

Projet de loi
relative à la Protection nationale.

Avis du Conseil d'Etat

(2 juillet 2013)

Par dépêche du 28 juin 2012 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par celui-ci. A la lettre de saisine étaient joints le texte du projet de loi, un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 29 octobre 2012, celui de la Chambre des salariés par dépêche du 15 novembre 2012 et celui de la Chambre des fonctionnaires et employés publics par dépêche du 4 mars 2013.

Le 14 novembre 2012, la commission compétente du Conseil d'Etat a eu un échange de vues avec des représentants du Premier Ministre, Ministre d'Etat.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour objet, d'après les auteurs du projet de loi, de mettre à la disposition du Gouvernement l'instrumentaire nécessaire pour la prévention et la gestion des crises au sens de la définition telle qu'elle est fournie par l'article 2, paragraphe 2; il s'agit de créer une administration – la Protection nationale – et de constituer le cadre juridique qui permettra à celle-ci de coordonner les actions de tous les intervenants en matière de prévention des menaces et de gestion des crises.

Le Conseil d'Etat estime que le projet de loi sous examen constitue une avancée notable par rapport au projet de loi portant création de la structure de protection nationale (doc. parl. n° 5347), retiré entretemps du rôle de la Chambre des députés.

Le projet de loi sous avis présente néanmoins deux lacunes importantes en ce que ses auteurs présument que toute crise nationale pourra être résolue avec les moyens de bord, dans le respect de la Constitution ainsi que des lois et des règlements en vigueur, et que, pour trouver la flexibilité et la rapidité requises pour faire face à une crise, il suffit de confier à une administration des attributions extraordinaires qui éclipsent celles des ministres.

1) Le Conseil d'Etat est d'avis qu'au contraire la gravité de pareille crise pourrait être telle que le Gouvernement ne pourrait réagir de façon adéquate qu'en aménageant temporairement certaines dispositions de la Constitution et en suspendant certaines lois. Si le législateur était du même avis, il serait irresponsable de ne pas prévoir cette situation en omettant de créer dès maintenant le cadre normatif d'exception correspondant. Ne pas

pousser la précaution jusqu'à définir les modalités sous lesquelles le Gouvernement disposera d'un pouvoir d'exception reviendrait à accepter qu'il prenne, le moment venu, les dispositions qui lui paraîtraient nécessaires pour prévenir une crise grave, ou pour en sortir le pays, même s'il devait pour cela passer outre à ce moment à certaines dispositions légales, voire constitutionnelles. Accepter en période normale que la résolution d'une crise ne permettrait pas au Gouvernement de respecter intégralement durant une période de crise le cadre tracé par la Constitution et par les lois, afin de se mettre en mesure de sauver le pays des effets de cette crise, ou pour la prévenir (selon le dicton « A la guerre comme à la guerre »), tout en lui permettant en sus de définir le cas de crise ou le cas de nécessité, serait irrespectueux d'une bonne gouvernance. Aussi le Conseil d'Etat recommande-t-il de mettre à profit la révision constitutionnelle en cours (doc. parl. n° 6030) pour adapter la Constitution afin qu'une solution comparable à celle de l'article 32(4) – qui ne vise que les crises internationales – soit dédiée aux crises ayant un caractère exclusivement national.

La solution préconisée par le Conseil d'Etat aurait en outre l'avantage de fournir au Gouvernement les moyens véritables dont il aura besoin, alors que le projet de loi sous examen tente de lui donner une certaine liberté d'action en adaptant ponctuellement certaines lois – celle sur les réquisitions, en garantissant un accès prioritaire aux moyens de communication, celle relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, celle sur la conclusion des marchés publics, celle sur l'Administration des services de secours ainsi que celle sur les médias afin de se faire donner un droit d'accès prioritaire. Elle aurait en outre l'avantage de prendre en compte les traités internationaux auxquels le pays est lié et qui priment la Constitution.

L'alignement du texte constitutionnel destiné à gérer les crises nationales sur le texte de l'article 32(4) de la Constitution aura pour conséquence de donner au Gouvernement des pouvoirs suffisants pour dépasser le cadre des lois tel qu'il est tracé par le législateur pour organiser le fonctionnement de l'Etat en situation de normalité, de sorte que le projet de loi sous examen peut se limiter à régler l'aspect de la préparation aux crises et de la prévention des crises, ainsi qu'à la mise en place des structures et procédures nécessaires à cet effet.

Pour ce qui est du contenu de la disposition constitutionnelle suggérée, le Conseil d'Etat estime qu'il pourrait être calqué sur celui de l'article 32(4) de la Constitution. La même matière a été réglée par d'autres pays; le Conseil d'Etat, en se limitant à quelques pays européens, se réfère aux constitutions des Pays-Bas (article 103), de l'Espagne (articles 55 et 116), de l'Allemagne (articles 80a et 81), de la France (article 16) et de la Suisse (articles 102, 165 et 185).

En guise de conclusion des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat estime qu'en considération du fait que les travaux de révision de la Constitution sont encore en cours, le projet de loi sous examen pourrait être scindé en deux, la partie (qui a principalement trait à la gestion d'une crise) liée à la révision constitutionnelle restant en suspens dans l'attente de la décision sur le contenu de la Constitution révisée, alors que la partie liée à la prévention des crises et à la mise en place d'une administration pourrait avancer indépendamment dans la procédure législative. Pour ce qui est plus

particulièrement de ce dernier aspect, le règlement grand-ducal du 12 mars 2012 portant application de la directive 2008/114/CE du Conseil du 8 décembre 2008 concernant le recensement et la désignation des infrastructures critiques européennes ainsi que l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection permet déjà aux autorités compétentes de mettre en place des programmes de protection des infrastructures jugées critiques.

2) Le Conseil d'Etat estime que la réponse fournie par le projet de loi sous examen à la question des méthodes de travail et des procédures de prise de décision dans des situations de crise est insuffisante. L'organisation, par l'article 7 du projet de loi, d'une Cellule de crise qui « initie, coordonne et veille à l'exécution de toutes les mesures destinées à faire face à la crise et à ses effets, respectivement à favoriser le retour à l'état normal » et qui ravale à de simples exécutants les « ministères, administrations et services concernés » appelés à effectuer la mise en œuvre des mesures et activités ordonnées dans le cadre de la gestion d'une crise par la Cellule de crise et qui agiront conformément aux instructions de celle-ci et lui rapportent directement », bat en brèche la responsabilité individuelle de chaque membre du Gouvernement. Les attributions confiées à chaque ministre dans le contexte de l'organisation du Gouvernement sont vidées de sens puisque c'est une administration qui leur ordonne ce qu'il faut faire et les ministères (dénomination qui, du fait que les ministères n'ont pas de consistance juridique dans le droit administratif luxembourgeois, vise les ministres) n'ont qu'à bien se tenir puisque leur horizon d'action se limiterait à agir « conformément aux instructions » de la Cellule de crise.

Le Conseil d'Etat n'accepte pas que le pays se démette en temps de crise de ses règles de fonctionnement institutionnel, et cela d'autant moins que ces règles prévoient précisément le mode d'emploi pour réagir en temps de crise. L'arrêté royal grand-ducal modifié du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal indique dans son article 9, alinéa 5, que « S'il y a péril en la demeure, il suffit de la présence [lors d'une réunion du Conseil de Gouvernement] de deux membres et de leur accord, pour prendre une décision. Ils en rendent compte à la prochaine réunion du Conseil. » et, dans l'alinéa 6 du même article, « En cas d'urgence extrême, le président [du Gouvernement] peut, en l'absence des autres membres du Conseil, décider seul les affaires de la compétence du Conseil, à charge d'en rendre compte à la prochaine séance. » Etant donné que par ailleurs l'article 7 du même arrêté permet aux « membres du Gouvernement de se remplacer mutuellement », il n'y a pas d'excuse pour éliminer les ministres de la procédure de prise de décisions en cas de crise. En cas d'accentuation d'une menace de crise, ou de la survenance d'une crise, le Conseil de Gouvernement ou même, le cas échéant, le Premier ministre, peut sans problème désigner un ministre précis ou un groupe de ministres – de préférence celui ou ceux qui ont dans leurs attributions le secteur touché par la menace ou par la crise, pour prendre les décisions qui s'imposent. Le Conseil d'Etat insiste donc avec la plus grande fermeté à ce que la présidence de la Cellule de crise soit confiée à un ministre « responsable » dans le sens que la Constitution donne à ce terme. Dès lors, la Cellule de crise serait un instrument fonctionnant sous le contrôle direct du Gouvernement, et non plus une entité rendue quasi autonome par rapport au pouvoir politique. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à l'opposition formelle formulée à l'endroit de l'article 7.

En relevant que « Pendant la phase chaude d'une crise, la Cellule de Crise est la plateforme unique qui prépare la prise de décision au niveau du Gouvernement... Les ministères, administrations et services sont tenus de se conformer aux instructions de la Cellule de Crise, mais gardent leurs responsabilités et compétences *internes* propres. », le commentaire de l'article 7 du projet de loi semble avoir perçu ces problèmes, mais le texte du projet sous examen n'y apporte aucune solution.

Examen des articles

Observation préliminaire

Compte tenu du fait que le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de restructurer l'ensemble du texte du projet de loi sous examen, ainsi que d'y apporter des modifications nombreuses, il renonce à renvoyer à la suite de l'énoncé de l'article du projet au numéro de l'article qu'il propose.

Les auteurs du texte veilleront à remplacer tout au long du projet sous avis les tirets par des lettres alphabétiques minuscules (ex. a); b); c);...), ceci afin de faciliter les éventuels renvois aux dispositions que ces tirets introduisent, spécialement lors des modifications ou suppressions futures. Ils veilleront également à reprendre chronologiquement les textes cités au chapitre VII.

Intitulé

Etant donné que le projet sous avis entend modifier, amender ou compléter un certain nombre de textes déjà existants (voir articles 27 à 33), il y a lieu, dans un premier temps, de compléter l'intitulé en tenant compte des différents textes concernés, pour, dans un deuxième temps, prévoir un intitulé abrégé. Il est à ce sujet renvoyé à l'observation faite à l'endroit de l'article 34.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat suggère de ne pas introduire dans la législation nationale la notion de « structure » administrative. Il est manifeste à la lecture du texte du projet de loi et du commentaire de l'article 5 (« Le HCPN est érigé en administration permanente... ») que le Haut-Commissariat à la Protection nationale sera une administration qui hébergera sous son toit quelques organes auxiliaires. Tel est le cas de nombreuses autres administrations. Point n'est donc besoin d'innover. Quant à l'appellation de cette administration, le Conseil d'Etat voudrait en laisser le choix à la Chambre des députés. A titre d'exemples, il ne mentionne que « Administration de la protection nationale », appellation à laquelle il donne la préférence par rapport à celle de « Commissariat à la protection nationale ». L'appellation actuelle « Haut-Commissariat... » lui paraît surannée.

Le Conseil d'Etat ne reviendra pas par la suite, à l'occasion de l'examen des différents articles, sur cet aspect.

Le texte de l'article 1^{er} pourrait dès lors se lire comme suit:

« Il est créé une Administration de la protection nationale dont les compétences... »

Article 2

Le Conseil d'Etat estime qu'il est inutile d'essayer de définir dans le contexte du projet de loi sous examen la notion de « risque » et qu'il y a lieu de se concentrer sur celle de « crise » et de munir le Gouvernement et l'administration à créer des moyens pour faire face à la prévention et à la gestion des crises, ainsi que pour assurer le retour à la situation normale.

Sous le point 2, le Conseil d'Etat estime que les trois conditions énumérées doivent être réunies cumulativement pour qu'il y ait crise. Aussi suggère-t-il d'éliminer l'énumération et de réunir les trois conditions dans une phrase, qui pourrait se lire comme suit:

« 2. « crise »: tout événement qui, par sa nature ou par ses effets, porte préjudice aux intérêts vitaux ou aux besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population, qui requiert des décisions urgentes et qui exige une coordination au niveau national des actions du Gouvernement, des administrations, des services et organismes relevant des pouvoirs publics, et, si besoin en était, également au niveau international. »

Il doit être entendu que le développement de méthodes d'anticiper une crise doit figurer dans l'instrumentaire de l'administration.

Sous le point 3 « gestion des crises », le Conseil d'Etat suggère de lire:

« 3. « gestion des crises »: l'ensemble des mesures et activités que le Gouvernement initie, le cas échéant, avec le concours des autorités communales concernées... ».

La notion d' « organismes » lui paraît en effet trop floue. La formule proposée engloberait aussi les administrations communales.

Sous le point 4 « infrastructure critique », la notion de « tout point » correspond certes à celle donnée par le règlement grand-ducal du 12 mars 2012 mentionné plus haut; il reste qu'elle est trop imprécise pour être compréhensible dans le contexte de l'article 2. Le Conseil d'Etat suggère de dire « tout site géographique, système ou partie ... ».

Article 3

Le Conseil d'Etat propose aux auteurs du projet de loi sous avis de mieux distinguer entre, d'une part, la phase préventive qui comporte deux volets – les mesures de prévention proprement dites (analyse des types de risque, sécurisation de sites) et les mesures d'anticipation, c'est-à-dire les mesures développées en temps normal mais susceptibles d'être déployées seulement en cas de survenance d'une crise, et, d'autre part, la phase de gestion d'une crise qui comporte elle aussi deux volets – les mesures fondées sur les attributions ordinaires des pouvoirs publics et celles fondées sur des attributions extraordinaires et exceptionnelles.

Les mesures préventives proprement dites ainsi que celles reposant sur les attributions ordinaires des pouvoirs publics peuvent être préparées et

appliquées par les services compétents dans une autonomie très large par rapport au Gouvernement, tandis que celles qui anticipent sur une crise ainsi que celles qui sont fondées sur des attributions extraordinaires et exceptionnelles doivent être soumises à un contrôle strict du Gouvernement. Le Conseil d'Etat estime que les mesures relevant de cette dernière catégorie requièrent une décision d'un membre du Gouvernement et ne peuvent pas être prises par la seule administration, son directeur, ou l'un des organes associés à l'administration à créer.

Enfin, le projet de loi devrait contenir une disposition obligeant le Gouvernement à retourner le plus rapidement au fonctionnement normal des institutions.

Article 4

Cet article est superflu puisque l'énumération des organes de la Protection nationale trouverait mieux sa place avant les articles 6 à 8 dont chacun est consacré à l'un des organes auxiliaires de la nouvelle administration.

Le Conseil d'Etat propose de transférer la désignation du ministre de tutelle de l'article 4 à l'article 1^{er}, comme alinéa 2 nouveau.

Article 5

Le texte de cet article serait à reconsidérer en fonction de la nouvelle description des missions de l'administration, proposée par le Conseil d'Etat dans ses observations à l'endroit de l'article 3.

Le paragraphe 2 tient davantage d'un souhait que d'une règle juridique et illustre bien les problèmes à résoudre par le projet de loi sous examen. En effet, comment garantir que la mission de coordination confiée à la nouvelle administration ne soit pas complètement annihilée par le réflexe de chaque autre administration à préserver ses propres attributions? Dans les deux cas, ces attributions auront été conférées par la loi (mais dans chaque cas par une loi différente), et il est impérieux de pouvoir décider en cas de crise laquelle de ces lois cédera le pas. D'où la proposition du Conseil d'Etat – présentée ci-dessus sous les « Considérations générales » – de procéder à une adaptation de la Constitution.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'Etat estime qu'il est mal formulé et que de ce fait il perd toute signification. En effet, si l'on suit le *Petit Robert*, le terme divulguer signifie: « porter à la connaissance du public ». Dès lors, la « divulgation ... d'informations utiles en vue de la prévention ou de la gestion d'une crise » à l'adresse de l'administration n'a pas de sens. Si les auteurs du projet de loi entendent dire que les détenteurs d'un secret professionnel ou contractuel ne peuvent pas en refuser la communication à l'adresse de l'administration lorsque celle-ci a besoin de connaître ce secret dans l'exercice de sa mission de prévenir et de gérer les crises, et qu'elle peut communiquer au grand public des informations basées sur ce secret, donc en divulguant le secret afin de prévenir ou de gérer une crise, il faut reformuler le texte du paragraphe. La même constatation vaut pour la dernière phrase du paragraphe. Si la déresponsabilisation vise les détenteurs du secret professionnel ou contractuel qui ont communiqué ce secret à l'administration parce que la loi en gestation les y oblige, comment la

divulgarion au grand public de l'information par l'administration pourrait-elle entraîner une quelconque responsabilité dans le chef des détenteurs du secret? Cette façon de lire et de comprendre le paragraphe sous examen aurait évidemment comme conséquence qu'au Grand-Duché de Luxembourg, tout secret professionnel (p.ex. dans le domaine médical) et tout secret contractuel (p.ex. composition chimique de certaines substances) est relatif en ce sens que l'administration peut exiger, en se basant sur l'autorité de la loi, qu'il lui soit communiqué et que cette même administration peut divulguer le contenu du secret si elle agit dans le cadre de sa mission de prévention et de gestion des crises. La réunion dans quelques bureaux d'une administration de tant d'informations sensibles exigera de la part de cette administration et de son personnel une rigueur morale à toute épreuve.

Article 6

Afin de respecter l'autonomie garantie par la Constitution au Chef de l'Etat pour ce qui est de l'organisation du Gouvernement, le Conseil d'Etat insiste afin que les questions relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la composition des organes assistant le Gouvernement dans la prévention et la gestion des crises soient abandonnées à un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat est en effet d'avis qu'il n'appartient pas au législateur de prescrire impérativement aux membres du Gouvernement pour quelles matières et dans quelles constellations ils sont obligés de se réunir pour coordonner ou harmoniser leurs activités. Toute obligation imposée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif de créer des commissions « interministérielles » se heurte au principe de la séparation des pouvoirs. Cette prescription est notamment incompatible avec les dispositions de l'article 76 de la Constitution qui dispose que le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement. Cette compétence comporte le pouvoir de régler le fonctionnement des services et de déterminer les relations entre les différents membres du Gouvernement et ce sans limitation et sans exception quant aux services et quant aux matières. Si la conception actuelle des textes des trois articles visés était maintenue, le Conseil d'Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

Si le Conseil d'Etat était suivi dans sa proposition, les articles 6 à 9 seraient superflus. Le Chef de l'Etat, en vertu du pouvoir réglementaire dit « spontané » que lui accorde la Constitution, sera libre d'intervenir par la voie d'un ou de plusieurs règlements grand-ducaux afin de mettre en place les organismes – que ce soit un conseil supérieur, une commission ou une cellule de crise, des comités interministériels – que le pouvoir exécutif jugera nécessaires.

Sous réserve de l'observation générale faite ci-dessus, le Conseil d'Etat signale quelques problèmes que soulève le texte du projet de loi sous avis et qui devraient être résolus dans le cadre du règlement grand-ducal à intervenir.

Si, comme l'indique le texte de l'article sous examen, le Conseil supérieur était appelé à être un « organe consultatif », pourquoi sa mission n'est-elle pas restreinte à un rôle de conseiller, mais élargie au premier tiret du texte de l'article sous examen, au rôle d'assistant du Gouvernement? De l'avis du Conseil d'Etat, les deux notions de « assiste » et « conseille » ne visent pas la même mission (sinon, l'une des deux serait manifestement de

trop). Les auteurs du projet de loi sous avis devraient donc soit préciser leur idée et adapter le texte en conséquence, soit éliminer le mot « assiste » de l'article.

Au deuxième tiret, le terme de « projet » fait sa première apparition dans le texte du projet de loi sous avis. A quels « projets » l'administration travaille-t-elle? Lesquels de ces « projets » peuvent être soumis à l'avis du Conseil supérieur, et par qui? A défaut de ces précisions, le Conseil supérieur risque de devenir un Etat dans l'Etat. En tout état de cause, le Conseil d'Etat n'est pas d'accord à ce que ce Conseil supérieur soit doté d'un pouvoir d'autosaisine.

La composition du Conseil supérieur de la protection nationale, telle que prévue par le projet de loi, est à géométrie fixe puisque cet organe doit fonctionner en temps normal, en particulier pour « donner son avis sur tout projet ayant trait au domaine de compétence » de l'administration à créer; elle n'est donc pas adaptée à une situation de crise avérée. Le Conseil d'Etat estime dès lors qu'il ne suffit pas de dire que sont membres de ce conseil, d'une part, « les chefs d'administration et de service directement concernés par la gestion des crises (puisque le Conseil supérieur fonctionne aussi en matière de prévention des crises) et, d'autre part, que cette qualité de membre est attribuée à des directeurs d'administrations et chefs de services « concernés ». Le texte du règlement grand-ducal préconisé par le Conseil d'Etat devrait dès lors désigner en détail ces administrations et services. La forme du règlement grand-ducal aura en outre l'avantage de rendre possible l'adaptation de la composition du Conseil supérieur à la nature des différentes crises, en tenant compte de la prévention des crises en général, ainsi que de la gestion d'une crise précise.

Dans la mesure où le Conseil supérieur regroupera les directeurs de toutes les administrations qui interviendront dans la prévention ou dans la gestion de crises, il est inutile de mentionner spécialement, à la fin de l'alinéa 2, que le chef de l'administration de la Protection nationale est lui aussi membre de ce Conseil.

Article 7

Le Conseil d'Etat se réfère à l'observation à caractère général qu'il a faite à l'endroit de l'article 6 pour ce qui est du recours à un règlement grand-ducal en vue d'organiser l'organisation, le fonctionnement et la composition des organes relevant de la Protection nationale.

Il estime en outre que la notion de « est activée par le Premier Ministre » doit être précisée dans le règlement à intervenir. Comment le Premier ministre procédera-t-il? Le futur règlement grand-ducal ayant jeté les bases juridiques de l'intervention du Premier ministre, celui-ci prendra-t-il de cas en cas un arrêté ministériel?

Le Conseil d'Etat se heurte de nouveau à l'imprécision de la notion des ministères, administrations et services « concernés en fonction de la nature et de l'envergure de la crise » qui figure aux alinéas 2 et 3. La flexibilité nécessaire, c'est-à-dire la composition variable de la Cellule de crise en fonction de chaque crise individuelle, devrait être apportée grâce au règlement grand-ducal mentionné plus haut qui pourra détailler les règles à appliquer pour le choix et la désignation des membres de la Cellule. Enfin,

le Conseil d'Etat suggère d'écrire « ...composée des ministres, des chefs des administrations et des services concernés, ou de leurs représentants ».

L'alinéa 3, en ce qu'il dévêt les ministres et les responsables administratifs des attributions que la loi leur a confiées et en ce qu'il confère à la Cellule de crise le pouvoir de donner des instructions qui s'imposent aux ministres et directeurs d'administrations, est inacceptable face aux exigences de la Constitution. Il est en effet contraire aux articles 76 et 79 de celle-ci. Si ce texte était maintenu tel quel en l'absence d'une modification de la Constitution dans le sens suggéré sous les considérations générales, le Conseil d'Etat refuserait d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Si, en vertu de l'article 81 de la Constitution, l'ordre verbal ou écrit du Grand-Duc ne peut pas soustraire un membre du Gouvernement à sa responsabilité, comment accepter qu'un organe composé, en l'état actuel du texte sous avis, de hauts fonctionnaires puisse se voir confier par le législateur le pouvoir que la Constitution n'accorde même pas au Chef de l'Etat?

Article 8

Le Conseil d'Etat propose de procéder à l'égard de l'organisation, du fonctionnement et de la composition des comités nationaux à l'instar de ce qu'il a proposé sous l'article 6 d'une façon générale pour tous les organes relevant de la Protection nationale.

Le règlement grand-ducal à intervenir pourrait retenir la dénomination « comités interministériels » en lieu et place des « comités nationaux ». Le rôle du directeur de la future administration serait à limiter à la coordination des différents comités interministériels, la coordination au sein d'un comité interministériel déterminé étant confiée au président de celui-ci.

Article 9

Si le Conseil d'Etat est suivi dans ses observations faites à l'égard des articles 6, 7 et 8, l'article sous examen sera redondant.

Si les auteurs du projet de loi devaient se prononcer en faveur d'un seul article réglant la question du fonctionnement, de l'organisation et de la composition des deux organes visés aux articles 6 et 7, ce dernier pourrait se lire comme suit:

« La composition, les modalités de fonctionnement et d'organisation des organismes... »

Article 10

Le Conseil d'Etat propose de lire la première phrase comme suit:

« La protection de l'infrastructure comprend l'ensemble des activités visant à prévenir, à atténuer ou à neutraliser le risque... »

Pour l'utilisation de la notion « un point », le Conseil d'Etat renvoie à l'observation qu'il a faite à ce sujet dans le contexte de l'examen de l'article 2.

Article 11

Le Conseil d'Etat suggère de lire le début de l'alinéa 1^{er} comme suit:

« Les propriétaires, opérateurs et exploitants d'une infrastructure critique... »

Il estime que le législateur devrait préciser en outre que l'opérateur est distinct de la personne individuelle qui est chargée de la manutention d'un appareil ou d'une machine.

Le texte de l'avant-dernier alinéa de l'article sous revue permet à la nouvelle administration de réunir et de centraliser une masse de données qui existent de façon très disséminée avant son intervention. Il doit être entendu que la nouvelle administration ne fait qu'engranger des données qui sont liées strictement à la prévention et à la gestion de crises.

Le Conseil d'Etat examinera l'avant-dernier et le dernier alinéas de cet article dans le contexte de l'article 12.

Article 12

Les aspects de la publicité, de la confidentialité et du classement, du déclassé et de la déclassification de documents par les autorités publiques sont régis de façon générale pour tout l'appareil administratif de l'Etat par la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité. Le projet de loi sous examen doit donc respecter le cadre tracé par la loi de 2004, à moins de justifier la nécessité d'une exception. Cette exception devrait évidemment être entourée des mêmes précautions que les règles générales fixées par la loi de 2004. Le Conseil d'Etat estime que celle-ci, dans son article 3, alinéa 1^{er}, a) et c), fixe un cadre suffisamment général apte à inclure tous les besoins en matière de Protection nationale. L'établissement d'une exception paraît donc superflu pour ce qui est du classement, du déclassé et de la déclassification des pièces réunies par la Protection nationale.

Il est à présumer que de nombreux documents dont la Protection nationale a besoin pour accomplir ses missions sont de toute façon classés par le soin des services qui les ont établis ou réunis. L'accès des agents de la Protection nationale à ces documents se fait donc en vertu des règles fixées par la loi de 2004.

Le Conseil d'Etat ne peut pas se déclarer d'accord avec l'autorisation générale, telle qu'elle semble être voulue par l'avant-dernier alinéa de l'article 11. En particulier, la mise à disposition de « tiers concernés » de données relatives à des infrastructures critiques est concevable tout au plus dans le cadre des règles établies par la loi de 2004. D'ailleurs, la directive 2008/114/CE du Conseil du 8 décembre 2008, transposée par le règlement grand-ducal du 12 mars 2012, exige dans son article 4, paragraphe 5, que « Les informations relatives à la désignation d'une infrastructure comme ICE reçoivent un niveau de classification approprié ». Si des données doivent être classées afin que soit respectée une obligation nationale, une déclassification de ces mêmes données afin de satisfaire les besoins de tiers n'est pas tolérable. Et il n'y a pas de raison de donner aux infrastructures critiques nationales une protection moindre qu'aux infrastructures européennes.

La situation visée par l’alinéa 1^{er} de l’article sous examen (autorisation des propriétaires et opérateurs d’infrastructures critiques à demander pour la classification de données confidentielles) demande un examen détaillé. La Protection nationale ne peut classer que des données relevant de sa mission, mais les données dont la protection est demandée à l’initiative des propriétaires, opérateurs et exploitants (tels des secrets de fabrication) relève non pas de la Protection nationale, mais d’autres autorités publiques chargées de veiller à ce qu’il ne soit pas porté atteinte au potentiel économique du pays. Une décision de classement par une autorité publique (p.ex. le ministre de l’Economie) pour raison de protection du potentiel économique du pays peut donc se heurter à la volonté de la Protection nationale de publier ces données. Le texte sous avis reste muet pour ce qui est de la résolution de ce conflit d’intérêt. Se pose ensuite la question de savoir sur quelle base légale la Protection nationale se fonderait pour classer des données (à la demande des propriétaires, opérateurs, exploitants) qu’elle n’a pas jugé nécessaire de classer dans le contexte de sa mission.

Le Conseil d’Etat recommande aux auteurs du projet de loi sous examen de veiller à une coordination stricte et efficace entre le texte en projet, celui de la loi de 2004 et celui du règlement grand-ducal de 2012, tout en tenant compte des dispositions légales en vigueur sur la protection de la propriété intellectuelle, en ce compris les aspects pénaux.

Il y aura lieu en outre de veiller au respect des règles découlant de la procédure administrative non contentieuse, dans l’hypothèse qu’une procédure permettrait aux propriétaires, opérateurs, exploitants, de demander le classement de certaines informations et que l’autorité compétente refuserait ce classement. Le Conseil d’Etat est à se demander si en la matière le recours d’un particulier contre le refus de classer (donc contre la possibilité de publier), qui serait non suspensif conformément au droit commun, ne devrait pas être rendu suspensif par exception.

Article 13

Le Conseil d’Etat peut se déclarer d’accord avec les auteurs du projet de texte sous examen lorsqu’ils préfèrent la désignation d’une infrastructure comme « critique » au sens de l’article 1^{er}, point 4, par la voie d’une décision administrative individuelle à prendre, le cas échéant, sous forme d’un arrêté grand-ducal qui n’est pas publié obligatoirement, puisque la désignation a des implications pour la sécurité publique et qu’en matière de sécurité, la discrétion est de règle. Les chaînes usuelles d’information du public, dans l’intérêt même des citoyens, ne sont pas pour autant mises en hibernation – en matière d’autorisations de construire et de procédure en matière d’établissements classés, notamment, les règles générales restent d’application.

Article 14

Le texte de l’article sous examen produit un effet pervers que le Conseil d’Etat ne saurait pas accepter: parce qu’une infrastructure est considérée par l’Etat être une infrastructure critique, c’est-à-dire selon l’article 2 « indispensable à la sauvegarde des intérêts vitaux ou des besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population », le propriétaire de cette infrastructure serait contraint par la force de la loi (si le projet de texte

sous avis était voté en son état actuel) à prendre à ses frais les mesures nécessaires pour assurer la protection de son bien. Le Conseil d'Etat y voit une sorte d'expropriation à l'envers: la protection d'une infrastructure est jugée nécessaire dans l'intérêt national, mais comme l'infrastructure est détenue par un propriétaire qui n'est pas l'Etat, ce dernier met à charge du propriétaire les frais engendrés par la protection jugée nécessaire par l'Etat, dans l'intérêt de l'Etat, imposant, le cas échéant, de par leur envergure des dépenses susceptibles de mettre en péril l'exploitation de l'établissement. Pareille obligation se comprendrait tout au plus à l'encontre des exploitants de services sous concession étatique bénéficiant d'une licence de l'Etat, sous condition que l'obligation de parer au risque de crise se trouve inscrite dans le cahier des charges. Dans le cas d'un entrepreneur privé, l'obligation de prendre à sa propre charge les frais de mise en état de protection, en tout ou en partie, n'est par contre concevable que dans la mesure où les travaux apportent une plus-value à son exploitation. Pour le solde, ces frais devraient être supportés par la communauté nationale.

Le texte sous avis ne distingue pas avec suffisamment de précision entre l'obligation qui peut être faite au propriétaire de mettre en place des mesures de sécurité qui dépassent celles dictées par le simple fonctionnement économique de son entreprise et de ses équipements, et la prise en charge des frais engendrés par ces mesures de sécurité dictées par l'intérêt national, ébranlant, le cas échéant, la confiance légitime dans l'action administrative à laquelle l'exploitant est en droit de prétendre, ces mesures étant définies en plus *ex post*, après que l'entreprise et ses équipements ont été réalisés conformément aux autorisations usuelles.

Le Conseil d'Etat se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel si le texte voté par la Chambre des députés n'était pas revu dans l'esprit des considérations qui précèdent.

Le Conseil d'Etat demande en outre à ce que le texte de la future loi précise l'obligation qui est faite aux propriétaires et opérateurs de notifier à la nouvelle administration « tout incident ayant eu un impact significatif sur le fonctionnement de l'infrastructure ». La détermination du degré plus ou moins important de la signification d'un incident ne peut pas être abandonnée aux propriétaires et opérateurs, mais doit être définie par la loi, ou, au besoin, par un règlement grand-ducal d'exécution. Le Conseil d'Etat estime par ailleurs que ce qui devrait compter aux yeux de la Protection nationale, ce n'est pas seulement l'impact sur le fonctionnement de l'infrastructure, mais aussi l'impact sur la sécurité et la pérennité du fonctionnement de l'infrastructure.

Article 15

Le Conseil d'Etat estime que le texte sous avis devrait distinguer avec davantage de précision entre la définition des grandes lignes des modalités et mesures à fixer par règlement grand-ducal, et le détail des mesures qui s'appliquent à une infrastructure précise. Il semble évident que ces détails critiques et sensibles devront faire partie d'un document non public – comme par exemple l'arrêté grand-ducal mentionné à l'article 13.

Article 16

Le Conseil d'Etat estime que cet article est superflu. Les articles 5 à 9 règlent le rôle de coordination de la Protection nationale ainsi que les missions et les méthodes de travail des organes qui dépendront de la nouvelle administration. De toute façon, il ne serait pas acceptable de modifier, par le truchement de la loi sur la Protection nationale, les missions des autres administrations elles aussi définies par des lois. La coopération de la Protection nationale avec ces administrations ne sera pas de type hiérarchique, mais ne pourra être que basée sur les règles usuelles en matière de coopération entre administrations dans laquelle les autres administrations s'engageront sur une base volontaire. La compétence des membres du Gouvernement qui ont la responsabilité politique du fonctionnement des autres administrations ne peut pas être battue en brèche par le texte sous examen. Le Conseil d'Etat renvoie à la deuxième des observations générales qu'il a formulées au début du présent avis.

Article 17

La disposition sous revue (libre accès, de jour et de nuit, sans notification préalable, par les agents de l'administration de la Protection nationale accompagnés de tels autres agents publics qu'ils estiment utiles, à toute infrastructure critique à l'exception des habitations) crée, en faveur d'un groupe précis d'agents de l'Etat, des droits exorbitants dont ne disposent même pas les officiers de police judiciaire. Si l'on peut concevoir qu'en temps de crise certaines procédures soient allégées, il est inconcevable, aux yeux du Conseil d'Etat, que les droits constitutionnels protégeant les personnes et leur vie privée soient tout simplement relégués aux oubliettes. Il est manifestement exagéré qu'en temps de crise ou en temps normal les agents de la Protection nationale puissent déferler, « pendant le jour et la nuit et sans notification préalable » en se faisant « accompagner de fonctionnaires et d'employés des ministères et administrations et services » dont la présence leur paraît opportune sur des « installations, locaux, terrains, aménagements » faisant partie d'une infrastructure critique, même si les « locaux d'habitation » sont prudemment placés en dehors de ce droit de visite. Le Conseil d'Etat est d'avis que, même dans le cadre du recensement et de la désignation des infrastructures critiques, « l'élaboration et [le] contrôle de l'exécution des plans et des mesures » et même, en temps de crise, le débarquement nocturne non annoncé d'une équipe de contrôle exigeant l'ouverture des portes et des locaux, la présentation de plans et de documents, dépasse largement ce qui est acceptable et certainement ce qui est compatible avec les protections mises en place par la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹.

Il demande aux auteurs du projet de loi de couler le droit de vérification des agents de la Protection nationale dans des formes compatibles avec le respect de la vie privée des citoyens et de la propriété privée, à défaut de quoi il se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

Les agents d'autres administrations bénéficient eux aussi, dans des circonstances exceptionnelles, d'un droit d'accès sur les propriétés privées,

¹ Arrêt *Société Colas Est et autres c/ France* du 16 avril 2002.

mais dans le cadre de procédures protectrices définies par la loi. Le Conseil d'Etat cite, à titre d'exemple, la loi du 25 juillet 2002 portant réorganisation de l'administration du cadastre et de la topographie dont l'article 11 règle l'accès garanti des agents de cette administration aux propriétés non closes ainsi qu'à celles closes par un mur ou par des grilles. Dans ces situations, l'accès est subordonné, dans le premier cas, à l'affichage par l'administration et pendant dix jours au moins, dans les communes et sections intéressées, d'un avis indiquant les travaux à exécuter et, dans le second cas, à défaut d'accord amiable, à une notification faite cinq jours avant la visite aux propriétaires ou aux détenteurs de bien-fonds.

Le Conseil d'Etat recommande en tout état de cause de distinguer entre les visites devant s'effectuer en temps normal, dans le contexte des mesures de prévention, et celles devant être effectuées en temps de crise. Même s'il peut concevoir que la liberté d'action des agents de l'administration à créer soit plus grande en temps de crise, il insiste à ce que la plus grande attention soit accordée à la protection des droits garantis par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres administrations étaient confrontées à des problèmes comparables et le législateur a créé un cadre normatif approprié dont pourraient s'inspirer les auteurs du projet de loi sous examen. Ils pourront à ce sujet se reporter aux différents avis du Conseil d'Etat, tels celui du 21 décembre 2007 sur le projet de loi portant réforme de l'ITM (doc. parl. n° 5239), ou celui du 19 décembre 2008 sur le projet de loi relative à l'eau (doc. parl. n° 5695), ou encore l'avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi « REACH » (doc. parl. n° 5819) pour ne citer que ceux-ci. Ces avis offrent un juste équilibre entre le fonctionnement efficace des administrations et la protection des droits des citoyens.

Article 18

Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de constater que les administrations de l'Etat ont de plus en plus tendance à s'équiper chacune d'un instrument de constatation des infractions commises contre la législation spécifique à chacune d'elles et à compléter cet instrument d'abord par un volet répressif sous forme de sanctions administratives dont l'effet dissuasif repose sur la lourdeur des amendes administratives prononcées, et ensuite par un appareil quasi policier, en faisant accorder à ces agents la qualité d'officiers de police judiciaire.

En l'occurrence, le Conseil d'Etat relève que des sanctions administratives ne servent à rien en temps de crise. Il ne voit pas l'utilité de l'avertissement et du blâme utilisé contre une entreprise privée – la matière traitée ne relève en effet pas du domaine disciplinaire. Contrairement à d'autres matières – telle celle des services financiers –, il n'y a pas de lien de dépendance entre l'administration qui prononce les sanctions et l'entrepreneur privé qui est sanctionné. La situation n'est pas non plus comparable à celle où des règles spécifiques à un secteur économique s'appliqueraient à des professions réglementées. Pour cette raison, et compte tenu du fait que certaines des sanctions administratives prévues par le texte sous avis revêtent un caractère pénal, il faudrait que les auteurs du projet de loi sous avis prennent soin d'établir le lien entre les sanctions envisagées et le non-respect spécifique de certaines règles, ces règles étant à préciser dans le texte sous examen. Le non-respect de quelle règle entraîne quelle sanction?

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat se doit de constater que le texte contrevient aux principes de la légalité des incriminations et des peines (articles 12 et 14 de la Constitution) et il doit dès lors s'opposer formellement au maintien du texte sous sa forme actuelle.

Le Conseil d'Etat demande en outre à ce que le terme d'« infraction » soit éliminé de l'alinéa 1^{er}, d'abord parce qu'il rapproche le non-respect de règles administratives de la matière pénale, et ensuite, parce que son utilisation dans le contexte d'« infractions administratives » (4^e tiret) prête à ambiguïté.

La sanction prévue sous le dernier tiret est incompréhensible : comment concevoir en effet qu'une infrastructure jugée indispensable à la sauvegarde des besoins essentiels de tout ou partie du pays soit fermée sur ordre administratif ?

D'une façon générale, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs du projet de loi sous examen de tenir compte, lorsqu'ils procèdent à la mise en place d'un dispositif de sanctions administratives, de l'existence du cadre tracé par le Code pénal qui prévoit certaines incriminations qui, d'un côté, permettent de parer à des situations que le projet de loi sous avis entend couvrir, et qui, de l'autre côté, risquent de provoquer des oppositions entre les sanctions pénales et les sanctions administratives, ainsi qu'entre les attributions des juridictions pénales et celles de l'ordre administratif. Il faut aussi veiller à ce que les mêmes faits ne donnent pas lieu à deux poursuites et à deux sanctions – pénales et administratives – afin que soit respecté le principe du « *non bis in idem* ».

Il recommande en outre à ce qu'il soit distingué entre les sanctions à appliquer en temps normal en matière de préparation et de prévention des crises, et celles à appliquer en temps de crise effective. Les sanctions administratives seraient à limiter au premier domaine, alors que le droit pénal resterait d'application dans le second domaine. Il relève que les sanctions pénales sont en général plus nuancées que celles, administratives, prévues par le projet de loi sous avis, et qu'il lui semble indiqué de se fier à l'expérience des juridictions pénales notamment pour ce qui est de l'évaluation du taux de la peine à appliquer.

A l'avant-dernier alinéa de l'article sous revue, le délai de recours de quarante jours est à remplacer par celui de trois mois.

Enfin, le dernier alinéa de l'article sous examen est superfétatoire, puisque la situation qu'il entend régler est déjà régie par la législation en place.

Article 19

A l'alinéa 1^{er}, le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit. Dès lors, le renvoi au règlement grand-ducal du 30 janvier 2004 portant organisation des examens-concours pour l'admission au stage des fonctions administratives et scientifiques de la carrière supérieure des administrations de l'Etat et des établissements publics est à supprimer. En cas de maintien du texte dans sa

rédaction actuelle, le Conseil d'Etat se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

En ce qui concerne l'alinéa 2, le Conseil d'Etat, en renvoyant à son avis du 23 mars 2010 relatif au projet de loi portant réorganisation de l'Administration des Ponts et Chaussées (doc. parl. n° 6014'), suggère de donner à l'alinéa 2 la teneur suivante:

« L'administration est placée sous l'autorité du membre du Gouvernement ayant dans ses attributions la Protection nationale.

Le directeur est responsable de la gestion de l'administration. Il en est le chef hiérarchique. »

Article 20

Le Conseil d'Etat estime que les alinéas 2 et 4 du paragraphe 2 peuvent être omis, la matière étant déjà réglée par une loi à caractère général.

A l'alinéa 2 actuel, le Conseil d'Etat demande la suppression des termes « sur proposition du Haut-Commissaire à la Protection nationale et », afin de mettre le texte en concordance avec la pratique observée à l'égard d'autres administrations.

Quant au paragraphe 3 actuel, l'intervention d'experts externes ou de consultants n'étant pas soumise à une question de légalité, mais à la disponibilité de moyens budgétaires, il peut dès lors être supprimé pour être superfétatoire.

Article 21

Sans observation.

Article 22

Le Conseil d'Etat, en se référant à ses observations faites à l'égard de l'article 18, estime qu'il est superflu d'accorder la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de la Protection nationale, d'autant plus que l'utilisation du terme « infraction » rapproche à nouveau la matière des sanctions administratives de la matière pénale. Il rappelle à ce sujet que l'octroi de pouvoirs de police judiciaire ne peut aller de pair qu'avec la recherche et la constatation d'infractions assorties d'une peine pénale. Or, le projet de loi ne prévoit pas, dans sa teneur actuelle, des sanctions pénales. L'initiative d'accorder à certains agents de la Protection nationale cette qualité exorbitante est donc en fin de compte superflue et inutile. En temps de crise, les agents de la Protection nationale auront de toute façon d'autres priorités que celle de rédiger des procès-verbaux. Par ailleurs, les infractions en situation de crise relèvent du droit pénal commun, ne nécessitant pas l'intervention de personnes ayant une qualification spéciale dans la recherche et la constatation de telles infractions.

Articles 23 à 26

Sans observation.

Articles 27 à 30

Les dispositions modificatives qu'entendent insérer ces articles sont à rédiger en tenant compte des règles de la légistique formelle. D'abord, le Conseil d'Etat suggère de commencer l'énumération par les lois les plus anciennes. Ensuite, le verbe « amender » est à remplacer par celui de « modifier ». Enfin, les auteurs du texte veilleront à rédiger les dispositions en question suivant le modèle qui suit:

« **Art. 28.** A l'article 1^{er} de la loi du ..., il est inséré un nouveau..., » etc.

A l'alinéa 3 de l'article 29, il convient d'écrire:

« L'actuel point 2) devient le point 3). »

Les chapitres visés sous l'article 30 sont à faire précéder d'une numérotation libellée comme suit:

« 1) Au chapitre I^{er}....

2) Au chapitre IV... »

Article 31

Pour ce qui est de l'intervention du législateur dans l'organisation du Gouvernement et dans la modification des attributions d'un ministre, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations, aboutissant à l'opposition formelle faite à l'endroit de l'article 7.

Articles 32 et 33

Sans observation.

Article 34

Cet article, qui porte sur l'entrée en vigueur de la loi en projet, est à remplacer par la disposition introduisant l'intitulé abrégé. Par conséquent, et en référence à l'observation faite à l'endroit des « Observations préliminaires - Intitulé », l'entrée en vigueur trouvera sa place dans un article subséquent.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 juillet 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen