

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 complémentaire du Conseil d'Etat

(6 juillet 2010)

Par dépêche du 21 mai 2010, le Président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'Etat une série d'amendements parlementaires au projet sous rubrique. Les amendements étaient accompagnés d'une motivation générale et d'une motivation article par article. Un texte coordonné du projet de loi amendé était également joint.

Amendements I et II

S'agissant de modifications purement formelles par rapport au texte initial, le Conseil d'Etat n'a pas d'observations à faire, sauf à constater que la suggestion formulée dans son avis du 4 mai 2010 quant au maintien du champ de compétence géographique potentiellement plus large de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) n'est pas suivie par les auteurs de l'amendement I.

Amendement III

En premier lieu, les auteurs se trompent en disant que ledit amendement se rapporterait à l'article 4 initial. Il s'agissait bien de l'article 3 initial, qui, dans le projet initial, faisait partie intégrante de ce qui devient maintenant l'article 2.

Quant au fond, les auteurs des amendements exposent dans la motivation générale qu'ils entendent maintenir le parallélisme des sanctions administratives et pénales, tout en établissant un mécanisme qui devrait conduire à respecter le principe du *non bis in idem* et les enseignements à tirer de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'Etat avait esquissé dans son avis précité une autre voie, qui n'est partant pas retenue. Dès lors, tous autres commentaires par rapport à l'amendement III sont superfétatoires dans la mesure où, d'un point de vue procédural et formel, le mécanisme mis en place tient la route. Quant aux difficultés de mise en œuvre pratique, elles se présenteront sans aucun doute au fur et à mesure de l'application effective, et seront à résoudre le moment venu et au cas par cas.

Amendements IV et V

Il convient d'examiner ensemble ces deux amendements, dans la mesure où ils visent à mettre en place un système de sanctions pénales destiné à répondre à la fois au reproche du non-respect du principe du *ne bis*

in idem et à l'observation faite par le Conseil d'Etat sous peine d'opposition formelle dans son avis précité, que les comportements incriminés n'étaient pas énoncés avec suffisamment de précision dans le projet initial. Le second reproche est en effet contré par la combinaison des articles 32 et 33, paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa, qui, pour le premier, délimite clairement le champ pénal et, pour le second, encadre le périmètre d'intervention de la CSSF.

Le mécanisme principal pour faire face aux reproches consiste à exiger en matière pénale le dol spécial, alors que les sanctions administratives s'appliqueront au dol général et aux simples imprudences et négligences.

Quant au paragraphe 3 de l'article 33, le Conseil d'Etat donne à considérer que si le pouvoir d'injonction de fournir des informations devait conduire une personne à fournir des informations donnant lieu à une auto-incrimination, sous peine de se voir infliger l'amende d'ordre prévue audit paragraphe, amende qui est équipollente à une sanction pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lesdites informations ne pourraient être utilisées au risque de vicier la procédure.

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 33 sont destinés à faire en sorte qu'il n'y ait effectivement pas de procédures parallèles tant du côté judiciaire que du côté de la CSSF.

Dans la mesure où les amendements tiennent compte du reproche à la base de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, celui-ci n'entend pas maintenir celle-ci à l'endroit du mécanisme prévu. Il se demande cependant si la ségrégation pratique des deux voies de poursuite est aussi aisée que l'est la distinction intellectuelle au niveau du texte de loi.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat donne à considérer que le désistement du procureur d'Etat sur la base de l'article 33 nouveau de la loi ne saurait le cas échéant être aussi définitif que l'agencement des nouvelles dispositions pourrait le laisser croire. En effet, d'une part, si une victime devait se manifester ultérieurement à un tel désistement et lancer l'action publique par son initiative, les règles de procédure pénale exigent qu'une telle procédure doive prendre son chemin habituel et ne sache être forclosée du fait du désistement de l'action publique par le procureur d'Etat. D'autre part, au cas où des éléments nouveaux devraient se manifester après le désistement du procureur d'Etat au profit de la CSSF, l'action publique pourrait de nouveau être mise en œuvre. Enfin, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, le Procureur général d'Etat peut donner injonction au procureur d'Etat de poursuivre.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 6 juillet 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder