

N° 6158¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

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**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(6.10.2010)

Par sa lettre du 29 juin 2010, Madame la Ministre des Classes Moyennes et du Tourisme a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

*

1. OBSERVATIONS GENERALES

Le projet de loi sous rubrique se propose de réformer en profondeur la loi modifiée du 28 décembre 1988 dite loi d'établissement.

Le projet de loi est accompagné de trois projets de règlements grand-ducaux, à savoir:

- un projet de règlement grand-ducal sur la liste des activités artisanales,
- un projet de règlement grand-ducal déterminant le fonctionnement de la commission d'équipement commercial,
- un projet de règlement grand-ducal sur l'instruction et la procédure administrative.

L'objectif de la réforme est d'apporter des changements tant fonctionnels que sur le fond à cette législation, de façon à stimuler, encourager et accompagner la volonté d'entreprendre dans notre pays.

Le Gouvernement entend tenir compte, d'une part, des évolutions constatées au niveau européen et, d'autre part, des évolutions constatées au niveau des entreprises.

En proposant une nouvelle loi d'établissement, le Gouvernement témoigne son attachement au fondement même du droit d'établissement, qui puise ses racines dans la protection des consommateurs et de l'encadrement légal des entreprises, mais aussi dans les traditions collectives régissant l'apprentissage des métiers et des professions, traduisant en cela une approche qualitative et de sécurité du commerce, gage d'un développement sûr du secteur des petites et moyennes entreprises avec 17.000 entreprises occupant près de 135.000 personnes, qui constituent l'épine dorsale de notre économie.

La Chambre des Métiers approuve cette approche consistant à maintenir le droit d'établissement tout en proposant une refonte complète et novatrice. Toutefois, pour permettre une appréciation du paquet de réforme dans son ensemble, elle invite le Gouvernement à adopter au plus vite les projets de règlements grand-ducaux dont il est fait mention dans le projet de loi, mais qui n'ont pas encore été adoptés.

Il s'agit du règlement grand-ducal mentionné à l'article 9 portant sur le test sanctionnant la formation spécifique accélérée pour les professions d'agent immobilier, d'administrateur de biens, de syndic de copropriétés et de promoteur immobilier et du règlement grand-ducal censé préciser les modalités de la formation accélérée pour les activités commerciales mentionnées à l'article 7 du projet de loi sous avis.

Modifications importantes au niveau des qualifications professionnelles dans l'artisanat

Dans le domaine de l'artisanat, le projet de loi introduit des ouvertures au niveau des conditions de qualifications professionnelles.

La Chambre des Métiers considère qu'une plus grande ouverture au niveau de l'accès aux activités artisanales est aujourd'hui indispensable, d'une part, en raison des développements constatés dans l'Union Européenne se traduisant plus particulièrement par la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, dont la transposition en droit national n'est pas satisfaisante et, d'autre part, par les changements constatés sur le terrain montrant le besoin des entreprises de s'organiser de façon plus large pour être plus compétitives, plus particulièrement par rapport à la concurrence étrangère.

Les développements au niveau européen font que les personnes se trouvant dans un contexte de migration transfrontalière, et pouvant se référer de ce fait à la législation européenne, peuvent plus facilement accéder aux activités artisanales qu'un résident.

Ainsi par exemple un ressortissant européen, quelle que soit sa formation préalable, qui a travaillé pendant six années en tant qu'indépendant ou comme dirigeant dans une entreprise exerçant une activité économique que nous considérons dans notre pays faisant partie des activités artisanales remplit, suivant les dispositions de la directive 2005/36/CE, les conditions de qualifications professionnelles requises pour obtenir au Luxembourg une autorisation d'établissement dans le métier correspondant.

En revanche, un résident devra nécessairement disposer selon notre droit d'établissement d'un brevet de maîtrise, d'un diplôme d'ingénieur dans la branche ou d'une qualification équivalente, par conséquent une qualification professionnelle nettement plus élevée que les non-résidents.

Or, le nombre de personnes pouvant invoquer la directive précitée est sans cesse croissant. L'analyse des entreprises répertoriées au rôle artisanal montre que le nombre d'entreprise ayant obtenu une autorisation d'établissement sur base des dispositions CE est passé de 9% en 1990 à environ 30% en 2010.

A cela s'ajoute que par le biais de la législation communautaire, un non-résident peut souvent accéder à plusieurs métiers alors que le résident doit pour cela disposer, le cas échéant, d'un deuxième ou troisième brevet de maîtrise ou diplôme équivalent.

La réforme, élaborée en étroite collaboration avec la Chambre des Métiers et les fédérations professionnelles concernées, entend sensiblement réduire voire faire disparaître ces discriminations à rebours. Pour pouvoir apprécier l'étendue des modifications proposées, **il y a lieu de lire le projet de loi sous avis en parallèle avec le projet de règlement grand-ducal déterminant la liste des activités artisanales et leurs champs d'activités respectifs.**

Les principales modifications se présentent comme suit:

- Modification de la liste des métiers

Dans le cadre de la présente réforme, le nombre des activités artisanales est fortement réduit par la fusion de plusieurs métiers. De plus, beaucoup de métiers principaux sont requalifiés en métiers secondaires, avec en parallèle un élargissement des champs d'activités.

Alors que dans la liste actuelle sont répertoriés au total 162 métiers, dont 71 métiers principaux et 91 métiers secondaires, la nouvelle liste comportera au total 96 activités, dont 33 métiers principaux et 63 métiers secondaires.

Dans le but d'une présentation positive, le projet de loi remplace la terminologie actuelle „métier principal/métier secondaire“ par les notions „activités de la liste A“ et „activités de la liste B“.

- Découplage de la „formation professionnelle/brevet de maîtrise“ et du „droit d'établissement“
Actuellement, la formation professionnelle resp. la formation menant au brevet de maîtrise est censée couvrir tous les aspects techniques d'un métier artisanal. Le projet de loi met fin à cette prétention. Il suffira que le brevet de maîtrise ou un diplôme équivalent (activités liste A) et le DAP (CATP) ou un diplôme équivalent (activités liste B) couvrent non plus l'intégralité, mais les aspects essentiels d'une activité artisanale définie par le règlement grand-ducal déterminant la liste des activités pris en application de la loi d'établissement.

Cette nouvelle approche, qui a connu une amorce lors de la modification ponctuelle du droit d'établissement en 2004, sera généralisée, s'inspirant en cela du concept artisanal des „wesentliche Teiltätigkeiten“ pratiqué avec succès en Allemagne.

Pour bien marquer qu'il y a une différence entre la formation professionnelle resp. la formation menant au brevet de maîtrise dans un métier donné et l'accès à cette activité dans le cadre du droit d'établissement, le projet de loi utilise non plus le terme de métier artisanal, mais celui d'activité artisanale.

En parlant d'une „liste d'activités“ plutôt que d'une „liste des métiers“, l'obligation de devoir organiser un brevet de maîtrise pour tout métier principal (resp. activités liste A) disparaîtra. Du même coup, un changement du droit d'établissement, susceptible d'évoluer plus souvent que dans le passé, n'entraînera pas automatiquement une réforme au niveau des programmes du brevet de maîtrise et du DAP (CATP), par nature un travail long et fastidieux.

Le fait que le brevet de maîtrise ne soit plus une condition d'accès pour certaines activités de la liste A requalifiées en activités liste B ne signifie pas la fin du brevet de maîtrise dans ces domaines. Au contraire, la Chambre des Métiers considère que le brevet de maîtrise pourra garder son importance comme label de qualité, permettant aux entreprises exerçant une activité liste B de se démarquer par rapport à celles qui s'établissent par le biais d'un DAP (CATP) ou d'une expérience professionnelle de trois ans.

- De nouvelles passerelles d'équivalences au brevet de maîtrise

Il est mis fin à l'équivalence actuelle où le titulaire d'un diplôme de fin d'études secondaires, pouvant se prévaloir d'une expérience professionnelle dans des fonctions dirigeantes, pouvait avoir accès à un métier principal sans disposer du brevet de maîtrise ou d'un diplôme équivalent.

Le projet de loi prévoit que le titulaire d'un DAP (CATP) ou de tout autre titre de formation reconnu équivalent, dans l'activité artisanale visée, peut accéder à une activité normalement soumise au brevet de maîtrise afférent à condition d'avoir travaillé au moins six années dans des fonctions dirigeantes, dans l'activité artisanale pour laquelle l'autorisation est sollicitée ou dans une partie essentielle de celle-ci.

La Chambre des Métiers approuve cette ouverture en ce qu'elle appréhende mieux la réalité que la disposition actuelle, laquelle n'a d'ailleurs guère connu d'applications dans la pratique.

La réforme en forme de triptyque, se traduisant par un nombre nettement plus restreint d'activités artisanales, accompagnée de champs d'activité plus large, et par le maintien de l'exigence d'un brevet de maîtrise ou d'un DAP (CATP), concilie deux impératifs, à savoir la flexibilité et un niveau de qualification professionnelle conséquent, tant au niveau technique que de gestion, permettant ainsi aux entreprises qui le désirent de proposer une offre plus complète, plus étendue et donc plus attractive à leur clientèle, et donc d'accroître leur compétitivité.

Réduction du niveau de qualification professionnelle dans le domaine du commerce et de l'Horeca

Dans le domaine du commerce les exigences de qualifications ont été libéralisées afin de faciliter l'accès aux activités commerciales, par l'abolition des exigences de qualifications actuelles en gestion d'entreprise.

Mis à part quelques activités commerciales spécialement réglementées, comme l'agence de voyage, le syndicat de copropriété, le promoteur immobilier, il suffit en effet d'être soit en possession d'un DAP

(CATP), soit de pouvoir se prévaloir d'une pratique professionnelle de trois ans, quelle que soit la nature de cette occupation.

La Chambre des Métiers ne peut cacher son étonnement par rapport à une telle approche qu'elle considère être, selon son interprétation, en contradiction avec les fondements même du droit d'établissement tel que décrit dans l'exposé des motifs du projet de loi.

Des conditions spécifiques seront applicables pour les métiers de l'Horeca en ce sens que les demandeurs d'une autorisation d'établissement devront accomplir, en plus des conditions d'accès à une activité commerciale, une formation portant sur les règles générales d'hygiène des denrées alimentaires, sauf pour les personnes qui, dans le cadre de leur formation professionnelle, ont déjà acquis des connaissances équivalentes.

Nouveau régime „Grandes surfaces“

En matière des grandes surfaces, le projet de loi modifie le régime actuel. Il est expliqué dans le commentaire des articles que celui-ci serait devenu incompatible avec les exigences de l'article 14 de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur.

La Chambre des Métiers constate que le projet sous avis se propose de:

- maintenir le principe d'une autorisation particulière,
- abroger purement et simplement le test économique,
- baser l'enquête administrative diligentée dans le cadre de la demande d'autorisation particulière sur les exigences posées en matière d'aménagement du territoire et de la qualité de l'urbanisme.

La Chambre des Métiers peut marquer son accord avec l'abolition du test économique qui, à ses yeux, est effectivement contraire à l'article 14 paragraphe 5) de la directive Service.

L'appréciation des dossiers de demande d'autorisation se fera sur base de considérations liées à l'aménagement du territoire et à l'urbanisme. Or, ces considérations sont en grande partie déjà couvertes par d'autres instruments, par exemple dans le cadre de l'établissement des PAG et PAP ou encore dans l'adoption de plans sectoriels. La Chambre des Métiers s'interroge sur la plus-value du régime d'autorisation „grandes surfaces“.

Elle se doit par ailleurs d'émettre ses réserves par rapport à certaines dispositions de l'article 35 du projet de loi, lesquelles sont développées dans le commentaire des articles.

Allègement ponctuel des dispositions sur la transmission d'entreprise

Dans le but de favoriser la transmission d'entreprise, le projet de loi apporte une série de modifications destinées à simplifier et à élargir les conditions dans lesquelles une entreprise artisanale ou commerciale peut être transmise en cas de décès, d'invalidité professionnelle, d'incapacité dûment constatée ou de départ à la retraite du dirigeant.

La Chambre des Métiers approuve ces modifications dans leur principe dans la mesure où elles ont tendance à favoriser davantage la transmission d'entreprise. Ceci est particulièrement important pour le secteur de l'artisanat, dans lequel 1.500 entreprises sont à transmettre dans les dix années à venir.

Précisions au niveau de l'instruction et de la procédure administrative

Au niveau de la procédure administrative, le projet de loi met fin à l'intervention de la commission consultative ministérielle, chargée jusqu'à présent d'émettre un avis pour chaque demande d'autorisation d'établissement.

Cette commission, composée de représentants de la Chambre des Métiers, de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Salariés, du ministère des Classes Moyennes, du ministère de l'Enseignement Supérieur et du ministère du Travail est contraire à la directive Service. Il est très regrettable que l'expertise précieuse des chambres professionnelles concernant plus particulièrement le volet des qualifications professionnelles fera à l'avenir défaut.

Pour compenser la perte d'une expertise technique précieuse, et compte tenu des nouvelles dispositions dans le domaine de l'artisanat qui susciteront des questions d'appréciation et d'interprétation d'ordre technique, la Chambre des Métiers considère qu'il est important de maintenir le principe d'une commission consultative, dans laquelle les chambres professionnelles n'auraient plus une voie délibérative, mais auraient la qualité d'experts.

Le projet de loi intègre par ailleurs la disposition exigée par la directive Service selon laquelle, à défaut de prise de décision endéans un délai préétabli par l'autorité compétente, en l'occurrence trois mois, l'autorisation sollicitée est considérée comme acquise par le demandeur.

Cette précision, prévue par la directive Service ne changera rien dans la pratique, puisque les décisions administratives d'octroi ou de refus d'une autorisation d'établissement sont déjà actuellement prises bien avant la date butoir des trois mois prévue dans notre droit administratif.

La Chambre des Métiers note par ailleurs que le régime de notification actuellement prévu pour certaines modifications intervenant en cours de vie d'une entreprise est supprimé. Toutes les modifications, quelles qu'elles soient, seront soumises au régime de l'autorisation. Le commentaire des articles reste muet sur les raisons de ce changement qui ne s'inscrit pas dans une logique de simplification administrative, pourtant censée être à l'ordre du jour à en croire les déclarations politiques.

Précisions au niveau des obligations professionnelles

Au niveau des obligations professionnelles, le projet de loi précise explicitement qu'une nouvelle autorisation d'établissement ne peut être délivrée que si les créanciers publics certifient au Ministre des Classes Moyennes que le demandeur n'a pas accumulé, ni en son nom, ni au nom d'une autre entreprise qu'il dirige, des dettes auprès d'eux.

La Chambre des Métiers approuve cette précision très importante pour éviter des effets de concurrence déloyale, alors que jusqu'à présent, la transmission de ces informations n'était pas systématique, puisqu'elle dépend de la collaboration des administrations concernées.

Précision de la notion établissement

Dans le contexte d'une lutte plus efficace contre les entreprises fictives qui ne choisissent un siège au Luxembourg que pour profiter des avantages fiscaux et de la sécurité sociale, il s'agit de préciser dans la législation actuelle la notion d'établissement effectif.

En précisant que l'entreprise doit disposer d'une installation matérielle, le Gouvernement entend ainsi mieux agir contre les pratiques actuelles où des entreprises „s'établissent“ auprès de domiciliaires, ont recours à des locations temporaires, des bureaux partagés ou des emplacements embryonnaires.

La Chambre des Métiers approuve la définition de l'établissement telle que proposée.

Définition de l'honorabilité professionnelle

Le projet de loi précise et renforce la notion de l'honorabilité professionnelle en définissant de manière générale l'honorabilité professionnelle sur base notamment de la jurisprudence administrative en la matière et en introduisant une liste d'agissement précis de nature à entamer automatiquement et péremptoirement l'honorabilité professionnelle du demandeur.

La Chambre des Métiers accueille favorablement l'effort de définition et de précision de cette notion qui n'est pas définie dans la législation actuelle. Elle s'oppose cependant à l'effet automatique de la perte de l'honorabilité.

Dans un domaine tellement important et sensible, il est en effet nécessaire de prévoir pour le ministre des Classes Moyennes la possibilité d'une appréciation individuelle de l'agissement concerné, placé chaque fois dans son contexte individuel, et donc la possibilité de révoquer ou de refuser une autorisation d'établissement.

À défaut, il y a risque de priver de façon injustifiée des personnes de leur honorabilité avec pour conséquence un refus ou une révocation de leur autorisation, comme il sera expliqué dans le commentaire des articles.

La Chambre des Métiers se demande toutefois si le fait que certaines des infractions y énumérées, qui s'appliquent à des catégories spécifiques de professionnels et pas à d'autres, est compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.

Abolition de l'article 15 de la loi modifiée de 1988

La législation actuelle interdit à la personne sur laquelle repose l'autorisation ministérielle d'une entreprise d'être en même temps simple salarié auprès d'un autre employeur.

Le projet de loi entend supprimer cette interdiction en s'appuyant sur les dispositions de la directive Service. La Chambre des Métiers considère que ce raisonnement est non fondé alors que cette interdiction n'est aucunement visée par la directive, ni dans la liste des exigences interdites, ni dans celle des exigences à évaluer.

Dès lors, elle demande à ce que cette interdiction soit maintenue dans le texte du projet sous avis. En effet, il s'agit d'assurer par ce biais que les activités et travaux, souvent hautement techniques, avec un risque pour la sécurité et/ou la santé à la fois des salariés et des clients, soient effectués sous la direction de la personne sur laquelle repose la qualification. Au cas où cette personne pourrait être en même temps salarié auprès d'un autre employeur, celle-ci ne peut pas garantir une gestion effective.

Subsidiairement, et tout en plaidant pour le maintien de l'interdiction de cumul, la Chambre des Métiers pourrait toutefois s'imaginer une adaptation de ce régime en limitant l'interdiction aux activités de la liste A, ou en définissant par règlement grand-ducal les activités artisanales par rapport auxquelles l'interdiction s'applique.

*

2. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad Article 1

Les principales notions utilisées dans le cadre du projet de loi sont clairement définies. Cette approche trouve l'approbation de la Chambre des Métiers, sous réserve des deux remarques suivantes:

L'article sous rubrique définit l'entreprise comme étant toute personne physique ou morale qui exerce, à titre principal ou accessoire, une activité économique visée par la présente loi.

La définition englobe donc les personnes physiques exerçant en nom personnel une des activités visées et les sociétés commerciales exerçant ces activités.

A priori, elle vise également d'autres personnes jusqu'à présent exclues du droit d'établissement, comme par exemple les associations sans but lucratif ou encore les syndicats communaux. Le commentaire des articles ne donne pas d'explication pour cette inclusion dans le champ d'application de la loi d'établissement.

S'agit-il de soumettre ces catégories de personnes morales aux mêmes règles que les entreprises artisanales et commerciales? Est-ce pour éviter les effets de concurrence déloyale engendrés par des associations à l'égard des entreprises?

Pour avoir cette garantie, il ne suffit cependant pas de modifier le droit d'établissement, mais d'autres législations devront également être adaptées pour aboutir à une situation concurrentielle saine et loyale entre le premier et le second marché du travail.

La notion „industrie“ est définie comme étant „toutes les activités économiques qui consistent à produire des marchandises avec des moyens de production standardisés ou automatisés“.

Dans la mesure où l'activité artisanale connaît aujourd'hui dans beaucoup de domaines le recours à des procédés automatisés, cette définition peut donner lieu à des difficultés d'interprétation, et donc être source d'insécurité juridique. Pour cette raison, la Chambre des Métiers propose d'ajouter à la définition la précision suivante: „... à l'exception des activités relevant de l'artisanat ou du commerce“.

Ad Article 2

Les quatre conditions qui sont nécessaires pour qu'une entreprise puisse s'établir au Luxembourg sont précisées dans l'article sous rubrique.

Il faut 1) qu'une entreprise dispose d'une autorisation d'établissement, c'est-à-dire d'un agrément préalable pour l'exercice de toute activité visée par la loi, 2) qu'elle dispose d'un établissement approprié pour l'exercice de son activité, 3) qu'elle satisfait aux conditions de qualifications professionnelles et 4) qu'elle satisfait aux exigences d'honorabilité professionnelle.

La Chambre des Métiers n'a pas d'observations particulières à formuler par rapport à ces conditions qui ne sont pas nouvelles, mais elle s'interroge cependant sur la formulation employée.

Il est difficilement concevable comment une entreprise peut être professionnellement qualifiée et honorable. A moins de vouloir se référer à la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui ne ressort cependant pas du commentaire des articles, la qualification et l'honorabilité se vérifient dans le seul chef du dirigeant d'une entreprise individuelle ou d'une personne morale.

C'est d'ailleurs ce qui est suggéré par les articles 3 et 5, ainsi que par les dispositions du chapitre 3 qui indiquent clairement que l'honorabilité professionnelle et la qualification professionnelle s'apprécient dans le chef du ou des dirigeants de l'entreprise.

Il est par conséquent proposé de reformuler les alinéas 2 et 3, dont la teneur pourrait être la suivante:

„(2) L'entreprise doit disposer, à travers son ou ses dirigeants, de la qualification requise ...

(3) L'entreprise, à travers son ou ses dirigeants, doit être professionnellement honorable.“

Ad Article 3

L'article 3 énumère les conditions concernant le dirigeant d'entreprise.

Il est précisé que l'entreprise doit désigner au moins une personne physique, le dirigeant, qui

- (1) satisfait aux conditions de qualifications et d'honorabilité professionnelles,
- (2) assure de manière effective et en permanence la gestion journalière de l'entreprise,
- (3) présente un lien réel avec l'entreprise en étant salarié, directeur, mandataire, propriétaire ou actionnaire ou, si l'entreprise est une personne physique, est cette personne,
- (4) n'a pas accumulé soit en son nom, soit par l'intermédiaire d'une société qu'il dirige, des arriérés de dettes auprès de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et du Centre commun de la sécurité sociale.

Les deuxième et troisième conditions sont destinées à préciser la notion de dirigeant au sens du droit d'établissement.

Concernant le point 1, la Chambre des Métiers renvoie à ses observations faites au sujet de l'article 4.

Le point 2 se réfère expressément à la gestion journalière de l'entreprise par la personne qui est à considérer comme son dirigeant.

D'après la lecture faite par la Chambre des Métiers, l'article sous rubrique est à interpréter en ce sens que celui qui est titulaire de l'autorisation d'établissement pour compte d'une société commerciale est le délégué de la gestion journalière, qu'il soit ou non membre du conseil d'administration.

L'article 60 de la loi modifiée de 1915 sur les sociétés commerciales dispose que *„la gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants et autres agents, agissant seuls ou conjointement“*.

Le délégué à la gestion journalière, en l'occurrence la personne titulaire de l'autorisation ministérielle, est donc un mandataire du conseil d'administration et il a donc à rendre compte de sa gestion journalière à l'organe qui l'a nommé.

Cette approche a le mérite de la clarté et elle s'inscrit aussi dans le cadre des dispositions légales en matière de droit des sociétés.

Pour être en conformité avec la définition de l'article 60 précité, il faudrait cependant préciser au point 2) de l'article sous rubrique que le dirigeant est celui qui assure effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise *et sa représentation*.

La Chambre des Métiers entend par ailleurs relever, en ce qui concerne les sociétés constituées sous forme de sàrl, que dans l'état actuel la loi ne prévoit pas la délégation des pouvoirs de gestion journalière à un ou plusieurs gérants voire à un directeur ou autre. Cette possibilité n'est prévue que dans le cadre du projet de loi 5730 – non encore approuvé par la Chambre des Députés – ou l'article 191bis (4) traite de la question.

Il se pose toutefois la question de savoir qui contrôlera si le titulaire de l'autorisation assure effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise. Le commentaire des articles mentionne, d'une part, un contrôle préalable au moment de l'examen de la demande d'autorisation, stade auquel il est possible de refuser l'autorisation sous prétexte que la personne chargée de la gestion journalière serait trop éloignée, trop débordée ou trop cachée derrière des structures offshore pour exercer effectivement cette gestion.

Il mentionne, d'autre part, le constat fait lors de contrôle faisant apparaître une absence d'une gestion effective et régulière. Cela signifie donc que le ministère des Classes Moyennes envisage de contrôler le fonctionnement concret de la société au-delà de la procédure d'autorisation et suite à l'attribution de celle-ci.

La Chambre des Métiers souscrit à cette volonté de contrôle, nécessaire à ses yeux, si l'on veut éviter que l'exigence de la gestion effective ne soit tenue en échec sur le terrain. Pour cela, il faudrait définir selon quels critères le contrôle s'effectue et veiller à avoir les moyens humains nécessaires, ce qui n'est pas le cas actuellement.

Le point 3 exige qu'il existe un lien réel entre la personne du dirigeant et l'entreprise et cite diverses hypothèses établissant ce lien. Se pose ici notamment la question de savoir quel sens les auteurs du texte souhaitent attribuer au terme propriétaire. Si l'on souhaite différencier entre la société anonyme, qui elle a des actionnaires, et les autres types de sociétés, le mot „associé“ serait de l'avis de la Chambre des Métiers plus approprié que le terme „propriétaire“.

Le point 4 essaie de résoudre le problème de l'accumulation des dettes auprès des créanciers publics plus en amont.

Désormais, une nouvelle autorisation d'établissement ne pourra être délivrée que si les créanciers publics certifient au Ministre des Classes Moyennes que le dirigeant n'a pas accumulé, ni en nom personnel, ni au nom d'une autre entreprise qu'il dirige, des dettes auprès d'eux. Cette disposition a l'avantage d'apprécier la situation du dirigeant dans son ensemble.

La Chambre des Métiers approuve cette disposition.

Ad Article 4

Il est précisé que l'entreprise doit disposer d'un établissement approprié. L'article sous rubrique reprend en grande partie la notion „d'établissement“ telle que figurant à l'article 3 de la loi modifiée du 28 décembre 1988.

Cette notion est élargie à l'exigence d'une installation matérielle¹, en se basant pour cela sur la jurisprudence administrative en la matière.

Il s'agit d'une précision importante pour pallier aux dérives constatées dans la pratique. Ainsi, une domiciliation ne saurait jamais constituer un établissement approprié et suffisant au sens du droit d'établissement.

La Chambre des Métiers peut marquer son accord avec cette nouvelle définition. Elle donne toutefois à considérer que, compte tenu de la diversité des situations pouvant se présenter, notamment en relation avec les demandeurs d'une autorisation pour l'exercice d'une activité artisanale, cette définition n'empêchera pas des discussions et interprétations et ne permettra pas de toiser de façon claire et précise toutes les situations pouvant se présenter dans la pratique.

Ad Article 5

L'article 5 précise les conditions en matière d'honorabilité professionnelle dans le chef du dirigeant d'entreprise, en reprenant en grande partie les dispositions de la loi modifiée de 1988.

¹ D'après le tribunal administratif, l'exigence d'une installation matérielle est inhérente à la définition de l'établissement, de sorte à en conditionner l'existence même du droit d'établissement.

Il résulte de l'alinéa (2) que l'honorabilité professionnelle s'apprécie sur base des antécédents judiciaires du dirigeant et de tous les éléments fournis par l'instruction administrative. L'honorabilité professionnelle peut également être exigée dans le chef 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 l'entreprise, ce qui est déjà le cas dans la législation d'établissement actuelle.

Ces dispositions sont reprises de la loi modifiée de 1988 et ne suscitent pas d'observations particulières.

Il est encore précisé que les faits servant à apprécier l'honorabilité professionnelle ne sont plus pris en considération s'ils remontent à plus de dix ans. Cette dernière précision, qui met fin à l'incertitude qui existe actuellement dans ce domaine, trouve l'approbation de la Chambre des Métiers.

L'absence d'une définition positive dans la législation actuelle de la notion de l'honorabilité professionnelle rend très difficile et aléatoire l'appréciation du ministère des Classes Moyennes et la prise de décision d'octroi ou de refus d'une demande d'autorisation.

L'alinéa (3) pallie à cette carence en donnant une définition générale de l'honorabilité professionnelle, se référant pour cela à des critères d'appréciation.

Ainsi constitue un manquement privant le dirigeant de l'honorabilité professionnelle, tout comportement qui affecte si gravement le minimum d'intégrité professionnelle que l'on est en droit d'attendre d'un dirigeant, qu'on ne peut plus tolérer dans l'intérêt de la clientèle ou des consommateurs, qu'il exerce ou continue d'exercer l'activité autorisée ou à autoriser.

Cela signifie donc que l'appréciation de l'honorabilité se fait par la prise en considération de l'ensemble des éléments fournis par l'enquête administrative.

Cette définition générale est complétée par l'énumération à l'alinéa (4) d'agissements respectivement condamnations pénales qui constituent automatiquement un manquement affectant l'honorabilité professionnelle du dirigeant.

Dans la compréhension de la Chambre des Métiers, le simple constat d'un agissement répréhensible ou d'une condamnation pénale suffit pour anéantir l'honorabilité professionnelle et donc entraînera le refus ou la révocation d'une autorisation d'établissement existante.

La Chambre des Métiers ne peut pas suivre les auteurs du projet de loi sur cette voie dans un domaine tellement sensible, dans lequel un mécanisme de sanction automatique n'a pas sa place.

Elle est d'avis que la perte éventuelle de l'honorabilité professionnelle doit faire l'objet d'une appréciation prenant en considération la situation individuelle en cause, de sorte que si le ministère des Classes Moyennes est confronté à un des agissements énumérés, il ne soit pas forcé de refuser ou de révoquer de façon automatique une autorisation d'établissement, mais qu'il dispose de la faculté de ce faire, comme c'est le cas sous la législation actuelle².

Des sanctions automatiques risquent en effet d'avoir des effets excessifs car les situations qui peuvent se présenter dans la pratique ne sont pas toujours comparables et aussi claires que l'on pense qu'elles le sont.

La Chambre des Métiers entend illustrer ce propos à travers le point b) de l'alinéa (4) de l'article sous rubrique.

Celui-ci prévoit, à juste titre, que l'exercice d'une activité visée à la présente loi sans autorisation d'établissement constitue automatiquement un manquement affectant l'honorabilité professionnelle. L'article 12 (4) du présent projet de loi précise que l'autorisation d'établissement délivrée pour l'exercice d'une activité artisanale comprend le droit de faire des travaux accessoires d'importance secondaire et ayant une connexité technique avec son activité.

Cette disposition, a priori claire, fait cependant l'objet d'interprétations parfois divergentes dans la pratique sur ce qui est accessoire ou connexe et sur ce qui ne l'est pas.

L'application de sanctions automatiques pourrait avoir pour résultat de dépouiller de son honorabilité professionnelle une personne pourtant de bonne foi, ce qui est excessif.

² L'article 2 de la loi modifiée de 1988 dispose que l'autorisation peut être révoquée pour les motifs qui en auraient justifié le refus.

La Chambre des Métiers propose dès lors de faire abstraction de tout automatisme dans le présent contexte et de préciser que les agissements énumérés „peuvent“ entacher l’honorabilité professionnelle.

Les infractions mentionnées aux points a) à f) semblent viser tout le monde, tandis que le point g) introduit une catégorie particulière de professionnels pour lesquels les infractions y mentionnées sont constitutives de manquements, alors qu’elles ne semblent pas l’être pour tous les professionnels tombant sous la loi.

La Chambre des Métiers considère que se pose la question de savoir si cette distinction ne pose pas problème au niveau de l’égalité de tous devant la loi.

Ad Article 6

Le présent article donne au Ministre la possibilité d’obliger le demandeur d’une autorisation d’établissement à accomplir une formation en gestion d’entreprise lorsque celui-ci a été impliqué dans une faillite ou une liquidation judiciaire sans que son honorabilité professionnelle n’ait souffert. Il est précisé qu’un règlement grand-ducal déterminera les modalités de cette formation.

La Chambre des Métiers salue le fait que les auteurs ont repris cette disposition de la loi modifiée de 1988, car elle donne la possibilité d’obliger des chefs d’entreprise ayant fait preuve de leur incapacité de gérer une entreprise à accomplir une formation spécifique.

La Chambre des Métiers déplore cependant que le règlement grand-ducal n’accompagne pas le présent projet et invite le Gouvernement à le déposer au plus vite.

Ad Article 7

La Chambre des Métiers s’étonne à ce que l’accès à une activité commerciale (non autrement réglementée) soit rendu possible pour des personnes ne disposant ni de qualification scolaire, ni d’expérience en termes de gestion d’entreprise.

En effet, le point b) de l’alinéa (1) considère comme qualification professionnelle suffisante une simple expérience professionnelle de 3 années.

La Chambre des Métiers se demande si la diminution à l’extrême des qualifications requises – allant de surcroît largement en dessous des qualifications minimales prévues par la directive 2005/36/CE – est compatible avec la recherche d’un objectif de sécurisation du commerce et de protection des concurrents, clients ou fournisseurs contre des commerçants malhonnêtes ou incapables, dont il est fait état dans l’exposé des motifs.

Elle constate une contradiction manifeste entre le but affiché par le Gouvernement et sa transposition dans le présent projet de loi.

Ad Article 9

Cet article définit les qualifications professionnelles requises en vue de l’exercice des activités d’agent immobilier, d’administrateur de biens, de syndic de copropriété et de promoteur immobilier.

La Chambre des Métiers note que pour ces activités commerciales spécifiques, le niveau de qualifications exigé est plus élevé que pour les autres branches du commerce, ce qui reflète le but poursuivi par le projet de loi.

Il importe de noter que sous l’actuelle législation, il est généralement admis que le brevet de maîtrise dans le métier d’entrepreneur de construction est considéré comme qualification professionnelle suffisante en vue de l’accès aux activités sus mentionnées.

La Chambre des Métiers exige que cette possibilité soit maintenue.

Ad Article 12

La Chambre des Métiers peut souscrire au principe et à la formulation proposée.

En revanche, elle se prononce énergiquement contre la suppression pure et simple de la disposition de l’article 15 de la loi modifiée du 28 décembre 1988, laquelle interdit à une personne d’être en même temps titulaire d’une autorisation d’établissement couvrant une activité artisanale et d’être salarié auprès d’un autre employeur.

L’objectif de cette disposition, depuis longuement revendiquée par l’artisanat, est d’assurer que les travaux, souvent hautement techniques et inhérents d’un certain risque à la fois pour le travailleur et

pour le client, effectués au sein de l'entreprise, s'effectuent sous la direction notamment de la personne qualifiée figurant sur l'autorisation.

La suppression de cet article est justifiée par les auteurs du présent projet, d'une part, par l'entrée en vigueur de la directive Services (directive 2006/123/CE) et, d'autre part, par le fait que ces dispositions étaient difficilement contrôlables dans la pratique.

La Chambre des Métiers est d'avis que l'interdiction du cumul de dirigeant qualifié dans une entreprise établie comme artisan et de salarié auprès d'un autre employeur n'est pas du tout une exigence interdite au sens de la directive Service.

Il s'agit tout au plus d'une exigence à évaluer au sens de cette même directive. L'article 15 de la directive concernant les exigences à évaluer permet des restrictions dans l'accès à la profession à condition qu'elles soient motivées pour une raison impérieuse d'intérêt général.

Or, la Chambre des Métiers considère que le maintien de l'interdiction se justifie pleinement dans un certain nombre de métiers pour des raisons impérieuses de sécurité et/ou de santé. Il n'est en effet pas réaliste de croire qu'un dirigeant d'une entreprise, qui est en même temps salarié auprès d'un autre employeur, soit en mesure d'exercer une gestion effective et a fortiori de veiller aux aspects de sécurité et de santé liés à l'exercice de l'activité. En ce sens, le remplacement de l'interdiction de cumul par l'exigence générale posée dans le projet de loi de la gestion effective n'est pas suffisant.

Au lieu du mécanisme actuel d'une interdiction générale, la Chambre des Métiers propose de déterminer les activités artisanales dans lesquelles les considérations en matière de sécurité et la santé sont particulièrement importantes et de prévoir pour celles-ci l'interdiction de cumul.

L'argument avancé dans le commentaire des articles des difficultés du contrôle du respect de l'interdiction par rapport à des non-résidents n'est pas convaincant.

En effet, les données de la sécurité sociale auxquelles aura accès le Ministre³ devraient permettre d'effectuer un tel contrôle. Pour ce qui est des contrôles à effectuer par rapport à des non-résidents, la Chambre des Métiers donne à considérer qu'il s'agit là justement du genre de contrôle dont il est question au chapitre VI de la directive Services et dont la mise en oeuvre se fait toujours attendre.

Elle invite par conséquent le Gouvernement à mettre en pratique avec les Gouvernements des autres Etats membres de l'Union européenne la coopération inter administrative entre Etats membres telle que prévue par la directive Services et par le règlement communautaire 883/2004 dans le domaine de la Sécurité Sociale.

Ad Article 13

Le présent article dispense le dirigeant exerçant ses activités aux seules foires et marchés des conditions en matière de qualification professionnelle.

Les auteurs affirment que cette disposition ne fait que reconduire les règles en vigueur sous l'empire de la loi modifiée du 28 décembre 1988.

La Chambre des Métiers ne partage pas cette vue et s'oppose à la formulation proposée de l'article 13. En effet, cette disposition dispense tout dirigeant se limitant à des activités aux foires et marchés d'une quelconque preuve de qualification professionnelle, donc aussi le dirigeant qui envisage de se livrer à une activité artisanale.

Une telle possibilité n'existe pas sous la loi d'établissement de 1988. En effet, l'article 2 de la loi modifiée de 1988 spécifie seulement qu'une „autorisation d'établissement octroyée à un commerçant ou à un artisan comprend le droit d'exercer la ou les activités ainsi autorisées sur les foires et marchés“.

La Chambre des Métiers exige d'exclure explicitement les activités artisanales de l'application de l'article 13, paragraphe (1).

Ad Article 14

La Chambre des Métiers approuve cet article qui ne fait que reconduire un des principes de l'actuel droit d'établissement, sous réserve cependant de ses remarques par rapport à la définition de la notion „industrie“.

³ Voir article 33 de la directive Service

Ad Article 28

Le premier alinéa reprend l'exigence d'une autorisation d'établissement préalable formulée à l'article 2 du projet de loi.

Il fournit des précisions sur l'instruction administrative qui précède la délivrance ou le refus de la demande d'autorisation. Il est renoncé, pour les raisons évoquées ci-avant, à la commission consultative composée des représentants des chambres professionnelles pour respecter les exigences posées par la directive Service.

La Chambre des Métiers réitère sa remarque faite dans les considérations générales sur l'importance du maintien d'une commission consultative, tout en adaptant son fonctionnement aux exigences de la directive précitée. Pour cela, il suffirait de donner aux chambres professionnelles, qui ont actuellement le statut de membre avec voie délibérative, le statut d'expert.

Les précisions procédurales ont également pour objectif de se conformer aux dispositions de l'article 50 et de l'annexe VII de la directive 2005/CE et aux articles 9 à 13 de la directive Service.

Afin de ne pas alourdir inutilement le texte, les modalités de la procédure de l'instruction administrative, plus particulièrement le détail de la procédure à suivre et les documents à produire, sont déterminés par règlement grand-ducal. La Chambre des Métiers peut approuver cette approche.

L'alinéa (2) soumet l'ouverture par une entreprise légalement établie d'une succursale à l'obligation d'une autorisation d'établissement. Celui-ci comporte une incohérence au niveau rédactionnel.

La 1ère phrase évoque le terme de „succursales“ tandis que la 2ème phrase fait référence à des „établissements“, ce qui peut induire en erreur. De plus, la notion d'établissement est clairement définie à l'article 1 du présent projet, tandis que la notion de succursale ne l'est pas.

La Chambre des Métiers est d'avis qu'il faudrait établir clairement la distinction entre une „succursale d'une entreprise établie au Luxembourg“ et une „succursale d'une entreprise étrangère“ et définir ces notions. En effet, les vérifications effectuées par le ministère des Classes Moyennes ne sont pas les mêmes dans ce contexte.

Ainsi, s'il s'agit d'une succursale d'une entreprise luxembourgeoise, le contrôle se limite à l'honorabilité professionnelle et à l'établissement, et non plus à la qualification professionnelle, qui, en principe, a été contrôlée lors de l'octroi de l'autorisation d'établissement pour l'entreprise elle-même. Il en va différemment pour la succursale d'une entreprise de droit étranger. Dans ce cas, aucune vérification ne s'est logiquement effectuée par rapport à l'entreprise étrangère, de sorte que cet aspect est à vérifier en même temps que l'honorabilité professionnelle et l'établissement.

L'alinéa (4) énumère les cas dans lesquels une nouvelle autorisation d'établissement est requise.

Tandis que l'article 1er, paragraphe (2) de la loi modifiée du 28 décembre 1988 prévoit un régime de notification au Ministre pour les cas de modification de la dénomination, de la forme juridique d'une société ou encore pour les cas de changement de l'adresse professionnelle d'une entreprise, l'article 28 du présent texte soumet ces cas à une nouvelle autorisation.

Or, il n'existe pas de raisons apparentes pour supprimer cette distinction et soumettre tout changement à une nouvelle autorisation, et donc à la constitution d'un dossier complet et au paiement d'une taxe administrative.

Afin de ne pas compliquer la procédure administrative, la Chambre des Métiers est d'avis qu'il y a lieu de maintenir un régime de notification pour les cas de figure évoqués ci-dessus.

L'alinéa (5) énumère les cas dans lesquels l'autorisation d'établissement perd sa validité. La Chambre des Métiers est d'avis que le cas du „départ (inopiné) du dirigeant“ (démission du gérant, licenciement du dirigeant, ...) devrait également être mentionné.

Ad Article 29

Cet article traite le cas du départ inopiné du dirigeant.

La Chambre des Métiers se pose la question par rapport à l'utilité de l'adjectif „inopiné“. Ceci suggère en fait que dans le cas d'un départ „programmé“ du dirigeant, l'entreprise ne pourra pas se prévaloir du droit à une autorisation provisoire dans l'hypothèse par exemple où le dirigeant salarié procède à une résiliation de son contrat de travail avec un préavis légal.

La Chambre des Métiers propose donc de supprimer le mot „inopiné“.

Elle entend par ailleurs relever que contrairement à la législation actuellement en vigueur, il n'y a aucune obligation envers l'entreprise de notifier dans un délai précis le départ du dirigeant au Ministre.

Il s'agit là cependant d'une disposition fort utile en ce qu'elle permet au Ministre de maintenir à jour ses fichiers, oblige l'entreprise à réagir et évite ainsi qu'une entreprise induit en erreur un cocontractant en se prévalant d'une autorisation obsolète.

Il est par conséquent nécessaire de maintenir une telle disposition.

Ad Article 30

Cet article prévoit de dispenser les entreprises d'une autorisation d'établissement pour ce qui concerne les activités intra-groupes.

De l'avis de la Chambre des Métiers, cette disposition risque d'ouvrir la porte à des abus. Ainsi, l'on pourrait s'imaginer la création d'une société A qui serait à 100% propriétaire d'une société B, ce qui fait que ces deux entités forment un groupe au sens de cet article. La société A pourrait ainsi sous-traiter certains travaux à la société B laquelle pourrait réaliser ces travaux sans devoir être en possession d'une autorisation. Finalement, la société A revend le produit ainsi réalisé au client final.

Pour éviter tout risque d'abus pouvant aboutir à contourner la loi d'établissement, la Chambre des Métiers propose de supprimer cette disposition.

Ad Article 33

L'article énumère les différents types de traitements de données à caractère personnel dont le Ministre peut s'entourer dans le cadre de la procédure administrative. Ces dispositions ne soulèvent pas d'objections particulières.

En revanche, la Chambre des Métiers demande à ce que l'article sous rubrique se voit ajouter un alinéa qui autorise le Ministre de transmettre à la Chambre des Métiers les données nécessaires à la tenue à jour de son rôle artisanal, dans lequel sont répertoriées les entreprises inscrites sur base d'une autorisation d'établissement.

Ad Article 35

L'alinéa (3) précise que la création, l'extension, la reprise, le transfert ou le changement des branches commerciales d'une surface commerciale „doivent en particulier contribuer au rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités au centre-ville et dans les zones urbaines“.

L'emploi par les auteurs du projet du terme „rééquilibrage“ laisse présumer à un actuel déséquilibre en défaveur des agglomérations.

La Chambre des Métiers est d'avis qu'une telle affirmation, d'un caractère très général, imprécise et d'ailleurs non étayée par des éléments concrets et objectifs, n'a pas de raison d'être dans un texte de loi.

Par conséquent, elle propose de supprimer la deuxième phrase du premier alinéa de l'alinéa (3).

Le commentaire des articles relève que „les surfaces commerciales doivent également contribuer (...) à l'amélioration des conditions de travail des salariés“. Ce commentaire insinue que les conditions de travail ne seraient pas optimales.

La Chambre des Métiers estime que de telles remarques, outre le fait qu'elles ne correspondent pas à la réalité, sont parfaitement déplacées. De plus, l'amélioration des conditions de travail des salariés ne figure pas explicitement parmi les critères d'appréciation d'un dossier de demande d'autorisation particulière prévus par le projet de loi.

L'article sous rubrique fait à plusieurs reprises référence aux „branches commerciales“ ou encore aux „branches commerciales principales“.

Les branches commerciales dont il est question sont actuellement définies par le règlement grand-ducal du 24 novembre 1997, lequel sera toutefois, en application de l'article 46 (1) du présent projet, abrogé.

La Chambre des Métiers se demande donc quelle définition des branches commerciales le Ministre entend appliquer lors de son appréciation des demandes particulières, l'interprétation de cette notion risquant de devenir purement arbitraire.

Enfin, elle entend relever que les éléments sur lesquels l'analyse des demandes d'autorisations particulières porte sont en grande partie déjà couverts par d'autres instruments existants (p. ex. dans le cas de l'établissement des PAG et PAP au niveau communal ou encore dans le cadre de l'adoption des plans sectoriels).

Il est plutôt curieux que la mise en place d'une instance complémentaire appelée à ré-analyser des éléments ayant déjà précédemment fait l'objet d'analyses dans le cadre d'instruments existants apporte une plus-value pour quiconque; au contraire, cette procédure risque tout simplement d'allonger les délais de planification et donc de réalisation du projet.

2.1. Article 36

Le présent article traite des dispositions permettant à un membre de la famille de continuer l'exploitation de l'entreprise en cas de décès, d'invalidité, d'incapacité de travail ou de retraite du dirigeant d'entreprise.

L'ouverture par rapport à l'actuel texte consiste à étendre le champ d'application de ces dispositions aux cas du simple départ à la retraite du dirigeant. S'agissant d'une revendication que la Chambre des Métiers a déjà formulée en 2001 dans ses propositions de réforme adressées au Ministre, la Chambre des Métiers soutient pleinement cette initiative.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre des Métiers ne peut accepter le projet de loi sous avis que sous réserve expresse de la prise en considération des observations formulées.

Luxembourg, le 6 octobre 2010

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN

