoir été soumises, préalablement à leur diffusion, à l'approbation de la CBFA. Les prévenus, reconnaissant l'absence de transmission à la CBFA, opèrent une distinction entre, d'une part, les *fact sheets* approu-

<sup>(56)</sup> Les appels contre le jugement rendu sur le fond ont été interjetés les 15 et 16 décembre 2010.

<sup>(57)</sup> La loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instrument de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *M.B.*, 21 juin 2006.

<sup>(58)</sup> Directive (CE) n° 2003/71 du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, modifiant la directive 2001/34/CE, *J.O.U.E.* L 345, 31 décembre 2003, p. 64.

vés préalablement par la CBFA et, d'autre part, les *flyers* et lettres d'accompagnement qui ne le furent pas. Néanmoins, les prévenus estimaient qu'une communication préalable n'était pas nécessaire étant donné que ces *flyers* et lettres d'accompagnement n'étaient que de simple «copier-coller» des *facts sheets* approuvés.

L'article 11 de la loi prospectus définit une «communication à caractère promotionnel» comme étant toute «annonce relative à une offre publique spécifique d'instruments de placement ou à une admission d'instruments de placement à la négociation visant à promouvoir spécifiquement la souscription ou l'acquisition de ces instruments de placement, quel que soit le support utilisé». De ce fait, tenant compte de l'obligation de soumettre ce type de communication au contrôle de la FSMA (art. 60), aucune distinction n'est réalisée entre les types de communication. Les *flyers*, par exemple, ont un format propre, un type d'écriture ou de mise en valeur de passage qui n'est pas identique à celui du *fact sheet*.

À la suite de cela, le tribunal se pose la question de savoir si l'argument tiré d'une absence de sanction, ou même d'objection, de commentaire ou de prise de position de la CBFA peut engendrer une présomption de conformité et donc, une impossibilité d'appliquer la sanction pénale. Le tribunal considère, à juste titre, que la compétence de la CBFA et celle des instances judiciaires sont indépendantes. Le contrôle exercé par la CBFA suivant l'article 60 est, en cela, une disposition autonome.

Enfin, les prévenus exposent qu'aucune des 116 personnes auditionnées par la DGCM n'a déclaré avoir été induite en erreur par la lecture d'un *flyer* ou d'une lettre d'accompagnement. Le tribunal relève que l'établissement de l'infraction pénale en cause ne nécessite que la seule soustraction de matériel promotionnel à la procédure d'examen tel que sanctionnée par l'article 69, 2°, de la loi prospectus.

En conséquence, le tribunal décide de se prononcer sur la culpabilité de la personne morale, d'une part, et des prévenus, personnes physiques, d'autre part.

En premier lieu, le tribunal constate qu'aucune des personnes physiques n'a posé personnellement un acte matériel en lien avec ces infractions. Dès lors, le tribunal les acquitte. Ensuite, concernant la prévenue Citibank Belgium, le tribunal constate que certains documents promotionnels liés à des

produits structurés Lehman Brothers furent soumis à l'approbation préalable de la CBFA. En outre, une institution financière comme Citibank ne peut ignorer les règles énoncées par une législation comme celle en cause. En conséquence, le tribunal estimant que les manquements des départements chargés des relations avec la CBFA et *compliance* impliquent une volonté délibérée de la part de la prévenue de ne pas soumettre les documents en cause au contrôle requis, il la condamne.

#### b) La violation de l'article 69, 5°, de la loi

Le tribunal se penche ensuite sur l'application de l'article 69, 5°, de la loi prospectus qui réprime la publication d'une communication à caractère promotionnel sciemment incomplète ou inexacte pouvant induire l'investisseur en erreur sur le patrimoine, la situation financière, les résultats, les perspectives de l'émetteur ou sur les droits attachés à ce produit financier.

Dans son réquisitoire, le ministère public fait grief à Citibank Belgium de ne pas avoir tenu compte, dans les communications à caractère promotionnel effectuées, de la dégradation de la note de l'émetteur Lehman Brothers, et ce, dès le 2 juin 2008 (date de la dégradation de la note par l'agence Standard & Pours). Or, une telle information peut être considérée comme susceptible de modifier la décision de l'investisseur.

Selon le tribunal, l'*Inflation Protected Note* fut distribuée par la prévenue Citibank Belgium entre le 2 et le 25 juin 2008, cette dernière mettant, durant cette période, à disposition du public le prospectus ainsi que les documents promotionnels y afférents. Entre le 2 et le 13 juin 2008, période de souscription du produit, les trois agences de notation ont dégradé la note de Lehman Brothers. Ceci indique, selon le tribunal, que de manière indépendante, il fut jugé que le risque lié au non-remboursement de cette créance (*Note*) fut mis en exergue alors même que le produit était maintenu tel quel à la souscription.

Cette affirmation est renforcée par la présence dans le dossier répressif de documents internes prouvant que, dès le 5 juin 2008, le département *SBU Wealth* de Citibank Belgium était bien informé de cette dégradation de la note de Lehman Brothers et que la décision fut prise de ne pas modifier la politique de distribution.

Les prévenus, personnes physiques, soutiennent qu'ils ne furent informés de cette dégradation qu'en

septembre 2008. Le tribunal considère cependant qu'étant membres du comité de *management* de la banque qui se réunissait deux fois par mois, notamment les 3 et 17 juin 2008, ils devaient de fait en avoir été informés par le chef du département *SBU Wealth*.

Enfin, le tribunal estime que le retrait des produits en cause des canaux de distribution dès le mois de juillet 2008 indique que le *management* avait conscience du risque inhérent au maintien de la vente de ceux-ci.

En conséquence, les documents promotionnels contenaient des informations inexacts ou incomplètes connues du comité de direction.

Le tribunal condamne, en conséquence, les trois prévenus, personnes physiques, ainsi que la prévenue Citibank Belgium s.a.

## ii. Arrêt de la cour d'appel du 21 mai 2012

À l'occasion de son analyse de la prévention relative aux manquements à la loi prospectus, la cour d'appel indique que «à les supposer établis, [ils] n'ont été mis en évidence qu'en raison des actes d'information déclarés nuls au motif qu'ils constituent une violation du droit au silence des prévenus» et en conclut que les poursuites relatives à cette prévention ne sont pas recevables.

Notons que la Cour effectue, afin d'établir cette conclusion, une distinction intéressante entre une menace de sanction en fonction que celle-ci émane d'une enquête administrative ou d'une enquête pénale. La Cour de cassation étant saisie partiellement de cette question, nous ne nous prononçons pas plus en avant.

Alors que le premier juge avait estimé les poursuites recevables après avoir examiné si, *in casu*, les mesures coercitives exécutées avaient compromis de manière irréparable l'équité de la procédure, la cour d'appel se borne à avancer que la menace d'appliquer des sanctions pénales constitue une

atteinte grave au droit de ne pas collaborer à l'enquête et partant, au droit au silence.

Au stade du commentaire, en l'absence du dossier répressif complet, il nous est difficile, voire impossible, de corroborer ou d'infirmer la position prise par la cour d'appel. En outre, la Cour de cassation devra se prononcer sur cet aspect de la procédure.

Cependant, indépendamment de cette question, la prévention visée soulève certaines questions auxquelles le premier juge a apporté des réponses qui ne semblaient pas convaincantes et dont on aurait espéré de la cour qu'elle clarifie les contours.

Premièrement, tant en première instance qu'en degré d'appel, la prévenue Citibank Belgium a soulevé l'absence de compatibilité de l'obligation de soumettre toute communication à caractère promotionnel à la FSMA en vertu des articles 59 et 60 de la loi prospectus avec la directive prospectus<sup>(59)</sup> qui ne prévoit pas une telle obligation. Or, un des principaux objectifs de l'harmonisation européenne en cette matière était d'abandonner le critère de territorialité en éliminant «les différences sur le plan de l'efficacité, des méthodes et de la périodicité du contrôle des informations contenues dans les prospectus» en harmonisant «les règles visant à établir le degré voulu d'équivalence entre les mesures de protection prescrites par les différents États membres en vue de garantir aux détenteurs effectifs ou potentiels de valeurs mobilières une information suffisante et aussi objective que possible»<sup>(60)</sup>.

Le Conseil d'État avait d'ailleurs attiré l'attention du législateur à ce sujet à l'occasion de la transposition de la directive<sup>(61)</sup>. De la même manière, la doctrine souligne le fait que la loi dépasse à cet égard la simple transposition de la directive et s'interroge quant à l'éventuelle entrave que de telles mesures constitueraient au passeport européen<sup>(62)</sup>.

En l'espèce, cette question n'est pas dénuée d'intérêt, compte tenu du fait que les produits struc-

<sup>(59)</sup> Directive 2003/71/CE.

<sup>(60)</sup> Directive 2003/71/CE, considérant n° 30.

<sup>(61)</sup> Projet de loi relatif aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur les marchés réglementés, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2344/1, p. 217 : «Il résulte des exigences générales du droit communautaire et du lien établi par la directive entre les exigences relatives au prospectus et celles qui concernent "les communications à caractère promotionnel se rapportant à l'offre de valeurs mobilières au public ou à leur admission à la négociation sur un marché réglementé" que ces communications ne peuvent être assujetties à d'autres obligations que celles résultant de l'harmonisation réalisée par l'article 15 précité».

<sup>(62)</sup> M. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, «Les offres publiques d'instruments de placement et l'exigence de prospectus en droit belge – examen de la loi du 16 juin 2006», *R.P.S.*, 2006, pp. 250-251.

turés litigieux avaient fait l'objet d'un prospectus approuvé par les autorités de contrôle irlandaises et bénéficiaient du passeport européen.

Deuxièmement, à l'occasion de l'examen de la prévention visée par l'article 69, 4<sup>o</sup>, de la loi prospectus, le tribunal avait indiqué que cette disposition concerne ceux à qui incombe la responsabilité de la publication préalable d'un prospectus en vertu de l'article 20 de la loi, «soit l'émetteur, l'offreur ou la personne qui sollicite l'admission à la négociation sur un marché réglementé». Le tribunal avait alors considéré qu'il n'est pas requis que l'offreur soit titulaire de droits sur les instruments financiers et que, en l'espèce, Citibank Belgium, distributeur des produits structurés, devait également être considérée comme «offreur» desdits produits, en conséquence de quoi la responsabilité de la publication du prospectus lui incombait.

Or, cette analyse est discutable au regard de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi prospectus qui prévoit qu'une personne qui perçoit directement ou indirectement une rémunération ou un avantage à l'occasion de l'offre est présumée agir pour le compte de la personne qui est en mesure d'émettre ou de céder les instruments de placement. Cependant, on considère qu'il ne peut y avoir une deuxième offre faite par l'intermédiaire suite à celle réalisée par l'émetteur ou l'offreur initial<sup>(63)</sup>. La doctrine précise que c'est la *réalité économique* qui doit prévaloir: si l'intermédiaire, en acquérant puis revendant les titres, agit *économiquement* pour compte de l'émetteur, il n'effectue pas d'offre distincte<sup>(64)</sup>.

Les travaux préparatoires de la loi confirment ce point de vue:

«Le troisième alinéa du paragraphe 2 a pour but de rappeler, pour autant que nécessaire, que lorsque des instruments de placements qui ont été acquis dans un premier temps dans le cadre d'un placement privé, en ce compris par des intermédiaires financiers, font l'objet d'une revente ultérieurement, il convient d'apprécier si cette revente constitue ou non une offre publique à la lumière de la définition figurant

au paragraphe 1<sup>er</sup>, ainsi que des cinq critères précités. L'on notera que le terme "revente" ne vise cependant pas le cas où il y a prise ferme d'instruments de placement par des intermédiaires financiers dans le cadre d'une offre publique. De manière générale, ne sont pas ici visées les techniques de placement des offres publiques dans le cadre desquelles des intermédiaires financiers interviennent pour le compte de l'émetteur ou de l'offreur»<sup>(65)</sup>.

En l'espèce, il semble qu'il faille considérer que la responsabilité de la publication du prospectus et son adaptation éventuelle<sup>(66)</sup> incombaient à Lehman Brother Treasury BV.

La question du « downgrade » de la note par les agences de notations fut également abordée par la cour d'appel. Elle déclare que cette dégradation de note ne constitue pas un « fait significatif nouveau ». Cette précision, rarement présente dans la jurisprudence, sera analysée dans le second opus de notre analyse.

#### **D. Prévention liée à la loi « Willems »**

La loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers précise, en son article 14, § 1<sup>er</sup>, que «Les intermédiaires en services bancaires et en services d'investissement doivent servir de manière honnête, équitable et professionnelle les intérêts de leur clientèle. Les informations qu'ils fournissent doivent être correctes, claires, non trompeuses et complètes».

Selon l'article 4, 2<sup>o</sup> de cette même loi, un intermédiaire en services bancaires et d'investissement est «toute personne morale ou physique ayant la qualité de travailleur indépendant au sens de la législation sociale, qui exerce ou entend exercer, même à titre occasionnel, des activités d'intermédiation en services bancaires et d'investissement». À la lumière des travaux parlementaires<sup>(67)</sup>, les banques furent, selon le tribunal, exclues expres-

<sup>(63)</sup> J. FRANTZEN, «L'offre de valeurs mobilières après l'entrée en vigueur de la directive 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public ou d'admission de valeurs mobilières à la négociation», *D.A. O.R.*, 2006, p. 11 : «Il paraît difficile de faire abstraction dans cette dernière hypothèse de la réalité économique de l'opération et de ne pas considérer que l'intermédiaire financier, même s'il acquiert la propriété des titres à offrir, agit en fait pour le compte de l'émetteur – ou l'offrant – initial et n'effectue pas par conséquent une "offre" distincte de celle de ce dernier».

<sup>(64)</sup> M. DUPLAT et P. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 164.

<sup>(65)</sup> Projet de loi relatif aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur les marchés réglementés, *Doc. parl.*, Chambre, 51-2344/001, p. 28.

<sup>(66)</sup> Sur la base de l'article 38, § 2, de la loi.

<sup>(67)</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n<sup>o</sup> 3-377/3, p. 23.



sément de la définition d'intermédiaires en service bancaire.

En conséquence, tenant compte des définitions et du statut d'employé des prévenus, personnes physiques, aucun ne tombait sous l'application de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi Willems.

Aucune autre disposition pénale n'est invoquée.

## E. Applicabilité de la LPC/LPMC

### i. Introduction

L'affaire *Citibank* soulève la délicate question de l'applicabilité de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur ou «LPC» (actuelle loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ou «LPMC») au monde de la finance.

*In casu*, préalablement à la procédure pénale, les investisseurs se sont adressés aux agents commissionnés et compétents pour rechercher et constater les infractions à la LPC en vertu de l'article 113 de la loi du 14 juillet 1991, c'est-à-dire les membres de la Direction Générale Contrôle et Médiation du SPF Économie. Ensuite, durant la phase d'information, le Parquet a requis ce service en vue d'enquêter sur les infractions faisant l'objet des plaintes.

L'applicabilité de la LPC revêt un double intérêt. D'une part, elle permet de sceller la compétence de la DGCM et, d'autre part, elle permet de poursuivre pénalement les prévenus sur base de dispositions pénales propres (*lex generalis*).

Dans un premier temps, nous exposerons brièvement la vision du tribunal correctionnel sur cette question pour ensuite analyser la solution retenue par la cour d'appel.

### ii. Le jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2010

L'applicabilité de la LPC aux faits dont question n'a pas fait l'objet de longs développements de la part du tribunal.

C'est ainsi que, ayant qualifié la relation entre Citibank Belgium et ses clients, le tribunal s'est prononcé sur l'applicabilité de la loi sur les pratiques du commerce.

### a) Qualification de la relation entre Citibank Belgium et les investisseurs

Le tribunal débute son analyse par qualifier la relation juridique existante entre Citibank Belgium et les investisseurs. Selon la prévenue, cette relation doit être qualifiée de contrat de commissionnement, alors que le parquet estime être en présence d'un conseil en investissement, combiné à un contrat de mandat.

En effet, depuis la transposition des directives européennes 2004/39 et 2006/73 concernant les marchés d'instrument financiers, le contrat de conseil en investissement n'est plus nécessairement soumis à des formalités particulières ni à l'établissement d'une convention écrite.

En outre, le critère de lucre n'est plus déterminant depuis la transposition de ces mêmes directives européennes<sup>(68)</sup>. Dès lors, ce critère, mis en avant par la prévenue, n'est pas plus déterminant aux yeux du tribunal.

Enfin, le tribunal estime que la référence de la prévenue à l'article 43 du règlement général des opérations de Citibank Belgium, qui énonce qu'un client qui refuse le *profiling* ne recevra aucun conseil en investissement et que toutes les transactions relatives à des investissements seront considérées comme de simples exécutions (*execution only*), n'est pas relevante étant donné que ce *disclaimer* ne fut pas ratifié par tous les investisseurs-plaignants.

Au contraire, le tribunal révèle que la banque applique déjà un test d'adéquation (*suitability test*)<sup>(69)</sup>, matérialisé par l'établissement d'un profil du client à l'occasion d'une discussion préalable à tout investissement où le profil, les besoins et le niveau de tolérance au risque sont analysés.

Le tribunal conclut en soulignant que les auditions des clients et des agents de la banque indiquent que, dans la grande majorité des cas, l'achat des produits structurés ne fut pas réalisé à la seule initiative des clients mais suite à un conseil donné par leur agence bancaire.

En conséquence, le tribunal qualifie la relation entre Citibank Belgium et ses clients-investisseurs de contrat de conseil en investissement, combiné à un contrat de mandat.

<sup>(68)</sup> Le tribunal cite: M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilité avant et après Mifid*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 58, n° 73 et p. 88, n° 128.

<sup>(69)</sup> Cfr. arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers, M.B., 31 mai 2007 (art. 19 Directive Mifid).

b) *Applicabilité de la LPC*

Le tribunal relève que l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la LPC exclut de son champ d'application les produits du type meubles incorporels mais pas les services.

En outre, il estime que l'adoption par le législateur de règles spécifiques en matière financière n'exclut pas, en soi, l'application de la LPC qui a vocation à protéger tous les consommateurs, en ce compris ceux ayant bénéficié de services d'investissement, ces législations étant complémentaires.

En conséquence, le litige portant sur un service financier, la LPC trouve à s'appliquer.

c) *Les sanctions pénales de la LPC/LPMC<sup>(70)</sup>*

La LPC contient des sanctions pénales applicables en cas de non-respect de dispositions de la loi<sup>(71)</sup>. Le passage de la LPC à la LPMC n'a en rien modifié cela. Dans la présente partie, nous ferons référence à la LPMC afin de reprendre les dispositions les plus récentes.

Les infractions aux dispositions de la LPMC et à ses arrêtés d'exécution sont sanctionnées pénalement sur la base des articles 124 et suivants de la loi. En vertu de l'article 132 de la LPMC, «les dispositions du livre I<sup>er</sup> du Code pénal, sans exception du chapitre 7 et de l'article 85, sont applicables aux infractions visées par la présente loi». Pensons, par exemple, à la récidive visée aux articles 54 et suivants du Code pénal.

La première disposition pénale, contenue à l'article 124 de la LPMC, sanctionne d'une amende de 250 à 10.000 EUR<sup>(72)</sup> ceux qui commettent une infraction aux dispositions listées dans cet article telles que celles en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (art. 86, 91 et 94)<sup>(73)</sup> visées par l'article 124, 13<sup>o</sup>, de la LPMC. L'application de cet article requiert un simple dol.

La notion de «pratiques commerciales déloyales» revêt dès lors une importance significative tant elle permet une application immédiate de la sanction pénale de la LPMC. L'article 124, 13<sup>o</sup>, de la LPMC fait référence uniquement à l'article 86, en lieu et place d'une référence à la totalité de la section I du Chapitre IV de la LPMC «Pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs» (art. 83 à 94).

Néanmoins, il est assez logique qu'une disposition pénale se réfère directement à l'article qui, explicitement, interdit un comportement spécifique. Tel est le cas de l'article 86 qui interdit les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs. La définition et le contour de cette interdiction doivent être dégagés des autres articles de cette section<sup>(74)</sup>.

Sont considérées comme étant des pratiques déloyales pouvant donner lieu à l'application de la sanction pénale prévue à l'article 124 de la LPMC:

- les *pratiques commerciales déloyales selon la norme générale* (art. 84) «Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle (i) est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et (ii) qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle<sup>(75)</sup> le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné»;
- les *pratiques commerciales déloyales selon la première norme semi-générale* (art. 88-90) relative aux pratiques commerciales trompeuses ou trompeuses par omission;
- les *pratiques commerciales déloyales selon la seconde norme semi-générale* (art. 92-93) relative aux pratiques commerciales agressives.

<sup>(70)</sup> Le régime des sanctions pénales étant presque identique dans la LPC et la LPMC, il sera fait référence à cette dernière dans le cadre de la présente section.

<sup>(71)</sup> Articles 102 et suivants de la LPC.

<sup>(72)</sup> À augmenter des décimes additionnels.

<sup>(73)</sup> À l'exception des articles 91, 12<sup>o</sup>, 14<sup>o</sup>, 16<sup>o</sup> et 17<sup>o</sup>, et 94, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, de la LPMC.

<sup>(74)</sup> En cela, nous pensons que certaines juridictions appliquent d'une manière erronée cette disposition (*cf.* Corr. Gand, 22 septembre 2010, inédit, 2010/3489).

<sup>(75)</sup> Une pratique commerciale qui est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un seul groupe clairement identifiable de consommateurs, parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre de l'entreprise qu'elle prévoie cette conséquence, est évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

La seconde disposition pénale, contenue à l'article 125 de la LPMC, vise à sanctionner d'une amende de 500 à 20.000 EUR ceux qui, de mauvaise foi, commettent une infraction aux dispositions de la présente loi, à l'exception de celles visées aux articles 124, 126 et 127 et à l'exception des infractions visées à l'article 95. Cet article, résiduaire, permet de sanctionner pénalement tous les autres comportements en infractions de la LPMC à l'exception de ceux visés par d'autres dispositions pénales. Néanmoins, l'application de cet article ne nécessite pas la preuve d'un dol spécial mais bien le constat de la violation de la norme en connaissance de cause et au détriment du consommateur (mauvaise foi)<sup>(76)</sup>.

Enfin, l'article 127 de la LPMC renforce la sanction en présence de certaines pratiques commerciales déloyales selon la première et la seconde normes semi-générales relatives à des pratiques trompeuses ou agressives en toutes circonstances (art. 91, 12°, 14°, 16° et 17°, et 94, 1°, 2° et 8°). La peine est, dans ce cas, d'un mois à cinq ans d'emprisonnement et/ou une amende de 26 à 20.000 EUR.

#### d) Matérialité des préventions E et F

Les prévenus contestent les préventions, telles que reprises ci-dessus et mises à leur charge, aux motifs que :

1. Citibank Belgium a toujours scrupuleusement respecté les règles en matière de documentation commerciale et de protection du consommateur;
2. les investisseurs auraient de toute façon acquis des produits structurés Lehman Brothers même si leur banquier leur avait expliqué plus en détail (i) qui était Lehman Brothers, (ii) ce que représentait une notation et une dégradation de celle-ci, (iii) la différence entre capital «protégé» et «garanti»;
3. les agents étaient correctement informés du risque encouru par des clients en achetant ce type de produits et, en conséquence, que ce risque n'était pas occulté;
4. le risque en question ne s'est matérialisé que suite à la mise sous Chapter II de Lehman Brothers Holdings Inc.

Le tribunal raisonne en deux temps. Dans un premier temps, il énonce une série d'éléments factuels émanant des 116 parties auditionnées par la DGCM. Nous sélectionnons les motifs suivants :

- les produits Lehman Brothers furent proposés pour des profils «défensifs» en remplacement de comptes à terme arrivés à échéance;
- deux agents de Citibank Belgium reconnaissent ne pas avoir toujours indiqué aux clients qu'il s'agissait de produits Lehman Brothers, ce que confirment des clients;
- une confusion régnait chez les souscripteurs qui pensaient que les produits étaient émis, voire garantis par Citibank Belgium elle-même;
- la notion de «capital garanti à 100%», présente sur des documents promotionnels et dans les indications orales, fut déterminante. Certains agents ne connaissent pas la différence entre capital «protégé» et «garanti»;
- certains produits, dont le «Double Opportunity Note», sont destinés, selon les documents promotionnels, à un profil d'investisseur «hyperdéfensif» (protection maximale du capital).

Dans un second temps, le tribunal tient compte du risque lié à la situation de Lehman Brothers. D'une part, le tribunal réaffirme que le chef du département *SBU Wealth* avait informé le comité de *management* de la dégradation de la note de Lehman Brothers sans que cela n'influe sur le maintien de la diffusion des produits financiers en cause en juin 2008.

D'autre part, la distribution des *Inflation Protected Notes* s'est poursuivie alors que le 13 juin 2008, le *Global Structured Product Committee* de la banque avait recommandé d'introduire dans le processus de vente de ce produit une explication quant à la différence entre un *rating* A et AA. Ces recommandations n'ont pas été suivies. Enfin, le tribunal estime que le risque, une fois pris en compte, fut jugé suffisamment grave pour que Citibank Belgium rembourse tous les acquéreurs des produits *Inflation Protected Notes* distribués tout au long du mois de juin et décide d'en arrêter la vente dès juillet 2008.

Le tribunal termine son analyse en précisant qu'une publicité peut «être trompeuse quand bien même elle serait exacte»<sup>(77)</sup> et que la loi

<sup>(76)</sup> Cour const., 14 octobre 2010, arrêt n° 111/2010 et la note de F. LUGENTZ (*Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 70); voy. aussi J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1010.

<sup>(77)</sup> Le tribunal cite J. PROSMAN, «Évolution de la publicité depuis 1991», *Pratiques du commerce*, CUP, Vol. XVI, avril 1997, pp. 239 et s.

«condamne expressément le mensonge par omission»<sup>(78)</sup>. Dans le cas présent, le tribunal constate que les documents publicitaires comportent des omissions ou des présentations de nature à induire le client en erreur notamment par l'emploi d'une calligraphie en caractère gras mettant en avant uniquement les avantages du produit tandis que les risques ou le *disclaimer* (clause de décharge de responsabilité) sont inscrits en tout petits caractères.

Enfin, le tribunal met en évidence le grand nombre de victimes, ce qui permet de quantifier le caractère trompeur d'une publicité<sup>(79)</sup>. Il déduit de l'ensemble des éléments factuels le caractère trompeur de la communication publicitaire (Bruxelles, 4 mars 2009, inédit; Cass., 25 octobre 2006, *Pas.*, n° 513<sup>(80)</sup>).

En conséquence, le tribunal estime «qu'il y a bien eu publicité ou pratique commerciale trompeuse au sens de la loi sur les pratiques de commerce, soit par omission, soit par information trompeuse dans le sens où des personnes, néophytes en matière d'investissements financiers, ont acquis des obligations structurées émises par la société Lehman Brothers alors que, soit elles ne connaissaient nullement cette institution financière, soit elles ont été induites en erreur pensant, en toute bonne foi, que leur compte à terme était prolongé ou encore que ce placement ne présentait aucun risque pour le capital qu'elles investissaient».

#### e) Élément moral et imputabilité

À titre introductif, le tribunal précise, comme il l'avait déjà fait auparavant, que l'approbation par la CBFA de documents, qui doivent lui être légalement soumis, n'implique pas une exonération de responsabilité en vertu de la LPC. En effet, la CBFA n'est pas compétente pour vérifier la conformité des documents présentés à la LPC.

Concernant la formation des agents, en vue de vérifier si les clients pouvaient être informés correctement, le tribunal distingue «devoir de formation» (Citibank précise que les agents sont formés et reçoivent un certificat d'aptitude) et «devoir de connaissance». Les éléments factuels, dont les témoignages des clients et d'agents, prouvent que Citibank n'a pas su assurer un encadrement suffi-

sant de ses agents (devoir de connaissance) et a, en conséquence, manqué à son devoir d'information des investisseurs sur les éléments essentiels du produit financier.

Le tribunal termine son analyse par une distinction essentielle entre qualité et risque intrinsèque d'un produit et la pratique consistant à proposer un seul produit dont les risques sont tus. Cela constitue une pratique déloyale et malhonnête. Par ailleurs, le professionnel prestataire de service de conseil en investissement ne peut se prévaloir du souhait du client de ne courir aucun risque pour se justifier de ne pas avoir évoqué le risque même minime et pourtant inhérent à ce type de produit.

Quant au *management*, le tribunal souligne que les directeurs juridiques (actuel et ancien) sont des juristes de formation et qu'en tant que responsables du département juridique d'une banque, ils sont censés se tenir au courant de l'évolution de la législation, notamment en matière de protection des consommateurs. Or, il s'avère qu'ils n'ont pas pris les précautions élémentaires pour s'assurer que les employés de leur département soient suffisamment formés. Les avis délivrés par les juristes attachés au département juridique concernant la conformité de la documentation promotionnelle à la LPC ont manqué de qualité.

Les responsables du département ne peuvent déléguer la totalité de leurs compétences, ni, *a fortiori*, la surveillance minimale de la manière dont les tâches au sein de ce département sont menées. Ceci constitue une négligence coupable.

Enfin, le tribunal estime que ces négligences coupables n'ont été commises qu'à l'avantage exclusif de la personne morale, et plus particulièrement pour servir son objectif de performance et de rentabilité. En conséquence, la personne morale Citibank porte la responsabilité la plus importante par rapport aux personnes physiques.

La s.a. Citibank Belgium est partant seule reconnue coupable des faits visés aux préventions E et F.

#### iii. Arrêt de la cour d'appel du 21 mai 2012

La cour d'appel consacre la plus grande partie de son analyse aux préventions E et F relatives à l'appli-

<sup>(78)</sup> *Ibidem*.

<sup>(79)</sup> Bruxelles, 4 mars 2009, inédit; Comm. Bruxelles (cess), 18 avril 2003, *J.T.*, 2003, p. 491.

<sup>(80)</sup> La Cour de cassation ne censure pas la motivation de la cour d'appel: «c'est l'ensemble des indications et non l'une ou l'autre de celles-ci prises séparément qui a induit de multiples consommateurs en erreur (...)».

cabilité de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur (LPC qui est devenue la loi sur les pratiques du marché – LPMC).

De cette applicabilité découle la compétence de la Direction Générale du Contrôle et de la Médiation (DGCM), instituée auprès du SPF Économie, qui agit en tant qu'autorité de surveillance pour contrôler le respect de la réglementation protectrice des consommateurs.

*a) L'applicabilité de la LPC aux services et aux produits financiers*

La base du raisonnement de la cour, suivant en cela le tribunal correctionnel, est la distinction à opérer entre l'instrument financier, que nous qualifierons de «produit» et le «service financier» y afférent.

Cette distinction est fondamentale dans le raisonnement de la cour qui rappelle que, malgré certaines hésitations, les services financiers doivent être considérés comme tombant dans l'escarcelle de la LPC, puis de la LPMC. Notons dès à présent que, en dépit des hésitations à cet égard, la doctrine majoritaire souscrit à cette thèse<sup>(81)</sup> <sup>(82)</sup>.

En ce qui concerne son application aux «produits financiers», l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi établit une exclusion de principe de son champ d'application des «valeurs mobilières et autres instruments financiers visés par la législation relative aux opérations financières et aux marchés financiers» tout en prévoyant une possibilité de déroger à cette exclusion, possibilité qui sera mise en œuvre par l'arrêté royal du 5 décembre 2000<sup>(83)</sup> pour étendre presque intégralement l'application de la loi.

Sans revenir de manière exhaustive sur l'évolution de cette matière et les différentes controverses que l'application de la LPC aux produits et services financiers a suscitées, nous rappellerons briève-

ment l'évolution législative qu'a connue la matière pour analyser ensuite le raisonnement de la cour.

*b) La loi du 14 juillet 1991*

Comme nous l'avons indiqué, l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la LPC prévoit qu'elle n'est pas applicable aux valeurs mobilières et autres instruments financiers. L'idée sous-jacente à cette exclusion était que ces valeurs ou instruments sont «étrangers à la finalité et à l'objet de la loi. Ces valeurs font l'objet de dispositions légales spécifiques, dont les plus récentes offrent aux consommateurs une protection au moins équivalente à celle octroyée par [la LPC]»<sup>(84)</sup>.

Au regard de cette exclusion, s'est posée la question de l'applicabilité de la loi aux services financiers.

À l'occasion des travaux parlementaires, qui allaient conduire à l'adoption de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, il a été rappelé que «les services financiers sont depuis 1971 soumis à la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce. Il n'entre pas dans les intentions du Gouvernement de modifier cette situation (...). L'existence de lois et règlements spécifiques à un secteur n'empêche pas l'application de règles plus générales à ce secteur. Le projet de loi sur les pratiques du commerce constitue le droit général applicable à tous les services et comble pour les services financiers certaines lacunes des dispositions spécifiques, notamment en matière de publicité, d'offres conjointes, d'achats forcés, et d'autres pratiques commerciales»<sup>(85)</sup>.

Lors de la modification de la LPC en 1994<sup>(86)</sup>, un alinéa complémentaire fut ajouté à la loi afin de permettre au Roi «dans les conditions et compte tenu des adaptations qu'il détermine, [de] déclarer certaines dispositions de la présente loi [n.d.l.r. la LPC] applicables aux valeurs mobilières et autres instruments financiers précités ou à des catégories d'entre eux»<sup>(87)</sup>.

<sup>(81)</sup> V. COLAERT, «Financiële diensten en de Wet Martkpraktijken», *Dr. bank. fin.*, 2/2011, pp. 93-96; M. DUPLAT et P. LAMBRECHT, «Les offres publiques d'instruments de placement et l'exigence de prospectus en droit belge – examen de la loi du 16 juin 2006», *R.P.S.*, 2006; C. STEYAERT, «Promotion de produits et services financiers: réglementations sectorielles, loi sur les pratiques du marché et exemples pratiques», *La protection du consommateur en droit financier*, Cahiers AEDBF-Belgium, 2012; M.A. WEINBERGER, «Questions choisies en matière de responsabilité du banquier prestataire de services d'investissement – conseil en investissement et pratiques commerciales déloyales», in *Actualités du droit bancaire*, UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2009.

<sup>(82)</sup> En revanche, la jurisprudence semble encore hésitante, voy. Comm. Bruxelles, 20 septembre 2012, inédit, A/11/03950.

<sup>(83)</sup> A.R. du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 3 janvier 2001. Notons que nous ne distinguons volontairement pas les «instruments financiers» et les «OPC».

<sup>(84)</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 1240/20, p. 4.

<sup>(85)</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 1989-90, n° 1240/20, pp. 32-33.

<sup>(86)</sup> Loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 23 décembre 1994, art. 177.

<sup>(87)</sup> *Cfr.* actuel art. 3 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

c) *L'arrêté royal du 5 décembre 2000*

C'est par le biais de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 que cette extension fut consacrée.

En vertu de son article 2, les dispositions suivantes de la LPC sont applicables aux «instruments financiers»:

- les dispositions en matière de publicité (art. 22 à 24, 27 à 29 de la LPC);
- les dispositions relatives aux obligations d'information et aux clauses abusives (art. 30 à 36 de la LPC) à l'exception de certaines dispositions de l'article 32;
- les dispositions relatives aux pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale (art. 93 et 94 de la LPC);
- (...)

Notons également que le chapitre consacré aux sanctions pénales (art. 102 à 110 de la LPC) trouve à s'appliquer dans la mesure où les articles auxquels il renvoie sont visés par l'extension.

Il en va de même pour le chapitre XI relatif «aux recherches et aux constatations des actes interdits par la présente loi» (art. 113 à 117 de la LPC) qui confère aux agents de la DGCM une compétence sur ces nouvelles attributions.

d) *Exception à l'application de la LPC aux instruments financiers : l'offre publique*

Afin d'éviter de faire double emploi avec les dispositions réglementant les offres publiques, l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 2000, prévoit que pendant l'offre ou la vente publique<sup>(88)</sup> d'instruments financiers<sup>(89)</sup> qui ont fait l'objet d'un prospectus approuvé ou reconnu par la FSMA ou ont bénéficié d'une dispense d'établir

un prospectus, l'extension de l'application de la loi prévue par l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal est exclue («période de sursis»)<sup>(90)</sup>. Durant cette période d'offre, les dispositions de la LPC n'auront pas vocation à s'appliquer tant pour le prospectus que pour les communications à caractère promotionnel relatives à ces offres publiques.

Durant cette période, le contrôle est effectué exclusivement par la FSMA. Nous y reviendrons.

Enfin, il convient de noter que, en vertu de l'article 139 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPMC), l'arrêté royal du 5 décembre 2000 reste d'application *mutatis mutandis* aux situations couvertes par celui-ci.

e) *Application permanente de la LPC aux «services» financiers*

Notions

Compte tenu de la distinction opérée quant au sort à réserver aux services financiers et aux produits financiers, il importe de différencier les opérations qui relèvent de l'exclusion opérée par l'article 2 de la LPC de celles qui relèvent d'un service financier relatif à un instrument financier qui est soumis dans son intégralité à la LPC.

En effet, le service d'investissement, même s'il se rapporte à un instrument financier, correspond à un service financier distinct de l'instrument financier qui en est l'objet<sup>(91)</sup> et tombe dès lors sous la notion de service au sens de la LPC.

En revanche, en ce qui concerne les instruments financiers, l'exclusion visée à l'article 2 de la LPC ne s'applique que lorsque l'intermédiaire financier agit comme «vendeur» de l'instrument financier

<sup>(88)</sup> Dont la définition se trouvait précédemment au titre II de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 et actuellement à l'article 3 de la loi prospectus: «Une offre publique est une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les instruments de placement à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces instruments de placement, et qui est faite par la personne qui est en mesure d'émettre ou de céder les instruments de placement ou pour son compte».

<sup>(89)</sup> Il peut être considéré que la définition des instruments financiers visés par l'arrêté royal du 5 décembre 2000 renvoie actuellement à la définition des instruments financiers qu'en fait l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, M.B., 4 septembre 2002.

<sup>(90)</sup> Cet alinéa précise les cas où l'application des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de l'A.R. est suspendue: (1°) aux instruments financiers ou aux titres et valeurs qui font l'objet d'expositions, d'offres ou de ventes publiques visées par le titre II de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 précité, pour autant que ces émissions aient fait l'objet, soit d'un prospectus approuvé ou reconnu par la Commission bancaire et financière, soit d'une dispense totale de prospectus accordée ou reconnue par la Commission bancaire et financière; (2°) aux instruments financiers ou aux titres et valeurs qui font l'objet d'expositions, d'offres ou de ventes publiques soustraites à l'application du titre II de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 précité, en vertu de l'article 34, § 1<sup>er</sup>, 1°, 1°bis, et 2°, et § 2, 1° dudit arrêté royal n° 185.

<sup>(91)</sup> V. COLAERT, «Financiële diensten en de Wet Marktpraktijken – Enkele knelpunten», *op. cit.*, pp. 93 à 96.

et qu'il en assure la promotion<sup>(92)</sup>. Dans cette dernière hypothèse, les dispositions de la LPC auront tout de même vocation à s'appliquer, par le biais de l'extension consacrée par l'arrêté royal du 5 décembre 2000, sauf en période d'offre publique.

Au regard de cette différence, il convient dès lors d'opérer une distinction entre différentes opérations sur instruments financiers. Alors que l'offre et la vente publique d'instruments financiers sont soumises à la loi prospectus et au contrôle de la FSMA dans un but de protection et d'information de l'investisseur – et donc soustraites à l'application de la LPC – la manière dont cette information est communiquée aux clients, à l'occasion par exemple d'un conseil en investissement, peut faire l'objet d'une analyse au regard de la LPC.

À cet égard, la cour indique à juste titre que «si l'admission sur un marché financier réglementé belge puis la vente d'une valeur mobilière ou d'un autre instrument financier peuvent être soumises à certaines conditions, afin de prévoir des conditions générales visant à protéger l'investisseur en l'informant correctement (première étape), il convient ensuite d'examiner selon quelles modalités concrètes cette information a été communiquée de manière particulière cette fois aux clients ou à certains d'entre eux (seconde étape): ce n'est pas parce qu'un produit financier peut être vendu, ayant satisfait aux conditions légales spécifiques requises, son prospectus et la documentation promotionnelle y afférents étant le reflet sincère de ses caractéristiques, que la manière, les modalités pratiques, selon lesquelles cet instrument est ensuite effectivement proposé, exposé, distribué aux clients satisfait également aux exigences légales en termes d'information correcte, loyale et sincère». La cour donne comme exemple celui de clients d'une banque qui ne reçoivent pas les documents promotionnels ou le prospectus approuvé par la FSMA, mais seulement des informations écrites ou verbales différentes, tronquées ou dissimulant telle ou telle caractéristique du produit, communiquées par les agents de la banque.

Et la cour de conclure qu'il y a «place pour une application en parallèle de ces différentes législations aux services financiers (...) et, corrélativement, pour une surveillance et un contrôle "fonctionnels" exercés par des autorités différentes, chacune gardienne du respect des dispositions particulières pour lesquelles elle a reçu compétence».

Cette distinction opérée par la cour se comprend.

En effet, il n'est plus contesté que la LPC s'applique aux *services financiers*, et ce indépendamment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 qui n'a apporté aucune modification à cet égard. L'arrêté royal du 5 décembre 2000 a étendu la LPC aux seuls *produits financiers*, et l'exclusion de l'application de la LPC en période d'offre ne vise également que les produits financiers compte tenu de ce que la loi du 16 juin 2006 contient des dispositions spécifiques relatives au contenu du prospectus et des messages promotionnels relatifs à une offre dont la publication est soumise à l'approbation de la FSMA et dont la violation est pénalement sanctionnée<sup>(93)</sup>.

Bien que la législation financière assure déjà, dans une certaine mesure, une protection des investisseurs<sup>(94)</sup>, il semble cependant que la LPC doive trouver à s'appliquer, tant au regard de son champ d'application *rationae materiae*, qu'au regard de la protection complémentaire qu'elle apporte aux consommateurs.

#### Définition des services financiers

Afin de cerner au mieux les situations à l'occasion desquelles la LPC (ou LPMC) trouve à s'appliquer en tout état de cause, une clarification quant à la notion de «services financiers» est nécessaire.

Selon la LPMC, un service<sup>(95)</sup> englobe toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire. Ce service est rendu à un «consommateur» qui est défini comme étant une personne physique qui «acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des

<sup>(92)</sup> Compte tenu de l'exception à l'application de certaines dispositions de la LPC visée à l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 pour les offres publiques, la LPC ne sera applicable qu'à la vente ou la promotion d'instruments financiers faisant l'objet d'offres privées (voy. en ce sens C. STEYAERT, «Promotion de produits et services financiers: réglementations sectorielles, loi sur les pratiques du marché et exemples pratiques», *La protection du consommateur en droit financier*, Cahiers AEDBF-Belgium, 2012, p. 69).

<sup>(93)</sup> Cfr. articles 69 et s. Loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *M.B.*, 21 juin 2006.

<sup>(94)</sup> Voy. not. les articles 27 et s. de la loi du 2 août 2002.

<sup>(95)</sup> Article 2, 6°, de la LPMC.

produits mis sur le marché»<sup>(96)</sup>. Dès lors, un investisseur qui acquiert des produits financiers ou utilise des services financiers entre dans cette définition si l'opération est réalisée en dehors de son activité professionnelle (consommateur-investisseur).

Notons, à ce stade, que l'objectif du législateur est d'appliquer la LPMC au plus grand nombre de secteurs, qu'ils soient réglementés par des législations propres ou par des règles déontologiques. Pensons, à ce propos, à l'extension de la LPMC, courant 2012-2013, aux professions libérales dont les avocats<sup>(97)</sup>.

En ce qui concerne les services financiers, alors que la LPC n'en donnait aucune définition, la LPMC les définit comme «tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements»<sup>(98)</sup>.

De manière générale, les services financiers concernent tant les services d'investissement<sup>(99)</sup> que les services financiers de type bancaire<sup>(100)</sup>.

*f) En l'espèce: l'application de la LPC aux faits visés par les préventions E et F*

À l'occasion de l'examen de l'application de la loi relative aux pratiques du commerce aux faits visés par les préventions E et F, la cour analyse la relation entre Citibank Belgium et ses clients pour en conclure que les prestations de Citibank Belgium ne sauraient être limitées à un contrat de commissionnement<sup>(101)</sup> ou à une phase précontractuelle à ce contrat.

La cour indique à cet égard que la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises

d'investissement<sup>(102)</sup> telle que modifiée par l'arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers<sup>(103)</sup>, définit le conseil en investissement comme étant «la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande soit à l'initiative de l'entreprise d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers»<sup>(104)</sup>.

Cette recommandation est dite personnalisée, si elle est présentée comme adaptée à la personne ou fondée sur l'examen de la situation propre à cette personne, et recommande la réalisation d'une opération relevant des catégories suivantes:

- l'achat, la vente, la souscription, l'échange, le remboursement, la détention ou la prise ferme d'un instrument financier particulier;
- l'exercice ou le non-exercice du droit conféré par un instrument financier particulier d'acheter, de vendre, de souscrire, d'échanger ou de rembourser un instrument financier<sup>(105)</sup>.

Une recommandation n'est pas réputée personnalisée si elle est exclusivement diffusée par des canaux de distribution au sens de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 26<sup>o</sup>, de la loi du 2 août 2002<sup>(106)</sup>, ou est destinée au public.

Au regard de ces définitions, la cour estime qu'en l'espèce, Citibank Belgium aurait fourni un conseil en investissement, étant «une recommandation *ad hoc* faite à des investisseurs, en l'occurrence souvent très prudents, demandeurs de produits finan-

<sup>(96)</sup> Article 2, 3<sup>o</sup>, de la LPMC.

<sup>(97)</sup> Cour const., arrêt n<sup>o</sup> 55/2011, 6 avril 2011; Cour const., arrêt n<sup>o</sup> 192/2011, 15 décembre 2011.

<sup>(98)</sup> Article 2, 24<sup>o</sup>, de la LPMC.

<sup>(99)</sup> Loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement, *M.B.*, 3 juin 1995, art. 46: «Par services et activités d'investissement, [il y a lieu d'entendre] tout service ou activité cité ci-dessous qui porte sur des instruments financiers: (i) la réception et la transmission d'ordres portant sur un ou plusieurs instruments financiers, en ce compris la mise en rapport de deux ou plusieurs investisseurs permettant ainsi la réalisation, entre ces investisseurs, d'une opération; (ii) l'exécution d'ordres au nom de clients; (iii) la négociation pour compte propre; (iv) la gestion de portefeuille; (v) le conseil en investissement; (vi) la prise ferme d'instruments financiers et/ou le placement d'instruments financiers avec engagement ferme; (vii) le placement d'instruments financiers sans engagement ferme; (viii) l'exploitation d'un système multilatéral de négociation (MTF)».

<sup>(100)</sup> G. NEJMAN et M. DUPLAT, «L'extension de l'application de la LPC aux instruments financiers – Premiers commentaires de l'arrêté royal du 5 décembre 2000», *Dr. banc. fin.*, 2001/III, p. 156: «réception de dépôts, crédits à la consommation, crédits hypothécaires, crédit-bail, opérations de paiement, émission et gestion de cartes de paiement et de crédit, etc.»; A. BRUYNEEL, «Opérations de banque et droit de la consommation (Quelques réflexions en fin de siècle)», *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 348.

<sup>(101)</sup> À noter que ce contrat est en tout état de cause compris dans la notion de «service» visée tant par la LPC que la LPMC.

<sup>(102)</sup> Loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement, *M.B.*, 3 juin 1995.

<sup>(103)</sup> Arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers, *M.B.*, 27 mai 2007.

<sup>(104)</sup> Article 46, 9<sup>o</sup>, de la loi.

<sup>(105)</sup> Article 46, 10<sup>o</sup>, de la loi.

<sup>(106)</sup> C'est-à-dire toute communication rendue accessible à un grand nombre de personnes.



ciers parmi les plus simples (comptes d'épargne, à terme, ...)»<sup>(107)</sup>.

Sans revenir sur l'appréciation de la cour sur la nature des relations entre Citibank Belgium et ses clients, il y a lieu de noter que, depuis l'entrée en vigueur de la réglementation MiFID, dès l'instant où un banquier professionnel présente une sélection de produits financiers adaptée à un client-consommateur, néophyte ou non, il effectue *de facto* une recommandation personnalisée au sens de la loi. Cette recommandation sera susceptible de constituer un conseil en investissement, même en dehors de toute convention de conseil spécifique et indépendamment de toute intention de s'inscrire dans une telle relation<sup>(108)</sup>, ce qui sonne la fin du conseil dit «ponctuel»<sup>(109)</sup><sup>(110)</sup>. À titre exemplatif, lorsqu'un banquier téléphone à un de ses clients afin de convenir d'un rendez-vous, sachant que certains des comptes à terme arrivent à échéance, et qu'il présente<sup>(111)</sup> une gamme – qu'il aura présélectionnée selon le profil du client – de produits, il devra être considéré, de par son statut de professionnel, comme recommandant personnellement ces produits. Il effectuera donc, *en tout état de cause*, un conseil en investissement, l'éventuelle signature d'un *disclaimer* déclarant qu'il ne s'agit pas d'une recommandation personnalisée ne permettant pas d'écarter la qualification de conseil en investissement.

A *contrario*, si le client se présente soit à un séminaire de la banque, soit avec le code ISIN (*International Securities Identification Number*) ou le

nom d'un produit qu'il désire acquérir (après avoir effectué des recherches personnelles), aucune recommandation personnalisée n'est effectuée.

Ayant analysé les relations entre Citibank Belgium et ses clients, la cour conclut, au regard des éléments de l'espèce, que la LPC (ou LPMC) était applicable aux services financiers bancaires, et plus particulièrement au conseil en investissement et qu'en conséquence «c'est dès lors bien d'une application directe de la LPPC dont il est question, eu égard aux principes soulignés ci-avant, et non d'une extension de son champ d'application par le truquage de l'arrêté royal du 5 décembre 2000».

Dès lors que la conclusion permet de soumettre les faits à l'application de la LPMC, les sanctions pénales y sont également applicables.

À l'issue de cette analyse, la cour évoque la question de l'imputabilité des faits visés aux préventions E et F pour s'abandonner ensuite à un examen concret des éléments présents dans le dossier, dont elle énumère une série<sup>(112)</sup>.

La cour observe qu'il ne s'agit pas d'incriminer, dans le chef de la personne morale, tout comportement délictueux commis en son sein, par un organe ou un préposé, mais à l'insu de l'être juridique, qu'aucune preuve d'un dol propre dans le chef de la personne morale n'a été rapportée et qu'en l'occurrence aucun des agents ayant vendu les produits litigieux n'a été poursuivi. Il échet de noter à cet égard que la cour n'exclut pas que certains manquements

<sup>(107)</sup> Voy. le commentaire de l'article 37 lors du rapport au Roi: «Le conseil en investissement peut se présenter sous plusieurs formes: il peut s'agir d'une recommandation *ad hoc* personnalisée, qui ne porte pas nécessairement sur l'ensemble du portefeuille ou sur la stratégie du client. Il peut également s'agir d'une relation de conseil plus durable. Le régime d'agrément et de protection est applicable sans exception à tous les instruments financiers et aux services fournis à des clients tant professionnels que non professionnels».

<sup>(108)</sup> Voy. en ce sens M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 42.

<sup>(109)</sup> Précédemment à l'entrée en vigueur de la réglementation MiFID, la CBF considérait que le conseil donné par un intermédiaire ne tombait dans le champ d'application de la réglementation que si les parties avaient l'intention d'établir une relation contractuelle spécifique de conseil en placement. De la même manière, la CBF estimait que la réglementation ne visait pas le conseil donné par un établissement de crédit ou une société de bourse lorsqu'ils agissent comme intermédiaire d'un émetteur moyennant rémunération ou le conseil ponctuel ou occasionnel adressé lors d'une opération bancaire (circulaire 92/2 aux sociétés de bourse, du 14 août 1992, p. 5 et circulaire B 92/4 aux banques et S 92/3 aux banques d'épargne, du 14 août 1992, p. 5; circulaire BA/1/92, du 14 août 1992, pp. 6-7, citées par M.-D. WEINBERGER, *op. cit.*, p. 31).

<sup>(110)</sup> Nous nous interrogeons à cet égard quant à la conception de la cour qui soutient «qu'il y a à l'évidence (...) bien eu prestation de conseil en investissement (même si celui-ci ne correspond pas nécessairement aux activités réglementées qui sont, par exemple, la gestion de fortune, le conseil en placement au sens strict) (...)». Nous reviendrons sur cette question dans le second opus de notre commentaire.

<sup>(111)</sup> Nous utilisons le terme «présenter» étant donné que si le banquier «propose» ou «conseille» un produit, il est directement couvert par la définition de la «recommandation personnalisée».

<sup>(112)</sup> Notons, par exemple, que les documents mentionnaient clairement que ce n'était pas Citibank Belgium qui garantissait le remboursement du placement ou encore que la dégradation de la note du garant ne constituait pas une modification significative quant à la solvabilité de celui-ci, ce qui n'engendrait pas d'obligation d'information complémentaire des investisseurs. La cour va plus loin en estimant que la solvabilité du garant, et non de l'émetteur, ne constitue pas un élément significatif par lui-même.

dans le chef de certains agents qui auraient occulté des éléments importants ou insisté sur les seules caractéristiques positives des investissements. Et la cour de conclure que les préventions, fussent-elles établies, ne pourraient être imputées aux prévenus tenant compte du fait que seuls les agents en contact direct avec la clientèle pourraient éventuellement répondre pénalement de ces faits. Aucune preuve n'est en revanche apportée quant à la responsabilité directe des prévenus. En conséquence, elle acquitte ceux-ci de ces deux préventions.

Sans revenir sur la conclusion à laquelle la cour aboutit, nous nous interrogeons sur la façon dont les faits sont perçus par celle-ci. En effet, alors que la cour avance, à juste titre, qu'il ne s'agit pas d'incriminer, dans le chef de la personne morale, tout comportement délictueux commis en son sein, par un organe ou un préposé, et qu'il appartient à l'accusation d'apporter la preuve d'un dol propre dans le chef de la personne morale<sup>(113)</sup> ou de ses instances dirigeantes, elle constate qu'en l'espèce, une telle preuve n'est pas apportée. À l'estime de la cour, le fait que certains agents auraient pris certaines libertés quant aux informations communiquées ne permet pas de considérer qu'il s'agissait d'une politique généralisée en son sein.

Cependant, le nombre de plaintes n'est-il pas révélateur de certains dysfonctionnements structurels et d'une politique généralisée au sein de Citibank Belgium? À ce titre, nous nous étonnons que la cour n'ait pas pris parti d'appliquer au cas d'espèce l'enseignement tiré du jugement *Pécrot* rendu par le tribunal de Police de Nivelles<sup>(114)</sup>. Dans le cas d'espèce, le tribunal, se basant sur l'exposé des motifs qui expose que l'imputabilité morale d'une infraction à une personne morale s'apprécie souverainement par le juge, énonce que «pour déterminer si une infraction doit être imputée à une personne morale ou à l'un de ses préposés ou organes, le tribunal doit notamment examiner, en fait, si la réalisation de l'infraction trouve son origine dans une décision intentionnelle ou si elle résulte d'une négligence, telle une *organisation interne déficiente, des mesures de sécurité insuffisantes* ou des restrictions budgétaires déraisonnables. Dans ce dessein, il doit se baser sur les attitudes adoptées

par des personnes physiques non identifiées tout autant que sur les actes et attitudes commis par des personnes physiques parfaitement identifiables».

Le tribunal a estimé, en conséquence, que la SNCB était responsable pénalement étant donné que «La faute la plus grave se trouve dans le chef de la SNCB qui, par défaut de prévoyance et de précaution, a permis à un conducteur manifestement *inexpérimenté*, qui ne peut réagir à une situation difficile, de conduire un train sans être accompagné. La responsabilité de la SNCB est déterminante».

Dans le cas d'espèce, tenant compte des affirmations des témoins et des parties civiles, mais également du raisonnement de la cour, il eut été logique que Citibank Belgium se voie imputer la responsabilité pénale globale liée à une politique interne déficiente en matière de formation et de vérification des aptitudes et connaissances des agents employés. En présence de plus de 1.300 plaintes, dont les origines géographiques sont réparties sur l'ensemble du territoire, il est difficile de ne pas imaginer qu'une carence globale est perceptible au niveau de cette formation générale et adéquate des agents. À tout le moins, une politique interne suffisamment précise quant aux produits qui pouvaient être raisonnablement proposés à des investisseurs précisément catégorisés n'aurait pas engendré une telle proportion de personnes lésées. En tout état de cause, une déficience structurelle témoignant d'une faute de Citibank Belgium ayant entraîné la distribution inadaptée aux victimes de produits qui ne leur convenaient pas, aurait pu être invoquée par la cour, même en l'absence de poursuites des agents fautifs à titre personnel.

Dans ce cadre, même si le nombre de plaintes ne constitue pas, en soi, une indication de négligence (et ce surtout en présence d'une affaire fort médiatique), il permet de constater que l'attitude adoptée par un ensemble d'agents répartis sur l'entière du territoire est communément déficiente. Dès lors, il aurait été intéressant qu'une instruction soit ouverte afin de clarifier la manière dont l'information fut transmise et exposée à l'ensemble des agents du groupe Citibank. En effet, une différence importante existe entre l'information écrite transmise (folders, flyers, etc.), et pré-approuvée par la

<sup>(113)</sup> Cass., 20 avril 2011, P.10.2026 F, www.cass.be: «En cas d'infraction commise par une société, le dol est suffisamment établi par la constatation que les instances dirigeantes de celle-ci ont eu connaissance de l'intention de commettre l'acte culpeux et y ont consenti».

<sup>(114)</sup> Pol. Nivelles, 15 septembre 2004, J.L.M.B., 2004, p. 1407, cité dans F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, liv.3, p. 196.

FSMA, et la manière dont celle-ci est utilisée et exposée au public par les agents.

### F. La compétence de la DGCM

En première instance, le tribunal n'a pas consacré de longs développements à la question de la compétence de la DGCM.

En appel en revanche, la cour consacre une partie importante de son raisonnement à cette question pour en conclure que «l'intervention de la DGCM, sur la base de la compétence spéciale de ses agents, est régulière et a pu fonder leur action dans le cadre de l'instruction des faits des préventions E et F».

#### a) Notions

Comme mentionné ci-avant, la Direction Générale du Contrôle et de la Médiation (DGCM), instituée auprès du SPF Économie est l'instance compétente pour surveiller et contrôler l'application des dispositions de la LPC (ou LPMC). En vertu de l'article 133 de la LPMC, ses agents<sup>(115)</sup> «sont compétents pour rechercher et constater les infractions mentionnées aux articles 124 à 127. Les procès-verbaux dressés par ces agents font foi jusqu'à preuve du contraire». En effet, ces agents spécialisés sont les plus à même de constater des infractions aux lois en matière de protection du consommateur<sup>(116)</sup> et disposent à cet effet de compétences étendues. Étant hiérarchiquement subordonnés tant à la surveillance du Procureur général (art. 133, § 4, de la LPMC) qu'aux instances de la DGCM, ces agents sont totalement habilités à assister le parquet au cours d'une information judiciaire. Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire et matérialisent une telle assistance<sup>(117)</sup>.

En conséquence, dès l'instant où le consommateur estime pouvoir bénéficier d'une protection au regard des législations en matière de protection des consommateurs, il doit être en mesure de s'adresser à la DGCM.

Lorsqu'un manquement à une disposition de la LPMC est susceptible de constituer une infraction, la compétence de la DGCM devient pleine et entière. Si, à l'occasion de l'enquête, les agents de la

DGCM constatent d'autres infractions ou que leur compétence peut être mise en doute, ils en donneront avis au procureur du Roi (cfr. l'article 29 du Code d'instruction criminelle consacre la première de ses obligations), des poursuites sur base de telles découvertes fortuites ou complémentaires étant régulières<sup>(118)</sup>.

#### b) Applications au cas d'espèce et aperçu critique de la motivation de la cour

De prime abord, l'étude de la compétence de la DGCM ne devrait pas soulever de difficulté tant le texte législatif est clair: «les agents commissionnés par le ministre sont compétents pour rechercher et constater les infractions mentionnées aux articles 102 à 105» (article 113, § 1<sup>er</sup>, de la LPC).

Dès lors, s'agissant d'une compétence limitée *ratione materiae*, pour que la DGCM puisse être compétente, il importe que la LPC soit applicable. La cour rappelle d'ailleurs très justement ce principe, soulignant que le constat incident que feraient les agents de la DGCM d'infractions à d'autres législations devrait les amener à les dénoncer au procureur du Roi.

La cour estime également, à juste titre, que l'analyse de cette compétence (*ratione materiae, loci ou personae*) ne peut avoir lieu qu'*ex ante*.

La cour indique que toute exception à la compétence des services de police doit s'interpréter de manière stricte et, alors qu'elle insiste sur la restriction de compétence des agents de la DGCM, elle soutient cependant que ceux-ci *ont pu s'estimer compétents*, et ce, nonobstant les incertitudes soulignées par la cour, relatives à l'applicabilité de la loi. En d'autres termes, la cour considère que c'est à bon droit que la DGCM s'est estimée compétente pour rechercher des infractions à une loi dont on ne savait pas si elle était applicable en dépit du fait que sa compétence doit s'interpréter de manière stricte.

Au regard des faits, il n'est pas évident de considérer que ces agents s'estimaient effectivement compétents. Le témoignage de M. L. (agent de la DGCM) est éclairant à cet égard: «C'est pour ça que je vous ai dit, depuis le début, que nous avons

<sup>(115)</sup> Arrêté royal du 24 janvier 1992 désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, M.B., 18 février 1992.

<sup>(116)</sup> Cour const., 14 octobre 2010, arrêt 111/2010, Rev. dr. pén. crim., 2011, p. 70, note F. LUGENTZ.

<sup>(117)</sup> *Ibidem*.

<sup>(118)</sup> Cass., 1<sup>er</sup> juin 2005, P.05.0725.F, www.cass.be: «Attendu que la circonstance que des écoutes téléphoniques ont permis de découvrir d'autres faits que ceux pour lesquels elles ont été ordonnées ne constitue pas, à elle seule, une cause de nullité affectant l'obtention des indices ainsi recueillis» (cité par l'arrêt).

dénoncé les faits au Parquet sur base de l'article 29 du C.i.cr. dès lors que nous avons constaté que des législations pouvant s'appliquer à cette affaire ne tombaient pas nécessairement dans le giron de l'inspection économique. Pour être sûr justement que la compétence générale du Parquet puisse prendre en charge ces législations»<sup>(119)</sup>.

De la même manière, après avoir rappelé que le constat incident que les agents de la DGCM feraient d'une infraction étrangère à la LPC doit les amener à la dénoncer au procureur du Roi (*cf.* art. 29 du C.i.cr.), et que ces agents ne peuvent poser des actes d'enquête ou faire des constatations au sujet d'infractions connexes à celles qui fondent leurs pouvoirs, la cour estime que ces agents pouvaient néanmoins poser des questions au sujet d'autres législations afin, d'une part, de vérifier leur propre compétence et, d'autre part, que la découverte de violations éventuelles à d'autres législations serait susceptible de révéler l'existence d'infractions à la LPC elle-même.

Il semble cependant que la cour d'appel se soit fondée sur les enseignements de la Cour de cassation<sup>(120)</sup> qui considère qu'un juge d'instruction peut poser des questions relatives à des infractions qui excèdent les limites de sa saisine, lorsque c'est dans le but d'éclairer les faits pour lesquels il a été saisi. En conséquence, les agents de la DGCM pouvaient poser des questions relatives à d'éventuelles autres infractions pour éclairer les faits pour lesquels ils étaient compétents et moyennant transmission au ministère public sur base de l'article 29 du C.i.cr.

Loin de blâmer le raisonnement de la cour, nous ne pouvons que constater que la juxtaposition de législations protectrices des consommateurs/investisseurs ne rend pas aisée leur application en pratique et les longs développements que la cour consacre à cette question démontrent à suffisance les difficultés de jongler avec des législations de nature différente qui s'imbriquent.

Concrètement, la compétence de la DGCM en matière de services financiers entraîne inévitablement un concours de compétences avec la FSMA, habilitée, quant à elle, à assurer la bonne application des réglementations sectorielles dans le domaine financier<sup>(121)</sup>, mais qui n'est cependant pas compétente pour vérifier le respect de la LPC<sup>(122)(123)</sup>.

Bien que la FSMA soit compétente pour approuver un prospectus et les documents promotionnels à l'occasion d'une offre publique, la compétence de la DGCM reste entière sans qu'elle ne doive se prononcer sur l'information donnée dans le prospectus et les documents promotionnels. Ce sont deux angles de protections complémentaires.

En conséquence, tenant compte du fait que la FSMA est seule compétente pour analyser un prospectus, mais que cette dernière ne peut se prononcer concomitamment sur la conformité à la LPC (ou LPMC), il semble évident qu'une autre instance doit pouvoir se prononcer sur la conformité des services financiers aux pratiques du commerce, ne fût-ce que d'une manière limitée par l'A.R. du 5 décembre 2000. À ce titre, d'aucuns estiment que

<sup>(119)</sup> Déclaration du témoin Libioul à l'audience du 19 avril 2010.

<sup>(120)</sup> Cass., 23 décembre 1998 «Agusta»; Cass., 24 février 2009, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>(121)</sup> Sur base de la loi prospectus du 16 juin 2006 et de l'article 45 de la loi du 2 août 2002.

<sup>(122)</sup> Voy. la communication de la CBFA 2009/11 du 5 mars 2009 portant des recommandations en matière de communications à caractère promotionnel et autres documents et avis se rapportant à une opération visée au titre VI de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés (recommandations publiées le 22 avril 2008 et mises à jour le 5 mars 2009), [http://www.fsma.be/~media/Files/circug/FR/oa/ug/cbfa\\_2009\\_11.ashx](http://www.fsma.be/~media/Files/circug/FR/oa/ug/cbfa_2009_11.ashx). Voy. ég. le rapport au Roi de l'arrêté royal du 3 mars 2011, *M.B.*, 29 mars 2011, p. 20960 qui précise que: «Le contrôle de la CBFA ne s'étend pas au contrôle de la loi sur les pratiques du marché et à la protection du consommateur ou de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 qui exécutait l'ancienne loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Le contrôle du respect de cette loi et de cet arrêté relève, sans préjudice de la compétence des officiers de police judiciaire, de la compétence des agents commissionnés par le ministre de l'Économie. Ces derniers ont reçu divers pouvoirs pour rechercher et constater les infractions à cette loi». Ceci sera approfondi dans le second opus de notre commentaire.

<sup>(123)</sup> Cette exclusion du contrôle par la FSMA est confirmée par l'ajout d'un nouvel alinéa 2 à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la LPMC qui permet au Roi «de fixer des règles concernant le contenu et le mode de présentation des communications à caractère promotionnel et autres documents et avis se rapportant à un compte ouvert auprès d'un établissement financier, et confier à la FSMA le contrôle du respect de ces dispositions, selon les modalités qu'il détermine».

la FSMA n'est de toute façon pas «soutillée»<sup>(124)</sup> pour vérifier la compatibilité de telle pratique à la LPMC.

Enfin, les services financiers sont en tout état de cause soumis, et sans devoir tenir compte de la période de «sursis», aux dispositions de la LPC (ou LPMC)<sup>(125)</sup>, en ce compris les sanctions pénales<sup>(126)</sup>. Une approbation de la FSMA, qui n'est pas compétente pour juger de la conformité à la LPC (ou LPMC), n'engendre donc pas l'exonération de responsabilité en vertu de cette LPC (ou LPMC), mais peut constituer un indice de conformité aux pratiques et usages du secteur.

### G. Responsabilité pénale des personnes morales

L'article 5 du Code pénal a instauré une responsabilité pénale propre aux personnes morales<sup>(127)</sup>

qui est distincte et autonome par rapport à celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont négligé de le faire<sup>(128)</sup>.

Ainsi, toute personne morale est, en vertu de l'alinéa premier de cet article, *responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte.*

Tout comme pour les personnes physiques, la personne morale ne sera considérée comme auteur d'une infraction pénale que si elle réunit dans son chef tant l'élément matériel que moral (faute ou dol) requis par la disposition légale érigeant le comportement en infraction. L'article 5 du Code pénal n'a donc instauré ni un régime de responsabilité

<sup>(124)</sup> Projet de loi modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-10, 52-2408/002: «Bien que la CBFA dispose de l'expertise dans les matières financières complexes, elle ne dispose pas de l'expérience en matière de protection du consommateur. Pour cette raison, nous pensons que l'inspection économique doit également être compétente pour contrôler la publicité que font les établissements financiers et recevoir d'éventuelles plaintes des consommateurs».

<sup>(125)</sup> V. COLAERT, «Financiële diensten en de Wet Marktpraktijken – Enkele knelpunten», *op. cit.*, pp. 87-116, spéc. note 31 qui cite J. STUYCK, «De handelspraktijkenwet na de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en financiële producten», in *Van alle markten, Liber Amicorum Prof. Dr. Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 814; J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII, Handels- en economisch recht, deel 2, Mededingingsrecht, A. Handelspraktijken*, Mechelen, Kluwer, 2003, 24; G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 95; G. NEJMAN et M. DUPLAT, «L'extension de l'application de la LPC aux instruments financiers – Premiers commentaires de l'arrêté royal du 5 décembre 2000», *Dr. banc. fin.*, 2001/III, p. 56; H. SWENNEN, *Financiële diensten en de WHPC in Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 66; F. DE PATOUL, «Le consommateur et les services financiers en Belgique», *R.E.D.C.*, 2003, 198; E. BALLON, «De toepassing van de wet handelspraktijken op financiële instrumenten, effecten en waarden», *D.C.C.R.*, 2001, 234; C. VAN ACKER, «De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en de financiële diensten», in E. WYMEERSCH, *Financieel Recht tussen Oud en Nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 493 et 496; C. VAN ACKER, «De toepassing van de W.H.P.C. op de financiële producten», *T.B.H.*, 2001, 502 et 506.

<sup>(126)</sup> C. STEYAERT, «Promotion de produits et services financiers: réglementations sectorielles, lois sur les pratiques du marché et exemples pratiques», in *Le droit du consommateur en droit financier, cahiers AEDBF 25*, Intersentia/Anthemis, 2012, pp. 61-91.

<sup>(127)</sup> La doctrine est abondante sur ce sujet. Pour quelques contributions récentes, voy. notamment C.E. CLESSE, «Au plus votre société est petite, au plus votre responsabilité personnelle est grande», *Dr. pén. entr.*, 2012/2, 107-110; A. MASSET, «La responsabilité pénale des personnes morales», *Dr. pén. entr.*, 2011/1, 3-16; O. CREPLET, «Propos sur la nature de la responsabilité pénale des personnes morales», *J.T.*, 2011, liv. 6442, 477-486; X. *La responsabilité pénale des personnes morales. Questions choisies*, Anthemis, Limal, 2011, 190 p.; P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevend. Een analyse vanuit de rechts- en bedrijfspraktijk*, Intersentia, Anvers, 2011, 185 p.; A. JACOBS, J. DISTER et P. THEVISSSEN, «Responsabilité pénale des personnes morales», in X. *Postal memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, R 130/01-19, mars 2007; F. ROGGEN, «La responsabilité pénale des personnes morales», in X. *Droit pénal et procédure pénale*, 1-57, février 2008; F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, liv.3, pp. 190-226; S. VAN DYCK et V. FRANSSSEN, «De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer», *T.R.V.*, 2008, liv.8, 599-654 et 2009, liv.1, 14-63; H. VAN BAVEL, «De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd binnen een rechtspersoon», in *Le droit pénal financier en marche, Cahiers AEDBF/ECBFR*, n° 21, 2009, pp. 429-452; V. FRANSSSEN, «Daderschap en toerekening bij rechtspersonen», *N. C.*, 2009, liv.4, 227-248; F. DERUYCK et P. WAETERINCKX, «Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009); verleden en heden van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt-capita selecta van enkele markante problemen», in X., *C.B.R. Jaarboek 2009-2010*, 1-92.

<sup>(128)</sup> Cass., 20 décembre 2005, P.05.1220.N, *Pas.*, 2005, liv. 12, 2576, *Arr. Cass.*, 2005, liv. 12, 2580, *R.A.B.G.*, 2006, liv. 20, 1505, note P. WAETERINCKX, *J.D.S.C.*, 2007, 167, note M. DELVAUX, *C.R.A.*, 2007, liv. 1, 63, note S. VANDROMME.

sans faute, ni une responsabilité pour autrui, ni une responsabilité dérivée ou indirecte<sup>(129)</sup>.

Selon la Cour de cassation, la responsabilité pénale de la personne morale ne sera établie que si l'infraction résulte soit d'une décision prise sciemment et volontairement par la personne morale, soit d'une omission commise dans le chef de cette personne morale. Pour constater cet élément moral, le juge peut se baser sur les comportements des organes de direction de la personne morale ou de ses dirigeants, lesquels peuvent être des personnes physiques<sup>(130)</sup>. La constatation du juge que la personne physique a commis une faute sciemment et volontairement ne suffit dès lors pas pour engager la responsabilité pénale de la personne morale<sup>(131)</sup>.

La Cour de cassation a également jugé qu'en cas d'infraction commise par une société, le dol est suffisamment établi par la constatation que les instances dirigeantes de celles-ci ont eu connaissance de l'intention de commettre l'acte délictueux et y ont consenti<sup>(132)</sup>.

En l'espèce, la cour d'appel constate que les faits imputés à Citibank sont intrinsèquement liés à la réalisation de son objet et ont été commis pour son compte. Entre en effet dans l'objet social d'une banque telle que Citibank, le conseil à des investisseurs – clients ou clients potentiels – en vue de les amener à acquérir différents produits financiers qu'elle offre. Cette activité a également été commise pour son compte dans la mesure où celle-ci lui a permis de percevoir des sommes importantes au titre de sa rémunération.

Concernant l'élément moral, la cour d'appel considère en revanche que le dol général requis par les articles 102 et 103 de la LPC<sup>(133)</sup> n'est pas établi dans le chef de Citibank, en se fondant notamment sur les éléments suivants :

- il n'est pas établi que les pratiques de certains agents (quant aux libertés prises par rapport

aux demandes des investisseurs et quant aux informations communiquées) constituaient une politique organisée au sein de l'entreprise, sciemment et volontairement, voire simplement connue et acceptée;

- il n'est pas établi que les organes dirigeants de la Citibank auraient même été informés de telles pratiques qui, nonobstant le nombre de parties civiles, ont pu, en termes relatifs, ne concerner que quelques dizaines de transactions;
- la documentation approuvée relative aux produits vendus et qui devait être remise par les agents de la personne morale est dépourvue d'équivoque;
- Citibank ne garantissait pas le remboursement du placement, circonstance suffisamment précisée dans la documentation;
- Citibank n'assumait pas l'obligation d'informer les investisseurs en cas de modification négative d'un élément tel que la solvabilité du garant;
- il n'est pas établi que les agents n'auraient pas été correctement formés et avisés de leurs obligations notamment en termes d'information à transmettre aux clients et clients potentiels, lorsqu'ils conseillaient l'achat des produits litigieux;
- certains responsables d'agences auraient pris l'initiative d'envoyer des mailings relatifs à des offres combinées de produits structurés émis par Lehman Brothers et de comptes à terme ou d'épargne non approuvés par le siège de Citibank Belgium s.a.

Dans la présente affaire, le ministère public n'a pas poursuivi les agents qui ont vendu les produits litigieux aux clients de Citibank. Il appartient en effet au procureur du Roi de juger de l'opportunité des poursuites. Il n'est pas nécessaire de poursuivre simultanément la personne morale et la ou les personnes physiques en cause, les deux responsabilités étant autonomes.

<sup>(129)</sup> V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, «La volonté et la faute de la personne morale – rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence», *J.T.*, 2010, 69; A. JACOBS, J. DISTER et P. THEVISSSEN, «Responsabilité pénale des personnes morales», in X. *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, R 130/06, mars 2007.

<sup>(130)</sup> Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N, *Pas.*, 2008, liv. 9, 2034, R.A.G.B., 2009, liv. 7, 477 et note P. WAETERINCKX, «De invloed van het gedrag van organen en andere leidinggevenden als beoordelingsfactor voor de morele toerekening van misdrijven aan de rechtspersoon. Een moeilijke evenwichtsoefening die soms flirt met de afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid», *T. Strafr.*, 2009, liv. 1, 24 et note H. VAN BAVEL, «Morele toerekening aan de rechtspersoon», *C.R.A.*, 2008, liv. 6, 515.

<sup>(131)</sup> Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N, *op. cit.*; Cass., 12 juin 2007, P.07.0246.N, *Pas.*, 2007, liv. 6-8, 1200, *Arr. Cass.*, 2007, liv. 6-7-8, 1325, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, liv. 2, 141.

<sup>(132)</sup> Cass., 20 avril 2011, P.10.2026.F, *Pas.*, 2011, liv. 4; *J.L.M.B.*, 2011, liv. 32, 1603, *T. Strafr.*, 2011, liv. 5, 354, note B. MEGANCK.

<sup>(133)</sup> La cour d'appel relève à juste titre que la notion de mauvaise foi visée aux articles 102 et 103 de la LPC n'implique pas l'existence d'un dol spécial.

Lorsque des poursuites sont intentées simultanément à l'encontre de la personne morale et de personnes physiques, le juge devra en revanche apprécier si les éléments constitutifs de l'infraction (matériel et moral) sont réunis dans le chef de chacune de ces personnes.

Si – comme tel fut le cas dans la présente affaire – le juge est d'avis que la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être engagée, notamment en raison de l'absence d'élément moral propre dans son chef, l'éventuelle condamnation de la personne physique n'aura aucune incidence sur la responsabilité *pénale* de la personne morale. Toutefois, la responsabilité *civile* de cette personne morale pourrait être engagée en cas de condamnation de la personne physique sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

Si le juge estime que la personne morale et la personne physique sont toutes deux pénalement responsables et que l'on est en présence d'une infraction dite «de négligence» qui, *in concreto*, n'a pas été commise sciemment et volontairement (tel n'est pas le cas en l'espèce, toutes les infractions reprochées aux prévenus exigeant l'existence du dol général), il devra faire application de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. La personne qui a commis la faute la moins grave bénéficiera d'une cause d'excuse absolutoire. Toutefois, cette cause d'excuse absolutoire n'existe pas lorsque l'infraction, même de négligence, a été commise sciemment et volontairement. Dans ce cas, la personne physique peut être punie en même temps que la personne morale, quelle que soit celle qui a commis la faute la plus grave<sup>(134)</sup>.

## H. Conclusion

L'application de la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur en matière

financière a suscité, depuis son adoption par la loi de 1991, de nombreuses controverses.

À cet égard, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles a le mérite de renforcer la distinction nécessaire entre «service» et «produit» d'investissement.

Cependant, en dépit de cette clarification, des zones d'ombre subsistent.

Bien que la protection du consommateur-investisseur soit un objectif louable, force est de constater que l'application cumulative de différentes législations protectrices ne tend pas à la réalisation de cet objectif de protection. Les longs développements que la cour consacre à l'applicabilité de la loi et à la compétence de la DGCM révèlent la difficulté de jongler avec des législations différentes qui tendent pourtant à la même finalité.

Il semblerait cependant que le législateur ait pris la mesure de cette difficulté et entende régler la protection du consommateur de services et produits financiers<sup>(135)</sup>. Puisse-t-on espérer qu'à cette occasion les compétences respectives de l'inspection économique et de la FSMA, qui dispose déjà d'importantes compétences pour assurer la protection des investisseurs<sup>(136)</sup>, fassent l'objet de clarification.

En outre, la lecture de l'arrêt déçoit quelque peu nos attentes au sujet du rôle joué par les agents. On a le sentiment que la cour, qui semble leur reconnaître une certaine responsabilité pénale, mais qui est liée par le réquisitoire du ministère public, n'a pu pleinement exercer sa mission. Il est, dès lors, logique de se demander si une mise à l'instruction n'aurait pas été souhaitable dans le cas d'espèce afin d'affiner une partie du réquisitoire.

Par ailleurs, l'affaire *Citibank* soulève à nouveau la question des *class action*, à savoir l'action introduite par un représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires, et qui aboutit au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de la classe. Compte tenu des intérêts que peut représenter une telle action<sup>(137)</sup> et au vu du

<sup>(134)</sup> Cass., 23 septembre 2008, P.08.0587.N, *op. cit.*

<sup>(135)</sup> Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget, Ch. Repr., *Doc. parl.*, 52-2408/04, p. 51.

<sup>(136)</sup> Articles 33 et s. et articles 45 et suivants de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et des services financiers. Voy. particulièrement l'article 54, alinéa 3, relatif à la mise sur pied de procédures et de services appropriés en matière d'information et de protection des consommateurs.

<sup>(137)</sup> Voy. e.a. J.-P. BUYLE et M. MAILOT, «Le droit des actions collectives», *Les 25 marchés émergents du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 168 qui mentionnent une économie de temps et de travail tant pour l'appareil judiciaire que pour les parties, permettant de la sorte d'éviter l'apparition de décisions contradictoires; la possibilité d'obtenir un jugement pour les justiciables qui individuellement ne verraient pas l'utilité ou ne disposeraient pas des moyens pour introduire une action; l'action collective jouerait enfin de manière dissuasive à l'égard de l'adversaire.

nombre de parties dans l'affaire *Citibank*, ne conviendrait-il pas de consacrer une telle action collective?

Les textes actuellement discutés au Parlement en vue d'introduire une telle « class action » en droit belge devraient tenir compte d'affaires médiatiques telles *Citibank* afin de paramétrer correctement l'usage d'une telle procédure en lieu et place d'une procédure pénale (avec constitution massive de parties civiles).

Enfin, et plus fondamentalement, nous nous posons la question de l'utilité de l'outil pénal en matière de protection réellement efficace des consommateurs. Peut-on estimer que les peines infligées en première instance remplissent bien leur rôle de dissuasion? Ne devrait-on pas se diriger vers une dépenalisation de cette matière afin de permettre aux autorités de contrôle d'appli-

quer des sanctions réellement efficaces telles que le renforcement des interdictions professionnelles ou le retrait des agréments?

Arnaud LECOCQ

Avocat au Barreau de Bruxelles,  
Assistant-Doctorant en droit pénal financier  
(UCL – Centres CRIDES et CRID&P)

Pierre PROESMANS

Avocat au Barreau de Bruxelles

Nathalie VAN DER EECKEN

Substitut du Procureur du Roi de Bruxelles  
et de Nivelles  
Assistante en droit (UCL – Centre CRID&P)