

N° 6081²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI

portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché)

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(4.5.2010)

Par dépêche du 2 novembre 2009, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances. Au texte du projet étaient joints l'exposé des motifs et le commentaire des articles.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 21 décembre 2009.

Le projet sous avis a notamment pour objet de modifier les articles 29 et 33 de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché afin de tenir compte de l'avis motivé de la Commission européenne au sujet de la transposition incorrecte de certains articles de la directive, transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 5 mars 2010.

Le Conseil d'Etat annonce d'ores et déjà que pour des causes inhérentes au raisonnement juridique qu'il va développer dans le présent avis, il procédera à l'examen de l'article 4 avant celui de l'article 3. En effet, les modifications à apporter à l'article 3 du projet sous avis sont induites de celles de l'article 4.

*

EXAMEN DES ARTICLES*Article 1er*

L'article 1er a comme objectif de modifier l'article 1er, paragraphe 6 de la loi de 2006 en adaptant l'étendue théorique des compétences de coopération de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) en matière de reconnaissance de la réglementation équivalente de marchés agréés avec des pays tiers qui ne sont pas membres de l'Union européenne. En effet, la bonne intention du législateur avait été, en 2006, d'aller plus loin que la directive en permettant la reconnaissance du caractère équivalent de la réglementation applicable à des marchés agréés même dans des pays tiers. Or, l'expérience semble montrer que cette équivalence est en pratique très difficile, sinon impossible à établir.

La démarche consiste à réduire le domaine d'application de la loi, et donc le champ de compétence de la CSSF, à ce qui est actuellement faisable. Le Conseil d'Etat donne cependant à considérer que, s'agissant d'une pure faculté pour la CSSF et non pas d'une obligation, il n'est pas exclu qu'elle pourrait prendre vie et couleur si les circonstances de la coopération internationale et de la transparence des acteurs ressortissants des pays tiers s'amélioraient. Dès lors, pourquoi renoncer définitivement à cette opportunité en en supprimant la base légale?

Article 2

Sans observation.

Article 4

Les articles 3 et 4 sont la pièce maîtresse du projet, alors qu'ils ont pour objet la modification des deux articles incriminés par la Commission européenne.

D'après l'article 14 de la directive, incomplètement transposé au Luxembourg selon la Commission, des mesures et sanctions administratives appropriées doivent pouvoir être prises et appliquées à l'encontre de toutes les personnes responsables d'une violation des dispositions de la directive. L'article 33 actuel de la loi luxembourgeoise est critiqué en ce qu'il se limite à la violation des obligations professionnelles, donc, en d'autres mots, aux manquements professionnels commis par des acteurs relevant habituellement du champ de compétence de la CSSF.

Or, la Commission européenne exige que le pouvoir de sanction administratif de la CSSF s'étende à toutes les personnes relevant *ratione personae* du domaine d'application de la loi.

Dans son avis du 7 mars 2006, le Conseil d'Etat avait grevé le libellé proposé à l'époque pour l'article 33 de deux oppositions formelles, l'une fondée sur le principe du *ne bis in idem*, l'autre sur le court-circuitage potentiel de l'action publique.

Au regard du point de vue défendu par la Commission européenne, et tout en suivant la trame du respect de nos règles de droit interne, il convient dès lors de résoudre deux questions et d'éviter autant d'écueils:

1. Comment fonder le pouvoir de sanction administratif de la CSSF envers des personnes non habituellement soumises à son contrôle?
2. Comment éviter le *bis in idem* entre sanctions pénales et sanctions administratives?

Quant à la première question, elle peut trouver une réponse cohérente et donc une justification aux compétences de la CSSF si l'on admet que la compétence de la CSSF est une compétence générale *ratione personae* pour l'application de la loi relative aux abus de marché. Le Conseil d'Etat peut en l'espèce adhérer à cette approche qui diffère de son approche traditionnelle conformément à laquelle la compétence des établissements publics est une compétence *ratione materiae*. L'article 11 de la directive enjoint aux Etats membres de désigner une autorité administrative compétente pour assurer l'application des dispositions de la directive. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 9 de la loi, cette autorité est au Luxembourg la CSSF. Comme il convient par ailleurs sans doute de lire le mot „une“ au sens fort, c'est-à-dire comme exclusion de tout autre nombre, on doit d'emblée exclure l'idée de charger une autre autorité administrative de la mise en œuvre des dispositions envers les personnes ne relevant pas habituellement de la compétence de la CSSF, voire l'idée de la création d'une telle autorité. Une application par plusieurs autorités nuirait d'ailleurs à la cohérence de l'interprétation et donc à la sécurité juridique.

La seconde question trouve une réponse dans un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), à savoir l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009. Dans cet arrêt, la CEDH, après avoir analysé la portée du droit de ne pas être jugé et puni deux fois tel qu'il est prévu par d'autres instruments internationaux, dont en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations Unies ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposant en son article 50 que „Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi“, conclut que l'article 4 du Protocole No 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que cette dernière a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont „en substance“ les mêmes que ceux ayant donné lieu à la première infraction.

Or, l'Union européenne étant en tant que telle soumise en matière de droits de l'Homme à la jurisprudence de la CEDH, les directives doivent être interprétées dans la mesure du possible comme étant compatibles avec les prescriptions découlant de la jurisprudence de la CEDH. Il est vrai que la première phrase de l'article 14 de la directive 2003/6/CE peut être lue comme exigeant sans faute des mesures ou sanctions administratives, mais comme ne rendant le cumul de sanctions pénales en sus que facultatif. Cette lecture permet de conclure que les violations des obligations découlant de la directive, et donc de la loi, sont suffisamment sanctionnées par un dispositif complet de sanctions administratives applicables à toutes les personnes relevant de son champ. Le problème du *ne bis in idem* peut dès lors

dans le cas d'espèce être résolu en renonçant tout simplement au dispositif pénal. L'article 32 actuel de la loi est dès lors à abroger, et les articles suivants à renuméroter.

Le Conseil d'Etat ne saurait toutefois donner son accord au texte de l'article 33, paragraphe 1er du projet de loi sous avis qui sanctionne de manière générale les infractions aux dispositions de la loi ou des mesures prises en son exécution sans préciser les comportements incriminés. Ce texte viole ainsi le principe de la légalité des incriminations qui a cours en matière pénale et en matière administrative. Le texte devra, sous peine d'encourir l'opposition formelle du Conseil d'Etat, citer précisément et limitativement les infractions ou du moins les articles de la loi qui sont punis par des sanctions administratives.

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 33 de la loi tels que proposés par l'article 4 du projet sous avis sont également à supprimer.

Article 3

Par rapport à l'article 29 actuel de la loi luxembourgeoise, la Commission conteste que dans le cadre actuellement tracé par la loi de 2006, les compétences de la CSSF en matière d'inspections sur place se limitent aux personnes soumises à sa surveillance prudentielle. D'après la Commission, l'autorité investie des compétences pour veiller à l'application de la directive, respectivement de la norme de transposition nationale, en l'occurrence la CSSF, doit pouvoir investiguer sur place auprès de toute personne morale ou physique visée par la loi.

Dans l'optique des auteurs du projet, qui entendaient maintenir un parallélisme de sanctions pénales et administratives, il convenait d'instituer une double compétence d'investigation sur place tant de la CSSF que des autorités judiciaires. Or, au vu de ce qui a été développé ci-avant, ce parallélisme qui aurait d'ailleurs soulevé bon nombre de difficultés procédurales n'est plus nécessaire, la CSSF devenant seule compétente pour des inspections sur place. Il convient partant de libeller l'article 29*bis* de manière à donner à la CSSF, pour les besoins de l'application de la présente loi, une compétence générale d'inspection sur place, en s'inspirant des compétences accordées à l'Inspection du travail et des mines par la loi modifiée du 21 décembre 2007 portant réforme de l'Inspection du travail et des mines.

Le Conseil d'Etat entend cependant souligner que ce type de compétence de police générale à l'égard de non-professionnels ne relevant pas de la compétence *ratione materiae* des établissements publics et administrations doit rester l'exception absolue, sous peine de morceler le droit pénal général, le cas échéant, au détriment de la sécurité juridique et de la cohérence du système. Si telle est la solution proposée en l'espèce, c'est qu'elle résulte d'une exigence de la directive et qu'elle est la seule qui permette d'éviter tous les écueils que présente le présent dossier.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 mai 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

