

Objet : Projet de règlement grand-ducal déterminant les modalités de l'instruction administrative prévue à l'article 28 de la loi d'établissement. (3665 LLA/EGE)

*Saisine : Ministre des Classes moyennes et du Tourisme
(1^{er} juillet 2010)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de règlement grand-ducal sous avis vise à exécuter l'article 28 du projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (ci-après le projet de la loi d'établissement) et abrogeant la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (ci-après « la loi du 28 décembre 1988 »). Il a pour objet de fixer les modalités de l'instruction administrative des demandes d'autorisation d'établissement.

Considérations générales

Les pièces et conditions requises en vue de l'obtention d'une autorisation d'établissement sont disséminées dans la loi du 28 décembre 1988 et y sont parfois évoquées de manière très générale. Ceci crée une insécurité juridique certaine pour les administrés, lesquels ne sont jamais fixés quant à la complétude de leur dossier. La Chambre de Commerce salue donc le fait que les pièces et renseignements requis pour une demande d'autorisation d'établissement soient énumérés au projet de règlement grand-ducal sous avis.

L'article 2 de la loi du 28 décembre 1988 dispose que l'autorisation d'établissement « est délivrée après une instruction administrative portant sur les conditions exigées par la présente loi et sur avis d'une commission, dont la composition et le fonctionnement sont déterminés par règlement grand-ducal ».

Le projet de règlement grand-ducal sous avis confie l'instruction des demandes d'autorisation d'établissement aux services du ministère des Classes moyennes et du Tourisme.

Le législateur n'a plus reconduit la commission consultative, en raison des exigences de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, laquelle proscrit la participation de représentants d'organisations professionnelles, piliers de cet organe consultatif sous l'empire de la loi du 28 décembre 1988. La Chambre de Commerce rejoint les auteurs du projet de règlement grand-ducal sous avis, en ce qu'ils argumentent dans l'exposé des motifs qu'à « défaut du concours de ces représentants, (...) la commission n'apporterait plus de plus value justifiant son existence, mais ralentirait inutilement la procédure administrative permettant d'octroyer l'autorisation d'établissement sollicitée par le postulant ».

Commentaires des articles

Le paragraphe 4 de l'article 2, intitulé « la preuve de l'honorabilité professionnelle » dispose que : « lorsqu'elles n'ont pas résidé au Grand-Duché de Luxembourg de manière continue depuis au moins 10 années, le dirigeant et les personnes visées à l'article 5(2) de la loi d'établissement fournissent un extrait du casier judiciaire émis par le ou les Etats où il a résidé les 10 années précédant la date de sa demande. Si l'Etat de résidence ne délivre pas d'extrait de casier judiciaire, une pièce équivalente ou un affidavit remplacent ce document.

Lorsqu'elles n'ont pas résidé au Grand-Duché de Luxembourg de manière continue depuis au moins 10 années, le dirigeant et les personnes visées à l'article 5(2) de la loi d'établissement fournissent encore, au choix, soit un certificat de non faillite émis par une autorité officielle compétente couvrant l'ensemble du territoire de l'Etat concerné, soit une déclaration de non faillite personnelle et en tant que dirigeant, illimitée dans le temps et dans l'espace, à effectuer sous serment par devant notaire ».

La Chambre de Commerce constate que l'exigence de fournir ces documents n'est prévue que dans le chef des personnes n'ayant pas résidé depuis au moins 10 ans et de manière continue au Grand-Duché de Luxembourg, alors que les personnes qui remplissent cette obligation n'ont aucun document à fournir. Cette différence de traitement n'est cependant en rien couverte par le projet de la loi d'établissement de sorte que le projet de règlement grand-ducal est illégal.

La Chambre de Commerce se pose ensuite la question si cette différence de traitement n'est pas contraire au principe de non-discrimination inscrit notamment à l'article 12 du traité CE et à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux.

La Chambre de Commerce réitère encore ses remarques faites dans le cadre de son avis sur le projet de la loi d'établissement précitée, à savoir que le ministre délivrant l'autorisation d'établissement ainsi que les services chargés de l'instruction administrative devraient dans le cadre de l'appréciation de l'honorabilité professionnelle s'en tenir aux décisions des juridictions pénales, seules compétentes en la matière. Si celles-ci estiment que l'infraction reprochée justifie la condamnation à une peine accessoire, à savoir à l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles, il appartient aux juridictions saisies de juger en ce sens. Si par contre elles décident qu'il n'y a pas lieu de condamner l'inculpé à une interdiction d'exercer certaines activités professionnelles, il n'appartient pas au pouvoir administratif de s'arroger un pouvoir judiciaire et de décider le contraire.

Il s'ensuit que l'honorabilité professionnelle devrait être analysée sur base des seuls extraits judiciaires des personnes concernées, mais pas sur base des certificats de non faillite, respectivement sur base des déclarations de non faillite. La Chambre de Commerce estime donc qu'il y a lieu de rayer la 2^{ème} phrase du paragraphe 4 de l'article 2 du projet de règlement grand-ducal sous avis.

A titre subsidiaire, la formulation : « soit une déclaration de non faillite personnelle et en tant que dirigeant (...) » n'est pas claire. Qu'entendent les auteurs par « faillite personnelle » ? En fait plusieurs interprétations sont possibles :

- Il peut s'agir du cas d'un débiteur ayant fait l'objet d'une procédure de règlement collectif des dettes en vertu de la loi du 8 décembre 2000 ;
- Il peut s'agir du cas d'un dirigeant d'une société en état de faillite, lequel a été personnellement déclaré en faillite en vertu de l'article 495 du Code de Commerce ;
- Il peut encore s'agir du cas d'un dirigeant ayant exercé une activité professionnelle en nom propre et qui a été déclaré en état de faillite pour cette activité.

A la lecture des dispositions du projet de la loi d'établissement précitée et du projet de règlement grand-ducal sous avis il semble évident que ses auteurs visent la 3^{ème} interprétation. En tout état de cause la Chambre de Commerce insiste sur le fait que, conformément à l'esprit même de la loi du 28 décembre 1988 et du projet de la loi d'établissement, seule l'honorabilité « professionnelle » soit analysée dans le cadre de l'instruction administrative.

La Chambre de Commerce insiste, à titre subsidiaire, que le paragraphe sous avis soit précisé en ce sens.

Les débuts des deux phrases du même paragraphe contiennent encore une erreur purement matérielle et devraient se lire comme suit : « lorsqu'ils (...) ».

Finalement la durée de 10 ans est calquée sur les dispositions de l'article 5 du projet de la loi d'établissement, lequel limite le délai de prescription des faits susceptibles de compromettre l'honorabilité professionnelle à 10 ans.

La Chambre de Commerce réitère ses observations faites dans son avis sur le projet de la loi d'établissement précitée, à savoir qu'elle regrette que ce délai ne coïncide pas avec les délais de prescription de l'action publique telle que fixée par les articles 635 et suivants du Code d'instruction criminelle. Si l'action publique se prescrit après dix ans en cas de crime, elle se prescrit après trois ans en cas de délit et après une année en cas de contravention.

Le paragraphe 5 du même article, traitant de la preuve de la qualification professionnelle, dispose que : « le demandeur, ou s'il s'agit d'une personne morale, le dirigeant, fournit les diplômes, certificats, titre de formation, ou toute autre pièce de nature à établir la qualification professionnelle requise pour l'activité par lui envisagée ».

La Chambre de Commerce a du mal à comprendre la différence opérée par les auteurs du projet de règlement grand-ducal sous avis entre le demandeur et le dirigeant.

En effet l'article 3 du projet de la loi d'établissement retient que : « l'entreprise qui exerce une activité visée à la présente loi désigne au moins une personne physique, le dirigeant, qui : (1) satisfait aux exigences de qualification et d'honorabilité professionnelles (...) ».

L'entreprise est définie dans le même projet de loi comme : « toute personne physique ou morale qui exerce, à titre principal ou accessoire, une activité économique visée à la présente loi ».

Le cadre sociétaire ou non de l'entreprise ne change dès lors en rien le fait que c'est toujours le dirigeant qui doit fournir les pièces et renseignements de nature à établir la qualification professionnelle requise pour l'activité envisagée.

La Chambre de Commerce propose dès lors de modifier le paragraphe 5 de l'article 2 de la manière suivante : « le dirigeant fournit les diplômes, certificats, titre de formation, ou toute autre pièce de nature à établir la qualification professionnelle requise pour l'activité par lui envisagée ».

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce n'est en mesure d'approuver le projet de règlement grand-ducal sous avis que sous réserve de la prise en compte des remarques formulées ci-avant.

LLA/EGE/PPA