

N° 7989⁵

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 libérales¹

* * *

AVIS DU PARQUET DE DIEKIRCH

(12.7.2022)

CONSIDERATIONS GENERALES

De l'exposé des motifs il ressort que le projet de loi n°7989 vise entre autres à stimuler l'esprit d'entreprise en encadrant légalement le « principe de la seconde chance » qui s'applique en cas de faillite due à une baisse substantielle d'activité pour des raisons indépendantes de la volonté du dirigeant ou due à une mauvaise gestion.

Le projet de loi vise également à faire évoluer le droit d'établissement face aux évolutions des pratiques techniques et technologiques. Il prévoit un échange d'information renforcé et introduit des libellés plus spécifiques des activités en vue de permettre un meilleur ciblage des contrôles prudentiels dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

*

OBSERVATIONS

1. L'article 2 du projet de loi prévoit une modification de l'article 2 point 9 de la loi d'établissement définissant dans les termes suivants la notion de « commerce »:

« 9° toutes les activités économiques consistant à réaliser à titre habituel des ventes ou des prestations de services, à l'exception des activités industrielles, libérales, et des services relevant de l'artisanat ».

Il y aurait tout d'abord lieu de redresser l'oubli matériel au point 9 de l'article 2 de la loi modifiée par l'article 2 du projet de loi en ajoutant devant la définition le terme « Commerce : ». Le texte coordonné au point VI du projet de loi reprend déjà cette mention.

En procédant à cette modification de la définition du terme « Commerce », le projet de loi s'écarte de la version actuelle qui se lit comme suit: « 9 « Commerce»: toutes les activités économiques qui consistent 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. »

Ainsi, le projet de loi propose de rompre avec la cohérence des textes concernant la notion de commerce entre le Code de commerce, qui sert de base notamment aux juridictions pour déclarer une faillite ou condamner du chef de banqueroute, et la loi d'établissement.

Le commentaire des articles du projet de loi renseigne que cette proposition de modification de la définition du terme commerce vise à la mettre « en concordance avec la modification de l'article 1er et plus généralement l'évolution des activités commerciales présentes au chapitre 4 de la présente loi ».

¹ Certains passages ont été souligné ou mis en gras par le soussigné pour des raisons de lisibilité.

L'article 1^{er} du projet de loi se propose en effet d'introduire les termes « de manière habituelle » à l'article 1^{er} de la loi. Cet ajout est déjà consacré par une jurisprudence constante qui exige une répétition méthodique d'actes professionnels fondée sur une organisation ad hoc, ce critère servant à distinguer l'infraction à l'article 1^{er} de la loi de l'infraction visée à l'article L-571-1 (2) point 1 du Code du travail qui vise une prestation isolée relevant d'une activité professionnelle au titre du travail clandestin. La définition du terme commerce par renvoi au Code de commerce, telle qu'elle figure actuellement dans la loi, n'a dans ce contexte posé aucune difficulté dans la jurisprudence pénale.

L'ajout dans la définition de « Commerce » des termes « à titre habituel » ne présente aucune utilité, vu que pour entrer dans le champ d'application de la loi, une activité indépendante dans le domaine du commerce doit déjà être habituelle aux vœux de la jurisprudence (et de la proposition de modification de l'article 1^{er} de la loi).

Il peut à ce sujet être relevé que l'agencement actuel de la loi à ce sujet correspond à celui du Code de commerce en ce que, pour être considéré comme commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce, il faut exercer des actes de commerce et en faire sa « profession habituelle ». L'article 2 du Code de commerce n'a, en définissant l'acte de commerce, pas eu à préciser le caractère habituel de l'acte.

La première branche de la motivation de cette proposition de modification législative n'est partant pas déterminante.

En ce qui concerne la seconde branche de la motivation de cette proposition de modification, le projet de loi ne mentionne aucune des activités commerciales reprises au chapitre 4 de la loi d'établissement qui dépasserait le cadre de la définition d'acte de commerce prévue au Code de commerce.

Aussi, de l'avis du soussigné, il y aurait lieu de maintenir le texte actuel de l'article 2 point 9 de la loi.

2. L'article 2 du projet de loi se propose d'introduire un point 14bis à l'article 2 de la loi d'établissement qui définit la notion de **dirigeant** comme étant une « personne physique qui assure la gestion journalière de l'entre prise et assume la responsabilité y relative ».

La plus-value de la condition cumulative proposée par le texte « et assume la responsabilité y relative », n'est pas évidente, vu qu'une personne assurant une gestion journalière de l'entreprise ne peut valablement s'exonérer de la responsabilité y relative.

4. L'article 3 du projet de loi qui modifie entre autres l'article 4 point 4 de la loi en exigeant que le dirigeant soit celui qui figure au Registre de Commerce et des Sociétés.

Le soussigné ne peut qu'approuver une telle modification qui permet, en cas de personne morale, de s'assurer que l'autorisation de commerce repose sur une personne physique qui dispose effectivement en droit du pouvoir de gestion journalière de l'entreprise.

5. L'article 6 du projet de loi prévoit une modification de l'article 6 paragraphe 4 point c) de la loi en ajoutant comme constituant d'office un manquement qui affecte l'honorabilité « le défaut **répété** de procéder aux publications légales requises par les dispositions relatives au (...) Registre des bénéficiaires effectifs ».

Il y a lieu de relever que cette disposition ne permet pas d'appréhender par exemple la situation en cas de manquement unique et persistant relatif à l'obligation d'inscription au Registre des bénéficiaires effectifs du bénéficiaire effectif, ou du changement de bénéficiaire effectif. En effet, contrairement à certaines publications récurrentes au Registre du commerce et des sociétés, une inscription au Registre des bénéficiaires effectifs ne revêt pas ce caractère répétitif de sorte que la mention « répété » dans ce contexte réduit considérablement les hypothèses dans lesquelles le manquement affectera d'office l'honorabilité. Ce manquement devra alors en conséquence faire l'objet d'une appréciation au titre de l'article 6 (3) de la loi.

Il y a lieu de rappeler qu'en termes de peines, un manquement (non répété) d'inscription au Registre des bénéficiaires effectifs est réprimé par une amende de 1.250 EUR à 1.250.000 EUR donc de façon bien plus sévère que les manquements visés notamment par l'article 1500-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui prévoit une amende de 500 EUR à 25.000 EUR prévues.

Aussi, le soussigné est d'avis qu'il y aurait lieu de prévoir, pour constituer un manquement d'office aux obligations en rapport avec les inscriptions au Registre des bénéficiaires effectifs, la notion de « persistance » du manquement plutôt que celle fondée sur la répétition du manquement.

6. L'article 7 du projet de loi se propose de remplacer l'article 7 de la loi et d'introduire le principe de la seconde chance comme suit :

« Art. 7. Le ministre peut accorder une seconde chance au dirigeant dont l'entreprise a été déclarée en faillite et qui est due à :

1° la malchance qui vise le cas de l'entreprise s'étant retrouvée en faillite **ou liquidation** judiciaire pour cause de baisse substantielle de son activité pour des raisons indépendantes de sa volonté, ou ;

2° une **mauvaise gestion**. »

Le texte du projet de loi prévoit qu'une faillite peut être due à la malchance lorsqu'une entreprise s'est retrouvée en liquidation judiciaire « pour cause de baisse substantielle de son activité pour des raisons indépendantes de sa volonté ».

Or, une telle baisse substantielle de l'activité n'est pas une cause de liquidation judiciaire en application de l'article 1200-1 de la loi (modifiée) du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui vise uniquement la société « qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement ». En d'autres termes, il n'y a pas de liquidation judiciaire en cas de simple baisse d'activité due à des raisons indépendantes de la volonté du dirigeant.

Ainsi, de l'avis du soussigné, il y aurait lieu de supprimer les termes « ou liquidation judiciaire » du texte de l'article 7 du projet de loi.

En outre, la notion de « mauvaise gestion » pourrait être précisée. En effet, une banqueroute par détournement d'actifs constitue également un cas de mauvaise gestion des biens sociaux.

7. Les articles 14 et 17 du projet de loi introduisent les articles 8quater et 8septies qui sont de nature à permettre une meilleure appréhension des professions soumises à la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après : « LBC/CFT ») :

« Art. 8quater. L'entreprise qui exerce l'activité de vente de véhicules automoteurs doit solliciter et obtenir une autorisation d'établissement pour activité et service commerciaux pour vente de véhicules. ».

« Art. 8septies. Doit solliciter et obtenir une autorisation d'établissement pour activité et services commerciaux de biens meubles de grande valeur, l'entreprise qui exerce l'activité :

1° de négociation d'achat ou de vente ou de dépositaire d'œuvre d'art, de métaux précieux ou de pierres précieuses que ce soit directement ou comme intermédiaire y compris dans les zones franches et entrepôts douaniers pour une valeur dont le seuil **s'approche** au minimum des 10.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée ;

2° de vente de détail ou de gros d'un ou plusieurs bijoux en une seule transaction, de l'horlogerie, ou tout autre bien meuble pour une valeur dont le seuil **s'approche** au minimum des 10.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. »

Ces dispositions faciliteront également dans le domaine du commerce, dans une certaine mesure, la mise en œuvre de l'article 8-2 (4) alinéa 3 de la LBC/FT qui prévoit que « Le ministre ayant l'Economie dans ses attributions transmettra mensuellement à l'AED un relevé des professionnels disposant d'une autorisation d'établissement et qui sont soumis au pouvoir de surveillance de l'AED conformément à l'article 2-1, paragraphe (8) ».

Parmi ces professionnels soumis au pouvoir de surveillance de l'Administration de l'Enregistrement des Domaines et de la TVA (AED) figurent entre-autres ceux visés à l'article 2 point 15 (commerce de biens avec paiements en espèces) et à l'article 2 points 18 et 19 (commerce d'œuvres d'art) de la LBC/FT qui ont en commun le fait qu'ils ne sont soumis aux obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et de financement du terrorisme que si un seuil de 10.000 EUR est atteint ou dépassé :

« 15. d'autres personnes négociant des biens, seulement dans la mesure où les paiements sont effectués ou reçus en espèces pour un montant de 10.000 euros au moins, que les transactions

ou séries de transactions soient effectuées en une fois ou sous la forme d'opérations fractionnées qui apparaissent liées ; »

- « 18. les personnes qui négocient des œuvres d'art ou agissent en qualité d'intermédiaires dans le commerce des œuvres d'art, y compris lorsque celui-ci est réalisé par des galeries d'art et des maisons de vente aux enchères, lorsque la valeur de la transaction ou d'une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à 10.000 euros ;
- 19. les personnes qui entreposent ou négocient des œuvres d'art ou agissent en qualité d'intermédiaires dans le commerce des œuvres d'art quand celui-ci est réalisé dans des ports francs, lorsque la valeur de la transaction ou d'une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à 10.000 euros. »

La formulation contenue dans l'article 8 septies introduite par le projet de loi « s'approche au minimum des 10.000 EUR » est moins précise que celle retenue par la LBC/FT. Cette imprécision dans une disposition qui impacte directement sur l'infraction pénale visées à l'article 39 de la loi d'établissement est, de l'avis du soussigné, difficilement compatible avec le principe de la légalité de la peine visée par l'article 14 de la Constitution.

Aussi, il est suggéré de remplacer les termes « s'approche au minimum de 10.000 EUR » par les termes « d'un montant égal ou supérieur à 10.000. EUR » qui est un critère clair et objectif.

8. L'article 24 du projet de loi modifie l'article 28 paragraphe 6 point 3 de la loi prévoit que « l'autorisation perd sa validité en cas de : (...) 3° jugement déclaratif de faillite à moins que le jugement autorise la poursuite de l'activité pour une durée limitée. Dans ce cas l'autorisation d'établissement perdra sa validité à l'extinction de ladite durée limitée ».

Or, l'autorisation de poursuivre l'activité prévue à l'article 475 du Code de commerce n'intervient pas dans le jugement de faillite, mais postérieurement à celui-ci, sur rapport du juge commissaire et après avoir entendu le curateur. Le texte ne prévoit en outre pas que le jugement fixe une limite dans la durée de la continuation de l'exploitation. La décision peut en outre être modifiée ou rapportée.

Ainsi en cas de faillite l'autorisation perd sa validité et il est difficilement concevable qu'un événement postérieur à la faillite puisse donner, sans intervention du ministre ayant l'Economie dans ses attributions, une nouvelle validité à l'autorisation. A relever à ce sujet que ce type de décision d'autorisation de continuation de l'activité est assez rare dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch.

Au vu de ce qui précède et si un automatisme veut être introduit, le texte pourrait être précisé comme suit: « 3° jugement déclaratif de faillite. L'autorisation conserve ou reprend sa validité au cas où et aussi longtemps que la poursuite de l'activité est autorisée par un jugement. ».

9. L'article 37 du projet de loi prévoit l'introduction d'un nouvel article 32 nonies à la loi:

« Art. 32nonies. (1) Le ministre informe sans délai la cellule de renseignement financier **ainsi que la Commission de surveillance du secteur financier** en cas de soupçon de participation à une activité de blanchiment ou de financement du terrorisme telle que défini aux chapitres 2 et 3 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

(2) En cas de révocation de l'autorisation d'établissement de comptable, expert-comptable, le ministre informe sans délai la Commission de surveillance du secteur financier.

(3) En cas de retrait par la Commission de surveillance du secteur financier de l'agrément délivré à un réviseur d'entreprise, celle-ci informe sans délai le ministre de ce retrait d'agrément. ».

En ce qui concerne l'alinéa (1), il ne fait que reprendre une obligation imposée déjà en application de l'article 74-2 (4) 2° de la loi sur l'organisation judiciaire qui précise que les déclarations suspectes comprennent celles qui sont transmises à la CRF : « par toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire, ainsi que tout salarié ou agent chargés d'une mission de service public, qu'il soit engagé ou mandaté en vertu de dispositions de droit public ou de droit privé, qui est tenu d'informer sans délai, de sa propre initiative, la CRF lorsqu'il sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'un blanchiment ou un financement du terrorisme est en cours, a eu lieu, ou a été tenté, notamment en raison de la personne concernée, de son évolution, de l'origine des avoirs, de la nature, de la finalité ou des modalités de l'opération, et de fournir promptement à la CRF tous les renseignements, pro-

cès-verbaux et actes qui y sont relatifs, et cela nonobstant toute règle de confidentialité ou de secret professionnel lui étant applicable le cas échéant ».

Par ailleurs, l'obligation d'une déclaration de soupçon de façon générale également auprès la CSSF, même pour les professionnels qui ne sont pas soumis à sa surveillance prudentielle, mais par exemple à celle de l'AED, n'est pas sans soulever certaines réserves.

10. L'article 38 prévoit l'introduction d'un article 32 decies à la loi: « Suite à une faillite du dirigeant concerné, **le parquet transmet** au ministre le rapport du curateur lui permettant de prendre position quant aux conditions prévues aux articles 6 et 7 de la présente loi. ».

La lecture de cette disposition se conçoit en ce qu'une société en faillite peut également avoir un dirigeant en faillite, mais il est douteux que le projet de loi ait entendu limiter la transmission du rapport du curateur à ces hypothèses assez exceptionnelles.

Puisque la loi prévoit que l'autorisation perd sa validité par un jugement de faillite, l'intérêt du ministre ayant l'Economie dans ses attributions devrait concerner d'éventuelles révocations d'autres autorisations liées soit au commerçant soit à d'autres sociétés. Une autre hypothèse serait celle où le concerné introduirait une nouvelle demande d'autorisation. Vu, ce qui précède, le soussigné s'interroge si la communication par le procureur d'Etat ne devrait pas uniquement avoir lieu sur demande ?

Par ailleurs, une obligation de communication, sans pouvoir d'appréciation de la part du procureur d'Etat peut être de nature à nuire aux actes d'enquête ou d'instruction qui, le cas échéant, ont été requis sur base du même rapport du curateur.

La formulation pourrait ainsi être précisée en ce qu'il s'agit d'une faculté pour « le procureur d'Etat » de transmettre le rapport du curateur sur demande du ministre ayant l'Economie dans ses attributions, et en ce qu'elle vise le rapport relatif à la faillite du détenteur d'autorisation (et non uniquement du dirigeant concerné).

Le texte pourrait ainsi être précisé comme suit :

« Suite à une faillite d'un titulaire d'autorisation, le procureur d'Etat peut transmettre, sur demande et au moment opportun, au ministre le rapport du curateur permettant à ce ministre de prendre position quant aux conditions prévues aux articles 6 et 7 de la présente loi »

11. L'article 41 du projet de loi modifie l'article 39 de la loi et reste sans impact sur les peines qui impliquent, en l'état actuel de l'article 506-1 du Code pénal, que cette infraction ne constitue pas une infraction primaire au blanchiment malgré le chiffre d'affaire qui peut être généré par l'activité illicite.

12. L'article 42 prévoit l'introduction de l'article 39bis à la loi:

« (1) **Le parquet informe** le ministre en cas de constatation d'infractions réprimées par la présente loi.

(2) Le ministre peut prononcer une suspension de l'autorisation d'établissement pour une durée maximale de trois semaines pour toute violation de la législation applicable à l'activité concernée.».

La constatation des infractions à la loi est faite essentiellement par la Police grand-ducale et par les officiers de police judiciaire de l'Administration des douanes et accises (conformément à l'article 39(1) de la loi).

Le fait que l'information soit à effectuer par le procureur d'Etat semble approprié, sauf à considérer la charge administrative supplémentaire que cela comporte. Il n'est en effet pas exceptionnel que des procès-verbaux dans lesquels les agents verbalisant ont libellé (provisoirement) une infraction à la loi d'établissement se révèle, le cas échéant à la fin de l'enquête préliminaire, constituer une infraction au Code du travail (L 571-1 paragraphe (2) point 1 du Code du travail) ou ne pas constituer une infraction du tout. Il arrive également qu'après le contrôle des agents, le concerné se régularise en obtenant l'autorisation qui lui faisait défaut de sorte qu'une information de la part du parquet serait dépourvue d'objet.

En outre, une infraction à la loi peut s'inscrire dans un cadre plus large impliquant d'autres infractions pénales, comme par exemple une escroquerie ou un abus de bien social, de sorte qu'une communication prématurée risquerait de perturber les mesures d'enquête préliminaire ou d'instruction judiciaire.

Ainsi, la communication au ministre ayant l'Economie dans ses attributions doit être une faculté et non une obligation pour le procureur d'Etat. Le caractère facultatif de cette communication permettrait également d'englober une communication pour tous types d'infractions qui seraient de nature à remettre en cause l'honorabilité nécessaire au maintien d'une l'autorisation (par exemple : l'escroquerie, le faux, l'usage de faux, de détournement d'actifs dans le cadre d'abus de biens sociaux, la corruption active).

Vu ce qui précède, le texte du projet pourrait être précisé comme suit :

« Le Procureur d'Etat peut, en temps opportun et sous réserve de la présomption d'innocence, informer le ministre en cas de constatation d'infractions qui sont de nature à remettre en cause l'honorabilité professionnelle du détenteur de l'autorisation ou du dirigeant sur laquelle repose cette autorisation. »

*Pour le Procureur d'Etat,
Le Procureur d'Etat adjoint,
Jean-François BOULOT*

