

Affaire C-164/22**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

4 mars 2022

Juridiction de renvoi :

Audiencia Nacional (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

2 mars 2022

Partie défenderesse :

Juan

[OMISSIS]

AUDIENCIA NACIONAL – SALA DE LO PENAL [chambre pénale de l'Audiencia Nacional (Cour centrale, Espagne)]

[Identification de la juridiction de renvoi et de la procédure]

Madrid, le 2 mars 2022

Conformément à l'article 19, paragraphe 3, sous b), TUE, à l'article 267 TFUE et à l'article 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (loi organique relative au pouvoir judiciaire, « LOPJ »), il apparaît nécessaire que la Cour interprète la portée de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après la « CAAS ») en ce qui concerne la question de savoir s'il existe en l'espèce un cas de « ne bis in idem » et, à défaut, également, de l'article 49, paragraphe 3, de la Charte, en ce qui concerne des principes du droit de l'Union pleinement consacrés, développés notamment dans la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et de leurs effets sur des procédures menées dans d'autres États membres [Ndt : relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale], et aux fins de déterminer si la législation espagnole est suffisante pour établir des mesures correctives et garantir la proportionnalité des peines dans le cadre de la répression des infractions pénales, lorsqu'il s'agit

d'exécuter certains jugements étrangers qui constituent une unité de fait ou de droit avec d'autres jugements rendus par des tribunaux espagnols. À cet effet, la juridiction de céans introduit la présente DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE.

I.– ANTÉCÉDENTS DU LITIGE

I.– Le Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Juízo Central Criminal de Lisboa – Juiz 16 [tribunal d'arrondissement de Lisbonne (Portugal)/tribunal correctionnel central de Lisbonne, juge 16 (Portugal)], a émis, dans la procédure [OMISSIS] [Procédure ordinaire (formation collégiale) portant le numéro de référence [OMISSIS]], un mandat d'arrêt européen (ci-après le « MAE ») à l'encontre de **Juan**, ressortissant espagnol né en Espagne le [OMISSIS]1956, ayant été condamné, par jugement du 20 janvier 2020, à une peine de six ans et six mois d'emprisonnement ferme par la juridiction susmentionnée pour escroquerie aggravée, délit prévu et réprimé à l'article 217, paragraphe 1, et à l'article 218, paragraphe 2, sous a) et b), du code pénal portugais, pour des faits commis au cours de l'année 2005.

II.– M. Juan se trouve en détention en Espagne, où il est incarcéré dans un établissement pénitentiaire au sein duquel il purge la peine qui lui a été infligée par un jugement du 13 juillet 2018 rendu par la première section de la chambre pénale de l'Audiencia Nacional (Cour centrale, Espagne), partiellement cassé par l'arrêt de la deuxième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) du 4 mars 2020, dans la procédure pénale connue sous le nom de « AFFAIRE FÓRUM FILATÉLICO ». [La peine est] exécutée au sein du Servicio Común de Ejecutorias Penales de la Audiencia Nacional [service commun de l'exécution des peines de l'Audiencia Nacional (Cour centrale)] (procédure [OMISSIS]).

III.– Le Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de Madrid [tribunal d'instruction au niveau national nº 1 de l'Audiencia Nacional (Cour centrale) de Madrid] a engagé contre M. Juan une procédure d'exécution du MAE. Au terme de la procédure, ce tribunal a rendu une ordonnance en date du 20 décembre 2021, par laquelle il a REFUSÉ l'exécution du MAE émis par la juridiction portugaise, au motif que l'intéressé était un ressortissant espagnol, mais a décidé que ce dernier exécuterait la peine de six ans et six mois d'emprisonnement en Espagne [articles 48 et 91 de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (loi 23/2014 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions pénales au sein de l'Union européenne, ci-après la « loi 23/2014 »), du 20 novembre 2014] et que l'affaire devait être renvoyée devant le Juzgado Central de lo Penal [de la Audiencia Nacional] [tribunal pénal au niveau national de l'Audiencia Nacional (Cour centrale)], afin que la peine infligée à la personne recherchée soit exécutée en Espagne.

IV.– Les avocats de M. Juan ont interjeté appel de cette décision auprès de la juridiction de céans ; l’appel a été autorisé. Le ministère public s’oppose audit appel.

V.– Les positions des parties à la procédure sont les suivantes :

Les avocats de M. Juan font valoir que les faits à l’origine de l’arrêt rendu par l’Audiencia Nacional (Cour centrale) dans l’affaire Fórum Filatélico sont les mêmes que ceux pour lesquels il a été jugé au Portugal, et soulèvent donc l’exception de chose jugée. L’arrêt par lequel il a été condamné en Espagne se rapporte à l’activité frauduleuse menée dans ce pays par Fórum Filatélico, tandis que le jugement portugais se rapporte à l’activité de Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão sur le territoire portugais.

Les avocats de l’intéressé citent la jurisprudence déjà abondante de la Cour relative au principe ne bis in idem en matière internationale, en particulier l’arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C- 436/04, EU:C:2006:165), qui établit que la question doit être analysée du point de vue des faits et non sous l’angle de la qualification juridique, et que la jurisprudence de la Cour a développé une approche autonome de la notion de « mêmes faits », qui repose sur le critère de « l’identité des faits matériels, compris comme l’existence d’un ensemble de faits indissociablement liés entre eux ».

Le ministère public est d’un avis contraire et considère que l’exception de chose jugée doit être écartée, car les faits ne sont pas les mêmes. Ceux survenus en Espagne se rapportent à des personnes concernées qui figurent dans la liste annexée à l’arrêt, tandis que le jugement portugais se rapporte à des faits survenus au Portugal et affectant des personnes autres que celles visées par l’arrêt espagnol.

Le ministère public renvoie à la jurisprudence en vertu de laquelle il n’existe pas de chose jugée dans des situations similaires, sans préjudice de la confusion pénitentiaire ultérieure des peines infligées, conformément à l’article 76 du code pénal ou au principe de proportionnalité, dont il ressort que le plafond, aux fins de l’accomplissement des peines, est celui de la peine qui découlerait d’une poursuite conjointe de l’ensemble des faits.

VI.– Les faits les plus significatifs décrits dans le formulaire du mandat d’arrêt européen, transmis par la juridiction portugaise, et qui sont à l’origine du jugement de condamnation de M. Juan, sont les suivants :

« La société Fórum Filatélico (Iniciativas de Gestão) SA [...] a été constituée en janvier 1988 et enregistrée auprès du CRC de Lisbonne [...] sous le nom de Fórum Iniciativas de Gestão SA.

[...]

L’objet social de la société Fórum Iniciativas était “le commerce de valeurs philatéliques nationales et étrangères, [...]”.

À la date de sa constitution, 85 % du capital social de Fórum Iniciativas était détenu par la société espagnole Fórum Filatélico SA (ci-après “Fórum Filatélico”) qui, le 25 mars 2003, est devenue son unique actionnaire.

En mai 2006, les prévenus Juan, [...], parmi d'autres, étaient administrateurs et membres du conseil d'administration de Fórum Iniciativas [...].

Le prévenu Juan était le président du conseil d'administration de Fórum Iniciativas depuis le 30 mai 2001.

En outre, le prévenu Juan était également administrateur et membre du conseil d'administration de Fórum Filatélico depuis le 6 octobre 1992 et en était le président depuis le 29 janvier 2001.

[...]

Fórum Iniciativas était une filiale de la société espagnole Fórum Filatélico, la société mère du groupe Fórum Filatélico, dont cette filiale faisait partie.

L'activité principale de cette société espagnole était la commercialisation, auprès du public, de produits d'investissement en valeurs philatéliques et, plus précisément, de timbres-poste émis entre l'année 1956 et l'année 1992 sur le thème “CEPT Europa” puis également, après le début de l'année 2006, de timbres émis entre l'année 1993 et l'année 2001 sur le thème “Post-Europa”.

[...]

C'est par le biais de la société Fórum Iniciativas que la société Fórum Filatélico exerçait cette activité sur le territoire national [Portugal].

De plus, Fórum Iniciativas avait été créée dans le but de promouvoir et de commercialiser, sur le territoire national, les produits d'investissement de la société mère.

Ainsi, l'activité principale de Fórum Iniciativas était la même que celle de Fórum Filatélico : la commercialisation de produits d'investissement consistant en l'acquisition de timbres, pour lesquels était établie la garantie que, à la fin de la période contractuellement fixée, ils seraient rachetés pour une valeur correspondant au capital investi majoré de rendements supérieurs à ceux offerts par les institutions financières.

[...]

Entièrement contrôlée par Fórum Filatélico et totalement dépendante de cette société, l'ensemble de l'activité de Fórum Iniciativas était orientée vers l'adaptation de ces participations de Fórum Filatélico.

Ainsi :

Les membres les plus importants du conseil d'administration de Fórum Filatélico étaient également administrateurs et membres du conseil d'administration de Fórum Iniciativas, [...]

Le président des deux sociétés était le prévenu Juan ;

Fórum Filatélico assumait expressément les responsabilités contractuelles de Fórum Iniciativas résultant de l'achat et de la vente de timbres ainsi que de la garantie de rachat des timbres qui étaient en sa possession, aux prix constants des expositions financières ;

Les produits d'investissement commercialisés par Fórum Iniciativas étaient les mêmes que ceux de Fórum Filatélico ;

Les timbres associés aux contrats d'investissement étaient demandés par Fórum Iniciativas à Fórum Filatélico ;

Ces timbres étaient fournis par Fórum Filatélico ou confiés par cette société à ses fournisseurs philatéliques.

Les prix auxquels Fórum Iniciativas vendait et rachetait les timbres étaient fixés par Fórum Filatélico dans des rapports sur les prix, qu'elle élaborait trimestriellement, et les valorisations des timbres résultaient des rapports de Fórum Filatélico.

[...]

Bien que variant selon le type de produits, la durée de l'investissement, le capital appliqué et le moment précis de la souscription, les rendements annuels minimaux garantis se situaient entre 4,95 % et 10 %, avec un cumul annuel en cas d'investissement de plus d'un an.

En réalité, la publicité faite autour de Fórum Iniciativas, de Fórum Filatélico et des produits d'investissement susmentionnés consistait à affirmer qu'ils étaient fondés sur l'acquisition, la valorisation et la vente de lots de timbres, qu'ils permettaient de réaliser des bénéfices importants et qu'ils n'étaient pas soumis aux effets de la crise ou aux fluctuations du marché, et que la garantie de rachat de ces lots de timbres permettait au client de disposer des liquidités et des bénéfices générés.

[...]

S'agissant de Fórum Iniciativas, elle était présentée comme une entreprise de renom appartenant au groupe Fórum Filatélico, qui commercialisait des valeurs philatéliques [...]

Jusqu'au mois de mai 2006, l'adhésion massive de particuliers à ces produits d'investissement a permis à Fórum Iniciativas de connaître une croissance et une expansion exceptionnelles.

Après avoir enregistré, en 2004, un chiffre d'affaires en valeur d'environ 4 000 000,00 euros, en novembre 2005, Fórum Iniciativas avait déjà atteint un chiffre d'affaires compris entre 9 000 000,00 euros et 10 000 000,00 euros.

À la mi-mai 2006, au moins 2 550 contrats étaient en vigueur pour environ 1 500 investisseurs qui, en souscrivant ces contrats et en acquérant les lots de timbres y afférents, ont transféré des fonds à Fórum Iniciativas pour un montant total d'au moins 21 050 903,99 euros.

Cependant, l'activité que Fórum Iniciativas exerçait sur le territoire national – qui était l'exact pendant de celle que Fórum Filatélico exerçait en Espagne – dissimulait un système pyramidal frauduleux de collecte massive de fonds auprès de particuliers.

À la fin du mois d'avril 2006, les autorités judiciaires espagnoles ont engagé la procédure d'enquête préliminaire n° [OMISSIS] – devenue par la suite la procédure sommaire n° [OMISSIS] – dans le cadre de laquelle a été examinée l'activité susmentionnée exercée par Fórum Filatélico en Espagne.

À la suite de l'ouverture de cette enquête pénale et de l'intervention des autorités espagnoles, l'activité de Fórum Filatélico en Espagne a cessé au mois de mai 2006.

Conscients du caractère frauduleux de cette activité qui avait été mise en place en Espagne par Fórum Filatélico, les prévenus Juan, [...] qui étaient responsables en dernier ressort de l'administration de la société Fórum Iniciativas, des décisions prises et de la gestion des activités, ont continué à utiliser et à mettre en œuvre ce système en le développant sur le territoire national [Portugal] par l'intermédiaire de Fórum Iniciativas.

[...]

Contrairement à l'apparente solidité financière de Fórum Iniciativas et de la société mère Fórum Filatélico, inspirée au public par la dimension internationale du groupe Fórum Filatélico, ayant fait l'objet de publicité, et par le "rating", largement diffusé, qui lui était attribué, le modèle d'activité mis en place par Fórum Filatélico sur le territoire national par l'intermédiaire de Fórum Iniciativas, que les prévenus ont continué à mettre en œuvre et dont ils ont prolongé l'existence, n'était pas viable sur le plan économique ni financièrement durable.

[...]

Étant donné que les timbres valaient, en moyenne, environ 10 % du montant payée par les investisseurs et que leur valeur n'augmentait pas d'une manière susceptible de soutenir les rendements garantis, [...]

[...]

L'absence de viabilité économique du modèle d'activité mis en œuvre par Fórum Iniciativas et les pertes économiques constantes que cette société subissait n'étaient pas perçues par les particuliers.

En réalité, Fórum Iniciativas ne disposait pas d'actifs ou de revenus suffisants pour honorer les engagements de rachat qu'elle prenait ; le respect de ces engagements dépendait uniquement et exclusivement de la mise en œuvre continue de la même pratique frauduleuse consistant à collecter de nouveaux fonds pour payer les montants dus aux investisseurs plus anciens, ce qui générerait ainsi de nouveaux engagements successifs de rachat de plus en plus importants qui conduiraient inévitablement à l'effondrement du système mis en place.

Lorsqu'il a été mis fin à l'activité de collecte de fonds du fait de l'intervention des autorités judiciaires, Fórum Iniciativas, ne disposant pas d'actifs et de revenus suffisants à cet effet, a cessé d'honorer les engagements de rachat pris envers les particuliers identifiés au point 62, qui ont tous fini par subir des pertes financières élevées. De fait, ces particuliers ont consacré un montant total de 21 050 903,99 euros à l'achat des timbres, d'une valeur approximative de 2 105 090,39 euros, de sorte qu'ils ont subi un préjudice d'environ 19 millions d'euros, correspondant à la différence entre les deux valeurs, pour l'indemnisation duquel les actifs dont dispose Fórum Iniciativas sont clairement insuffisants ».

VII.– Dans l'exposé des faits prouvés et dans les motifs de l'arrêt espagnol de l'Audiencia Nacional (Cour centrale) du 13 juillet 2018, relatif aux activités des prévenus de la société mère espagnole Fórum Filatélico, il est fait mention de l'activité de sa filiale Iniciativas de Gestão SA dans les termes suivants :

Fait prouvé « 26. Grupo Fórum était composé de treize filiales, dont : Grupo Unido de Proyectos y Operaciones SA, qui a été utilisée pour l'achat de biens immobiliers en vue de blanchir une partie de l'argent détourné des clients ; Monfragüe Insurance Company Ltd, qui a fourni une fausse couverture d'assurance pour une partie des timbres, et Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão SA, qui exerçait la même activité au Portugal. Les filiales subissaient des pertes : au moment de l'intervention des autorités judiciaires, elles apportaient un passif de 38 564 190 euros. Grupo Fórum disposait également d'une fondation culturelle du même nom, fondée en décembre 1998. »

[...]

Fait prouvé « 59. Un autre mécanisme imaginé par les présidents [des sociétés concernées] pour détourner les fonds de l'entreprise a consisté, à partir de

l'année 1990, à envoyer des timbres à la filiale portugaise Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão SA, qui exerçait la même activité de collecte d'épargne à des fins d'investissement dans des timbres. Ces livraisons n'étaient pas facturées par la société mère, mais par les fournisseurs intermédiaires [...] »

« Il est utile de comparer [le] comportement [de l'auditeur espagnol] avec celui de l'auditeur portugais de la filiale Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão SA, laquelle réalisait les mêmes opérations commerciales que la filiale espagnole. »

« Fórum effectuait des livraisons de marchandises à sa filiale portugaise Fórum Ibérica Iniciativas de Gestão, qui étaient préparées par le département "philatélie", avec des timbres provenant de ce département ou du département "stock et distribution" »

La condamnation de M. Juan, s'agissant du délit d'escroquerie, se fonde sur les actes qu'il a commis depuis le siège de Madrid, en sa qualité de plus haut responsable de Grupo Fórum, par l'intermédiaire de Fórum Filatélico SA en Espagne, mais concerne également ses filiales, dont Fórum Iniciativas de Gestão SA au Portugal, bien que l'arrêt ne se réfère pas spécifiquement, ni dans l'exposé des faits ni dans ses motifs, autrement que de la manière sporadique décrite, à cette société portugaise.

VII.– Il y a donc lieu de constater que l'arrêt de condamnation rendu par l'Audiencia Nacional (Cour centrale) se focalise essentiellement sur l'activité trompeuse exercée par Fórum Filatélico en Espagne, alors que le jugement portugais du 20 janvier 2020 ne traite pas de l'escroquerie commise en dehors du Portugal autrement qu'en mentionnant cette situation, mais se concentre sur l'activité exercée par Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão exclusivement sur le territoire portugais, les listes des personnes lésées étant différentes dans chaque cas et les responsables des faits ne se recoupant qu'en partie.

Le volume de l'activité de Fórum Filatélico SA jugée en Espagne était de l'ordre de 150 % de celui de l'activité de sa filiale Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão, jugée au Portugal.

VIII.– Après avoir examiné l'appel, la juridiction de céans conclut que, avant de statuer à son égard, il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel en ce qui concerne les aspects développés ci-dessous.

II.– EN DROIT

PREMIÈREMENT.– Les avocats de Juan invoquent formellement l'exception de la chose jugée en vertu de l'article 48, paragraphe 1, sous c), de la loi 23/2014, lu en combinaison avec l'article 3, point 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI, au motif que les faits à l'origine de l'arrêt espagnol du 13 juillet 2018 et ceux du jugement portugais relatif à Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão seraient essentiellement identiques.

La juridiction de céans a constaté que les faits des deux arrêts correspondent à un schéma d'opérations similaire, à la seule différence qu'ils se sont déroulés en des lieux distincts. L'arrêt espagnol porte sur l'activité exercée en Espagne, tandis que le jugement portugais se rapporte aux faits survenus au Portugal. L'identité des victimes, nombreuses dans les deux cas, est donc différente. Dans un cas, il s'agissait de clients de Fórum Filatélico SA, opérant en Espagne, et, dans l'autre, de clients de sa filiale Fórum Iniciativas de Gestão, opérant au Portugal.

Les liens entre les deux sociétés et l'activité similaire exercée par l'une et l'autre sont clairement décrits dans l'exposé des faits du formulaire annexé au mandat d'arrêt européen, dans les termes reproduits aux sections VI et VII des présentes.

DEUXIÈMEMENT.— À ce stade, la juridiction de céans envisage la possibilité que l'exception obligatoire à l'exécution du mandat d'arrêt européen, prévue à l'article 3, point 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI [article 48, paragraphe 1, sous c), de la loi 23/2014] et invoquée par l'intéressé, ne soit pas la seule en cause. Le principe « ne bis in idem », consacré en tant que droit fondamental par l'ordre juridique de l'Union, initialement prévu à l'article 54 de la CAAS et repris ensuite à l'article 50 de la Charte, pourrait également être directement affecté dans son intégralité. Il en va de même au niveau européen en ce qui concerne l'article 4 du protocole n° 7 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH »).

La constatation d'un cas de « ne bis in idem » conduirait non seulement au rejet de l'exécution du mandat d'arrêt européen en cause, mais à l'impossibilité d'exécuter le jugement de condamnation portugais en Espagne, en application de l'article 85, paragraphe 1, sous c), de la loi 23/2014, lu en combinaison avec l'article 9, paragraphe 1, sous c), de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, en donnant plein effet au principe ne bis in idem.

Toutefois, de même, si l'on considérait qu'il ne s'agit pas d'un véritable cas de « ne bis in idem », faire droit purement et simplement à l'exécution en Espagne du jugement portugais, sans procéder à une quelconque adaptation ou reconnaissance de ses effets sur la procédure d'exécution de l'arrêt espagnol en cours d'application pourrait porter atteinte au principe de proportionnalité des peines dans le cadre de la répression des infractions pénales (article 49, paragraphe 3, de la Charte), ainsi qu'à la mise en œuvre de principes du droit de l'Union pleinement consacrés, tels que celui de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et de leurs effets sur des procédures menées dans d'autres États membres, conformément à la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, avec des conséquences négatives pour la libre circulation des citoyens de l'Union (article 45 de la Charte).

TROISIÈMEMENT.– « **NE BIS IN IDEM** ». Parmi toutes les questions soulevées par la demande d'application du principe ne bis in idem au cas d'espèce, le point crucial est celui de l'identité des faits, qui consiste à savoir si, tels que les faits du jugement portugais sont décrits, il existe une identité entre ces faits, au sens de la jurisprudence de l'Union, et ceux de l'arrêt espagnol.

Il nous apparaît clairement que, au regard de la jurisprudence invoquée par les parties dans la formulation de leurs prétentions – voir arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck, C- 436/04, EU:C:2006:165, ainsi que de nombreux autres (arrêts du 28 septembre 2006, Van Straaten, C- 150/05, EU:C:2006:614 ; du 28 septembre 2006, Gasparini e.a., C- 467/04, EU:C:2006:610 ; du 18 juillet 2007, Kretzinger, C- 288/05, EU:C:2007:441 ; du 18 juillet 2007, Kraaijenbrink, C- 367/05, EU:C:2007:444, etc.) –, la question débattue doit être analysée du point de vue factuel et non du point de vue de la qualification juridique, car, dans le cas contraire, il y aurait autant d'obstacles à la libre circulation des citoyens dans l'espace Schengen qu'il y a de systèmes pénaux dans les États contractants. Il convient de noter que les faits reçoivent essentiellement la même qualification juridique dans le jugement portugais et dans l'arrêt espagnol.

Il est donc constant que la jurisprudence de la Cour a développé une approche autonome de la notion de « mêmes faits ».

QUATRIÈMEMENT.– Cette notion renvoie à l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de faits ou de circonstances factuelles indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé (arrêts du 9 mars 2006, Van Esbroeck, C- 436/04, EU:C:2006:165 ; du 28 septembre 2006, Van Straaten, C- 150/05, EU:C:2006:614 ; du 18 juillet 2007, Kretzinger, C- 288/05, EU:C:2007:441, etc.). Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme (siégeant en grande chambre), a repris ce critère dans son arrêt du 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903), entre autres.

Le droit comparé admet traditionnellement deux interprétations possibles : d'une part, il peut être considéré que le « fait » se rapporte à l'événement historique survenu, détaché de sa qualification juridique (théorie naturaliste – idem factum). Cette interprétation s'applique, par exemple, en droit allemand et en droit danois. D'autre part, on peut estimer qu'il s'agit d'une expression dont le contenu est juridique et qu'elle se rapporte, non pas au fait historique naturel, mais à son rattachement à l'une des qualifications pénales existantes (théorie normative – critère de la qualification juridique ou idem crimen), interprétation qui semble être privilégiée par la jurisprudence espagnole [arrêt de la deuxième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême) 18/2016, du 26 janvier 2016].

L'arrêt espagnol et le jugement portugais retiennent essentiellement la même qualification juridique des faits : le délit pénal d'escroquerie aggravée.

Ce qui singularise la présente affaire, c'est que l'arrêt espagnol est beaucoup plus large et couvre beaucoup plus de faits, puisqu'il concerne la société mère et qu'il s'agit de la première procédure à avoir été instruite et à avoir donné lieu à des poursuites, bien que l'arrêt espagnol soit devenu définitif quelques jours après le jugement portugais. La juridiction espagnole a considéré que les faits présentaient un lien juridique de continuité sur le plan délictuel au sens de l'article 74 du code pénal.

Toutefois, l'arrêt espagnol n'a que très partiellement pris en considération certains faits commis au Portugal par l'intermédiaire de la filiale portugaise Fórum Iniciativas de Gestão SA et ayant affecté d'autres personnes lésées, outre que l'activité semble s'être poursuivie au Portugal y compris après la cessation de l'activité de Fórum Filatélico en Espagne, après l'intervention des autorités judiciaires en mai 2006.

CINQUIÈMEMENT.— L'approche privilégiée par la jurisprudence espagnole. Il convient de partir du principe que la jurisprudence de la Cour issue notamment de l'arrêt du 16 novembre 2010, Mantello (C- 261/09, EU:C:2010:683), accorde aux juridictions des États membres une large marge d'appréciation pour déterminer s'il y a réellement identité des faits.

Il faut expliquer à ce stade que la jurisprudence traditionnelle de la deuxième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême), y compris la jurisprudence la plus récente citée par le ministère public [arrêts du Tribunal Supremo (Cour suprême) 498/2019, du 23 octobre 2019 ; 442/2019, du 2 octobre 2019, et 654/2020, du 2 décembre 2020], considère, en pareil cas, qu'il y a absence de chose jugée. Toutefois, il ressort également de cette jurisprudence, et il s'agit d'un élément essentiel et indissociable du raisonnement, que cette situation nécessite un traitement juridique pragmatique et individualisé au moyen de l'application de critères d'adaptation de la peine à exécuter, dans certains cas par la confusion pénitentiaire ultérieure des peines infligées, conformément à l'article 76 du code pénal ou au principe de proportionnalité, dont il ressort que le plafond, aux fins de l'accomplissement des peines, est celui de la peine qui découle d'une poursuite conjointe de l'ensemble des faits, en cas d'infraction pénale continue (article 74 du code pénal).

Il y a lieu de considérer, conformément à cette jurisprudence, que, dans le présent cas d'espèce, il n'y a pas de véritable identité des faits (*idem*), mais une conjonction de faits qui relèvent de la catégorie juridique unique de l'infraction pénale continue, au sens de l'article 74 du code pénal espagnol, qui est également prévue à l'article 79 du code pénal portugais. Toutefois, dans ce cas, l'infraction pénale continue couvrirait l'ensemble des faits, aussi bien ceux survenus en Espagne que ceux survenus au Portugal, et auxquels une peine unique devrait être appliquée.

En pareils cas, le point problématique est le traitement juridique à appliquer lorsque les faits ne sont pas jugés au cours d'une seule procédure et ne font pas l'objet d'un jugement et d'une peine uniques.

La jurisprudence espagnole défend la nécessité de procéder à une correction de la peine qui permette d'assurer le respect du principe de proportionnalité lors de l'imposition de la peine prévue par la loi et d'éviter ainsi les excès pouvant résulter de l'imposition d'une double peine. Deux mécanismes sont indifféremment utilisés pour faire en sorte que la réponse pénale soit appropriée et proportionnée à la norme répressive, qui consistent soit à déduire, dans le deuxième jugement, la peine prononcée dans le premier jugement soit à éviter que les peines prononcées dans les jugements de condamnation n'excèdent, dans leur ensemble, l'éventail des peines encourues pour l'infraction pénale.

SIXIÈMEMENT.– En l'espèce, les faits ont été poursuivis dans le cadre de deux procédures distinctes et ont abouti à deux décisions de juridictions différentes dans des États membres différents, en rapport avec deux volets d'une seule infraction pénale continue, lesquels ont chacun donné lieu à l'imposition de la peine correspondante.

L'analyse de la situation a permis de constater que ni la loi espagnole, ni le droit de l'Union, pas plus que la jurisprudence, n'indiquent la procédure ou la voie procédurale à suivre en pareil cas pour définir le plafond de la peine, qui devrait être celui de la peine résultant d'une poursuite conjointe de l'ensemble des faits constitutifs de l'infraction pénale continue au sens de l'article 74 du code pénal.

L'article 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (code de procédure pénale) est la seule disposition du droit espagnol qui règle sur le plan procédural la confusion de deux ou plusieurs condamnations, en fixant une limite à l'exécution de la peine, bien qu'il ne prévoit que la confusion de différentes condamnations relatives à des faits clairement différents, mais qui auraient pu être jugés dans le cadre d'une seule procédure au motif qu'ils sont connexes, conformément à l'article 17 du code de procédure pénale, dans le respect du plafonnement des peines prévu à l'article 76 du code pénal. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'article 14, paragraphe 2, sous c), de la Ley Orgánica 7/2014 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (loi organique 7/2014 relative à l'échange d'informations sur les casiers judiciaires et à la prise en compte de décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union européenne, ci-après la « loi organique 7/2014 »), du 12 novembre 2014, transposant la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, exclut expressément la reconnaissance des jugements étrangers en pareils cas.

La situation qui nous occupe est différente. Elle concerne des infractions pénales dont l'identité, du point de vue factuel, n'est pas absolue au sens de la théorie naturaliste, et qui, juridiquement, ne présentent pas non plus un simple lien de connexité sur le plan délictuel, mais forment une unité juridique en ce qu'elles

s'inscrivent dans une relation constitutive d'une infraction pénale continue au sens de l'article 74 du code pénal.

La voie procédurale la plus appropriée pour une adaptation de la peine telle qu'exigée par la jurisprudence serait la confusion, pour n'en faire qu'une seule, des peines infligées dans deux ou plusieurs jugements, espagnols ou étrangers, en rapport avec des faits qui auraient pu être jugés dans le cadre d'un seul procès, en appliquant à cet effet, par analogie, la procédure prévue à l'article 988, troisième alinéa, du code de procédure pénale, mais en définissant dans ce cas le plafond de la peine au sens de l'article 74 du code pénal en adaptant la peine définitive résultant de la confusion au principe de proportionnalité, ce qui permet d'éviter des excès indésirables en matière d'exécution des peines.

La procédure d'adaptation de la peine, prévue à l'article 83, paragraphe 1, de la loi 23/2014, lu en combinaison avec l'article 8, paragraphe 1, de la décision-cadre 2008/909/JAI, n'est pas applicable en pareilles hypothèses, dans la mesure où elle régit des cas de figure et des situations totalement différents.

SEPTIÈMEMENT.– Il apparaît utile de rappeler ici les critères de détermination de la peine utilisés dans le cas de l'infraction pénale continue faisant l'objet de l'arrêt espagnol dans l'affaire *Fórum Filatélico*, lesquels sont énoncés à l'article 74, paragraphe 2, du code pénal.

Dans la section « 3.7.– Peines », l'arrêt établit que, pour définir le quantum de la peine infligée pour l'escroquerie, il convient de tenir compte de la circonstance que, pris isolément, bon nombre des faits, à savoir des milliers de délits d'escroquerie, constituent un type aggravé d'escroquerie en raison de leur gravité particulière, eu égard au montant de la fraude, chacun d'entre eux excédant 50 000 euros. Les peines de base s'échelonnent entre 1 et 6 ans d'emprisonnement assorti d'une amende. Les règles qui régissent les peines encourues en cas d'infraction continue caractérisée par sa gravité particulière et le nombre important de personnes qu'elle touche ont pour conséquence que, s'agissant d'infractions contre les biens, la peine infligée sera déterminée en fonction du total des dommages causés (jusqu'à 268 000 personnes lésées et 3,7 milliards d'euros de préjudice matériel). Les infractions en cause relèvent de la catégorie des infractions caractérisées par leur gravité particulière et le nombre important de personnes qu'elles touchent. Par conséquent, si l'on augmente d'un échelon la peine de base théorique, cette peine sera comprise entre 6 ans et 1 jour et 9 ans d'emprisonnement assorti d'une amende ; le tribunal a choisi cet échelon en infligeant pour cette infraction continue constituée par une escroquerie aggravée en lien avec d'autres infractions, la peine de 8 ans, 7 mois et 17 jours d'emprisonnement, même s'il avait la possibilité d'augmenter ladite peine de deux échelons.

Les faits survenus au Portugal, en ce qu'ils s'inscrivent dans le même ensemble de faits liés sur le plan juridique avec les faits espagnols par une relation constitutive d'une infraction pénale continue, n'auraient pas donné lieu à une augmentation

significative de la peine en Espagne s'ils avaient été jugés conjointement avec les faits espagnols et avaient abouti à un seul jugement.

Conformément au choix d'augmenter d'un échelon la peine de base, la peine globale n'aurait pas pu dépasser 9 ans d'emprisonnement.

HUITIÈMEMENT.– Nous avons jusqu'à présent analysé le droit espagnol applicable en tentant d'apporter une solution à cette affaire dans le respect du droit européen.

À ce stade, l'on constate que la plus grande divergence entre le droit espagnol et le droit européen réside dans le fait que toute solution envisageable en présence de deux peines infligées dans des jugements de condamnation rendus par une juridiction espagnole et une juridiction [d'un autre État membre de l'Union], et devant faire l'objet d'une confusion, implique la nécessaire reconnaissance et l'octroi d'une valeur identique aux jugements étrangers, qu'ils aient été rendus avant ou après le jugement espagnol, comme le prévoit la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale.

Il convient de relever toutefois qu'il n'existe aucune règle dans l'ordre juridique espagnol qui autorise cette reconnaissance dans les cas d'infractions pénales continues ou connexes. Qui plus est, il existe une règle interne qui l'interdit expressément.

L'article 14, paragraphe 2, de la loi organique 7/2014, qui transpose en droit espagnol la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, précitée, dispose que les condamnations définitives prononcées dans d'autres États membres « *sont sans effet sur : a) les jugements définitifs rendus avant celles-ci par les juges ou les tribunaux espagnols et les décisions prises pour leur exécution ; b) les jugements de condamnation rendus dans le cadre de procès tenus ultérieurement en Espagne pour des infractions pénales commises avant qu'un jugement de condamnation ait été rendu par les juridictions de l'autre État membre ; c) les ordonnances rendues ou qui doivent être rendues conformément aux dispositions de l'article 988, troisième alinéa, du code de procédure pénale et qui fixent les limites d'exécution des peines, dont celles visées à la lettre b), et ne peuvent entraîner leur annulation ou leur révision* ».

Il s'ensuit que, par l'effet direct de ces limitations, sur le bien-fondé, l'opportunité et l'exactitude juridique desquelles il ne nous appartient pas de nous prononcer, ni la confusion de la condamnation portugaise avec la condamnation espagnole, ni son adaptation corrélative, ne sont possibles, puisque le jugement portugais n'est pas reconnu en Espagne à ces fins.

Par voie de conséquence, compte tenu du refus d'exécuter le MAE au motif que la personne recherchée est de nationalité espagnole, et si l'existence d'un cas de « ne bis in idem » est écartée, il n'y aura pas d'autre possibilité que d'exécuter

intégralement la peine prononcée au Portugal en Espagne, laquelle s'additionnera à la peine prononcée dans l'arrêt espagnol en cours d'exécution, sans que la réponse pénale puisse être adaptée ou limitée de quelque manière que ce soit.

Cette situation, outre qu'elle méconnaît l'exigence de proportionnalité des peines dans le cadre de la répression des infractions pénales (article 49, paragraphe 3, de la Charte), porte atteinte à des principes du droit de l'Union pleinement consacrés, tels que celui de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, ainsi que, en particulier, à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne, telle que prévue dans la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, et compromet également l'effectivité des dispositions de la décision-cadre 2002/584/JAI, du 13 juin 2002, notamment de son article 4, point 6, en produisant des effets sur la libre circulation des citoyens de l'Union (article 45 de la Charte).

NEUVIÈMEMENT.— Pour ces motifs, la juridiction de céans considère qu'il est indispensable, afin de trancher la question soulevée par le requérant dans le respect des règles et des principes du droit de l'Union, de soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne les questions suivantes :

1) Existe-t-il en l'espèce un cas de « ne bis in idem » au sens de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen, au motif qu'il s'agit des mêmes faits, compte tenu de la portée conférée par la jurisprudence de l'Union à cette notion, ou, au contraire, appartient-il à la juridiction de céans de procéder à cette appréciation, conformément aux principes énoncés dans la présente décision, parmi lesquels la nécessité d'une confusion des peines et de la fixation d'un plafond de la peine en fonction des critères de proportionnalité, au motif qu'il s'agit d'une infraction unique et continue ?

2) Dans l'hypothèse où il ne s'agirait pas d'un cas de « ne bis in idem » au motif que les faits ne sont pas totalement identiques, selon les critères énoncés dans la présente décision :

A) Compte tenu des circonstances de l'espèce, les limitations apportées aux effets des jugements d'autres États membres de l'Union, expressément prévues à l'article 14, paragraphe 2, de la Ley Orgánica 7/2014 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (loi organique 7/2014 relative à l'échange d'informations sur les casiers judiciaires et à la prise en compte de décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union européenne), du 12 novembre 2014, qui transpose le droit de l'Union, sont-elles compatibles avec la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, ainsi qu'avec l'article 45 et l'article 49, paragraphe 3, de la Charte et le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union ?

B) L'absence, en droit espagnol, d'une procédure ou d'un mécanisme permettant la reconnaissance des jugements rendus par des juridictions d'autres États membres de l'Union ainsi que la confusion, l'adaptation ou la limitation des peines, de manière à en garantir la proportionnalité, lorsqu'un jugement étranger doit être exécuté en Espagne et se rapporte à des faits qui présentent un lien de continuité ou de connexité sur le plan délictuel avec d'autres faits jugés en Espagne et à l'égard desquels un arrêt de condamnation a également été rendu, est-elle contraire à l'article 45 et à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte, lus en combinaison avec l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, ainsi qu'à l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, et, de manière générale, au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union ?

DIXIÈMEMENT.– PROCÉDURE D'URGENCE. La présente affaire concernant une procédure pénale dans laquelle l'intéressé est incarcéré dans un centre pénitentiaire, où il purge une peine d'une durée déterminée sans avoir de certitude quant à la durée pendant laquelle il devra en définitive exécuter sa peine d'emprisonnement, procédure qui affecte également son régime pénitentiaire, ses permissions de sortir, sa progression en degrés pénitentiaires et le calcul du temps aux fins de l'obtention de la libération conditionnelle dans la dernière phase de l'exécution de sa peine, elle revêt un caractère d'urgence, de sorte que nous jugeons opportun que soit appliquée au présent renvoi préjudiciel la procédure d'urgence prévue à l'article 107 du règlement de procédure de la Cour, lu en combinaison avec l'article 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, et nous formulons une demande en ce sens.

Par ces motifs, **L'AUDIENCIA NACIONAL (COUR CENTRALE) DÉCIDE CE QUI SUIT.**

III.– DISPOSITIF

1) Il est sursis à statuer sur l'appel jusqu'à ce que les questions préjudicielles soient tranchées.

2) Les questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour de justice de l'Union européenne :

1) Existe-t-il en l'espèce un cas de « ne bis in idem » au sens de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen, au motif qu'il s'agit des mêmes faits, compte tenu de la portée conférée par la jurisprudence de l'Union à cette notion, ou, au contraire, appartient-il à la juridiction de céans de procéder à cette appréciation, conformément aux principes

énoncés dans la présente décision, parmi lesquels la nécessité d'une confusion des peines et de la fixation d'un plafond de la peine en fonction des critères de proportionnalité, au motif qu'il s'agit d'une infraction unique et continue ?

2) Dans l'hypothèse où il ne s'agirait pas d'un cas de « ne bis in idem » au motif que les faits ne sont pas totalement identiques, selon les critères énoncés dans la présente décision :

A) Compte tenu des circonstances de l'espèce, les limitations apportées aux effets des jugements d'autres États membres de l'Union, expressément prévues à l'article 14, paragraphe 2, de la Ley Orgánica 7/2014 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (loi organique 7/2014 relative à l'échange d'informations sur les casiers judiciaires et à la prise en compte de décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union européenne), du 12 novembre 2014, qui transpose le droit de l'Union, sont-elles compatibles avec la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, ainsi qu'avec l'article 45 et l'article 49, paragraphe 3, de la Charte et le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union ?

B) L'absence, en droit espagnol, d'une procédure permettant la reconnaissance des jugements rendus par des juridictions d'autres États membres de l'Union ainsi que la confusion, l'adaptation ou la limitation des peines, de manière à en garantir la proportionnalité, lorsqu'un jugement étranger doit être exécuté en Espagne et se rapporte à des faits qui présentent un lien de continuité ou de connexité sur le plan délictuel avec d'autres faits jugés en Espagne et à l'égard desquels un arrêt de condamnation a également été rendu, est-elle contraire à l'article 45 et à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte, lus en combinaison avec l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, ainsi qu'à l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, et, de manière générale, au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union ?

[Formules procédurales finales]