

N° 7564⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2020-2021

PROPOSITION DE LOI**portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011
réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant,
d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(11.5.2021)

Par dépêche du 5 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 le 18 avril 2020 par le député Léon Gloden et déclarée recevable en date du 5 mai 2020 par la Chambre des députés.

Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire de l'article unique.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 19 mai et 17 juin 2020.

Une prise de position du Gouvernement a été communiquée au Conseil d'État par dépêche du 18 juin 2020.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La proposition de loi sous avis se propose de modifier l'article 4, point 3, de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, à savoir une des quatre conditions qu'un dirigeant d'une entreprise doit remplir. L'article 4 de la loi précitée du 2 septembre 2011 dispose actuellement ce qui suit :

« **Art. 4.** L'entreprise qui exerce une activité visée à la présente loi désigne au moins une personne physique, le dirigeant, qui :

1. satisfait aux exigences de qualification et d'honorabilité professionnelles ; et
2. assure effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise ; et
3. a un lien réel avec l'entreprise en étant propriétaire, associé, actionnaire, ou salarié ; et
4. ne s'est pas soustrait aux charges sociales et fiscales, soit en nom propre, soit par l'intermédiaire d'une société qu'il dirige ou a dirigée. »

L'auteur de la proposition de loi sous rubrique entend permettre la délivrance d'une autorisation d'établissement non seulement à un propriétaire, associé, actionnaire ou salarié d'une entreprise, mais également à un mandataire social d'une société commerciale. En effet, au stade actuel de la législation, un administrateur ou un gérant qui n'est pas salarié de la société pour laquelle il gère les activités ou qui ne possède pas d'actions ou de parts sociales de l'entreprise se voit refuser la délivrance d'une autorisation d'établissement.

Selon l'auteur de la proposition de loi, le législateur n'avait en réalité pas l'intention d'omettre la référence au mandataire à l'endroit de l'article 4, point 3, précité. Il rappelle que le projet de loi initial (doc. parl. n° 6158) contenait encore la référence au mandataire, alors qu'elle faisait défaut, sans autre commentaire, dans une proposition de texte du Conseil d'État formulée dans son avis du 15 février

2011¹. Il estime que le Conseil d'État voulait simplifier le texte, mais « qu'il n'avait pas l'intention d'exclure l'existence du lien réel pour les administrateurs/gérants d'une entreprise ». Par conséquent, « l'omission d'inclure les administrateurs/gérants dans la liste des personnes disposant d'un lien réel avec une entreprise a résulté dans plus de contraintes pour les sociétés et ne reflète pas le souhait des auteurs de la loi modifiée du 2 septembre 2011 d'apporter plus de flexibilité aux sociétés en la matière ».

Dans leurs avis respectifs du 14 mai 2020 et du 12 juin 2020, la Chambre de commerce et la Chambre des métiers confirment que l'article 4 de la loi précitée du 2 septembre 2011 pose problème dans le cas de figure exposé par l'auteur de la proposition de loi. Toutefois, alors que la Chambre de commerce plaide en faveur de la proposition de texte sous revue, la Chambre des métiers se montre plutôt réservée, en insistant sur le fait qu'une « gestion effective d'une entreprise par une personne qualifiée au sens de la loi d'établissement constitue la condition sine qua non de la loi d'établissement ». En effet, la Chambre des métiers craint des « manœuvres de « contournement » de la loi, tel le recours à des « hommes de paille ». Dans sa prise position du 18 juin 2020, le Gouvernement adopte la même approche en insistant sur le critère de la gestion journalière et effective de l'entreprise et en affirmant qu'une « facilitation de l'accès à l'artisanat telle que résultant de la proposition de l'honorable Député, conduirait par ailleurs à une augmentation des cas où des « dirigeants » agiront comme personne interposée sans réellement assurer la gestion journalière [de] l'entreprise et sans la faire profiter de leur savoir-faire artisanal ».

Le Conseil d'État rappelle que les auteurs du projet de loi n° 6158, devenu la loi précitée du 2 septembre 2011, voulaient articuler le droit d'établissement « autour de notions fondamentales de qualification et d'honorabilité professionnelles » et préciser que la personne qui dispose d'une autorisation d'établissement doit s'occuper « de manière régulière et effective de la gestion journalière de l'entreprise ».

En ce qui concerne plus particulièrement la définition du terme « dirigeant », la législation actuelle impose, outre la nécessité d'assurer de manière effective et permanente la gestion journalière de l'entreprise, d'avoir « un lien réel avec l'entreprise en étant propriétaire, associé, actionnaire, ou salarié ». Ce concept de dirigeant est spécifique au droit d'établissement et ne recouvre pas les concepts utilisés dans d'autres contextes². Effectivement, la notion de « lien réel », et les attributs qui s'y rattachent ne se retrouvent pas de la même manière dans d'autres législations, comme par exemple celles concernant le droit des sociétés, le droit du travail, le droit fiscal ou encore le droit de la sécurité sociale. Une analyse sommaire de ces dispositifs légaux montre que ceci conduit, dans certains cas, à des situations juridiques complexes.

Ainsi, la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dispose dans son article 441-10 que « la gestion journalière de l'entreprise ainsi que la représentation de cette entreprise, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants et autres agents, associés ou non, agissant seuls ou conjointement ». Les délégués à la gestion journalière peuvent donc, ou bien avoir la qualité de dirigeants, ou bien avoir la qualité de simples mandataires, sans pour autant avoir « un lien réel » avec l'entreprise au sens de l'article 4 de la loi précitée du 2 septembre 2011. Par conséquent, un délégué à la gestion journalière d'une société commerciale ne doit pas forcément être un salarié ou détenteur de parts sociales de l'entreprise. Par contre, si la même société commerciale a besoin d'une autorisation d'établissement en vertu de la loi précitée du 2 septembre 2011, la gestion journalière ne peut être effectuée que par une personne ayant un lien réel avec l'entreprise, soit en ce qu'elle est salariée de l'entreprise, soit en ce qu'elle a la qualité d'associé détenant une participation dans le capital de l'entreprise.

Le Code du travail, en appréciant la qualité de salarié par rapport à l'existence d'un lien de subordination vis-à-vis de l'employeur, fait en sorte qu'un dirigeant, titulaire d'une autorisation d'établisse-

1 Avis du Conseil d'État du 15 février 2011 sur le projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales et – portant transposition de certaines dispositions des directives 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ; – modifiant certaines autres dispositions légales ; – portant abrogation de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (doc. parl. n° 6158⁴, p. 6).

2 Au commentaire des articles du projet de loi n° 6158, il a été précisé que la « définition du dirigeant telle qu'elle est utilisée en droit d'établissement ne saurait cependant en aucun cas être transposée à d'autres textes qui se réfèrent également au terme « dirigeant » » (doc. parl. n° 6158⁰, p. 23).

ment, qui a la qualité de salarié en vertu d'un contrat de travail et qui dispose donc d'un lien réel avec une société conformément à la loi précitée du 2 septembre 2011, n'a pas droit à une indemnité de chômage comme les autres salariés qui ne sont pas dirigeants. En effet, l'article L. 521-3 du Code du travail exclut du bénéfice de l'indemnité de chômage complet les personnes qui exercent « la fonction de gérant, d'administrateur, d'administrateur-délégué ou de responsable à la gestion journalière dans une société » ou celles qui sont titulaires « d'une autorisation d'établissement ».

Les caractéristiques à la base de la notion de salarié, telle que définie au Code du travail, ne sont donc pas identiques à celles de la loi précitée du 2 septembre 2011 ni, d'ailleurs, à celles du Code de la sécurité sociale qui, dans ses articles 1^{er} et 85, définit les assurés comme étant des « personnes qui exercent au Grand-Duché de Luxembourg contre rémunération une activité professionnelle *pour le compte d'autrui* ». Le lien de subordination n'est dès lors pas déterminant aux termes du droit de la sécurité sociale.

De plus, selon ces mêmes articles du Code de la sécurité sociale, sont affiliées obligatoirement au régime des salariés non seulement les personnes qui exercent contre rémunération une activité professionnelle pour le compte d'autrui (lesquelles ne sont pas nécessairement subordonnées), mais aussi les personnes qui exercent au Grand-Duché de Luxembourg, pour leur propre compte, des activités tombant dans le champ d'application de la loi précitée du 2 septembre 2011. Y sont assimilées les personnes titulaires d'une autorisation d'établissement dès lors que ces dernières sont, soit des administrateurs-délégués, qui sont en même temps délégués à la gestion journalière, soit des associés, qui disposent de plus de 25 pour cent des parts sociales. Ainsi, dans ses articles 1^{er} et 85, le Code de la sécurité sociale inclut de manière large, au régime des *salariés*, des personnes exerçant une activité tombant dans le champ d'application de la loi précitée du 2 septembre 2011, que cette activité soit exercée à titre individuel ou par une société.

En ce qui concerne le droit fiscal, l'article 95, alinéa 6, de la loi modifiée du 4 décembre 1967 sur l'impôt des revenus dispose ce qui suit : « Sont également considérées comme revenus d'une occupation salariée, les rémunérations touchées par les administrateurs et autres personnes exerçant des fonctions analogues auprès des sociétés par actions, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés coopératives ou d'autres collectivités au sens des dispositions régissant l'impôt sur le revenu des collectivités, dans la mesure où ces rémunérations sont accordées en raison de la gestion journalière des sociétés ou collectivités ». Il en résulte, qu'au sens du droit fiscal, le fait de percevoir une rémunération en raison de la gestion journalière d'une entreprise soumet les revenus à la catégorie des rémunérations de travail.

À la lumière des développements qui précèdent, le Conseil d'État conclut que la proposition de loi sous revue ne touche qu'une partie du problème. Il estime qu'une réflexion de fond devrait être engagée sur la définition et les caractéristiques du dirigeant, qu'il soit mandataire ou non, permettant de mettre en concordance les législations précitées. Le projet de réforme du droit d'établissement dont il est question dans la prise de position du Gouvernement pourrait éventuellement s'approprier à clarifier tous ces aspects.

*

EXAMEN DE L'ARTICLE UNIQUE

L'article n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE*Article unique*

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 y a lieu de rédiger la phrase liminaire de la manière suivante :

« L'article 4, point 3, de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, prend la teneur suivante : ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 11 mai 2021.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Christophe SCHILTZ