

**Décision**du Bundesrat

---

**Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché****COM(2011) 654 final ; doc. du Conseil 16000/11**

Lors de sa 891<sup>e</sup> session, le 16 décembre 2011, le Bundesrat a pris les positions suivantes conformément à l'article 12, point b), du TUE :

1. Le Bundesrat salue l'objectif poursuivi par la proposition de directive, à savoir la lutte contre les opérations d'initiés et contre les manipulations de marché (abus de marché). À l'instar de la Commission, le Bundesrat estime que des marchés financiers intégrés et efficaces tout comme la confiance du public en ces marchés sont des préalables indispensables à la croissance économique et à la prospérité.
2. L'objection pour non-conformité au principe de subsidiarité visé à l'article 12, point b), du TUE porte notamment sur le problème de la compétence de l'Union européenne – voir les avis du Bundesrat en date du 9 novembre 2007, imprimé du Bundesrat 390/07 (décision), point 5, et en date du 26 mars 2010, imprimé du Bundesrat 43/10 (décision), point 2. Le principe de subsidiarité est un principe relatif à l'exercice des compétences. Il y a également violation du principe de subsidiarité en cas d'absence de compétence de l'Union. Dans le cadre du contrôle de subsidiarité, il est donc impératif de commencer par examiner la question de la base juridique.

3. La proposition de directive relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché ne saurait se fonder sur l'article 83, paragraphe 2, du TFUE.

En vertu du principe d'attribution visé à l'article 5, paragraphe 2, du TUE, l'Union européenne ne peut agir que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. L'article 83, paragraphe 2, du TFUE autorise l'établissement – par le biais de directives – de règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation. Ainsi, tout acte législatif de l'Union européenne reposant sur l'article 83, paragraphe 2, du TFUE doit satisfaire au critère du caractère indispensable.

Dans son arrêt relatif à la loi d'approbation du traité de Lisbonne (cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 30 juin 2009 – 2 BvE 2/08 entre autres –, NJW 2009, 2267), la cour constitutionnelle fédérale s'est exprimée à ce sujet dans les termes suivants : « Pour que cette exception soit donnée et que l'habilitation à légiférer de manière accessoire sur le plan pénal puisse être considérée comme étant transférée, il doit être incontestable qu'il existe effectivement un grave déficit au niveau de la mise en œuvre et qu'il ne pourra être écarté qu'à l'aide de sanctions pénales. » La cour constitutionnelle fédérale explique que ce n'est que parce que les dispositions de l'article 83, paragraphe 2, du TFUE sont libellées de manière restrictive, et ne permettent par là-même qu'une marge restreinte d'interprétation de la compétence accessoire, qu'elle a estimé que la loi d'approbation du traité de Lisbonne est conforme à la Constitution. La cour constitutionnelle fédérale ajoute qu'autrement, la compétence accessoire entraînerait une extension alarmante de la compétence relative à la justice pénale, extension qui serait tout aussi peu compatible avec le principe en soi d'un transfert concrètement défini et strictement limité des droits souverains qu'avec la protection requise d'un législateur national particulièrement lié, suivant les principes démocratiques, à la décision du plus grand nombre.

Il doit donc être prouvé que la législation de l'Union européenne ne peut entrer en vigueur qu'à la condition que les règles pénales des États membres fassent globalement l'objet d'un rapprochement minimal. Les déficits au niveau de la

mise en œuvre doivent précisément pouvoir être identifiés dans les États membres ne disposant pas de dispositions pénales suffisantes dans ce domaine.

La proposition de directive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 83, paragraphe 2, du TFUE :

- Elle n'établit pas si – et le cas échéant pour quelles raisons – des normes minimales sont indispensables à l'échelle de l'Union européenne en matière de sanctions pénales pour mettre en pratique une politique de l'Union empêchant les formes les plus graves d'abus de marché.
  - Le cas de figure avancé, selon lequel une réponse pénale de l'Union européenne pourrait contribuer à résoudre un problème ou pourrait avoir des répercussions positives sur un objectif donné, ne crée aucun caractère indispensable au sens de l'article 83, paragraphe 2, du TFUE.
  - Il en va de même pour la remarque portant sur les différences entre les systèmes de sanctions des différents États membres et sur le risque de voir les infractions se déplacer vers les pays dont les sanctions sont moins sévères. Les répercussions concrètes des différents systèmes de sanctions sur les poursuites pénales pour abus de marché ne sont pas plus expliquées qu'il n'est démontré de manière concrète qu'il y aurait des déplacements des infractions, ni expliqué quelles en seraient les conséquences. La simple possibilité théorique d'un déplacement des infractions ne constitue pas une spécificité de l'abus des marchés financiers, elle vaut pour tous les domaines liés à la criminalité dans lesquels il n'y a pas encore de rapprochement complet du droit pénal des États membres. En conséquence, cette considération théorique d'ordre général ne saurait prouver un caractère indispensable au sens de l'article 83, paragraphe 2, du TFUE. Autrement, la différence entre ce titre de compétence et celui visé à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE serait en outre nivelée : ce dernier autorise effectivement des règles minimales de l'Union européenne dans certains domaines de criminalité en raison de leur seule dimension transfrontalière particulière, mais les limite à un catalogue de champs délictuels concrets dont l'abus de marché ne fait pas partie.
4. Le Bundesrat se réfère à titre complémentaire à son avis concernant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, COM(2011) 573 final, en date du

4 novembre 2011 – imprimé du Bundesrat 582/11 (décision), point 3 –, ainsi qu'à son avis concernant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Renforcer les régimes de sanctions dans le secteur des services financiers, COM(2010) 716 final, en date du 11 février 2011 – imprimé du Bundesrat 811/10 (décision), point 1.