

N° 5147⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI**modifiant**

- 1. la loi modifiée du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement**
- 2. le code des assurances sociales**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(20.4.2004)

Par dépêche en date du 17 avril 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement.

Etaient annexés au projet de loi un exposé des motifs, un commentaire des articles, ainsi qu'un texte coordonné de la loi du 28 décembre 1988.

L'avis de la Chambre des employés privés fut transmis au Conseil d'Etat en date du 20 juin 2003, celui de la Chambre des métiers en date du 2 juillet 2003, celui de la Chambre de commerce en date du 19 septembre 2003 et celui de la Chambre de travail en date du 17 octobre 2003.

En date du 4 décembre 2003, la Chambre des députés a transmis une première série d'amendements au projet de loi, suivie en date du 11 février 2004 d'un nouvel amendement concernant l'article 19 du projet de loi.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

D'après les auteurs du projet, les modifications proposées ont été rendues nécessaires pour adapter la loi existante aux „évolutions et exigences nouvelles dans certains domaines d'une part, et pour inclure des améliorations fonctionnelles dont le caractère opportun a été mis en évidence par la pratique, d'autre part“.

Certaines activités ont ainsi été précisées ou adaptées au sein de la loi ou ont été rattachées à son cadre général.

L'accès à la profession a été foncièrement remanié par l'introduction de l'obligation de connaissances plus poussées en gestion d'entreprise.

Les activités d'agent immobilier, d'administrateur de biens-syndic de copropriété et de promoteur immobilier ont été réglementées avec précision dans l'intérêt de leurs clients et des tiers.

L'accès à l'activité de conseil économique et d'expert-comptable tout comme à celle de comptable a été précisé et réformé.

Dans ses amendements, la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement a ajouté encore entre autres une réglementation des professions d'architecte d'intérieur et d'architecte paysagiste.

Un deuxième objectif des auteurs a encore été la prévention d'abus possibles par l'exercice de la profession par personne interposée, voire des hommes de paille, ainsi que l'établissement de commerces fictifs dont le but est de profiter de la législation luxembourgeoise pour exercer le commerce à l'extérieur des frontières du Luxembourg tout en échappant au contrôle des autorités luxembourgeoises.

Enfin, la deuxième partie concerne des précisions à apporter au Code des assurances sociales pour régler l'affiliation des titulaires de l'autorisation d'établissement à un même régime de sécurité sociale quel que soit le statut sous lequel ils exercent la direction et la gestion de l'entreprise.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord de principe avec l'approche et notamment celle concernant les mesures préventives de faillite. Il rappelle cependant que d'autres projets de loi ou lois vont dans le même sens et qu'il est de mauvaise technique législative de reprendre les mêmes textes dans des versions légèrement différentes dans les divers projets de loi ou lois.

D'un point de vue rédactionnel, les termes de „commerçant“, „entreprise“, „établissement“, „exploitation“, „personne physique“, „personne morale“ notamment sont utilisés sans que la définition de toutes ces notions soit bien cadrée. Le Conseil d'Etat aurait préféré qu'en particulier celles d'„entreprise“ et d'„établissement“ soient définies clairement et qu'elles soient alors utilisées toujours dans leur sens propre sans en donner à chaque fois une définition qui varie. Faute de telles définitions, le Conseil d'Etat propose d'utiliser les termes de personne physique et personne morale qui ne peuvent actuellement pas donner lieu à des interprétations divergentes. Pour l'organisation économique qui est exploitée par ces personnes, il est proposé d'utiliser le terme d'„entreprise“ tandis que pour celui d'„établissement“ la définition retenue par le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route devenu la loi du 30 juillet 2002 concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route et portant transposition de la directive 98/76/CE du Conseil du 1er octobre 1998, qui était „établissement“, *un siège d'exploitation au Grand-Duché de Luxembourg de la personne physique ou morale exerçant la profession de transporteur de voyageurs ou de marchandises par route et qui y est imposable au sens du droit fiscal. Ce siège d'exploitation se traduit par l'existence d'une infrastructure opérationnelle, par l'exercice effectif et à caractère permanent de la direction des activités du transporteur, par le fait d'y conserver tous les documents relatifs à ces activités ainsi que par la présence continue d'une personne autorisée à engager le transporteur à l'égard des tiers, peut être retenue.*

*

EXAMEN DES TEXTES

Intitulé

Le Conseil d'Etat rejoint la remarque de la Chambre de commerce concernant l'intitulé du projet de loi et propose de reprendre l'intitulé exact de la loi du 28 décembre 1988.

Cet intitulé devrait donc se lire:

„Projet de loi modifiant

- 1. la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales;*
- 2. le Code des assurances sociales.“*

Article 1er

L'article 1er du projet de loi comprend 13 points (et non des paragraphes) sous lesquels sont répertoriées les différentes modifications à apporter aux divers articles de la loi susmentionnée du 28 décembre 1988.

Point 1 (Ad art. 1er de la loi du 28 décembre 1988)

Cet article a fait l'objet de l'amendement No 1 par la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement de la Chambre des députés concernant le troisième alinéa du *paragraphe 1er*.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire concernant ce paragraphe 1er, sauf qu'il propose de supprimer complètement le troisième alinéa qui n'ajoute rien aux dispositions du premier alinéa. En effet, si „nul ne peut exercer une activité sans autorisation écrite“, il devient superfluet d'ajouter que ce texte concerne les personnes physiques et les personnes morales, alors que le terme „nul“ implique les deux.

Le Conseil d'Etat est, d'autre part, surpris par la remarque de la Chambre de commerce qui demande pour les besoins de la qualification professionnelle un traitement particulier pour le secteur HORECA,

comme cela a apparemment été de pratique courante par le passé. En effet, rien dans le texte de la loi actuelle ne prévoit une telle particularité pour ce secteur et le projet n'en prévoit pas non plus. Si une telle exception devait s'imposer, le Conseil d'Etat insiste pour qu'elle soit prévue par le texte plutôt que de laisser s'installer une pratique illégale qui devient nécessairement abusive et peut mener à des situations arbitraires.

Le Conseil d'Etat constate que tout au long du texte tant de la loi que du projet et des amendements, les termes de „ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement“ sont toujours répétés. Il propose de simplifier le texte en insérant au deuxième alinéa du premier paragraphe les mots „désigné ci-après le ministre“.

Quant au *paragraphe 2*, premier alinéa, le Conseil d'Etat fait remarquer qu'à la suite de la suppression de l'obligation d'autoriser le transfert d'un établissement d'une commune à une autre, il y a lieu d'ajouter une conjonction entre les deux changements qui donnent encore lieu à autorisation. Le texte du premier alinéa se lira:

„Sont soumis à une nouvelle autorisation les changements ou extensions à apporter à l'objet de l'entreprise à laquelle l'autorisation a été délivrée *ainsi que* les changements concernant ...“

Quant au deuxième alinéa, il se pose la question pourquoi la modification de la forme juridique d'une société commerciale ne donne lieu qu'à une simple notification. En effet, la modification de la forme juridique d'une société intervient le plus souvent lors de l'entrée de nouveaux associés ou actionnaires dans la société et peut donc entraîner de grands bouleversements. Ainsi, elle pourrait être utilisée pour contourner les nouvelles prescriptions concernant l'honorabilité professionnelle non seulement du détenteur de l'autorisation d'établissement, mais surtout „du détenteur de la majorité des parts sociales ou des personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de la société“. Il serait par conséquent dans la logique du projet d'imposer une nouvelle autorisation en cas de changements profonds dans le corps des associés ou actionnaires d'une société commerciale.

Point 2 (Ad art. 2)

Cet article a fait l'objet de l'amendement No 2 par la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement de la Chambre des députés. Cet amendement propose d'introduire un nouvel alinéa 2 qui reprend en fait l'alinéa 2 introduit par la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises en proposant de changer l'obligation de soumettre les déclarations sur l'honneur aux administrations fiscales et de sécurité sociale en faculté.

Ce changement est motivé par le souci d'éviter un volume excessif de travail administratif, le cas échéant superflu, aux services de l'Etat et par un souci de cohérence avec le projet de loi 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention de faillites et de lutte contre les faillites organisées.

La commission semble cependant oublier que le texte proposé dans le projet de loi 5157 doit introduire également l'obligation pour les personnes morales de remettre un plan financier sur trois ans. Si cette omission laisse présager la suppression de cette prescription critiquée par le Conseil d'Etat dans son avis du 11 novembre 2003, il peut marquer son accord.

Il y a cependant lieu d'abandonner alors le projet de modification de cet article dans le projet de loi 5157. En effet, le projet de modification de l'alinéa 5 (alinéa 6 dans le texte amendé) ne donne pas lieu à observation, sauf du point de vue rédactionnel où il est proposé de lire l'alinéa de la façon suivante:

„L'autorisation perd sa validité par le défaut d'utilisation pendant plus de deux ans à partir de la date d'octroi, ou, en cas d'établissement, par la cessation volontaire d'activité pendant le même délai *ainsi qu'en* cas de mise en liquidation judiciaire, de faillite ou de banqueroute de son titulaire.“

L'ajout d'un septième alinéa à l'article 2 ne donne pas lieu à observation.

Point 3 (Ad art. 3)

Cet article constitue une partie importante de la réforme du projet de loi, alors qu'il est proposé de préciser la condition de l'honorabilité professionnelle.

Le premier alinéa ne donne pas lieu à observation.

Le deuxième alinéa est calqué sur les dispositions de l'article 11 de la loi modifiée du 9 août 1993 réglementant le crédit à la consommation. Le texte proposé va cependant plus loin, alors que dans la loi sur le crédit à la consommation l'obligation d'honorabilité professionnelle repose sur „les membres des organes d'administration et de gestion ainsi que les associés en mesure d'exercer une influence significative sur la conduite des affaires“, il est proposé maintenant d'étendre le champ d'application à „la personne chargée de la gestion et de la direction de l'entreprise ainsi qu'au détenteur de la majorité des parts sociales“. Sont donc visés non seulement le chef d'entreprise, mais aussi les directeurs, fondateurs de pouvoirs et autres personnes dirigeantes tout comme les associés majoritaires.

Si le Conseil d'Etat peut marquer son accord de principe avec des dispositions aussi radicales et incisives, qui sont prescrites dans un but de protection de tous les contractants tant professionnels que privés des entreprises, il faut cependant remarquer que le texte ne prévoit aucun délai ni aucune condition de réhabilitation. Il risque par là de dégénérer en une interdiction à vie de pouvoir exercer une profession dans le secteur du commerce ou de l'industrie („lebenslängliches Berufsverbot“), à moins qu'on ne puisse lire dans l'amendement No 2 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement, qui limite le délai d'indication de la fonction dirigeante à trois années, un délai suffisant pour une réhabilitation. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat n'a aucune objection à opposer contre la rigueur du texte proposé. Dans le cas contraire, le Conseil d'Etat maintient son avis concernant le projet de loi No 5157.

En ce qui concerne la dernière phrase du deuxième alinéa, le Conseil d'Etat peut rejoindre l'avis de la Chambre de commerce qui voit dans la faculté accordée au ministre de subordonner l'octroi d'une nouvelle autorisation à un postulant malheureux et de bonne foi remplissant les conditions de la qualification professionnelle à l'accomplissement de la formation accélérée en matière de gestion d'entreprise un pouvoir arbitraire certain, à moins que la phrase ne soit à interpréter qu'un tel postulant peut obtenir en principe une nouvelle autorisation. Seulement si sa formation économique insuffisante était à l'origine de la faillite, le ministre peut prescrire une formation complémentaire. Il serait en fait absurde d'envoyer un diplômé d'une école de commerce ou un économiste de niveau universitaire dans une formation accélérée dispensée par une chambre professionnelle.

Le Conseil d'Etat interprète cette phrase dans ce sens et il est d'avis que si le postulant d'une nouvelle autorisation est vraiment un „failli“ malheureux et de bonne foi, une seconde chance est de droit.

Il serait donc indiqué de préciser les intentions des auteurs dans le texte.

Conformément à ce que le Conseil d'Etat a dit dans ses considérations générales, il propose de remplacer à deux endroits dans le deuxième alinéa le terme „société“ par celui de „personne morale“.

Quant au troisième alinéa, le Conseil d'Etat trouve peu délicat que les nouvelles dispositions concernant les spectacles érotiques soient incluses dans le même alinéa que les garanties de qualification professionnelle pour l'activité d'industriel, de commerçant-forain et de propriétaire de machines faisant à titre professionnel le louage d'industrie. L'ajout est par conséquent à mettre dans un alinéa distinct.

Cet ajout fait l'objet de l'amendement No 3 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement.

La proposition originelle est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11 de la Constitution. En effet, si le pouvoir législatif peut établir des restrictions, il ne peut en aucun cas déléguer ce pouvoir aux autorités compétentes des communes du lieu où l'entreprise en question devrait se fixer. La loi organique concernant les communes ne leur accorde d'ailleurs aucune prérogative en la matière. Les auteurs semblent aussi oublier que le changement du siège d'exploitation de l'entreprise d'une commune à une autre ne donne plus lieu à nouvelle autorisation, de façon que cette disposition serait en plus facile à contourner.

Pour des raisons constitutionnelles, le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte initial du projet.

En ce qui concerne le texte de l'amendement, le Conseil d'Etat n'y voit aucune utilité. En effet, à quoi servirait une information des autorités compétentes de la commune concernée (laquelle, celle du premier établissement ou du deuxième ou éventuellement du troisième?), car l'autorisation aura été octroyée, d'après le texte proposé, et les autorités compétentes n'ont aucun pouvoir de réglementer quoi que ce soit.

Comme nous sommes ici en matière de liberté du commerce et d'industrie, il y a monopole d'intervention du législateur pour émettre des restrictions. Si tel n'est objectivement pas possible de sa part, le Conseil d'Etat propose de supprimer également le texte proposé dans l'amendement.

De toute façon, le Conseil d'Etat ne comprend pas les développements concernant un renvoi à l'article 7 du projet de loi, alors que le but visé par les auteurs n'est certainement pas la qualification professionnelle de ces commerçants. On peut d'ailleurs se demander quelles conditions seraient à fixer et quels seraient les tests et examens à prescrire pour les organisateurs de spectacles à caractère érotique.

Le quatrième alinéa de l'article 3 prescrit un établissement effectif sauf pour les commerçants-forains et ceux limitant leurs activités aux foires et aux marchés.

Les auteurs se sont inspirés ici de l'article 2 de la loi du 30 juillet 2002 concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route qui définit l'établissement comme „un siège d'exploitation fixe au Grand-Duché de Luxembourg de la personne physique ou morale exerçant la profession de transporteur de voyageurs ou de marchandises par route et qui y est imposable au sens du droit fiscal. Ce siège d'exploitation fixe se traduit par l'existence d'une infrastructure opérationnelle, par l'exercice effectif et à caractère permanent de la direction des activités de transporteur, par le fait d'y conserver tous les documents relatifs à ces activités ainsi que par la présence continue d'une personne autorisée à engager le transporteur à l'égard des tiers“.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs ont de nouveau défini les critères avec une plus grande rigueur. Ils exigent un siège d'exploitation „approprié à la nature et à la dimension de l'activité poursuivie“. Il se demande, faute de commentaire de la part des auteurs, ce qu'il faut comprendre sous ces conditions. Tout d'abord, il faut considérer qu'il est implicitement possible d'après l'article 2, alinéa 5 actuel ou 6 dans le texte modifié qu'un postulant peut obtenir une autorisation avant de s'établir, car elle ne perd sa validité qu'après deux années. Ensuite, un petit commerçant peut débiter dans un local exigü et changer de siège d'exploitation dès que le développement de son commerce l'exige. Il est inadmissible pour le Conseil d'Etat que les autorités se mêlent des conditions d'établissement du siège d'exploitation d'un commerçant débutant et lui imposent, le cas échéant, un local „approprié à la nature et à la dimension de l'activité poursuivie“. La nature d'un commerce est évidemment fixée dès le départ, mais la dimension est toujours tributaire du succès plus ou moins rapide et aléatoire. C'est une question d'espoir et de réalisme, car la mégalomanie mène le plus souvent à l'échec. Le Conseil d'Etat propose par conséquent de supprimer purement et simplement cet ajout aux conditions de l'établissement défini dans la loi susmentionnée du 30 juillet 2002 relative aux transporteurs. Il s'agit d'ailleurs d'une immixtion inadmissible dans l'initiative privée qui est à la base de l'esprit d'entreprise. La responsabilité personnelle du commerçant débutant est en jeu et elle seule. L'autorité serait-elle responsable du mauvais choix qu'elle aura imposé, le cas échéant, au commerçant?

La Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement propose dans son amendement No 3 de remplacer le terme „présence continue“ par „présence régulière“. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi le législateur impose une présence continue d'une personne autorisée à engager le transporteur à l'égard des tiers à partir du mois de juillet 2002 à cette catégorie de commerçants, alors qu'il trouve la même obligation pour tous les autres commerçants quelque peu exagérée. Y aurait-il deux poids et mesures? La présence continue ne concerne pas le chef d'entreprise ou le titulaire de l'autorisation, mais une personne qui peut engager l'entreprise à l'égard des tiers. Le Conseil d'Etat se prononce en faveur du texte initial des auteurs.

Le cinquième alinéa ne donne pas lieu à observation.

Point 3 (Ad art. 5)

Cet article souligne le caractère personnel de l'autorisation.

Les deux premiers alinéas ne donnent pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat peut se rallier aussi à l'amendement No 4 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement qui propose que le titulaire de l'autorisation d'établissement devra assurer personnellement la gestion ou la direction journalière de l'entreprise, non pas de manière „permanente“, mais seulement „régulière“. A la différence de l'article 3, cet article-ci parle d'une seule personne possible qui, en raison du défaut d'ubiquité, ne peut évidemment être présente de façon permanente dans son entreprise.

Le troisième alinéa de cet article prescrit pour une personne morale de prouver „l'engagement de la personne physique chargée de la gestion ou de la direction“ par un contrat de louage de services ou, le cas échéant, par un contrat de mandat.

Le Conseil d'Etat se pose d'abord la question quelle a pu avoir été l'intention des auteurs en parlant de la personne physique chargée de la gestion ou de la direction de la société plutôt que du titulaire de

l'autorisation d'établissement. Il suppose cependant qu'il s'agit d'une seule et même personne. Il se pose ensuite la question de la raison pour laquelle les auteurs maintiennent le choix entre l'obligation de l'engager par un contrat de louage de services ou par un contrat de mandat, alors que pour le premier choix, ils disposent d'une décision judiciaire qui sanctionne le contrat de louage de services par la nullité du fait du défaut de lien de subordination, élément essentiel pour l'existence d'un tel contrat et qu'ils devraient connaître les conditions du mandat définies par le Code civil (articles 1984 à 2010) outre le fait que l'article 50 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dispose que „les sociétés commerciales sont administrées par des mandataires à temps, associés ou non, révocables, salariés ou gratuits“. (voir aussi l'avis de la Chambre des métiers *sub* 2.4 ad article 5 et l'avis de la Chambre de commerce).

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement respectivement au maintien ou à l'introduction du contrat de mandat impératif et salarié. Le premier contrat est nul *de jure* et le deuxième contrat entraîne implicitement une modification de l'article 50 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée.

Le Conseil d'Etat propose de nouveau de remplacer tant au deuxième qu'au troisième alinéas le terme „société“ par celui de „personne morale“.

Point 4 (Ad art. 7)

Cet article introduit une deuxième série de mesures qui ont pour but de contrôler les postulants sur leur qualification de base pour pouvoir gérer un commerce.

Le texte prévoit, d'une part, une qualification en matière de gestion d'entreprise et, d'autre part, une qualification professionnelle générale ou plus spéciale pour certaines branches commerciales, qui devront être définies par règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire concernant le *paragraphe 1er*, premier alinéa et premier tiret, sauf que du point de vue rédactionnel, il faudra lire dans le premier alinéa du premier tiret *in fine* „... à l'exception des activités pour lesquelles une dispense de qualification a expressément été prévue par une disposition de la présente loi ainsi que des activités régies par une loi spéciale“.

Au deuxième alinéa du premier tiret, il y a lieu de lire „... soit par l'accomplissement d'une formation initiale résultant de la possession d'un diplôme ou certificat de fin d'études universitaire ou d'enseignement supérieur, ...“.

Le deuxième tiret prescrit une qualification professionnelle spéciale pour les branches et les activités commerciales nécessitant des connaissances spécifiques pour des raisons impératives liées à la sécurité ou à la santé des biens et des personnes. Ici nous sommes de nouveau dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11 de la Constitution. Si le législateur peut émettre des restrictions à cette liberté, il ne peut pas se dessaisir outre mesure de ce pouvoir. Afin que dans une matière réservée le pouvoir exécutif puisse recevoir une délégation de pouvoir prendre des règlements d'exécution, il faudra, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que le législateur fixe les grands principes de cette habilitation.

Le texte sous avis est aux yeux du Conseil d'Etat beaucoup trop vague et constitue en fait une délégation générale du pouvoir législatif au pouvoir exécutif dans une matière réservée en principe à la loi. Les règlements grand-ducaux qu'il y a lieu de prendre courent le risque d'être déclarés contraires à la Constitution. Il y a par conséquent lieu, sous peine d'opposition formelle, de préciser le cadre et de fixer les conditions qui devront être respectées par le Grand-Duc dans son pouvoir d'attribution pour prendre les règlements nécessaires à l'exécution de la loi.

Le législateur devra donc décrire les branches avec autant de précision que possible.

Le *deuxième paragraphe* est à supprimer, car il est superfétatoire.

Dans le *troisième paragraphe*, qui deviendra ainsi le deuxième, il y a lieu de préciser conformément à l'avis de la Chambre de commerce qu'il s'agit de la commission visée à l'article 2 de la loi.

Point 5 (Ad art. 10)

Si le Conseil d'Etat peut marquer son accord de principe avec une réglementation plus contraignante concernant les professions d'agent immobilier, d'administrateur de biens-syndic de copropriété et de

promoteur immobilier, il a cependant quelques critiques tant d'ordre juridique que d'ordre rédactionnel à formuler.

Quant au premier alinéa, le Conseil d'Etat propose de supprimer l'indication des chiffres des conditions 1, 2, 3 qui suivent. Comme il n'y a que trois conditions et comme les conditions devront être remplies cumulativement toutes les trois, l'énumération des chiffres ne fait qu'alourdir inutilement le texte.

En ce qui concerne le *paragraphe 1er*, alinéas 1 et 2, le Conseil d'Etat se doit de rappeler de nouveau que le projet de loi sous examen s'inscrit dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11 de la Constitution. Si cet article autorise le législateur à émettre des restrictions à cette liberté, ces mesures doivent cependant être claires et précises. Comme il s'agit d'une matière réservée par la Constitution au pouvoir législatif, il ne suffit pas d'imposer un test „sur certaines matières spécifiques“ sans les énumérer ou pour le moins les décrire. En ce qui concerne le test, il faudra préciser aussi outre les matières, au moins encore le programme. Le Conseil d'Etat rappelle à ce sujet les arrêts 15/02 du 3 janvier 2003 et 17/02 du 7 mars 2003 de la Cour constitutionnelle aux termes desquels il est satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail.

Le Conseil d'Etat doit par conséquent s'opposer formellement au texte proposé.

En ce qui concerne le *deuxième paragraphe*, les auteurs proposent que l'administrateur de biens-syndic de copropriété devra justifier „d'une garantie suffisante pour le remboursement des fonds, effets ou valeurs qui leur sont confiés“. Ici de nouveau le texte pêche par défaut de précision. Il est évident que les fonds, effets et valeurs qui sont confiés à ces professionnels varient d'après le nombre des clients, leur qualité ainsi que les affaires qu'ils gèrent. Ils varient aussi dans le temps, alors qu'un débutant a certainement une clientèle et un chiffre d'affaires moindre au départ qu'après un certain nombre d'années. Il est par conséquent difficile de fixer un chiffre approprié. Il faudra néanmoins le fixer en tenant compte des différents aléas. Comme il s'agit de nouveau d'une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie, le législateur ne peut pas habiliter le Grand-Duc à réglementer sur base d'une simple indication de garantie financière suffisante. Il faudra bien établir des critères qui serviront à pouvoir dire ce qui est suffisant en la matière.

Le Conseil d'Etat estime qu'il faudrait introduire l'exigence d'une capacité financière appropriée pour couvrir les risques.

Faute de précision y relative, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à ce texte.

Les auteurs prescrivent que cette garantie financière doit résulter de l'engagement d'un organisme de garantie collective, d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurance-crédit et caution dûment agréés par le ministre. Le Conseil d'Etat voudrait faire remarquer que bien qu'il existe des branches „Crédit“ et „Caution“ (numéros 14 et 15 de la classification des risques par branches – Annexes à la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, *sub* I, A) ce dernier volet n'est en pratique guère proposé sur le territoire national, alors qu'il est réservé en fait au secteur bancaire.

Concernant le *troisième paragraphe* qui prescrit en son premier alinéa une police d'assurance couvrant la responsabilité civile professionnelle, le Conseil d'Etat se pose la question concernant le taux de la couverture. En effet, afin que cette disposition ait l'effet souhaité, il faudra que le taux de couverture corresponde aux engagements des professionnels. Or, comme nous sommes en matière de liberté du commerce et de l'industrie, le législateur devra habiliter le pouvoir réglementaire pour qu'il puisse intervenir en la matière et lui fixer des critères d'habilitation.

Dans sa formulation actuelle, le texte n'apportera guère de garantie pour les consommateurs lésés.

En ce qui concerne le deuxième alinéa, premier tiret, le Conseil d'Etat se pose des questions concernant les activités visées. Le texte renvoie aux „activités décrites au présent article“, or aucune telle description n'a pu être découverte par le Conseil d'Etat. Il est d'avis que l'indication de professions à champs d'activités aussi vastes que ceux des professionnels indiqués au premier alinéa de l'article n'est pas suffisante pour en décrire ou délimiter les activités. Un renvoi est par conséquent inutile. Il y a donc lieu soit de décrire les activités visées, soit de renvoyer aux professions seulement.

En ce qui concerne le deuxième tiret, le Conseil d'Etat constate d'abord que le cercle des parents en ordre successible est quelque peu flou, mais en tout cas très large. Il propose de préciser qu'en cas d'activités pour compte de majeurs protégés ou de mineurs d'âge, ils devront agir „dans les conditions et suivant les règles prévues aux titres X et XI du Code civil“.

Concernant le troisième tiret, les auteurs fixent deux conditions à la possibilité pour un copropriétaire de remplir la fonction de syndic de copropriété à un immeuble soumis à ce régime.

La première concerne l'obligation d'être lui-même copropriétaire de cet immeuble. Ici se pose la question si dans le cadre d'une société soit unipersonnelle, soit familiale comme propriétaire du lot l'associé unique ou majoritaire peut toujours exercer cette fonction. Qu'en est-il du conjoint ou de l'ascendant ou descendant du propriétaire?

La deuxième condition concerne le nombre de lots avec la précision qu'il doit s'agir de lots d'habitation.

Les auteurs fixent ce nombre à 9 lots d'habitation.

Le Conseil d'Etat se pose d'abord la question du nombre de 9 qui lui semble arbitraire.

Ensuite, il se pose la question pourquoi il serait possible à un copropriétaire d'un immeuble de 30 lots dont 8 seulement sont d'habitation et les autres des bureaux ou des commerces de pouvoir remplir la fonction de syndic, mais non pas dans un immeuble de 10 lots d'habitation où il serait copropriétaire de la moitié des lots. Le Conseil d'Etat éprouve des difficultés à comprendre la différence que fait la destination des lots.

La charge de syndic est un mandat confié par les copropriétaires à une personne. En exclure un copropriétaire semble être contraire au principe de confiance que les mandants mettent dans le mandataire. La condition d'être copropriétaire d'un lot est suffisante. La destination du lot, qu'elle soit d'habitation ou commerciale, est irrelevante.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer cette deuxième condition.

Point 6 (Ad art. 12)

Ad 1

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Ad 2

Il est proposé de faire abstraction d'une étude du marché en cas d'extension maximale de 200 m² d'une surface commerciale faisant partie d'un centre commercial. Les auteurs précisent dans le commentaire de l'article que cette dispense légale est acquise „quand bien même l'ensemble dépasse les 2.000 m² prévus pour le déclenchement de cette procédure“.

Le Conseil d'Etat voit dans cette dispense une facilité de contourner la loi. Dans la généralité du texte, il sera dorénavant possible de construire une surface commerciale de 1.999 m² et de l'étendre par étapes successives à raison de chaque fois 200 m² sans avoir l'obligation de recourir à une nouvelle autorisation. Le seuil des 2.000 m² deviendra ainsi pour de petites surfaces une illusion, alors qu'une extension ultérieure sera possible à moindres frais et complications.

Afin de préserver l'égalité de tous devant la loi, le Conseil d'Etat demande de préciser que si le seuil des 2.000 m² est dépassé par l'extension, une nouvelle autorisation deviendra nécessaire. Il doit donc s'opposer formellement au texte proposé.

Point 7 (Ad art. 13)

Paragraphe 2

Le nouveau texte prévoit une équivalence pour l'accès à la profession d'artisan et d'entrepreneur industriel de construction, le diplôme universitaire ou d'enseignement supérieur ou le certificat de fin d'études universitaires ou d'enseignement supérieur d'ingénieur de la branche sanctionnant l'accomplissement d'un cycle complet d'au moins quatre années.

Le Conseil d'Etat trouve que cette énumération de titres universitaires ou d'enseignement supérieur est peu claire ou transparente.

Il se pose la question si tous ces titres doivent mener à la qualification d'ingénieur de la branche ou si le premier groupe embrasse toutes les disciplines et le deuxième seulement celle de l'ingénieur.

Si tous les titres doivent être en rapport avec la qualification d'ingénieur de la branche, le Conseil d'Etat estime que cette énumération fastidieuse, qui par là devient nécessairement lacunaire, relève de l'homologation des diplômes, alors que la commission compétente pour l'homologation des titres universitaires est certainement mieux outillée pour contrôler un tel titre.

En ce qui concerne l'ajout proposé en fin d'alinéa et qui concerne un renvoi aux directives européennes, il est à supprimer comme étant superfétatoire.

Paragraphe 3

L'ajout relatif aux directives européennes est à supprimer, car il est superfétatoire.

Paragraphe 4

Il en est de même du paragraphe 4 qui est à supprimer.

Point 8 (Ad art. 15)

Le premier alinéa a fait l'objet d'une modification non autrement commentée à moins qu'il ne s'agisse d'une copie lacuneuse. Il est en effet proposé de supprimer les mots „à titre principal“ dans cet alinéa, ce qui aurait pour conséquence d'interdire tout lien de salarié.

Ni la Chambre des métiers ni la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement n'y ont réagi.

La Chambre des métiers critique cependant cet article en entier quant à sa portée rigoureuse.

La Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement a proposé l'amendement No 5 qui reprend une version modifiée de la proposition de la Chambre des métiers.

Il semble au Conseil d'Etat que l'alinéa actuel ou remanié devra être supprimé complètement, ce qui peut trouver son accord.

La proposition amendée sollicite cependant les commentaires suivants du Conseil d'Etat.

Comme ce n'est pas la qualification professionnelle qui est en cause, mais l'autorisation d'établissement, le texte devra être remanié en conséquence.

Les points 1 et 2 des propositions tant de la Chambre des métiers que de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement visent aux yeux du Conseil d'Etat une seule et même hypothèse qui est celle d'une personne titulaire d'une autorisation d'établissement que ce soit pour son propre compte ou celle d'une société. Cette hypothèse est donc à inclure dans un seul point.

Le Conseil d'Etat propose donc de remanier l'alinéa 1 de la façon suivante:

„L'autorisation d'établissement est refusée à

- une personne qui est déjà titulaire d'une autorisation d'établissement soit pour son propre compte soit pour une personne morale,*
- une personne salariée auprès d'un autre employeur, sauf si la personne en question détient la majorité des parts sociales du capital de la personne morale concernée et y exerce de manière effective l'activité autorisée, en conformité notamment avec les dispositions de l'article 5.“*

Les alinéas 2 et 3 de l'amendement ne donnent pas lieu à observation.

Point 9 (Ad art. 18)

La Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement propose dans son amendement No 6 un nouveau texte de l'article 18 par la modification des alinéas 1 et 2 actuels et l'ajout d'un nouvel alinéa.

L'actuel alinéa est modifié en ce sens que le terme de „préposé“ est remplacé par ceux de „personne chargée de la gestion“. Compte tenu de la modification à apporter à l'article 7, le remplacement du chef de l'entreprise par un simple préposé remplissant seulement la condition de qualification professionnelle, comme prévue dans la législation actuellement en vigueur, est contraire à l'esprit de la réforme. Le Conseil d'Etat aimerait cependant attirer l'attention de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement sur les conséquences juridiques que cette proposition va entraîner concernant les relations entre respectivement le(s) propriétaire(s) de l'entreprise et son/ses successeur(s), car si la personne chargée de la gestion de l'entreprise artisanale n'a pas de lien de parenté ou de partenariat avec l'artisan invalide ou son/ses successeur(s), il pourra bien disposer des biens d'autrui. Dans une entre-

prise personnelle du moins, le pouvoir de gestion est difficile voire impossible à arranger ou diviser. Si le conjoint ou l'ascendant appelé à la tête de l'entreprise artisanale ne peut pas remplir lui-même les conditions légales pour obtenir l'autorisation d'établissement, la proposition de l'amendement fera d'un tiers chargé de la gestion le chef de l'entreprise personnelle avec tous les risques que cela comporte. Une telle situation provoquera avec certitude des difficultés de gestion insurmontables avec les risques commerciaux que cela entraîne.

Le Conseil d'Etat se permet de demander si telle est l'intention des auteurs.

Il semble préférable au Conseil d'Etat de pouvoir diviser les conditions d'obtention de l'autorisation afin que le conjoint ou l'ascendant, qui est en principe aussi le propriétaire de l'entreprise, soit obligé de remplir la condition de qualification de gestion, alors qu'un préposé doit remplir la condition de la qualification professionnelle. Le pouvoir de gestion devra rester en tout cas entre les mains du propriétaire.

La deuxième phrase de cet alinéa 1 prévoit la situation identique pour le concubin d'un chef d'entreprise artisanale. Il est proposé de l'autoriser à continuer l'entreprise en cas de communauté de vie d'au moins une année et de collaboration au sein de l'entreprise d'au moins deux années. Dans ce cas, la situation des successeurs et indivisaires est encore pire, car un indivisaire ou un successeur risque de se voir confronté à une personne tout à fait étrangère, qui n'a pas le moindre intérêt à la survie de l'entreprise. A la tête de l'entreprise, celle-ci aura tous les moyens légaux pour spolier les propriétaires réels.

Le nouvel alinéa 2 proposé concerne la continuation de l'entreprise en cas de divorce ou de séparation de concubins. La réglementation prévue est la même qu'en cas de décès ou d'invalidité, sauf que le conjoint à qui la direction de l'entreprise est attribuée dans le cadre du partage de la communauté doit avoir travaillé effectivement dans l'entreprise pendant deux ans. Il devra occuper une personne chargée de la gestion. Ici se pose de nouveau la même question des rapports entre propriétaire(s) et gestionnaires que dans le premier alinéa.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il s'agit d'une mauvaise solution qui comporte plus de risques que d'avantages.

Le même alinéa prévoit une solution identique pour le concubin qui a vécu en communauté avec son partenaire pendant un an au moins. Une telle dévolution comporte de nouveau les risques inhérents entre propriétaire et gestionnaire, sauf qu'on pourrait s'imaginer encore la situation d'un concubin séparé, ancienne secrétaire du patron, qui gérerait l'entreprise en indivision entre son ancien partenaire et son conjoint divorcé. En ce cas, il n'y a évidemment plus de scrupules pour spolier au maximum à son profit les propriétaires.

Le deuxième alinéa actuel qui devient dans l'amendement le troisième alinéa ajoute à l'actuel alinéa 2 aux bénéficiaires actuels de la possibilité de continuer l'entreprise le conjoint ou le concubin en cas de divorce ou de séparation. Comme les mêmes problèmes se posent dans l'hypothèse visée par cet alinéa que dans les deux autres alinéas, il est renvoyé aux développements relatifs à ces alinéas.

Le Conseil d'Etat est d'avis que la loi sur le droit d'établissement ne devrait pas innover en matière de droit de succession et de droit de propriété, car les conséquences ne sont pas mûrement réfléchies. Pourquoi ne pas encore réglementer préventivement les relations entre couples passés?

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'amendement qui interfère gravement dans le droit de propriété et le droit de succession.

Point 9 (Ad art. 19)

Paragraphe 1er, a)

Cet article fait l'objet des amendements No 7 et 11 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement.

Ces amendements veulent introduire dans le paragraphe 1er *sub a)*, une réglementation des professions d'architecte d'intérieur et d'architectes paysagistes.

Comme pour la profession d'architecte d'intérieur, il s'agit d'une profession différente avec des conditions d'accès différentes, il semble peu délicat au Conseil d'Etat d'inclure cette profession sous la même numérotation que les architectes diplômés.

En ce qui concerne la profession d'architecte paysagiste, les conditions d'accès à la profession sont identiques à celles de l'architecte diplômé.

La question se pose s'il n'aurait pas été préférable de demander l'avis de l'Ordre des architectes et ingénieurs-conseils.

Il n'a pas d'autre observation à formuler.

Paragraphe 1er, c)

Le Conseil d'Etat se pose la question s'il n'eût pas été préférable de demander l'avis de l'Ordre des experts-comptables pour un texte qui les concerne malgré tout directement.

Le premier alinéa fait obligation aux experts-comptables d'être en possession d'un diplôme universitaire ou d'enseignement supérieur sanctionnant l'accomplissement d'un cycle complet de trois années d'études dans les matières précisées dans le texte. Le Conseil d'Etat répète à cet endroit son observation faite au sujet de l'article 13 ci-avant en ce qui concerne l'énumération des différents titres universitaires.

Il se demande pourquoi un cycle de trois années seulement est prévu, alors que presque tous les universités et instituts d'enseignement supérieur dispensent les matières prescrites dans un cycle de quatre ans et les dispenseront à l'avenir dans le cadre du processus de Bologne en 5 ans.

Le deuxième alinéa ne donne pas lieu à observation.

Le troisième alinéa autorise le ministre à accorder des dispenses totales ou partielles pour l'exécution du stage prescrit par l'alinéa 2. Comme il s'agit d'un stage pratique qui devra être exécuté après l'obtention du diplôme requis et qui devra en plus être exécuté pour un tiers auprès d'un expert-comptable dûment établi, le Conseil d'Etat ne voit pas quels justificatifs pourraient valoir dispense, alors qu'il n'est pas précisé que ce stage devra être effectué au Luxembourg ou dans un autre Etat membre de la Communauté européenne.

Le quatrième alinéa permet au pouvoir réglementaire de régler non seulement les modalités d'organisation du stage, mais aussi les matières, le programme et les modalités d'organisation des tests d'aptitude sanctionnant la formation complémentaire, sans qu'une telle formation complémentaire ni un test ne soient prévus par le texte.

Comme nous sommes ici encore dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie, le législateur doit d'abord prescrire dans le texte de loi une formation complémentaire obligatoire ainsi que l'obligation de passer des épreuves sanctionnant cette formation avant de pouvoir déléguer au pouvoir réglementaire les modalités pratiques concernant cette formation et les tests. Il faudra aussi décrire avec la précision requise les matières de la formation et du test, sous peine d'encourir l'annulation du règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat doit donc s'y opposer formellement.

Paragraphe 1er, e)

Tout d'abord, il faut attirer l'attention des auteurs sur le fait qu'il s'agit non du point e), mais du point d) du deuxième paragraphe.

Le premier point du deuxième alinéa subordonne la preuve de la qualification professionnelle à la possession d'un diplôme de niveau universitaire. Quant à l'énumération des titres, il est renvoyé aux développements *sub* article 13 ci-avant.

A la fin du même point 1, le texte précise que le cycle complet de quatre ans doit porter sur une discipline juridique, scientifique ou technique. Le choix des disciplines n'est pas expliqué dans le commentaire des articles et le Conseil d'Etat se serait attendu à une définition de matières plutôt que de disciplines assez vastes et différentes.

Le troisième alinéa fait l'objet de l'amendement No 8 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement qui propose de renvoyer cet alinéa parmi les dispositions transitoires. Comme il s'agit d'un point de technique législative qui est toujours recommandé par le Conseil d'Etat, cette proposition trouve son accord.

En ce qui concerne le texte proprement dit, le Conseil d'Etat propose de supprimer tant l'indication de la date et de l'intitulé de la loi que les mots qui se trouvent entre parenthèses, alors que le texte doit être inséré dans la loi sur le droit d'établissement et pour le reste, le renvoi aux points 3 et 4 est suffisamment explicatif.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec l'examen national complémentaire portant notamment sur la législation luxembourgeoise, les lois uniformes BENELUX et les procédures et formalités administratives liées à l'application de ces lois alors qu'en l'absence d'harmonisation, les Etats demeurent libres de fixer le niveau minimal de qualification nécessaire à l'exercice de telle ou telle

profession, de manière à garantir la qualité des prestations fournies sur le territoire (V. les considérants 2 des directives 89/48 du Conseil du 21 décembre 1988 et 92/51 du Conseil du 18 juin 1992) et qu'en vertu du renvoi opéré par l'article 66 aux alinéas 55 à 58, et donc en particulier à l'article 57, ce principe vaut pour la liberté de prestation de services comme pour la liberté d'établissement (références jurisprudentielles). En plus d'un système d'équivalence entre la formation que le migrant ou le prestataire a obtenue dans un autre Etat membre et celle exigée sur le sol de l'Etat d'accueil ou de prestation de services, un examen ou stage complémentaire peut être exigé, le cas échéant (Répertoire communautaire Dalloz, v° Prestation de services, no 89 et 90).

Paragraphe 1er, e)

Le nouveau texte propose en fait de supprimer un texte existant concernant les activités à titre professionnel dans le domaine juridique. Comme les auteurs passent cette suppression sous silence, le Conseil d'Etat n'en peut deviner la raison. Il conseille en tout cas de maintenir ce texte dans sa forme actuelle.

Le Conseil d'Etat se demande s'il n'eût pas été préférable de consulter pour ce texte aussi l'Ordre des experts-comptables.

Le nouveau texte proposé est destiné à réglementer la profession de comptable.

Les auteurs ont ici la délicatesse de ne pas insérer les comptables sous le même point que les experts-comptables. Ceci trouve l'approbation du Conseil d'Etat.

Comme il y a lieu de créer un nouveau point, le Conseil d'Etat propose de renvoyer ce texte sous la nouvelle lettre h).

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation quant au premier alinéa.

Quant au deuxième alinéa, il se demande ce qu'il faut entendre par „diplôme pour le moins équivalent“. D'un point de vue rédactionnel, les mots „pour le moins“ sont à supprimer, car ils n'apportent rien au texte. Ensuite, il est recommandé de préciser le diplôme par rapport aux matières, car dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie, il est inconvenant de laisser à un ministre, qui n'a pas l'Education nationale dans ses attributions, le pouvoir de la reconnaissance de l'équivalence d'un diplôme. Faute de précisions, ce pouvoir court le risque de l'arbitraire.

Le troisième alinéa fait l'objet de l'amendement No 9 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement. Il est proposé d'ajouter aux professionnels, auprès desquels le stage peut être effectué, la profession de „réviseur d'entreprises“.

Le Conseil d'Etat approuve cette proposition.

Le quatrième alinéa autorise le ministre à dispenser certains postulants partiellement ou totalement du stage. Le Conseil d'Etat ne comprend pas la raison de cette disposition, alors qu'il estime qu'un stage pratique en la matière est indispensable.

Le dernier alinéa délègue au ministre le pouvoir d'organiser les modalités d'organisation du stage, des matières, du programme et des modalités d'organisation des tests d'aptitude sanctionnant la formation complémentaire.

Comme le texte ne prévoit ni formation complémentaire obligatoire ni test d'aptitude, il est renvoyé aux développements *sub* point 9, 1) *in fine*.

Paragraphe 1er, f)

Les auteurs proposent de réglementer la profession de conseil économique avec plus de précision.

Le texte est à redresser du point de vue rédactionnel, alors que le ministre ne peut pas seulement accorder, mais il est obligé d'accorder une autorisation au cas où les conditions sont remplies.

En ce qui concerne l'énumération des titres, le Conseil d'Etat renvoie à ses développements y relatifs *sub* article 13 ci-avant.

Il se pose aussi la question de la durée des études qui ne devra être que de trois années pour un champ de compétences très vaste avec des responsabilités très grandes.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Paragraphe 2

Les dispositions actuelles de ce paragraphe exigent déjà l'inscription des diplômes attestant la qualification professionnelle au registre des diplômes prévu par la loi du 17 juin 1963 ayant pour objet de protéger les titres d'enseignement supérieur.

Le deuxième alinéa renvoie à des droits qui trouvent leur origine dans des directives. Comme il s'agit d'une source de droit applicable dans tous les Etats membres, il est superfétatoire d'y renvoyer spécialement. Cet alinéa est donc à supprimer.

Point 10

Le texte de ce point n'ayant aucun caractère normatif, il est à supprimer purement et simplement.

Point 11 (Ad art. 22)

Le premier alinéa nouveau est motivé par le fait que des entreprises étrangères viennent travailler sur notre territoire dans le cadre de la libre circulation, en se prévalant abusivement de qualifications nationales. Le Conseil d'Etat ne voit pas en quoi les textes actuels ne seraient pas suffisants, car l'article 1er lui semble suffisamment vaste pour englober aussi les entreprises étrangères en situation irrégulière. Ce qui dérange n'est pas le fait de se prévaloir de dispositions du Traité de l'Union européenne, mais le travail sans l'autorisation nationale ou étrangère requise. Le Conseil d'Etat ne voit par conséquent pas ce que le texte pourrait ajouter.

De toute façon les textes communautaires visés s'adressent avant tout aux Etats membres et non directement aux citoyens européens. Il appartient le plus souvent aux Etats membres de les transposer en droit national ou d'adapter le droit national aux textes communautaires. Le texte tel qu'il est rédigé est beaucoup trop vague pour constituer une incrimination légale.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au texte proposé.

Il se pose de toute façon aussi la question de la tentative. Est-ce que le fait de revendiquer même avec insistance le droit de pouvoir travailler au Luxembourg, sans cependant avoir exécuté encore le moindre travail, serait suffisant pour se rendre punissable?

En ce qui concerne le taux de la peine, le Conseil d'Etat voudrait rappeler aux auteurs l'introduction de l'euro et la suppression du franc luxembourgeois depuis le 1er janvier 2002.

La remarque concernant la Police grand-ducale est superfétatoire, alors que l'article 85 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police a déjà prévu ce remplacement par une disposition d'ordre général. Ce texte est à supprimer.

Le deuxième alinéa du paragraphe 1er fait l'objet de l'amendement No 10 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement.

Cet article contient les dispositions pénales concernant la présente loi.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement proposé.

Il se pose cependant des questions quant aux incriminations de certains articles de la loi qui ne sont soit pas données du tout soit pas assez précises.

Ainsi l'article 4 n'indique pas la personne qui a l'obligation d'informer le ministre et de solliciter l'autorisation provisoire de 6 mois. L'article 6 ne semble pas pouvoir donner lieu à incrimination. Il en est de même des articles 7, 8, 9, 11, 12 (1) à (2), (4) à (5), 13, 15, 16, 18, 19 et 21. En ce qui concerne l'article 10, les incriminations qui ne peuvent être que celles des paragraphes 2 et 3, il est renvoyé aux développements en ce qui concerne ces dispositions. Faute de précision, l'incrimination n'est pas légale. En ce qui concerne l'article 20 alinéa 2, il se pose la question de sa compatibilité avec le droit européen.

Le nouveau texte du deuxième alinéa du paragraphe 3 ajoute aux pénalités l'interdiction professionnelle d'exercer d'une durée de deux mois à cinq ans ainsi que la fermeture de l'établissement concerné.

Ce texte ajoute deux peines accessoires aux peines d'amende et d'emprisonnement et ceci sans préjudice du droit pour le ministre de retirer l'autorisation pour violation des conditions de la loi et notamment celles de l'article 3. Il est partiellement superfétatoire avec les dispositions de l'alinéa 1 du même paragraphe. Il est donc à revoir.

Le paragraphe 6 peut être supprimé pour être de droit commun.

Point 12 (Ad art. 25)

Ce texte prescrit l'indication du numéro de l'autorisation d'établissement sur les nouveaux moyens de communication.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Point 13 (Ad art. 26)

Tout en motivant le nouveau texte par une réduction de la taxe, les auteurs ne font qu'appliquer une conversion approximative.

La Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement ayant gentiment signalé au Conseil d'Etat sa volonté de maintenir les taux erronés selon les auteurs, le Conseil d'Etat la remercie pour cette nouvelle façon de communiquer et s'abstient de toute observation.

Dispositions transitoires

Article 2

Sans observation.

Article 3

Sans observation, sauf que le renvoi devra être fait à l'article définitif de la loi et non du projet de loi.

Article 4

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire en ce qui concerne le premier alinéa.

En ce qui concerne le deuxième alinéa, il prévoit la validité des autorisations d'établissement dans le secteur du commerce, sauf en ce qui concerne les activités commerciales nécessitant des connaissances spécifiques pour des raisons impératives liées à la sécurité ou à la santé des biens et des personnes. Tout en renvoyant à ses développements concernant l'article 7 ci-avant, le Conseil d'Etat se demande comment ces commerçants pourront continuer leur commerce alors que leur autorisation tombe du jour au lendemain et pour l'instant personne ne sait quels commerces précis tombent dans cette catégorie. L'article 6 du projet de règlement grand-ducal, qui sera examiné plus loin, ne fait que copier le texte de la loi.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer la deuxième phrase du deuxième alinéa.

Il est proposé aussi de supprimer le troisième alinéa, alors qu'il n'a aucune valeur normative.

Il est rappelé ici que l'amendement No 8 de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement devra figurer à cet endroit et être numéroté comme article 5.

Dispositions modifiant le Code des Assurances sociales

Article 5

Les observations ci-après doivent être lues en relation avec le projet de loi relative aux effets légaux de certains partenariats (*doc. parl. 4946*) dont l'article 15 vise à modifier toute une série de dispositions du Code des assurances sociales aux fins d'assimiler les partenaires au sens de l'article 2 du même projet au conjoint d'un assuré social.

Le texte de l'article 5 sous examen veut apporter une simplification de la situation des dirigeants d'entreprises en matière d'affiliation. Il sera dorénavant tenu compte dans une plus grande mesure de la détention de l'autorisation d'établissement pour déterminer au sens du Code des assurances sociales le dirigeant de l'entreprise et pour lui imposer son affiliation au régime des indépendants et le taux de détention de parts sociales de la société est ramené de plus de 50 pour cent détenu seul ou ensemble avec son conjoint à plus de 25 pour cent détenu à titre personnel.

Le statut du conjoint aidant est modifié également. D'un côté, il sera réservé à la seule personne qui apporte son aide à son conjoint en dehors d'un lien sociétair et, d'un autre côté, du fait que sa détention de parts sociales dans la société n'est plus prise en compte, s'il ne remplit pas lui-même les conditions fixées pour être considéré comme indépendant.

Le Conseil d'Etat peut souscrire aux arguments développés par les auteurs.

Il se pose cependant également dans ce volet du projet de loi la question du statut réel des dirigeants au sens du droit du travail. Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements *sub Point 3 (Ad art. 5)* ci-avant.

Alors que les associés détenant plus de 25 pour cent des parts sociales et détenteurs de l'autorisation d'établissement devront dorénavant être considérés comme indépendants, les associés ne remplissant pas cette double condition et les dirigeants non-associés seront désormais affiliés comme salariés, s'ils travaillent dans la société. Les associés détenant jusqu'à 25 pour cent des parts sociales ou les personnes ne détenant pas de parts sociales, mais qui sont dirigeants de la société et détenteurs de l'autorisation d'établissement peuvent être affiliés au régime des salariés, s'ils produisent un contrat de travail, bien que ce contrat de travail ne soit pas considéré comme tel par le droit du travail, alors que la condition essentielle du lien de subordination fait défaut. Le Conseil d'Etat doit donc constater que le texte ne considère pas la réalité juridique du lien qui lie le dirigeant à son entreprise mais juge plutôt d'après des critères fictifs. Le but poursuivi pour sanctionner les dirigeants qui négligent de payer les cotisations d'assurance pension par la non-mise en compte des périodes non cotisées peut donc toujours être contourné facilement. La seule possibilité qui existe pour atteindre le but visé est celle de calquer le régime sur la réalité suivant le droit du travail, qui reflète d'ailleurs aussi la réalité du pouvoir de décision économique au sein de la société.

D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat se pose la question de l'ajout de la précision *première phrase* aux points 1° b, 2° b, 3° b et 5° b, alors que les numéros auxquels il est renvoyé ne comprennent chaque fois qu'une seule phrase dont la première partie est la seule pertinente, de façon qu'il ne peut y avoir confusion. Le Conseil d'Etat propose par conséquent de supprimer ces mots.

Article 6

Comme les deux départements ministériels concernés sont tant actuellement que généralement détenus par deux ministres différents, il y a lieu de rédiger l'article 6 de la façon suivante:

„Art. 6. Le Centre commun de la sécurité sociale et le ministre ayant dans ses attributions les Classes moyennes se communiquent les données individuelles indispensables à l'accomplissement de leurs missions légales respectives.“

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 avril 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

