

Proposition de loi

relative aux investissements étrangers au Luxembourg

Avis du Conseil d'État

(22 mars 2022)

Par dépêche du 19 mai 2020, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de loi sous rubrique, déposée par le député Claude Wiseler et déclarée recevable par la Chambre des députés le 7 mai 2020.

Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Le Conseil d'État note qu'une fiche financière, telle que prévue à l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État, et qui est requise chaque fois que, ainsi que tel est le cas en l'espèce, la proposition de loi est susceptible de grever le budget de l'État, fait défaut.

Considérations générales

La proposition de loi sous avis a pour objet de créer le cadre légal pour la mise en place d'un mécanisme national de filtrage des investissements étrangers tels que visés par le règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (ci-après « règlement (UE) 2019/452 »). Ce règlement a été modifié par deux règlements délégués de la Commission des 13 juillet 2020 (règlement délégué (UE) 2020/1298)¹ et 29 septembre 2021 (règlement délégué (UE) 2021/2126)².

La proposition de loi prévoit la procédure suivante.

L'investisseur doit notifier son investissement étranger au ministre ayant l'Économie dans ses attributions.

Puis, le ministre procède à une « préévaluation » afin de vérifier si « l'investissement étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité et à l'ordre public ou aux intérêts essentiels nationaux ou européens ».

Si, à la suite de cette procédure de « préévaluation », le ministre estime que « l'investissement étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité

¹ Règlement délégué (UE) 2020/1298 de la Commission du 13 juillet 2020 modifiant l'annexe du règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

² Règlement délégué (UE) 2021/2126 de la Commission du 29 septembre 2021 modifiant l'annexe du règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

et à l'ordre public ou aux intérêts essentiels nationaux ou européens », il en informe l'investisseur étranger de sa décision d'autorisation et le cas échéant des conditions dont cette autorisation est assortie ou de l'interdiction de procéder à l'investissement concerné.

Le Conseil d'État comprend que la procédure de « préévaluation » telle que décrite dans la proposition de loi n'instaure pas une « préévaluation » proprement dite, car ce terme laisse suggérer que la « préévaluation » serait suivie d'une « évaluation » qui n'est pas prévue dans la proposition de loi. La procédure instaurée par la proposition de loi consiste en fait en une seule étape, à savoir le dépôt d'une notification accompagnée des pièces afférentes au ministre ayant l'Économie dans ses attributions afin de permettre à ce dernier de prendre une décision, contrairement à ce qui est prévu au projet de loi n°7885 mettant en œuvre le même règlement (UE) 2019/452³, qui met en place une procédure en différentes étapes. Partant, la notion de « préévaluation » est utilisée mal à propos.

Le Conseil d'État relève, au regard des définitions contenues à l'article 2 de la proposition de loi et de la formulation de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de celle-ci, que tout investissement étranger tombe dans son champ d'application. Ainsi, dès qu'une personne physique ou morale ressortissant d'un pays non membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen entend acquérir, directement ou indirectement ou dans le cadre d'une chaîne de contrôle, une influence notable (à savoir au moins 10% du capital social ou des droits de vote) d'une entreprise établie au Luxembourg, cet investisseur est obligé de notifier préalablement l'investissement au ministre ayant l'Économie dans ses attributions. Ce faisant un nombre important d'investissements dont beaucoup n'ont aucun lien avec « la sécurité et l'ordre public ou [avec les] intérêts essentiels nationaux ou européens » devront faire l'objet d'une telle notification. Le Conseil d'État demande de procéder à une énumération claire et précise des secteurs et infrastructures critiques pour lesquels un investissement doit faire l'objet d'une mesure de filtrage.

Le règlement (UE) 2019/452 étant un règlement-cadre laissant aux États membres le choix d'en mettre en œuvre le dispositif, le Conseil d'État considère que rien n'empêche le dispositif national opérant la mise en œuvre de ce règlement européen d'en reprendre le contenu.

Finalement, le Conseil d'État note que l'auteur de la proposition de loi s'est largement inspiré de la procédure mise en place par le code monétaire et financier français.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} décrit l'objet de la proposition de loi, sans toutefois préciser que la loi en projet procède à la mise en œuvre du règlement (UE) 2019/452. Cette disposition est dépourvue de portée normative et peut être supprimée. La numérotation des articles et chapitres de la loi en projet devra être adaptée.

³ Projet de loi portant mise en place d'un mécanisme de filtrage national des investissements directs étrangers susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public aux fins de la mise en œuvre du règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, tel que modifié (N°CE : 60.763).

Article 2

L'article 2 de la proposition de loi sous avis contient les définitions utilisées dans le dispositif de la future loi.

La définition de « filtrage » peut être supprimée pour absence de plus-value normative.

L'« influence notable » est fixée à 10% du capital ou des droits de vote. Ce pourcentage, certes repris du code monétaire et financier français, est particulièrement bas, dans la mesure où un associé d'une société commerciale luxembourgeoise, au regard des dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, sans préjudice de tout arrangement contractuel séparé, ne dispose que de très peu de droits s'il ne détient que 10% du capital ou des droits de vote et ne peut être considéré comme exerçant une « influence notable » sur cette société.

Quant à la définition d'« investissement étranger », le Conseil d'État s'interroge sur la possibilité d'acquérir une influence notable telle que définie au point 4 de l'article sous examen à propos de « parties d'entreprises ». En outre, que faut-il entendre par « partie d'entreprise » ? L'insécurité juridique qui en découle oblige le Conseil d'État à s'y opposer formellement. Le Conseil d'État constate que cette définition s'écarte substantiellement de celle d'« investissement direct étranger » utilisée dans le règlement UE 2019/452 précité auquel cependant les autres États membres et la Commission européenne vont se référer pour faire leurs commentaires et soumettre leur avis.

La définition d'« investisseur » pourrait être rendue plus cohérente en remplaçant aux lettres b) et c), les références au territoire de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen par la référence au pays non membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen à l'instar du libellé de la lettre a).

Article 3

L'article 3 traite de la notification à faire par l'investisseur préalablement à la réalisation de l'investissement étranger. Cette notification a un effet suspensif.

Les documents à fournir par l'investisseur sont énumérés au paragraphe 2. Dans la mesure où la notification a un caractère préalable, pourquoi demander aux lettres a), c), d) et f) des informations sur un investissement étranger qui « a été réalisé » ?

Le paragraphe 4 oblige « toute personne concernée par l'investissement étranger » à fournir des informations pertinentes et à communiquer des documents au ministre ayant l'Économie dans ses attributions. Le Conseil d'État demande à limiter cette obligation à l'investisseur et à l'entreprise concernée comme prévu à l'article 9, paragraphe 4, du règlement (UE) 2019/452.

Article 4

La durée maximale de la « préévaluation », qui n'est en fait que l'instruction de la notification et des pièces afférentes, est fixée à trente jours ouvrables à compter du jour où le dossier est complet, durée qui peut être prolongée d'une durée maximale de trente jours ouvrables supplémentaires. Ainsi la durée maximale de la « préévaluation », et donc de l'instruction, peut durer au maximum 60 jours ouvrables à compter du jour où le dossier est complet. L'article 6, alinéa 2, de la proposition de loi indique que le ministre compétent dispose de trois mois, délai qui peut être prolongé d'un mois, à compter du jour où le dossier est complet pour prendre sa décision. Il y a là une confusion des délais, comme si l'auteur de la proposition de loi avait envisagé une procédure en plusieurs étapes. S'y ajoute que le paragraphe 4 de l'article 4 précise qu'en l'absence de réponse du ministre dans le délai de 30 jours ouvrables éventuellement « prorogé » [lire : « prolongé »], « l'investissement [lire : l'investissement étranger] est considéré comme non susceptible de porter atteinte à la sécurité et à l'ordre public et aux intérêts essentiels nationaux ou européens », de sorte que l'investisseur est implicitement autorisé à procéder à son investissement étranger. Le dernier alinéa de l'article 6 contient une disposition similaire.

Au paragraphe 2, il est indiqué que l'accusé de réception mentionne, entre autres, l'existence de voies de recours. À quoi servirait cette indication ? Plus important devrait être l'indication à l'investisseur du jour où le dossier est complet, le paragraphe 3 ne suffisant pas à cet effet.

Le paragraphe 3 fait double emploi avec les paragraphes 3 et 4 de l'article 3.

Afin de rendre cohérent le texte de la proposition de loi, l'article 4 devrait se limiter à indiquer que :

- le ministre procède à l'instruction du dossier ;
- la notification fait l'objet d'un accusé de réception envoyé dans les plus brefs délais à l'investisseur ;
- le ministre notifie à l'investisseur lorsque le dossier est complet, précise les délais visés à l'article 6, alinéa 2, et mentionne le contenu du paragraphe 3 de cet article 6.

Article 5

L'article 5 énumère les critères afin de déterminer « si un investissement étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité et à l'ordre public ou aux intérêts essentiels nationaux ou européens ». Il reprend les critères prévus à l'article 4, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2019/452, sauf que cet article 4 ne fait pas référence aux « intérêts essentiels nationaux ou européens ». Le Conseil d'État s'interroge sur la signification et la portée de ces notions. Que signifie le qualificatif d'essentiel ? En quoi ces intérêts essentiels se distinguent-ils de la sécurité et de l'ordre public ? Que sont les « intérêts européens » et qui les détermine ?

En outre, si l'article 4, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2019/452 prévoit une liste non limitative, la loi en projet doit déterminer ces critères de manière précise. En effet, la loi doit préciser les critères sur base desquels le ministre ayant l'Économie dans ses attributions prendra sa décision. En

instituant une liste non limitative de critères, l'article sous examen confère au ministre un pouvoir discrétionnaire, ce qui est inconcevable dans une matière réservée à la loi en vertu de l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution. Par conséquent, le Conseil d'État s'oppose formellement à l'emploi à l'article 5, alinéa 1^{er}, de la proposition de loi, des termes « peuvent être pris en considération » et il demande que ceux-ci soient remplacés par les termes « sont pris en considération ».

Article 6

L'alinéa 1^{er} est superflu : dans ce cas, l'investisseur sera informé par une décision de refus ou une décision d'autorisation conditionnelle.

Article 7

Au paragraphe 1^{er}, il convient de viser non seulement l'entreprise concernée par l'investissement étranger, mais aussi ses filiales et succursales ainsi que les entreprises associées.

Article 8

Le contenu de l'article sous examen est à déplacer à l'article 6. Il convient de reformuler cette disposition afin d'éviter que les motifs de l'interdiction opposée par le ministre compétent soient interprétés comme étant les seuls motifs sur lesquels le ministre peut fonder sa décision d'interdiction.

Article 9

Le paragraphe 2 est à supprimer, dans la mesure où ce dispositif est imposé par le règlement (UE) 2019/452.

Article 10

L'article 10 a trait au traitement des données.

Le paragraphe 2 énonce les différentes finalités du traitement des données opéré par le ministre compétent dans le cadre de l'application de la loi en projet. Le Conseil d'État précise qu'il s'agit de données à caractère personnel et estime⁴ que la description des finalités du traitement de ces données par la disposition sous avis est superfétatoire, étant donné que ces finalités résultent des missions légales confiées au ministre ayant l'Économie dans ses attributions par la loi en projet.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État note tout d'abord que l'expression « destinataires du traitement de données » est erronée, et qu'il convient de viser les « destinataires des données à caractère personnel ». Il souligne ensuite que l'article 4, point 9, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la

⁴ Avis du Conseil d'État n° 52.707 du 17 juillet 2018, sur le projet de loi relative au financement des travaux d'extension et de perfectionnement du Réseau national intégré de radiocommunication pour les services de sécurité et de secours luxembourgeois et portant modification de la loi du 20 mai 2014 relative au financement du Réseau national intégré de radiocommunication pour les services de sécurité et de secours luxembourgeois, (doc. parl. n° 7248³), p.3

libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) définit le destinataire comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un tiers. Toutefois, les autorités publiques qui sont susceptibles de recevoir communication de données à caractère personnel dans le cadre d'une mission d'enquête particulière conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ne sont pas considérées comme des destinataires; le traitement de ces données par les autorités publiques en question est conforme aux règles applicables en matière de protection des données en fonction des finalités du traitement ». La disposition sous revue ne devrait dès lors viser que les autorités qui sont destinataires et ce dans la seule mesure où cette précision est nécessaire. Ainsi sont superflues les mentions du Service de renseignement de l'État (point 4) et de la Police grand-ducale (point 5) en raison de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi du 1^{er} août 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale, ainsi que la mention de la Commission européenne et des États membres de l'Union européenne concernés par l'investissement étranger (point 7) en raison du caractère directement applicable du règlement (UE) 2019/452.

Par ailleurs, le régime d'échange de données visé dans le dispositif sous revue doit être soumis à un cadre légal, national ou supranational, suffisamment précis, pour garantir les droits individuels et respecter les droits des personnes concernées au titre du règlement général sur la protection des données et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵. En outre, l'accès à des fichiers et la communication de données à des tiers constituent une ingérence dans la vie privée et partant, en vertu de l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution, une matière réservée à la loi formelle⁶. Dans ce cas, l'essentiel du cadrage normatif doit figurer dans la loi. La loi doit indiquer en particulier les bases de données auxquelles une autorité publique peut avoir accès ou dont une autorité publique peut se faire communiquer des données, tout comme les finalités de cet accès ou de cette communication. Partant, la disposition sous avis ne satisfaisant pas à ces exigences, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Concernant le paragraphe 4, le Conseil d'État rappelle⁷ que d'après le règlement (UE) 2016/679 précité, chaque donnée collectée dans le cadre d'une mission légale ne doit être conservée qu'aussi longtemps qu'elle est nécessaire pour l'exécution de la mission voire de l'obligation légale pour laquelle elle a été collectée. Le Conseil d'État considère⁸ qu'en raison de

⁵ Avis du Conseil d'État n°53.322, du 12 juillet 2019 sur le projet de loi sur les armes et munitions et portant : 1° transposition de la directive (UE) 2017/853 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes ; 2° modification du Code pénal, et 3° abrogation de la loi du 20 avril 1881 concernant le transport et le commerce des matières explosives (7425⁴, p.9)

⁶ Avis n° 51.586 du Conseil d'État du 7 juin 2016 relatif au projet de loi portant modification de la loi du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'État pour études supérieures (doc. parl. 6975⁵, p.4)

⁷ Avis du Conseil d'État n° CE 60.813 du 17 décembre 2021 sur le projet de loi portant 1° organisation de l'enseignement musical dans le secteur communal ; 2° modification de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État (doc. parl. n° 7907²), p. 10.

⁸ Avis du Conseil d'État (n° CE 60.427) du 26 octobre 2021 sur le projet de loi portant modification : 1° du Code de procédure pénale 2° du Nouveau Code de procédure civile 3° de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière

l'application directe du règlement général sur la protection des données, il est superflu de rappeler dans le texte la règle générale que les données à caractère personnel ne peuvent être gardées que pour la durée strictement nécessaire à leur utilisation. Partant, il convient d'omettre l'article 10, paragraphe 4, de la proposition de loi.

Article 11

Au paragraphe 2, point 2°, il y a lieu de supprimer la référence « aux règlements pris en son exécution ». Le Conseil d'État se demande quels sont les règlements grand-ducaux visés par la disposition sous avis, dans la mesure où le dispositif du seul règlement grand-ducal prévu à l'article 3, paragraphe 7, de la proposition de loi n'est pas susceptible d'être sanctionné pénalement.

Article 12

L'article 12 de la proposition de loi constitue la seule disposition du chapitre 8, section 1^{er}, qui porte l'intitulé « sanctions administratives ». Il énonce tout autant des mesures que des sanctions administratives, de sorte que le Conseil d'État demande que l'intitulé soit reformulé comme suit : « mesures et sanctions administratives ».

Le Conseil d'État note que les paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 12 de la proposition s'inspirent fortement de l'article L151-3-1 du code monétaire et financier français.

Le Conseil d'État relève que certaines mesures correspondent à des sanctions administratives prononcées par le ministre compétent. Or, les sanctions administratives sont soumises par la Cour constitutionnelle aux principes découlant de l'article 14 de la Constitution, à savoir le principe de la légalité des peines et le principe de la spécification de l'incrimination. En ce qui concerne plus particulièrement la spécification de l'incrimination⁹, les comportements qui seront sanctionnés doivent être formulés avec un degré de précision suffisant pour permettre à la personne concernée de cerner les actes qui l'exposeront à des poursuites et, le cas échéant, à des sanctions¹⁰. Le

répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes 4° de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat 5° de la loi modifiée du 20 avril 1977 sur les jeux de hasard et les paris sportifs 6° de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire 7° de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif 8° de la loi du 30 décembre 1981 portant indemnisation en cas de détention préventive inopérante 9° de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions 10° de la loi modifiée du 2 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse 11° de la loi modifiée du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice 12° de la loi du 31 janvier 1998 portant agrément des services d'adoption et définition des obligations leur incombant 13° de la loi du 6 mai 1999 relative à la médiation pénale et portant modification de différentes dispositions a) de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, b) du code des assurances sociales 14° de la loi du 12 novembre 2002 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance 15° de la loi modifiée du 7 juin 2012 sur les attachés de justice (doc. parl. n° 76915), p. 8 et 13.

⁹ Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, « le principe de la légalité de la peine implique la nécessité de définir dans la loi les éléments constitutifs des infractions en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés ». Cour constitutionnelle, 6 juin 2018, arrêt n° 138/18 (Journal officiel N° 459 du 8 juin 2018).

¹⁰ Avis du Conseil d'État n° 60.531 du 16 novembre 2021 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS (doc. parl. n° 77674, p. 25 et 26).

Conseil d'État donne également à considérer qu'il convient d'examiner¹¹ les mesures et les sanctions visées à l'article 12 de la proposition de loi au regard des principes de sécurité juridique et de proportionnalité reconnus en tant que principes à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle¹².

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État se demande comment le ministre peut enjoindre à l'investisseur qui a réalisé son investissement étranger sans l'avoir notifié ou sans autorisation, de déposer une demande d'autorisation. Ceci d'autant plus que la réalisation de l'investissement sans autorisation entraîne une sanction pénale au vu de l'article 13 de la proposition de loi. Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au point 3^o du paragraphe 1^{er} aux termes duquel le ministre compétent peut enjoindre à l'investisseur de « modifier l'investissement étranger ». L'obligation de « modifier l'investissement étranger » est vague et dès lors source d'insécurité juridique. S'il n'y a pas eu de notification ou d'autorisation préalable à la réalisation de l'investissement étranger, la seule mesure serait le rétablissement du *status quo ante* par l'investisseur et à ses frais.

Le paragraphe 2 énumère des mesures que le ministre ayant l'Économie dans ses attributions peut prendre lorsqu'un investissement a été réalisé sans notification ou sans autorisation. Cette dernière précision figure indirectement dans ce paragraphe par l'utilisation de l'adverbe « également » et distingue les deux premiers paragraphes des deux derniers paragraphes qui visent des situations différentes. A l'instar du paragraphe 2, lettre c), le caractère temporaire de l'ensemble de ces mesures doit être explicitement précisé.

Aux lettres a) et b) du paragraphe 2, le Conseil d'État propose tout d'abord de remplacer les références aux actions et parts sociales par celle aux « titres », plus générique.

Au paragraphe 2, lettre c), il convient de préciser ce que signifie « la libre disposition de toute ou partie des actifs liés aux activités concernées ». S'agit-il de la disposition - l'adjectif « libre » étant superfétatoire - par l'entreprise concernée de ses actifs ? Le Conseil d'État relève que l'article L151-4 du code monétaire et financier dispose que le ministre compétent peut « suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs liés aux activités définies [l'article L151-3, I] ». Ainsi ne sont visés que les actifs liés aux « activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale » et aux « activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives » qui fixent le champ d'application du mécanisme de filtrage, une interdiction totale de cession de n'importe quel actif ne saurait être admise étant donné qu'elle serait manifestement disproportionnée et dès lors contraire au principe de proportionnalité reconnu comme étant à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, l'entreprise concernée doit pouvoir céder des actifs, même liés à des activités qui pourraient concerner la sécurité et l'ordre public, par exemple parce qu'ils ne sont plus utilisés, pour les moderniser ou

¹¹ Avis du Conseil d'État n° 52.221 du 22 février 2022 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain (doc. parl. 7139⁸ p.5).

¹² Arrêts de la Cour constitutionnelle n° 152/21 du 22 janvier 2021 (Mém. A – n° 72 du 28 janvier 2021), n°146/21 du 19 mars 2021 (Mém. A – n° 232 du 23 mars 2021) et n° 165/21 du 12 mai 2021 (Mém. A – n° 372 du 17 mai 2021).

à des fins de restructuration. Il s’y ajoute que les mesures prévues à cette lettre c) visent directement l’entreprise et les actifs qui font l’objet de l’investissement. Le Conseil d’État estime que ces dispositions sont également contraires au principe de la personnalité des peines, dès lors qu’elles viennent sanctionner l’entreprise et l’ensemble des personnes qui y sont parties prenantes pour le défaut du respect d’une obligation incombant à l’investisseur. Pour ces raisons, le Conseil d’État doit s’opposer formellement à ces dispositions.

Le ministre compétent peut aussi, d’après la lettre d), désigner un mandataire ad hoc dont la mission serait « la protection des intérêts nationaux » et qui pourrait « faire obstacle à toute décision des organes sociaux de nature à porter atteinte à ces intérêts ».

Le commentaire des articles, par sa généralité et son caractère lapidaire, ne permet pas d’apprécier ce que l’auteur de la proposition de loi a entendu par « la protection » des intérêts nationaux ou de quelque autre intérêt. Le Conseil d’État doit s’opposer formellement à l’usage dans ce contexte de la notion d’« intérêts nationaux » tant au regard de son caractère vague, contraire à l’article 14 de la Constitution et source d’insécurité juridique, qu’au regard de l’article 11, paragraphe 6, de la Constitution. Il note encore que, si l’article L151-4 du code monétaire et financier français mentionne également les « intérêts nationaux », mais le législateur français a pris soin à l’article L151-3, II, de ce même code de limiter la notion d’intérêts nationaux par le renvoi au paragraphe I de cet article L151-3¹³.

À l’instar du dispositif inscrit à la lettre c) de cet article 12, le Conseil d’État doit aussi s’opposer formellement à la lettre d) pour être contraire au principe de la personnalité des peines, ceci d’autant plus que la rémunération et les frais du mandataire ad hoc – la rémunération étant fixée arbitrairement par le ministre ayant l’Économie dans ses attributions – sont à charge de l’entreprise concernée.

Pour le Conseil d’État, la désignation d’un mandataire ad hoc, combinée avec le seuil extrêmement bas de la détention de capital ou des droits de vote (10%) pour caractériser l’influence notable, permettra au ministre compétent d’imposer à l’entreprise concernée, mais aussi aux autres associés, qui peuvent être majoritaires, une gestion au regard du seul « intérêt national » qui peut ne pas coïncider à l’intérêt social. Le Conseil d’État estime, dans ces circonstances, que le pouvoir de désignation d’un mandataire ad hoc par le ministre prévu par l’article 12, paragraphe 2, lettre d), de la proposition est manifestement disproportionné et dès lors contraire au principe de proportionnalité reconnu comme étant à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle de sorte que le Conseil d’État doit s’y opposer formellement.

Le Conseil d’État relève enfin que le pouvoir conféré au ministre par l’article 12, paragraphe 2, lettre d), de la proposition de loi de fixer la rémunération du mandataire ad hoc s’insère dans une matière réservée à la loi par l’article 103 de la Constitution¹⁴. Or, dans une matière réservée à la loi, le pouvoir réglementaire grand-ducal est soumis, aux termes de l’article 32,

¹³ « L’autorisation donnée peut être assortie le cas échéant de conditions visant à assurer que l’investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux visés au I »

¹⁴ Aucune pension, aucun traitement d’attente, aucune gratification à la charge du trésor ne peuvent être accordés qu’en vertu de la loi.

paragraphe 3, de la Constitution, à l'existence d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et, le cas échéant, les conditions auxquelles elle est soumise. Le texte de la proposition de loi tel qu'il se présente en l'occurrence ne répond pas à ces exigences, de sorte que le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, à ce que les éléments essentiels de l'indemnisation des mandataires ad hoc soient prévus dans la loi en projet sous examen.

Au paragraphe 3, point 3°, il faut préciser ce qu'il faut entendre par « la cession de tout ou partie des activités ». Quelles activités sont visées, celles de l'investisseur ou celles de l'entreprise concernée ? Le Conseil d'État note que l'article L151-3-1, paragraphe II, du code monétaire et financier français indique que la cession vise tout ou partie des activités définies au paragraphe I dudit article. S'il s'agit de l'interdiction de cession des actifs de l'entreprise concernée, cette sanction frappe l'entreprise dont les actifs sont visés et le Conseil d'État doit s'y opposer formellement au regard du principe de la personnalité des peines précité.

Au paragraphe 4, il convient d'écrire « sécurité et ordre public » à l'instar de la formulation employée à l'article 5 et au règlement (UE) 2019/452. Le Conseil d'État doit s'opposer formellement, sur la base des principes de sécurité juridique et de proportionnalité à l'exception tirée des cas d'urgence, de circonstances exceptionnelles ou d'atteinte imminente à la sécurité ou à l'ordre public. En effet, cette exception pourrait amener le ministre compétent à prendre des décisions contre l'investisseur sans l'en avoir informé. Le Conseil d'État note que l'article R151-12 du code monétaire et financier français prévoit, dans pareilles hypothèses, une mise en demeure de l'investisseur « de présenter ses observations dans un délai réduit qui ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés ». Le Conseil d'État recommande au législateur de s'inspirer des dispositions du code monétaire et financier français en permettant, le cas échéant et au motif de l'urgence, de raccourcir les délais précédant la prise de décision du ministre compétent prononçant la mesure ou la sanction administrative.

Article 13

L'article 13 de la proposition de loi, relatif aux sanctions pénales énoncent différentes limites maximums du montant de l'amende sans préciser un montant minimum. Or, selon la Cour constitutionnelle, « la peine, pour suffire aux exigences de l'article 14 de la Constitution, doit être suffisamment déterminée, c'est-à-dire qu'elle doit en principe comporter un minimum et un maximum indiqués dans la loi »¹⁵. Le Conseil d'État doit par conséquent s'opposer formellement à l'article sous examen pour ne pas prévoir d'amende minimum.

Article 14

Le Conseil d'État signale que le recours en annulation constitue le recours de droit commun. En vertu de l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, ce recours est en effet ouvert contre toute décision administrative à l'égard de laquelle aucun autre recours n'est ouvert et même contre les décisions qualifiées par les lois ou règlements de définitives ou en

¹⁵ Cour const., arrêt du 9 mars 2012, n° 71/12 (Mém. À n° 54 du 23 mars 2012, p. 622).

dernier ressort. Il est dès lors superfétatoire de prévoir dans un texte légal particulier un recours en annulation contre une décision administrative individuelle¹⁶.

Le Conseil d'État donne cependant à considérer que le ministre ayant l'Économie dans ses attributions peut en vertu de l'article 12, paragraphes 1^{er}, alinéa 2, et 3, alinéa 2, de la proposition de loi assortir ses injonctions d'astreintes. De même l'article 12, paragraphe 2, de la proposition de loi lui permet de prendre des sanctions administratives. Le Conseil d'État¹⁷ exige, sous peine d'opposition formelle, que la loi prévoie un recours en réformation contre les astreintes et sanctions à infliger par le ministre en application de l'article 12, paragraphes 1^{er}, alinéa 2, 2 et 3, alinéa 2, de la proposition de loi au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Aux intitulés des groupements d'articles qui ne sont pas à souligner, le numéro de chapitre et l'intitulé sont à séparer par un tiret et non par un point, pour écrire :

« **Chapitre 2 – Définitions** ».

L'indication des articles est à faire figurer en caractères gras.

La subdivision de l'article se fait en alinéas, ou en paragraphes. Les paragraphes se distinguent par un chiffre arabe, placé entre parenthèses : (1), (2), ... Les subdivisions complémentaires en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « ° » 1°, 2°, 3°, ..., elles-mêmes éventuellement subdivisées en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante a), b), c), ... à nouveau subdivisées, le cas échéant, en chiffres romains minuscules i), ii), iii), ..., sont utilisées pour caractériser des énumérations. L'emploi de tirets est à écarter. En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets opérées à l'occasion de modifications ultérieures. Les énumérations sont introduites par un deux-points. Chaque élément commence par une minuscule et se termine par un point-virgule, sauf le dernier qui se termine par un point. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Les institutions, ministères, administrations, services, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif uniquement. Aussi, dans le dispositif des actes normatifs, les qualificatifs des fonctions gouvernementales et d'autres charges publiques prennent la minuscule.

Les références aux dispositions figurant dans le dispositif se font en principe sans rappeler qu'il s'agit du « présent » acte, à l'exception des cas où l'emploi du terme « présent » peut s'avérer nécessaire dès lors que son

¹⁶ Avis du Conseil d'État n° CE 53.553 du 9 juin 2020 sur le projet de loi relative au patrimoine culturel (doc. parl. n° 7473⁶), p. 14.

¹⁷ Avis du Conseil d'État n°60.338 du 20 novembre 2020 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques (doc. parl. 7651²), p.3.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Silvester's Horeca Service c/ Belgique* du 4 mars 2004.

omission peut être de nature à introduire un doute au sujet de l'acte visé, et plus particulièrement lorsque plusieurs actes sont visés à un même endroit.

Il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé, en commençant par l'article et ensuite, dans l'ordre, le paragraphe, l'alinéa, le point, la lettre et la phrase visés. Ainsi il faut écrire à titre d'exemple à l'article 2, point 1°, de la proposition de loi « l'article 2, point 6°, lettre c), », et non pas « la lettre c) du point 6. du présent article ».

Il convient d'écrire « Grand-Duché de Luxembourg ».

Il faut écrire « Etats membres » et « Commission européenne ».

Il y a lieu d'écrire « pour cent » en toutes lettres.

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. Partant, il faut écrire, à la première occurrence de l'intitulé dudit acte « règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union ». Aux occurrences suivantes, il peut être exceptionnellement recouru aux termes « règlement (UE) 2019/452 précité ».

En ce qui concerne les montants d'argent, ceux-ci s'expriment en chiffres et les tranches de mille sont séparées par une espace insécable pour écrire par exemple à l'article 12, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, « 1 250 euros » et « 25 000 euros », et à l'article 13, « 5 000 000 euros ».

Article 2

Les définitions sont à introduire de la manière suivante :

« **Art. 2.** Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° « ... » : ... ;

2° « ... » : ... ;

3° « ... » : ... ;

[...]. »

Article 11

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il convient d'écrire « article 33, paragraphe 1^{er}, du Code de procédure pénale, ».

Article 12

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, et au paragraphe 3, alinéa 2, deuxième phrase, il convient d'écrire, « sans que [...] ~~ne~~ puisse dépasser [...] ».

Au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, il convient d'écrire « mesures énoncées aux paragraphe 1^{er} à 3. »

Au paragraphe 4, alinéas 2 et 3, le Conseil d'État signale que dans le cadre de renvois à des paragraphes ou alinéas, l'emploi du terme « précédent » est à écarter. Mieux vaut viser le numéro du paragraphe ou alinéa en question, étant donné que l'insertion d'une nouvelle disposition à l'occasion d'une modification ultérieure peut avoir pour conséquence de

rendre le renvoi inexact. Il convient dès lors d'écrire au paragraphe 4, alinéa 2, « la réception de la lettre recommandée visée à l'alinéa 1^{er} » et au paragraphe 4, alinéa 3, « l'expiration du délai fixé à l'alinéa 2 ».

Au paragraphe 4, alinéas 2 et 3, il est suggéré de remplacer les termes « jours, les samedis, dimanches et jours fériés légaux non compris » par les termes « jours ouvrés ».

Article 14

Il faut écrire « Toute décision » et il convient d'écrire « tribunal administratif » avec une lettre « t » minuscule.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 22 mars 2022.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz