

N° 7989⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

PROJET 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 PARQUET GENERAL DE LUXEMBOURG

(21.6.2022)

Le projet de loi a pour objet de réformer la loi du 2 septembre 2011 sur le droit d'établissement. Il se propose d'instaurer une procédure dite de la « seconde chance » pour l'entrepreneur qui a été déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire pour des raisons indépendantes de sa volonté ou en cas de fautes de gestion qui ne sont pas considérées comme affectant l'honorabilité. Le projet de loi revoit en particulier les procédures de contrôle d'honorabilité, à l'occasion desquelles les autorités judiciaires sont appelées à intervenir. De manière générale, la loi intéresse les autorités judiciaires dans la mesure où elle est sanctionnée pénalement. Il est relevé à cet égard que les parquets sont saisis en moyenne entre soixante-dix et cent nouvelles affaires d'infractions à la loi sur le droit d'établissement par année.

Le Parquet général entend limiter ses observations aux dispositions qui intéressent plus particulièrement les autorités judiciaires. Ces observations sont les suivantes :

1) A l'article 1^{er}, le projet de loi se propose de préciser que l'**activité** soumise à autorisation doit être **exercée de manière habituelle**. Cette précision est conforme à la jurisprudence qui retient que constitue l'exercice illicite d'une profession au sens de la loi sur le droit d'établissement, la répétition méthodique d'actes professionnels fondée sur une organisation ad hoc (Cass. 10 juillet 1997, Pas. 30, p. 246).

2) A l'article 2, le projet de loi se propose, entre autres, de modifier la **définition de « commerce »**, c'est-à-dire d'activité commerciale au sens de la loi. La modification de cette définition a une incidence au niveau de la poursuite pénale et du jugement en rapport avec des activités commerciales exercées sans autorisation d'établissement et intéresse partant particulièrement les autorités judiciaires.

Le texte actuel prévoit que constitue une activité commerciale, toute activité économique qui consiste à réaliser des actes de commerce au sens du Code de commerce, à l'exception des activités industrielles et des services relevant de la liste des activités artisanales. Le projet de loi se propose de réécrire la définition d'activité commerciale comme suit « *toutes les activités économiques consistant à réaliser à titre habituel des ventes ou des prestations de service à l'exception des activités industrielles, libérales et des services relevant de l'artisanat* ».

Le Parquet général critique cette proposition de modification et considère qu'il y a lieu de maintenir l'ancienne définition. Il est considéré, d'une part, que dans l'intérêt d'une unité d'interprétation, il n'y pas lieu d'introduire une nouvelle définition d'activité commerciale existant conjointement avec celle fournie par le Code de commerce. D'autre part, la définition du Code de commerce est bien plus précise et adaptée que celle proposée. En effet, l'article 1 du Code de commerce prévoit que sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle et l'article 2 fait ensuite l'énumération des actes de commerce. Ainsi, contrairement à ce que prévoient les auteurs du projet de loi, toutes les prestations de service, même réalisées à titre habituel et à but de lucre, ne sont pas des actes de commerce. Avec la définition telle que proposée, une activité économique comme par exemple

la prostitution pourrait être considérée comme relevant désormais de la loi sur le droit d'établissement. Exclure du champ d'application des prestations de service, outre les activités industrielles et artisanales, les activités libérales, définies par la loi comme des activités indépendantes consistant à fournir de façon prépondérante des prestations à caractère intellectuel, ne résout pas la difficulté.

Il est relevé à cet égard que suivant la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle¹, le principe constitutionnel de la légalité de la peine consacré par l'article 14 de la Constitution entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables. Le principe de la spécification de l'incrimination est le corollaire de celui de la légalité des peines. Au vu des difficultés d'interprétation soulevées, la définition de l'activité commerciale telle que proposée par le projet de loi ne semble pas satisfaire aux exigences constitutionnelles relatives à la légalité de la peine.

Il est encore relevé que d'après le projet de loi, sont exclues de la définition d'activité commerciale, les activités artisanales telles qu'énumérées sur les différentes listes. Or, la nouvelle liste C, figurant à l'annexe 3 du projet de loi, contient les activités de « loueur d'ambulances » et « loueur de taxis et de voitures de location » qui ne sont pas des activités artisanales mais qui, d'après la définition de l'article 2, alinéa 1^{er} du Code de commerce (acquisition de marchandises pour la location), relèvent des activités commerciales.

3) En ce qui concerne les conditions à remplir pour le **dirigeant d'entreprise** à l'article 4, il est relevé que dans la pratique, en cas d'entreprise exploitée sous la forme d'une personne morale, l'autorisation d'établissement est délivrée au nom de la personne morale, qui est donc titulaire de l'autorisation, mais à la condition que celle-ci soit dirigée de façon effective par telle personne physique, le dirigeant, qui doit remplir les conditions de qualification et d'honorabilité. Le Parquet général approuve la proposition de préciser dans la loi que le dirigeant d'entreprise doit être inscrit au Registre de commerce et des sociétés comme mandataire social de la société qui sollicite l'autorisation. Cette précision mettra fin à une pratique de l'administration consistant à délivrer des autorisations à des personnes censées être dirigeants de telles sociétés pour lesquelles elles n'apparaissent pourtant pas comme mandataires sociaux au niveau du Registre de commerce et des sociétés.

4) En ce qui concerne le nouvel article 4bis, celui-ci entend **limiter**, sous certaines conditions, à deux **le nombre d'autorisations d'établissements pour des entreprises artisanales** qui ont le même dirigeant social. Le but est louable, puisqu'il s'agit de lutter contre le recours prohibé à des personnes interposées qui disposent des qualifications nécessaires et qui figurent comme dirigeants des entreprises titulaires des autorisations d'établissement uniquement sur le papier sans gérer ces entreprises dans les faits. Or, au paragraphe 1^{er}, il est fait exception à la règle si les entreprises sont « liées », sans qu'il ne soit précisé en quoi consiste ce lien. S'il s'agit d'un lien au niveau de la participation de l'une des entreprises (voire de chacune des deux entreprises) dans le capital social de l'autre, ne faudrait-il pas fixer un pourcentage minimum de participation (ou est-ce que une participation de 1 % par exemple serait suffisante ?), à l'instar de ce qui est prévu au paragraphe 2 où il est encore fait exception à la limite des deux autorisations d'établissements pour entreprises artisanales si le dirigeant détient dans chacune de ces entreprises, directement ou indirectement, au moins 25% des parts sociales.

5) A l'article 6 de la loi, au vu de l'introduction de la **responsabilité pénale des personnes morales** par la loi du 3 mars 2010, personnes morales pour lesquelles un extrait de casier judiciaire peut être délivré, il semble utile de revoir les paragraphes 2 et 4 et de prévoir que l'honorabilité professionnelle s'apprécie sur base des antécédents non seulement du dirigeant, du détenteur de la majorité des parts sociales et des personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion de l'entreprise, mais encore, si l'entreprise est exploitée sous la forme d'une personne morale, de la personne morale elle-même, ce d'autant plus que l'autorisation d'établissement est délivrée au nom de cette personne

¹ Cour constitutionnelle 22 mars 2002, n° 12/02, Mémorial A n° 40 du 12/04/2002 ; Cour constitutionnelle 3 décembre 2004, n°s 23/04 et 24/04, Mémorial A n° 201 du 23/12/2004 ; Cour constitutionnelle 14 décembre 2007, n°s 41/07, 42/07 et 43/07, Mémorial A n° 1 du 11/01/2008 ; Cour constitutionnelle 9 mars 2012, n° 71/12, Mémorial A n° 54 du 23 mars 2012 ; Cour constitutionnelle 12 décembre 2014, n° 115/14, Mémorial A n° 236 du 19 décembre 2014 ; Cour constitutionnelle 27 mai 2016, n° 122/16, Mémorial A n° 97 du 2 juin 2016 ; Cour constitutionnelle 2 mars 2018, n°s 134/18 et 135/18, Mémorial A n° 198 du 20 mars 2018 ; Cour constitutionnelle 6 juillet 2018, n° 138/18, Mémorial A n° 459 du 8 juin 2018.

morale qui en est le titulaire. En effet, pour certaines infractions pénales – telles les infractions au Registre des bénéficiaires effectifs (spécialement désignées au paragraphe 4 c) projeté de l'article 6) comme constituant un manquement d'office à l'honorabilité) –, les parquets ont pris l'habitude de poursuivre les seules personnes morales à l'exclusion de leurs dirigeants.

La prise en compte des antécédents des personnes morales se justifie encore par exemple au vu du nouveau manquement proposé au point h), à savoir le défaut répété de procéder aux déclarations d'impôt, qui vise la personne morale elle-même plus que son dirigeant ou les détenteurs du capital social.

Il est encore remarqué que la prise en compte des antécédents de la personne morale pourrait fonder sur cette base le refus de délivrance d'une autorisation d'établissement, alors que si le contrôle des antécédents est limité à ceux du dirigeant, il suffirait aux détenteurs des parts sociales de faire remplacer le dirigeant ne disposant plus de l'honorabilité requise.

6) En ce qui concerne la **procédure de la seconde chance** que l'on se propose d'introduire à l'article 7, il est prévu que pourrait bénéficier de cette seconde chance le dirigeant dont l'entreprise est a été déclarée en état de faillite ou de liquidation judiciaire pour des raisons indépendantes de sa volonté ou à la suite d'une mauvaise gestion.

De l'avis du soussigné, il y a lieu d'éviter que par ces dispositions, porte ne soit ouverte à tous types de mauvaise gestion, y inclus les plus graves (telle une banqueroute frauduleuse). Il y aurait dès lors lieu d'exclure expressément des concepts de « malchance », et « mauvaise gestion » pouvant justifier une seconde chance, les faits qualifiés de manquements d'office à l'honorabilité tels que visés à l'article 6, ainsi que cela est d'ailleurs précisé dans le commentaire des articles (sub article 7 : « *La mauvaise gestion exclut les cas relevant des manquements d'office tels que définis dans l'article précédent* »). Il est relevé dans ce contexte que les liquidations judiciaires de sociétés à l'initiative du procureur d'Etat (art. 1200-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales), qui semblent également être visées par la procédure de la seconde chance aux termes du projet de loi², sont, dans la très grande majorité des cas, prononcées pour une violation des obligations des sociétés en matière de défaut des publications légales au Registre de commerce et des sociétés. Cette violation constitue, d'après l'article 6, un manquement d'office à l'honorabilité, de sorte que les dirigeants sociaux de sociétés mis en liquidation ne pourraient, en principe, pas profiter de la procédure de la seconde chance.

7) A l'article 32 (1) de la loi, il est prévu que le ministre peut accéder, y compris par un système informatique direct, « *automatisé le cas échéant* », « h) [au] volet B du fichier du **casier judiciaire** ».

Ce point, renuméroté h) par le projet de loi, est à supprimer puisqu'il est non seulement désuet (il n'y a plus de volet B au fichier du casier judiciaire), mais encore contraire à la législation actuelle.

En effet, le ministre n'a pas, et n'a jamais eu, un accès direct aux fichiers du casier judiciaire. L'« accès » du ministre au casier judiciaire se limite à la délivrance de bulletins du casier judiciaire sur demande et encore, à la condition de disposer de l'accord préalable de la personne concernée. La procédure est réglée aux articles 8 1) de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire et 1 du règlement grand-ducal du 23 juillet 2016 fixant la liste des administrations et personnes morales de droit public pouvant demander un bulletin N° 2 ou N° 3 du casier judiciaire avec l'accord écrit ou électronique de la personne concernée. En vertu de ces dispositions, le ministre ayant les classes moyennes dans ses attributions peut, sur demande (et non automatiquement) se voir délivrer le bulletin n° 2 du casier judiciaire pour l'instruction de toute demande d'autorisation d'établissement, sous condition de disposer de l'accord exprès de façon écrite ou électronique de la personne concernée. Il est relevé que la présentation des demandes en communication de bulletins du casier judiciaire peut être faite par le ministre de façon informatique et groupée après une certification d'espace professionnel par le biais de l'application MyGuichet.

8) Le projet de loi entend introduire un nouvel article 32quinquies aux termes duquel « *Le ministre s'informe régulièrement auprès du Parquet général [de] toutes condamnations pénales inscrites au*

² Le libellé du projet de texte prête à confusion. L'article 7 projeté dit dans un premier temps que « *le ministre peut accorder une seconde chance au dirigeant dont l'entreprise a été déclarée en faillite* », ce qui semble exclure la liquidation judiciaire qui n'est pas reprise au texte. Or, la malchance justifiant une seconde chance est définie comme visant « *le cas de l'entreprise s'étant retrouvée en faillite ou liquidation judiciaire (...)* » (souigné par nous).

casier judiciaire numéro 3 de tous détenteurs d'une autorisation d'établissement en relation avec la profession exercée. Le Parquet général notifie en réponse l'information demandée ».

Il est noté que dans le libellé de l'article 32quinquies il est question de « toutes condamnations pénales inscrites [au bulletin n° 3 du casier judiciaire] « en rapport avec la profession exercée », alors que dans le commentaire des articles, il est question indistinctement de toutes les condamnations figurant sur ce bulletin sans la réserve que ces condamnations soient rendues en rapport avec la profession exercée. Le soussigné considère que cette réserve n'est pas appropriée puisque les différents bulletins du casier judiciaire ne distinguent pas en fonction de ce critère, ce qui causera des difficultés de mise en œuvre de cette disposition, et, surtout, que l'honorabilité du titulaire d'une autorisation d'établissement ou d'un dirigeant d'entreprise peut être entachée également par des condamnations qui ne se trouvent pas directement en rapport avec la profession exercée. Si le contraire était vrai, la délivrance de l'intégralité du bulletin n° 2 à l'administration dans le cadre de l'examen d'une demande pour une autorisation d'établissement, telle que prévu par l'actuelle législation, ne se justifierait pas.

Il est rappelé que suivant la loi sur le casier judiciaire, un extrait du casier judiciaire est délivré à l'administration en principe³ uniquement si elle se trouve saisie d'une demande de l'administré dans le cadre de ses missions légales pour laquelle la délivrance d'un extrait du casier judiciaire est prévu et si elle a l'accord de la personne concernée. D'après l'article 8-5, dernier alinéa de cette loi, un bulletin délivré à une administration saisie d'une demande ne peut pas être conservé au-delà du délai d'un mois après l'expiration du délai prévu pour un recours contentieux.

Le texte projeté va au-delà de cette réglementation. Il ouvre droit au ministre de demander la consultation du casier judiciaire des titulaires d'autorisations d'établissement postérieurement à l'octroi de l'autorisation, sur une base régulière, aux fins, selon les auteurs du projet, de lui permettre « d'apprécier de l'honorabilité du dirigeant au-delà du (...) jour de l'introduction de [l]a demande », et, sans doute, de lui permettre de procéder ainsi, le cas échéant, à un retrait de l'autorisation d'établissement s'il estime que l'honorabilité est compromise.

Le Parquet général comprend que le ministre souhaite disposer d'informations sur le casier judiciaire postérieurement à la délivrance de l'autorisation, puisque celle-ci est accordée pour une période indéterminée et qu'il n'est donc pas prévu qu'à l'expiration de sa validité, une nouvelle demande avec un nouvel extrait du casier judiciaire est à produire.

Il conviendrait cependant d'encadrer davantage la procédure de délivrance de l'extrait du casier judiciaire dans ce cas et de préciser notamment la fréquence à laquelle le ministre peut s'informer du casier judiciaire des titulaires des autorisations d'établissement. Aussi, le titulaire de l'autorisation d'établissement devrait donner son accord, par exemple au moment de la demande, pour que son casier judiciaire puisse être consulté postérieurement à la demande, sur une base régulière. De plus, ne faudrait-il pas fixer la durée de conservation des extraits ainsi délivrés ? En outre, afin de prévenir les abus, les sanctions pénales de l'article 9 de la loi sur le casier judiciaire pourraient être déclarées applicables.

Le texte parle du casier judiciaire des « détenteurs » d'une autorisation d'établissement, donc *strictu sensu* uniquement des titulaires de l'autorisation. Il s'agit, dans la très grande majorité des cas, de sociétés commerciales, donc de personnes morales. Mais qu'en est-il du casier judiciaire des dirigeants de ces sociétés, respectivement des détenteurs de la majorité des parts sociales ou des personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise, étant rappelé à cet égard que suivant l'article 6 de la loi, l'honorabilité s'apprécie également dans leur chef ?

Ensuite, le texte tel que projeté semble impliquer une véritable obligation pour le ministre de prendre connaissance régulièrement du casier judiciaire de tous les détenteurs d'autorisations d'établissement (« le ministre s'informe [des inscriptions au casier judiciaire] de tous détenteurs d'une autorisation d'établissement »). La demande d'extraits de casier judiciaire serait donc systématique pour l'ensemble des titulaires d'autorisation d'établissement, y compris pour leurs dirigeants, voire pour les personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise. Ceci impliquerait une charge de travail conséquente pour le service du casier judiciaire. Il est suggéré de prévoir qu'après la délivrance de l'autorisation, le ministre ait simplement la faculté de demander des extraits de casier judiciaire à l'égard des titulaires de l'autorisation, de leurs dirigeants ou des personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise.

³ Une exception est faite notamment pour le service de renseignement.

Finalement, le texte projeté vise les condamnations du bulletin n° 3. Or, il est rappelé que la loi sur le casier judiciaire prévoit qu'au moment de la demande, le ministre est autorisé à obtenir délivrance du bulletin n° 2. Ne faudrait-il dès lors pas prévoir que le bulletin délivré postérieurement à la demande devrait être ce même bulletin n° 2, ce d'autant plus que les infractions à la législation sur le droit d'établissement sont souvent sanctionnées par des peines d'amende seules et que celles-ci ne se retrouvent sur le bulletin n° 3 que pour autant qu'elles dépassent 2.500 euros pour les personnes physiques et 25.000 euros pour les personnes morales (article 8-1 de la loi sur le casier judiciaire).

9) L'article 32decies est en rapport avec la communication au ministre du **rapport d'activité du curateur de faillite**. Le rapport d'activité est dressé par le curateur de faillite (qui est un mandataire de justice désigné dans le jugement déclaratif de faillite), d'ordinaire sur base d'un formulaire questions-réponses préétabli par le ministère public, et a pour objet d'informer le ministère public notamment sur l'importance de l'actif et du passif, sur l'identité des dirigeants, sur les causes de la faillite et, surtout, sur le constat par le curateur de faillite d'infractions pénales survenues dans le contexte de la faillite, tels les cas de banqueroute simple ou frauduleuse, abus de biens sociaux etc. La disposition projetée vise à établir une base légale à la transmission du rapport d'activité du curateur de faillite au ministre et est à approuver à cet égard. Elle est cependant à reformuler, en ce sens que ce n'est pas le « *dirigeant concerné* » qui est déclaré en état de faillite mais le commerçant, respectivement la société commerciale, cette partie de phrase semblant par ailleurs superflue. En outre, le terme « *parquet* » serait à remplacer par « *procureur d'Etat* ». Par ailleurs, ne faudrait-il pas inclure pareillement le rapport d'activité du liquidateur judiciaire dans la disposition projetée ?

10) Il est prévu d'introduire un nouvel article 39bis qui prévoit en son paragraphe 1^{er} que le **parquet** [mieux : le procureur d'Etat] **informe le ministre en cas de constatation d'infractions réprimées par la loi sur le droit d'établissement**. Le Parquet général émet de vives réserves face à une telle disposition. Celle-ci impliquerait dans la pratique la communication obligatoire et systématique par le procureur d'Etat au ministre d'une copie de tous les procès-verbaux de police et des douanes ayant constaté une infraction en matière de droit d'établissement. Ceci constituerait non seulement une charge de travail importante pour les services des parquets, mais pourrait également violer le secret de l'instruction si une information judiciaire est ouverte. Le procureur d'Etat doit toujours avoir le droit de refuser la communication des procès-verbaux pour des motifs tenant au secret de l'enquête et de l'instruction. Il est remarqué à cet égard qu'un procès-verbal peut avoir été dressé non seulement pour une infraction à la loi sur le droit d'établissement, mais également conjointement pour d'autres infractions, plus graves le cas échéant. Une communication obligatoire et systématique des procès-verbaux est dès lors exclue.

Une alternative pourrait être qu'en cas de procès-verbal dressé pour infraction à la loi sur le droit d'établissement par les agents de police ou de douanes, ceux-ci informent le ministre par le biais d'une fiche séparée comprenant l'identité du prévenu et l'indication de la prévention, sans qu'une copie du procès-verbal ne soit jointe. Le ministre peut alors s'adresser au procureur d'Etat, s'il considère que le procès-verbal lui est utile (p.ex. aux fins de justifier une décision de retrait ou de refus d'autorisation) et le procureur d'Etat juge alors de l'opportunité de communiquer une copie de la pièce de procédure en question. Cette information pourrait aussi comprendre copie des jugements ou arrêts définitifs de condamnation.

Il est encore relevé à cet égard que le projet de loi n° 7882 portant 1° introduction de dispositions spécifiques pour le traitement de données personnelles dans l'application « JUCHA » et 2° modification du Code de procédure pénale se propose d'introduire un nouvel article 8-3 au Code de procédure pénale qui en son paragraphe 1^{er} prévoit d'instaurer une base légale spécifique à la communication spontanée d'informations de nature pénale par le Ministère public à l'administration qui a délivré à la personne concernée une autorisation ou un agrément pour l'exercice d'une activité professionnelle. Si ce projet de loi ne devait pas aboutir, il est, de l'avis du Parquet général, indiqué d'introduire dans le projet de loi sous revue une base légale ad hoc pour la communication spontanée d'informations de nature pénale par le procureur d'Etat au ministre dans le domaine spécifique des autorisations d'établissement.

Au paragraphe 2 de l'article 39bis du projet de loi, il est prévu que le ministre peut prononcer une suspension de l'autorisation d'établissement pour une durée maximale de trois semaines. Il est relevé que la suspension de l'autorisation équivaut à une absence d'autorisation d'établissement, de sorte que si l'activité non autorisée était continuée, l'auteur encourrait les peines de l'article 39, paragraphe 3.

En effet, malgré les termes de l'article 39, paragraphe 3, point a) qui incrimine le fait de s'établir au Luxembourg pour y exercer une activité visée par la loi sur le droit d'établissement sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise, la jurisprudence (Cass. 4 juillet 2013, n° 3214 du registre, Pas. 36, p. 387) retient que l'autorisation d'établissement doit exister tout au long de l'exploitation de l'établissement et non seulement au moment de son installation.

11) Le Parquet général tient encore à exprimer qu'il regrette qu'il n'existe à l'heure actuelle **aucune version coordonnée de la loi du 2 septembre 2011** sur le droit d'établissement qui soit accessible pour le public, loi qui depuis sa promulgation a connu pas moins de quatre modifications législatives, sans compter celle prévue par le présent projet de loi. Il est relevé à cet égard que les diverses lois – dont la loi du 2 septembre 2011 – compilées dans « le recueil des lois spéciales » encore appelé « codes bruns » ne sont plus mises à jour depuis octobre 2012 (!), ce qui est plus que regrettable. Dans l'intérêt de la lisibilité de la loi du 2 septembre 2011 qui connaît une application fréquente et pour laquelle le contentieux judiciaire est important et, plus généralement, dans l'intérêt de la connaissance de la teneur exacte de cette loi par tous ceux que la chose concerne – l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » ne doit pas être un vain mot – il serait grand temps de publier une version à jour et de préférence un version officielle publiée au Mémorial.

Luxembourg, le 21 juin 2022

*Pour le procureur général d'Etat,
le premier avocat général,
Marc HARPES*

