



18 octobre 2010

AVIS I/65/2010

- relatif au 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 2006/36/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
- relatif au projet de règlement grand-ducal ayant pour objet :
 1. d'établir la liste et le champ d'application des activités artisanales prévues à l'article 12(1) de la loi du XX/XX/ réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant qu'à certaines professions libérales
 2. de déterminer les critères d'équivalence prévus à l'article 12(3) de la loi du XXXXX réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant ainsi qu'à certaines professions libérales
 3. d'abroger le règlement grand-ducal du 4 février 2005 déterminant le champ d'activité des métiers principaux et secondaires du secteur artisanal ;
 4. d'abroger le règlement grand-ducal du 4 février 2005 ayant pour objet d'établir une nouvelle liste des métiers principaux et secondaires, prévus à l'article 13(1) de la loi modifiée du 28 décembre 1988 ;
 5. d'abroger le règlement grand-ducal modifié du 15 septembre 1989 fixant les critères d'équivalences prévues à l'article 13 de la loi modifiée du 28 décembre 1988
- relatif au projet de règlement grand-ducal déterminant les modalités de l'instruction administrative prévue à l'article 28 de la loi d'établissement.
- relatif au projet de règlement grand-ducal déterminant la forme et le contenu du dossier de demande d'autorisation particulière ainsi que la composition et le fonctionnement de la commission d'équipement commercial, prévues à l'article 35 de la loi d'établissement.

..... AVIS

1. Ce projet, en transposant 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, a pour objet de fournir un nouveau cadre légal au droit d'établissement au Luxembourg. Ce faisant, il prévoit d'abroger la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

2. Le projet se compose d'un projet de loi et de trois projets de règlements grand-ducaux.

3. Rappelons que la directive services établit un cadre juridique général favorisant l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation des services, tout en désirant garantir un niveau de qualité élevé pour les services.

S'inscrivant dans le cadre de la « stratégie de Lisbonne », elle poursuit ainsi quatre objectifs principaux en vue de réaliser le marché intérieur des services :

- faciliter la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services au sein de l'UE;
- renforcer les droits des destinataires des services en tant qu'utilisateurs de ces services;
- promouvoir la qualité des services;
- établir une coopération administrative effective entre les États membres.

Elle s'applique de manière générale à tout service fourni contre rémunération économique (en dehors des exceptions prévues) tout en tenant compte de la spécificité de certaines activités ou professions.

Selon cette directive, les États membres doivent examiner et, le cas échéant, simplifier les procédures et formalités applicables pour accéder à une activité de services et l'exercer.

Pour faciliter la liberté d'établissement, la directive prévoit :

- l'obligation d'évaluer la compatibilité des régimes d'autorisation à la lumière des principes de non-discrimination et de proportionnalité et de respecter certains principes quant aux conditions et procédures d'autorisation applicables aux activités de services;
- l'interdiction de certaines exigences juridiques subsistant dans les législations de certains États membres et ne pouvant être justifiées, telles que les exigences de nationalité;
- l'obligation d'évaluer la compatibilité d'un certain nombre d'autres exigences juridiques à la lumière des principes de non-discrimination et de proportionnalité.

Afin de renforcer la libre prestation de services, la directive prévoit que les États membres doivent garantir le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur leur territoire. L'État membre dans lequel le prestataire de services se déplace ne pourra imposer le respect de ses propres exigences que pour autant que celles-ci soient non discriminatoires, proportionnées et justifiées pour des raisons relatives à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection de l'environnement.

4. Le présent projet de loi (no 6158) représente pour le Luxembourg la seconde phase de transposition de la directive services 2006/123/CE, la première ayant été réalisée avec le projet de loi no 6022 portant sur le volet libre prestation de services.

En sus de ces deux projets (6158 et 6022), d'autres modifications légales seront certainement encore nécessaires afin d'achever entièrement la transposition de la directive services. Une transposition correcte présuppose en effet un passage au crible de la législation nationale. Cet exercice de passage en revue « screening » de l'ensemble de la législation nationale applicable aux services a pour objectif d'identifier et de supprimer les restrictions à la liberté d'établissement et à

la libre prestation de services sur base des critères de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité établis par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Suivant l'article 39 de cette directive, tous les Etats membres doivent en effet passer en revue leur législation nationale sur les plans libre accès aux prestations de services ainsi qu'au libre droit d'établissement, pour en vérifier la compatibilité avec les dispositions européennes.

5. La CSL tient à faire remarquer, que dans son avis relatif au projet de loi no 6022, elle avait insisté pour être demandée en son avis quant au présent projet de loi.

Or elle n'a pas été saisie par le ministre compétent pour avis. Une fois de plus le rôle de la CSL n'est pas respecté. Or la directive services est un texte d'une importance fondamentale, dont la transposition est susceptible d'influer largement l'économie et le monde du travail national. La CSL aurait partant dû être demandée pour avis. Cela d'autant plus qu'à ce jour la Chambre des salariés est représentée dans les deux commissions prévues par la législation actuelle, dont la première avise les demandes d'autorisation d'établissement et la seconde les demandes d'autorisation particulière des grandes surfaces (commission d'équipement commercial). La CSL a par conséquent été obligée de procéder par auto saisine.

La CSL rappelle qu'il est nécessaire de fortifier les droits sociaux face à la directive services

6. Avant d'entamer l'analyse détaillée du projet de loi, la Chambre des salariés profite du présent projet de loi pour rappeler au législateur national qu'il est essentiel d'intervenir sur le plan européen pour fortifier les droits sociaux parallèlement à la mise en œuvre de plus en plus poussée des principes de libre prestation de services et de libre établissement.

7. La directive a pour finalité de favoriser l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que de la libre circulation des services.

8. Dans leur avis de 2005 relatif à la version consolidée du 10 janvier 2005 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, les syndicats-auteurs de cet avis, avaient demandé l'insertion d'une phrase à l'article 1 de la proposition de directive traitant de son objet, pour garantir que l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation se déroulent toujours dans le respect des droits et de la protection des travailleurs et des destinataires de services qui, en tout état de cause, doivent prévaloir.

9. A ce jour l'article 1 de la directive traitant de son objectif, précise que la directive ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent conformément à leur législation nationale respectant le droit communautaire.

Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale, ni l'exercice des droits fondamentaux tels que reconnus dans les États membres et par le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire.

10. Dans les considérants de la directive on peut en outre lire :

- En éliminant ces obstacles (à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement), il importe de veiller àun développement harmonieux, équilibré et

durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie et la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres (considérant no 1).

- Aussi est-il important de parvenir à créer un marché intérieur des services en veillant à préserver un équilibre entre l'ouverture du marché et la sauvegarde des services publics, des droits sociaux et des droits des consommateurs (considérant no 4).
- La présente directive tient également compte d'autres objectifs d'intérêt général, y compris la protection de l'environnement, la sécurité publique et la santé publique, ainsi que de la nécessité de se conformer au droit du travail (considérant no 7)
- Il importe également que la présente directive respecte pleinement les initiatives communautaires qui, fondées sur l'article 137 du traité, sont prises en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136 dudit traité concernant la promotion de l'emploi et l'amélioration des conditions de vie et de travail. (considérant no 13)
- La présente directive n'affecte pas les conditions d'emploi, y compris les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés payés annuels, les taux de salaire minimal, ainsi que la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, que les États membres appliquent dans le respect du droit communautaire; elle n'affecte pas non plus les relations entre partenaires sociaux, y compris le droit de négocier et de conclure des conventions collectives, le droit de grève et le droit de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire. La présente directive ne s'applique pas aux services fournis par les agences de travail intérimaire. La présente directive n'affecte pas la législation des États membres en matière de sécurité sociale (considérant no 14).
- La présente directive respecte l'exercice des droits fondamentaux applicables dans les États membres et tels que reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les explications qui l'accompagnent, et les concilie avec les libertés fondamentales énoncées aux articles 43 et 49 du traité. Ces droits fondamentaux incluent le droit de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire (considérant no 15).
- La présente directive ne traite pas du financement des services d'intérêt économique général et n'est pas applicable aux systèmes d'aides accordées par les États membres, en particulier dans le domaine social, conformément aux règles communautaires en matière de concurrence.(considérant no 17)
- La présente directive ne devrait pas couvrir les services sociaux dans les domaines du logement, de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État avec pour objectif d'assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées. Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive (considérant no 27).

- La présente directive ne porte pas sur le financement des services sociaux, ni le système d'aides qui y est lié. Elle n'affecte pas non plus les critères ou conditions fixés par les États membres pour assurer que les services sociaux exercent effectivement une fonction au bénéfice de l'intérêt public et de la cohésion sociale. En outre, elle ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en oeuvre dans les services sociaux des États membres (considérant no 28).

11. La CSL apprécie ces références aux valeurs sociales dans les considérants de la directive.

Elle constate néanmoins leur permanente soumission au « droit communautaire ».

12. Cela est encore confirmé par les récents développements jurisprudentiels (affaires Viking, Laval et Rüffert ; Commission contre Luxembourg affaire C 319-06). Ces affaires témoignent aussi bien du fait que les droits sociaux sont soumis aux libertés économiques, que du fait que le texte même d'une directive ou de ses considérants (en l'occurrence la directive détachement 96/71) n'est pas suffisant pour garantir les valeurs sociales.

Alors que l'article 3 point 10 de la directive 96/71/CE permet aux Etats membres d'imposer au-delà des règles minimales posées par la directive, leurs conditions de travail et d'emploi relevant de leur ordre public national, une analyse approfondie de ces affaires met néanmoins en évidence que le droit communautaire de la concurrence prime sur tout, y compris sur le droit social et sur le droit du travail national.

L'ordre public national, censé permettre aux Etats membres de déroger aux libertés de circulation communautaires pour protéger des intérêts fondamentaux qui leurs sont propres n'a ainsi plus le sens que l'on avait entendu lui donner à l'origine¹.

Le contrôle au fond que la CJUE opère sur les mesures étatiques d'ordre public, de sécurité publique et de moralité publique revient, à terme, à réduire à néant la marge d'action des Etats membres dans l'exercice de leurs pouvoirs de police. L'on pourrait presque y déceler une volonté des institutions communautaires de s'écarter de la lettre du Traité, et de ne plus autoriser ces derniers à déroger unilatéralement aux règles fondamentales sur lesquelles repose la Communauté.

Cette « communautarisation » de l'ordre public national via la jurisprudence de la CJUE semble avoir provoqué « un renversement de la hiérarchie des valeurs ».

13. Ainsi le recours à la notion d'ordre public ne permet aujourd'hui plus aux Etats membres de garantir le respect des droits sociaux que leur propre législation reconnaît comme étant fondamentaux sur leur propre territoire.

14. Seul moyen légal de garantir les droits sociaux, est de leur réserver une place concrète dans le traité, de les élever en principe, comme on l'a fait à l'origine avec les grands principes économiques de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services.

¹ L'inscription dans le Traité instituant la Communauté européenne (TUE) de l'exception d'ordre public (article 30 en matière de libre circulation des marchandises (article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) ; article 39.3. en matière de libre circulation des travailleurs (article 45 TFUE) ; article 46 en matière de liberté d'établissement (article 52 TFUE) ; article 55 en matière de libre prestation de services (par renvoi à l'article 46) (article 62 TFUE) ; article 58.1.b. en matière de libre circulation des capitaux (article 65 TFUE)) manifeste de la volonté originelle de laisser aux Etats membres un espace de liberté au sein duquel ils pourront sauvegarder, contre l'application des principes économiques, des valeurs fondamentales de leur société selon leur propre conception

L'heure est venue d'ôter au Traité sa nature exclusivement économique en le dotant d'un titre réservé aux droits sociaux, pendant nécessaire des droits économiques.

15. La CSL profite ainsi du présent projet de loi pour suggérer au Gouvernement national d'intervenir en ce sens auprès des instances européennes.

La CSL propose l'ajout d'un titre réservé aux droits sociaux dans le traité.

Seule la création d'une telle base légale, permettrait de conférer aux droits sociaux une réelle valeur juridique, obligeant la CJUE d'en tenir compte au même titre que les principes fondamentaux économiques.

16. En dehors de ces développements, la CSL ne peut qu'espérer que l'Europe et les Etats membres respecteront les droits sociaux fondamentaux lors de la mise en œuvre de la directive, conformément à ce qui est prôné par les considérants de la directive.

I. Analyse du projet de loi

1. Le droit d'établissement

17. La législation nationale en matière de droit d'établissement trouve son fondement dans l'article 11 (6) de la Constitution.

Suivant cet article « La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi. »

Les activités commerciale, artisanale, industrielle ainsi que les professions libérales d'architecte, d'ingénieur, d'expert-comptable, de conseil économique, de conseil en propriété industrielle et de géomètre sont soumises à l'autorisation d'établissement et nécessitent un droit d'établissement préalable.

C'est la loi du 28 décembre 1988 règlementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales qui régit l'accès aux activités soumises à l'agrément du ministre des Classes Moyennes et leur exercice.

A la loi de base de 1988 s'ajoutent certaines lois spéciales qui règlementent l'accès à certaines activités/professions spécifiques aussi soumises à l'autorisation du ministre des Classes Moyennes.

L'accès à toutes activités est donc obligatoirement et préalablement subordonné à l'obtention de l'autorisation d'établissement, pour laquelle l'accomplissement des conditions d'honorabilité et de qualification professionnelles est requis.

Si le critère de l'honorabilité ne varie pas en fonction de l'activité exercée, celui de la qualification professionnelle, qui est à chaque fois spécifique, doit cependant être déterminé pour chaque activité.

18. Le projet de loi maintient ces principes, mais met clairement en évidence les conditions à remplir par toute entreprise pour obtenir une autorisation d'exploitation lesquelles doivent être cumulativement remplies.

19. Le projet de loi définit l'« *entreprise* » comme étant toute personne physique ou morale qui exerce, à titre principal ou accessoire, une activité économique visée à la future loi.

Suivant le projet de loi, l'entreprise doit :

- disposer d'un établissement approprié;
- disposer de la qualification professionnelle requise pour l'exercice de l'activité envisagée;
- être professionnellement honorable.

Aussi l'entreprise qui exerce une activité visée à la future loi doit désigner au moins un dirigeant, personne physique, qui

- satisfait aux exigences de qualification et d'honorabilité professionnelles
- assure effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise
- a 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
- n'a pas accumulé, soit en nom propre, 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 ou du Centre commun de la sécurité sociale.

Suivant le commentaire des articles du projet de loi, la définition qu'il fournit pour le dirigeant de l'entreprise, reste propre et spécifique à la législation « droit d'établissement » et ne saurait être transposée à d'autres textes qui se réfèrent également au terme de « dirigeant ».

2. La notion d'établissement

20. Le projet de loi prévoit que l'entreprise doit disposer d'un établissement approprié. La notion d'établissement est reprise, pour la majeure partie, 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.

Comparé à la législation actuelle, le projet exige une installation matérielle. Les auteurs du projet de loi entendent ainsi entériner une jurisprudence du tribunal administratif de 2005.

En effet l'exigence d'une telle installation matérielle a été soulevée initialement par le Tribunal administratif dans son jugement du 2 février 2005, numéro de rôle 18301, où les juges ont estimé que « *L'établissement en droit européen est défini de la façon suivante: «fait, pour le ressortissant d'un Etat membre, d'entreprendre sur le territoire d'un autre Etat membre une activité non-salariée matérialisée par une installation et destinée dans l'esprit de son initiateur à prendre un caractère durable (ex. création ou acquisition d'une entreprise), par opposition à prestation de services».* [. . .] *L'exigence d'une l'installation matérielle est inhérente à la définition de l'établissement, de sorte à conditionner l'existence même du droit d'établissement. L'installation matérielle, même si celle-ci n'est pas expressément exigée par la loi d'établissement, étant donné qu'elle est inhérente à la définition même de l'établissement, constitue dès lors une condition à remplir afin de pouvoir exercer son droit à établissement, de sorte que le constat du défaut d'établissement constitue un motif de refus de l'autorisation d'établissement».*

Ainsi l'entreprise devra donc disposer d'un lieu d'exploitation fixe au Grand-Duché de Luxembourg avec :

- une installation matérielle appropriée, adaptée à la nature et à la dimension des activités poursuivies;
- une infrastructure comportant les équipements administratifs ainsi que les équipements et installations techniques nécessaires à l'exercice des activités poursuivies;
- un exercice effectif et permanent de la direction des activités;
- conservation de tous les documents relatifs aux activités, notamment tous les documents comptables et les documents relatifs à la gestion du personnel;
- la présence régulière du dirigeant.

Le projet de loi prévoit aussi qu'une domiciliation au sens de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés ne constitue pas un établissement au sens de la législation droit d'établissement.

3. La notion d'honorabilité professionnelle

21. Suivant la loi du 28 décembre 1988, l'autorisation d'établissement ne peut être accordée à une personne que si celle-ci présente, à côté des conditions de qualification professionnelle, les garanties nécessaires d'honorabilité professionnelle.

Comme la loi actuelle ne contient pas de définition précise de la notion d'honorabilité professionnelle, les juridictions administratives ont dû compléter la notion d'honorabilité professionnelle.

Le projet de loi vise ainsi à entériner la jurisprudence administrative et à clarifier la notion de l'honorabilité professionnelle.

Suivant le projet, la condition d'honorabilité professionnelle vise à garantir l'intégrité de la profession ainsi que la protection des futurs cocontractants et clients.

L'honorabilité professionnelle s'apprécie sur base des antécédents du dirigeant et de tous les éléments fournis par l'instruction administrative pour autant qu'ils concernent des faits ne remontant pas à plus de dix ans.

L'honorabilité professionnelle du dirigeant ne sera plus/pas intacte dans les cas suivants :

- le recours à une personne interposée ou l'intervention comme personne interposée dans le cadre de la direction d'une entreprise soumise à la présente loi;
- l'exercice d'une activité visée à la présente loi sans autorisation d'établissement;
- l'usage dans le cadre de la demande d'autorisation de documents ou de déclarations falsifiés ou mensongers;
- le défaut systématique de procéder aux publications légales requises par les dispositions légales relatives au registre de commerce et des sociétés ou le défaut de tenir une comptabilité conforme aux exigences légales;
- l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire;
- toute condamnation pénale du chef de : banqueroute simple ou frauduleuse; travail clandestin; violation des dispositions légales en matière de concurrence déloyale; violation des dispositions légales en matière de protection des consommateurs.
- pour les exploitants d'un débit de boissons, d'un établissement de restauration, d'un établissement d'hébergement, d'une entreprise de taxis et pour les organisateurs de spectacles à caractère érotique, toute condamnation pénale du chef d'infractions aux dispositions légales en matière de proxénétisme et d'exploitation de la prostitution d'autrui; d'infraction à la législation sur les stupéfiants; d'enlèvement et de prise d'otage; de viol et d'attentat à la pudeur; d'homicide volontaire et de coups et blessures volontaires à une peine d'emprisonnement sans sursis.

La décision administrative refusant ou révoquant à un administré l'autorisation d'établissement en raison d'un défaut d'honorabilité cesse ses effets au plus tard dix années après qu'elle lui a été notifiée.

22. Tout comme le texte actuel, le projet de loi prévoit en outre que lorsque le dirigeant a été impliqué dans une faillite ou une liquidation judiciaire, le ministre en sus des conditions habituelles, soumettre l'octroi de l'autorisation d'établissement à une formation en matière de gestion d'entreprise, formation dont les modalités sont à déterminer par règlement grand-ducal.

4. La notion de qualification professionnelle

4.1. Dans le commerce

Activité commerciale non autrement réglementée

23. Dans le régime légal actuel, l'accès à une activité commerciale est subordonné à des connaissances en matière de gestion d'entreprises. Cette condition est remplie soit par l'accomplissement d'un stage ne pouvant dépasser trois années, soit par l'accomplissement d'une formation initiale résultant de la possession d'un diplôme ou certificat de fins d'études universitaires ou d'enseignement supérieur, soit par l'accomplissement d'une formation accélérée, soit par la possession de pièces justificatives reconnues comme équivalentes.

Suivant le commentaire des articles du projet de loi, les exigences luxembourgeoises pour accéder à une activité commerciale dépassent de loin celles des pays limitrophes au Luxembourg.

Raison pour laquelle il est proposé d'abandonner cette approche.

Dorénavant, il est prévu que trois voies se présentent pour accéder à une activité commerciale non autrement réglementée :

le dirigeant de l'entreprise devra

- disposer d'un diplôme d'aptitude professionnelle au sens de la loi du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle (DAP : ancien CATP) ou d'un quelconque autre diplôme reconnu au moins comme équivalent

ou

- justifier de l'accomplissement d'une pratique professionnelle de trois années auprès d'une entreprise commerciale, artisanale ou industrielle établie

ou

- justifier de l'accomplissement avec succès de la formation accélérée organisée par la Chambre de commerce ou la Chambre des métiers ou toute formation considérée comme équivalente.

Les nouvelles dispositions ont pour finalité de permettre un accès plus large et plus généralisé aux activités commerciales.

Secteur HORECA

24. En ce qui concerne les activités de du secteur HORECA, le nouveau texte innove par rapport à la législation actuelle.

A ce jour les cafetiers, les restaurateurs et les hôteliers sont soumis à des conditions de qualification professionnelle bien distinctes.

Selon les auteurs du projet de loi, ces dispositions datent encore en partie des années soixante et ne correspondent plus à la réalité d'aujourd'hui. Les distinctions entre les trois activités (débit de boisson, restauration et hébergement) sont en train de s'estomper. Par ailleurs, des pratiques nouvelles, telles que la livraison à domicile, le « take out » ou le « fast food » ne cessent de gagner en popularité. Une modernisation des règles actuelles serait donc indispensable.

Selon le projet de loi, en ce qui concerne la qualification professionnelle requise pour accéder aux activités d'exploitant :

- d'un débit de boissons alcoolisées et non-alcoolisées,
- d'exploitant d'un établissement de restauration,
- d'exploitant d'un établissement d'hébergement,

deux éléments doivent être cumulativement réunis :

- remplir les conditions de qualification professionnelle requises pour l'accès à une activité commerciale de base ;
- accomplir une formation portant sur les règles générales d'hygiène des denrées alimentaires ainsi que sur les modalités de vérification du respect desdites règles avec succès. Le projet prévoit qu'un règlement grand-ducal déterminera les modalités d'exécution de cette formation. Néanmoins les personnes qui, dans le cadre de leur formation professionnelle ou académique (par exemple de cuisinier ou d'hôtelier etc.), ont déjà acquis des connaissances équivalentes pourront être dispensées de l'accomplissement de la formation portant sur les règles générales d'hygiène précitée.

Agents immobiliers, administrateurs de biens, syndics de copropriétés et promoteurs immobiliers

25. Dorénavant, l'accès aux professions de l'immobilier sera conditionné par l'accomplissement de deux conditions cumulatives :

- le professionnel de l'immobilier devra remplir les conditions de qualification professionnelle requises pour l'accès à une activité commerciale de base ;
- il devra accomplir avec succès la formation accélérée sur les professions de l'immobilier, organisée par la Chambre de commerce.

Gestionnaire d'un organisme de formation professionnelle continue

26. Les règles actuelles demeureront inchangées pour ces professionnels.

Ainsi l'exercice de l'activité de gestionnaire d'un organisme de formation professionnelle continue n'est autorisé que sur avis du ministre ayant la formation professionnelle dans ses attributions.

Organisateurs de spectacles à caractère érotique

27. Par rapport à la loi modifiée du 28 décembre 1988, la situation des organisateurs de spectacles à caractère érotique ne changera que très peu.

Sous la loi du 28 décembre 1988, l'accès à l'activité d'organisateur de spectacles à caractère érotique, qui est une activité commerciale, nécessite des connaissances en matière de gestion d'entreprises.

Pour les auteurs du projet de loi il est indispensable que cette exigence de connaissances en matière de gestion d'entreprises soit maintenue. Le cas échéant, il est même envisageable d'y intégrer également des cours sur le respect des droits de la personne.

Dorénavant, la qualification professionnelle de l'organisateur de spectacles à caractère érotique résultera de l'accomplissement avec succès d'une formation accélérée. Selon le commentaire des articles du projet de loi, le but sera de garantir que chaque titulaire d'une autorisation d'organisateur de spectacles à caractère érotique dispose de connaissances appropriées en matière de gestion d'entreprises.

Dans le passé, il s'était en effet avéré que de nombreux organisateurs de spectacles à caractère érotique n'appliquaient que très incomplètement les dispositions légales en matière de droit du travail, de sécurité sociale ou de droit d'établissement. Il était ainsi très fréquent que les danseuses n'avaient pas de contrat de travail, n'étaient pas affiliées à la sécurité sociale etc. Ce domaine d'activités était aussi régulièrement associé à la prostitution, le proxénétisme et même la traite des êtres humains.

La CSL estime qu'il serait fondamental d'intégrer dans la formation des organisateurs de spectacles à caractère érotique un volet sur les droits de la personne.

L'artisanat

28. L'article 13 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 prévoit que dans le secteur artisanal une liste des métiers principaux et secondaires est à établir par règlement grand-ducal.

Avec le projet de loi, cette liste des métiers devient désormais la liste des activités artisanales. Ce faisant les auteurs du projet de loi entendent découpler la formation au niveau du métier de l'accès à l'activité artisanale au niveau du droit d'établissement afin de ne plus avoir à organiser un brevet de maîtrise pour tout métier principal. Cette approche permettrait aussi de maintenir une offre de formation dans un métier qui n'existerait plus comme métier principal dans le cadre du droit d'établissement. Suite à ce découplage entre formation et droit d'établissement, la prétention à base du système actuel d'après laquelle la qualification (résultant d'un diplôme ou d'une pratique professionnelle) qui permet d'accéder à l'exercice d'une activité, doit obligatoirement couvrir l'ensemble des aspects de cette activité, devient caduque. Pour cette raison, il y a lieu de parler plutôt de l'exercice d'une "activité" que de l'exercice d'un « métier ».

Dans l'optique d'une présentation positive, il est proposé de remplacer la terminologie « métier principal/métier secondaire » par "activités liste A) et activités liste B) ».

La qualification professionnelle requise pour l'exercice d'une activité artisanale relevant de la liste A) résultera de la possession d'un brevet de maîtrise dont le programme couvre l'activité artisanale visée ou les parties essentielles de celle-ci.

La qualification professionnelle requise pour l'exercice d'une activité artisanale relevant de la liste B) résultera de la possession d'un DAP, soit d'une formation technique de trois années dont le programme couvre l'activité artisanale visée ou les parties essentielles de celle-ci.

Le projet de loi prévoit aussi la possibilité de déterminer par règlement grand-ducal des équivalences aux qualifications professionnelles exigées. Les équivalences qui seront déterminées par le règlement grand-ducal pourront résulter soit d'un diplôme, soit d'un degré d'expérience professionnelle, soit finalement d'une combinaison d'un diplôme associé à un certain degré d'expérience professionnelle.

L'autorisation d'établissement octroyée à un artisan comprendra comme à ce jour également le droit :

- de se livrer à une activité de commerce de biens et de produits en rapport avec l'activité artisanale exercée;
- d'accomplir dans le cadre de l'activité pour laquelle l'autorisation est délivrée, des travaux accessoires d'importance secondaire et ayant une connexité technique avec son activité.

Activités exercées aux foires, aux marchés et dans les lieux publics

29. Déjà à ce jour l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, lorsque ces activités se déroulent exclusivement aux foires et marchés, ne requièrent aucune qualification professionnelle particulière.

Dorénavant, le nouveau texte s'appliquera aux foires, aux marchés et aux lieux publics. Selon les auteurs du projet cette extension est utile et nécessaire. Les véritables foires et marchés tels qu'ils s'organisaient à l'époque sur les places communales deviennent de plus en plus rares. De nos jours, les ventes sur les parkings ou dans les mails des grandes surfaces et le commerce mobile (p.ex. les ventes de cacahouètes ou de barbe-à-papa sur des stands) sont devenus de plus en plus populaires. Raison pour laquelle le nouveau texte doit couvrir les activités en ces lieux.

Néanmoins pour les activités de vente ambulante, les dispositions spécifiques à la vente ambulante resteront applicables.

Même si le commerce aux foires, aux marchés ou dans les lieux publics ne nécessite aucune qualification spécifique, l'autorisation d'établissement ne sera délivrée que si le dirigeant de l'entreprise remplit les conditions d'honorabilité professionnelle requises.

L'autorisation d'établissement octroyée à un commerçant ou à un artisan comprendra le droit d'exercer la ou les activités autorisées aux foires, aux marchés ou dans les lieux publics.

Dans l'industrie

30. Le projet de loi maintient les principes actuels. Ainsi pour l'exercice des activités industrielles, aucune qualification professionnelle n'est requise. Néanmoins d'autres conditions et règles sont et seront à respecter.

Dans certaines professions libérales

31. Le projet de loi adapte les règles actuelles au processus de Bologna.

Ainsi les bachelors et masters prévus par le processus de Bologna seront des grades, alors que les anciennes maîtrises ou licences, telle qu'elles existaient à l'époque, seront des diplômes.

En ce qui concerne les exigences de qualification, suivant les nouvelles dispositions, la possession d'un grade ou d'un diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat du siège de l'établissement et sanctionnant l'accomplissement avec succès d'un bachelor/master ou de son équivalent sera nécessaire. Principalement un grade de bachelor ou de master sera requis. Alternativement, les anciens diplômés tels que la licence ou la maîtrise, pour autant qu'ils soient considérés comme équivalents au bachelor/master, sont également acceptés.

L'architecte

32. Désormais, l'accès à la profession libérale d'architecte requiert un master en architecture et l'accomplissement d'une pratique professionnelle de deux ans auprès d'un professionnel de la branche.

La durée du stage pratique est donc augmentée d'un an.

L'ingénieur de la construction

33. L'accès à la profession libérale d'ingénieur de la construction requiert un master en ingénierie de la construction et l'accomplissement d'une pratique professionnelle de deux ans auprès d'un professionnel de la branche. La durée du stage pratique est donc augmentée d'un an.

L'urbaniste/aménageur

34. La profession de l'urbaniste/aménageur n'existe pas encore dans la loi de 1988. Le projet de loi détermine ainsi pour la première fois les exigences de qualification professionnelle requises pour l'accès à cette nouvelle profession.

L'accès à la profession libérale d'urbaniste/aménageur demandera un master en urbanisme ou en aménagement du territoire et l'accomplissement d'une pratique professionnelle de deux ans auprès d'un professionnel de la branche.

L'architecte paysagiste

35. L'accès à la profession libérale d'architecte paysagiste requiert un master en architecture du paysage. Les règles restent donc fondamentalement les mêmes.

L'architecte d'intérieur

36. Pour la profession libérale d'architecte d'intérieur, un bachelor en architecture d'intérieur est requis. Les conditions d'accès des architectes d'intérieur restent donc les mêmes que celles exigées par la loi modifiée du 28 décembre 1988.

L'ingénieur indépendant

37. Désormais, l'accès à la profession libérale d'ingénieur indépendant requiert un master en ingénierie. La dénomination de la spécificité académique suivra la désignation « Ingénieur en ».

L'expert-comptable

38. Au niveau de la qualification académique, l'accès à la profession libérale d'expert comptable sera conditionné par l'accomplissement d'un grade de bachelor en études économiques, financières, ou de gestion. Les dispositions projetées sont reprises de la loi actuelle.

Le comptable

39. Les règles prévues restent identiques aux règles actuelles.

La qualification professionnelle requise pour accéder à la profession de comptable résulte de la possession d'un diplôme de fin d'études secondaires techniques ou de technicien, division administrative et commerciale, conformément à la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue, ou être détenteur de pièces justificatives dont il ressort qu'il est titulaire de diplômes équivalents.

Les preuves de qualification susmentionnées devront être complétées par l'accomplissement d'une pratique professionnelle de trois années dans la branche, dont une année au moins auprès d'un comptable, d'un expert-comptable ou d'un réviseur d'entreprises dûment établi; cette pratique professionnelle d'une durée de trois années doit être effectuée postérieurement à l'obtention des diplômes requis.

Le ministre peut dispenser partiellement ou totalement les postulants de l'accomplissement de la pratique professionnelle sur présentation de pièces justificatives considérées comme équivalentes à déterminer par règlement grand-ducal.

Les preuves de qualification et d'accomplissement de la pratique professionnelle devront être complétées par la preuve de la réussite à un test d'aptitude portant sur le droit fiscal luxembourgeois, le droit commercial luxembourgeois, la comptabilité commerciale, le droit du travail et de la sécurité sociale luxembourgeoise, la taxe sur la valeur ajoutée et l'analyse financière. Les modalités du test d'aptitude seront précisées par règlement grand-ducal.

Le ministre peut dispenser partiellement ou complètement les postulants du test d'aptitude sur base de pièces justificatives à déterminer par règlement grand-ducal.

Le conseil

40. L'activité du « conseil » est nouvelle.

Suivant les auteurs du projet de loi, il est nécessaire de fixer les règles d'accès à cette activité pour les raisons suivantes :

La loi modifiée du 28 décembre 1988 ne considère pas spécifiquement certaines activités pour lesquelles une qualification académique était requise. Ainsi, les personnes qui veulent exercer ces genres d'activités ne peuvent généralement pas obtenir une des autorisations prévues à l'article 19(1) de la loi modifiée du 28 décembre 1988, soit parce qu'elles ne remplissent pas les conditions de qualification requises pour l'exercice de ces professions, soit parce que l'activité envisagée ne s'insère pas dans le champ d'activité des professions respectives.

Ces professionnels sont ainsi obligés de se contenter le plus souvent avec une autorisation d'établissement pour l'exercice d'une activité commerciale. Cette solution est souvent très insatisfaisante pour les personnes concernées.

Ainsi par exemple, le titulaire d'une licence ou d'une maîtrise en informatique qui n'a pas la qualité d'ingénieur en informatique ne peut pas obtenir l'autorisation d'établissement d'ingénieur indépendant en informatique. S'il veut fournir des conseils en informatique, il est obligé de se rabattre sur l'autorisation d'établissement pour l'exercice d'une activité commerciale. Or, ceci pose plusieurs problèmes: D'une part, malgré son diplôme universitaire, il est très fréquent qu'une telle personne ne remplisse pas les conditions de qualification professionnelle requises pour l'exercice d'une activité commerciale. En effet, depuis la loi du 9 juillet 2004, l'accès à une activité commerciale était conditionné à des connaissances en matière gestion d'entreprises. Souvent les personnes précitées se trouvent dans l'impossibilité d'en rapporter la preuve. D'autre part, les activités envisagées, même si elles sont considérées comme des activités économiques, ne rentrent très souvent pas dans le champ de définition d'une activité commerciale au sens stricte.

Finalement, même si elles parviennent à remplir les conditions de qualification requises pour l'exercice d'une activité commerciale, les personnes précitées, malgré leurs connaissances techniques très poussées, éprouvent très souvent d'énormes difficultés à être acceptées dans le cadre d'appels d'offres, alors que l'autorisation d'établissement libellée commerce est généralement jugée comme insuffisante.

Le projet de loi a ainsi pour objectif de remédier à ce genre de problèmes en créant la profession libérale des « Conseils en + spécialité ».

La nouvelle profession libérale des conseils concerne toutes les activités libérales non autrement réglementées, qui consistent à fournir des services et des conseils relevant d'un secteur d'activité spécifique et à haute qualification ainsi que toutes les prestations de services annexes ou complémentaires.

La qualification professionnelle des conseils résultera de la possession d'un grade ou diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat du siège de l'établissement et sanctionnant l'accomplissement avec succès d'un bachelor ou de son équivalent. La dénomination de la spécificité académique sera précédée par la désignation « Conseil en ».

Ainsi, le titulaire d'une maîtrise scientifique en informatique pourra désormais se voir délivrer une autorisation de conseil en informatique. Par contre, le titulaire d'une maîtrise en droit ne saurait se faire délivrer une autorisation de conseil juridique alors que cette activité est spécifiquement réglementée par un autre texte.

Il en serait de même du psychothérapeute qui relève des professions de santé.

Un docteur en physique pourra cependant devenir conseil en physique etc ...

Mais toutes les activités libérales qui sont déjà réglementées par d'autres textes (p.ex. les avocats, les réviseurs d'entreprises, les médecins et les autres professions de santé, les experts-comptables etc.) sont exclues des présentes dispositions.

Le conseil économique

41. Les règles d'accès à la profession libérale de conseil économique restent inchangées : grade ou diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat du siège de l'établissement et sanctionnant l'accomplissement avec succès d'un bachelors en études économiques, financières, de gestion, de droit des affaires, ou de son équivalent.

Le conseil en propriété industrielle

42. En dehors de la réussite à l'examen européen de qualification prévu à l'article 134 de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, remplacé par un stage de trois ans (et non plus d'un an), les règles d'accès à cette activité restent inchangées. L'accès à cette activité sera donc conditionné par l'obtention d'un master en études juridiques, scientifiques ou techniques ou de leur équivalent.

Le géomètre

43. La qualification professionnelle requise pour accéder à la profession de géomètre résulte de la possession d'un grade ou diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat du siège de l'établissement et sanctionnant l'accomplissement avec succès d'un bachelors en géodésie, topographie, cartographie, photogrammétrie, ou en géomatique ou de leur équivalent.

En dehors de l'adaptation aux exigences du processus de Bologna, les règles d'accès à l'exercice de ces activités restent inchangées.

Comme à ce jour, les diplômes et certificats d'enseignement supérieur visés ci-dessus doivent être inscrits au registre des diplômes prévu par la loi du 17 juin 1963 ayant pour objet de protéger les titres d'enseignement supérieur.

5. La procédure administrative

5.1. La demande d'autorisation d'établissement

Demande préalable

44. Toute entreprise peut obtenir sur demande, une autorisation d'établissement La demande d'autorisation d'établissement reste préalable au droit d'établissement.

L'autorisation d'établissement est délivrée par le ministre après une instruction administrative. Les modalités de l'instruction administrative, tels que les pièces à produire, seront déterminées par règlement grand-ducal. (voir point 3.2.)

Suppression de la commission consultative

45. A ce jour l'enquête administrative est suivie d'un avis d'une commission consultative composée, entre autres, de représentants des chambres professionnelles.

Cette étape sera supprimée étant donné que l'article 14 (6) de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur pose l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs

concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'*adoption* d'autres décisions des autorités compétentes comme une exigence interdite.

A ce jour cette commission est composée de représentants de ministères et de représentants des chambres professionnelles.

L'article 14.6 de la directive services interdit en effet l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents dans la procédure d'autorisation, mais à l'exception des ordres et associations professionnels ou autres organisations qui agissent en tant qu'autorité compétente. Au vu de ces exceptions, la CSL se demande si cette commission ne pourrait pas être maintenue telle quelle. Cela d'autant plus qu'en ce qui concerne la demande d'autorisation particulière des grandes surfaces, la commission d'équipement commercial est maintenue par les auteurs du projet. Or celle-ci prévoira aussi les représentants de la chambre de commerce et des métiers comme membres.

La CSL demande en tout cas le maintien d'une commission pour aviser les demandes individuelles d'autorisation d'établissement et demande expressément à en faire partie. Rien ne s'oppose en effet à ce que des représentants de la Chambre des salariés en fassent partie, ceux-ci ne pouvant aucunement être considérés comme opérateurs concurrents au sens de la directive.

Or il est important pour la CSL de pouvoir aviser ces demandes, les nouveaux établissements créés étant les futurs employeurs de ses ressortissants.

Pour chaque succursale il faut une autorisation

46. L'autorisation d'ouverture de succursales est accordée aux entreprises artisanales et commerciales légalement établies qui en font la demande. Chaque établissement doit disposer d'une autorisation d'établissement. A ce jour une seule autorisation peut couvrir une à cinq succursales.

Révocation de l'autorisation

47. Le ministre peut révoquer l'autorisation d'établissement pour les motifs qui en auraient justifié le refus. Ces dispositions sont reprises de la loi modifiée du 28 décembre 1988.

Si, après que l'autorisation d'établissement a été délivrée, l'une des exigences légales devait soudainement faire défaut, l'autorisation pourra être révoquée.

Nouvelle autorisation

48. Sont soumis à une nouvelle autorisation :

- a) le changement ou l'extension à apporter à l'objet de l'entreprise;
- b) le changement des dirigeants de l'entreprise;
- c) le changement de l'établissement de l'entreprise;
- d) la modification de la dénomination de l'entreprise;
- e) la modification de la forme juridique de l'entreprise.

Perte de validité de l'autorisation

49. L'autorisation perd sa validité en cas de :

- a) défaut d'utilisation pendant plus de deux ans à partir de la date d'octroi;
- b) cessation volontaire de l'activité pendant plus de deux ans;
- c) mise en liquidation judiciaire;
- d) jugement déclaratif de faillite;
- e) décès de son dirigeant.

Départ inopiné du gérant

50. En cas de départ inopiné du dirigeant, une autorisation provisoire, valable pour une durée maximale de six mois, peut être accordée, afin de permettre l'engagement d'un nouveau dirigeant remplissant les exigences visées à l'article 3. L'autorisation provisoire peut être renouvelée une seule fois, pour une durée maximale de six mois.

Ces règles s'alignent en majeure partie sur la formulation telle qu'elle existe à ce jour.

Néanmoins, le nouveau texte prévoit la possibilité d'accorder une autorisation provisoire dont la durée pourra varier suivant les besoins du cas d'espèce. L'autorisation provisoire, qu'il s'agisse de celle accordée pour la première fois ou qu'il s'agisse de la seconde, ne pourra jamais dépasser les 6 mois.

Groupes de sociétés

51. Le projet de loi prévoit la création de nouvelles dispositions spécifiques pour les groupes de sociétés. Désormais, les prestations qui sont fournies par des sociétés à d'autres sociétés appartenant au même groupe ne requièrent plus d'autorisation d'établissement.

Dès que ce cadre sera dépassé, notamment par la fourniture de services à des personnes tierces au groupe, une autorisation d'établissement sera obligatoirement requise.

5.2. Les délais

52. Transposant certaines dispositions des directives 2005/36/CE et 2006/123/CE, le projet de loi prévoit des délais précis et transparents pour le traitement d'un dossier de demande d'autorisation. Aussi dorénavant, le principe bien établi suivant lequel le silence prolongé de l'administration valait refus est remplacé par celui de l'accord tacite. En d'autres termes, si l'administration n'aura pas pris de décision d'octroi ou de refus endéans les délais prévus, l'administré pourra considérer que l'administration a tacitement marqué son accord à la demande d'autorisation.

Le texte prévoit ainsi que le ministre accuse réception du dossier de l'entreprise endéans un mois à compter de sa réception et l'informe de tout document manquant.

L'accusé de réception indiquera les délais visés au présent article, les voies de recours et l'indication que l'absence de décision dans les délais impartis vaudra autorisation tacite.

La procédure d'instruction de la demande d'autorisation d'établissement est achevée dans les plus brefs délais et sanctionnée par une décision dûment motivée du ministre, au plus tard endéans les trois mois de la réception du dossier complet.

L'absence de décision dans les délais impartis vaudra donc autorisation tacite. Les décisions ministérielles de refus et de révocation sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions administratives.

6. Les grandes surfaces

53. Suivant le commentaire des articles du projet de loi, les dispositions de l'article 12 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 relatives aux grandes surfaces, plus particulièrement celles relatives au test économique et à la participation des représentants des fédérations patronales à la commission de l'équipement commercial, s'avèrent incompatibles avec les dispositions de l'article 14 de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur.

Afin de transposer correctement les dispositions de cette directive, les dispositions relatives aux grandes surfaces doivent donc être modifiées.

Le principe d'une autorisation particulière est néanmoins maintenu.

Alors que le test économique est simplement abrogé, les règles en matière d'enquête administrative sont modifiées.

Le but de l'enquête reste de veiller à ce que les exigences d'aménagement du territoire et de la qualité de l'urbanisme soient respectées.

Les projets de grandes surfaces doivent aussi contribuer au rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités en centre-ville et dans les zones urbaines. D'où les critères d'évaluation suivants :

- l'effet du projet, compte-tenu de son type d'offre commerciale, sur la structuration de la centralité nationale et régionale ;
- l'effet du projet sur les flux de transport et son insertion dans les réseaux de transports collectifs. Le projet doit comporter un concept de service minimal en matière de transports collectifs, permettant un accès facile et rapide au site ;
- la conformité du projet au cadre législatif et réglementaire en matière d'aménagement du territoire et en particulier sa conformité au plan directeur sectoriel « zones d'activités économiques.

Dans le cadre d'une concurrence loyale, les surfaces commerciales doivent également contribuer à la modernisation des équipements commerciaux, à leur adaptation à l'évolution des modes de consommation et des techniques de commercialisation, au confort d'achat du consommateur et à l'amélioration des conditions de travail des salariés. Afin de pouvoir contrôler qu'un projet de grande surface satisfait à ces objectifs, les critères suivants sont introduits :

- la prévention de pratiques commerciales déloyales;
- les intérêts des consommateurs.

Afin d'être conforme aux exigences de la directive 2006/123/CE, il faut adapter les critères d'appréciation que la commission d'équipement commercial devra appliquer.

Dorénavant, la commission disposera donc de cinq critères d'appréciation lorsqu'elle statuera sur les dossiers de demande d'autorisation particulière :

- l'effet du projet sur l'animation de la vie urbaine et rurale;
- l'effet du projet sur les flux de transport et son insertion dans les réseaux de transports collectifs;
- l'insertion du projet dans les concepts gouvernementaux d'aménagement du territoire et en particulier sa conformité au plan directeur sectoriel « zones d'activités économiques »;
- la prévention de pratiques commerciales déloyales;
- la protection des intérêts des consommateurs.

Selon les auteurs du projet de loi, ces critères et cette enquête de conformité seraient compatibles avec l'article 14(5) de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur.

La composition de la commission de l'équipement commercial sera en outre adaptée afin de satisfaire aux exigences posées par la directive 2006/123/CE. Elle sera fixée par règlement grand-ducal.

7. La transmission de l'entreprise

54. Les conditions dans lesquelles une entreprise commerciale ou artisanale peut être transmise en cas de décès, d'invalidité professionnelle, d'incapacité dûment constatée ou de départ à la retraite du dirigeant est légèrement libéralisé par rapport aux règles actuelles.

Ainsi il est prévu qu'en cas de décès, d'invalidité professionnelle, d'incapacité dûment constatée ou de départ à la retraite du dirigeant d'une entreprise relevant du secteur commercial ou d'une activité artisanale énoncée au volet B) de la liste des métiers, l'autorisation d'établissement peut être transférée au conjoint, à un descendant, à un ascendant, à un collatéral ou allié jusqu'au troisième degré et ce sans autres conditions de qualifications.

Pour les activités artisanales relevant de la liste A), les exigences de la loi modifiée du 28 décembre 1988 seront maintenues. Ce maintien se justifie d'une part par le fait que ces activités requièrent des connaissances techniques plus poussées et, d'autre part, par l'aspect santé et sécurité qui est plus important.

Ainsi en cas de décès, d'invalidité professionnelle, d'incapacité dûment constaté ou de départ à la retraite du dirigeant d'une entreprise relevant d'une activité artisanale énoncée à la partie A) de la liste des activités artisanales:

- le conjoint ou l'ascendant, appelé à la tête de l'entreprise artisanale, peut être autorisé à en continuer l'exploitation, à charge d'y occuper dans un délai de deux années, un préposé remplissant les conditions légales requises;
- l'autorisation d'établissement peut être transférée à titre provisoire au conjoint, à un descendant, à un ascendant, à un collatéral ou allié jusqu'au troisième degré, à charge pour cette personne d'acquiescer dans un délai de cinq ans la qualification requise pour le métier exercé par l'entreprise. Si cette activité ne peut être exercée qu'à condition que celui qui l'exerce passe avec succès l'examen de maîtrise ou justifie d'une formation professionnelle équivalente, le délai commence à courir à partir de l'âge de vingt et un ans. A défaut de produire le brevet de maîtrise ou en cas de non-justification de la qualification professionnelle équivalente dans le délai imparti, l'autorisation provisoire cesse ses effets.

La CSL s'interroge quant à la justification du point de départ du délai de 5 ans fixé aux 21 ans du détenteur du titre provisoire. La condition des 21 ans vient en effet d'être supprimée dans la loi du 11 juillet 1996 portant organisation d'une formation menant au brevet de maîtrise et fixation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise par une récente loi du 29 juin 2010 en ce qui concerne les conditions d'accès aux épreuves sanctionnant le brevet de maîtrise.

8. Le droit à la libre prestation de services

55. Le principe déjà posé à l'article 20 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 selon lequel les prestations de services relevant d'une activité commerciale ou d'une profession libérale ne requièrent pas d'autorisation préalable au sens de la directive 2005/36/CE et s'effectuent donc tout à fait librement, est maintenu par le projet de loi.

Ainsi toute entreprise établie dans un pays membre de l'UE peut fournir occasionnellement et temporairement des prestations de services au Luxembourg. Afin de transposer correctement les directives 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et 2006/123/CE relatives aux services dans le marché intérieur, des précisions sur la façon dont le caractère temporaire et occasionnel de la prestation de services est à apprécier, sont ajoutées aux règles actuelles.

Ainsi le caractère temporaire et occasionnel de la prestation s'appréciera au cas par cas, notamment en fonction de la durée de la prestation, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité.

Le principe que les prestations de services relevant des activités artisanales requièrent, conformément à la directive 2005/36/CE, une déclaration préalable auprès du ministre, est maintenu. Le détail de cette procédure est réglé par la loi du 19 juin 2009 qui transpose ladite directive.

II. Analyse des règlements grand-ducaux

56. Trois projets de règlements grand-ducaux accompagnent le projet de loi.

1. **Projet de règlement grand-ducal ayant pour objet d'établir la liste et le champ d'application des activités artisanales prévues à l'article 12(1) du projet de loi, de déterminer les critères d'équivalence prévus à l'article 12(3) du projet de loi, d'abroger le règlement grand-ducal du 4 février 2005 déterminant le champ d'activité des métiers principaux et secondaires du secteur artisanal ; d'abroger le règlement grand-ducal du 4 février 2005 ayant pour objet d'établir une nouvelle liste des métiers principaux et secondaires, prévus à l'article 13(1) de la loi modifiée du 28 décembre 1988 ; d'abroger le règlement grand-ducal modifié du 15 septembre 1989 fixant les critères d'équivalences prévues à l'article 13 de la loi modifiée du 28 décembre 1988**

57. Suivant les auteurs du projet, le cadre national actuel est en décalage par rapport aux réalités: Il s'avèrerait dans la pratique que le cadre législatif national soit souvent trop exigeant ou trop rigide au niveau de l'accès à certains métiers. Ainsi il serait par exemple difficilement justifiable que certains métiers soient considérés comme métiers principaux avec la qualification afférente requise pour s'établir. Pour cette raison, il est proposé de poursuivre la politique de déclassements de métiers principaux en métiers secondaires.

Aussi les délimitations entre les différents métiers ne seraient pas toujours adaptées et il y aurait certaines interférences entre métiers dans le cadre de la liste des métiers.

De fait les entreprises transgresseraient en outre les limites posées par le droit d'établissement. D'autre part encore, certains champs d'activité ne correspondraient plus aux réalités du métier.

En outre le cadre européen serait plus libéral que le cadre national. Ainsi la nouvelle directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles (2005/36/CE), pose des règles d'accès moins exigeantes aux métiers, comparé aux règles nationales. D'où un risque de discrimination à rebours des résidents.

Au vu de ces arguments, le législateur national se voit ainsi contraint de revoir la liste des activités artisanales.

A ce jour la liste compte 162 métiers, dont 71 métiers principaux et 91 métiers secondaires. Le projet prévoit 33 activités de la liste A) et 63 activités de la liste B), soit en tout 96 activités artisanales.

Le projet de règlement fixe aussi les critères d'équivalence pour les activités artisanales relevant de la liste A). L'accès aux activités artisanales relevant de la liste A) est ainsi largement facilité.

L'article 12 du projet de loi d'établissement conditionne l'accès à une activité artisanale relevant de la liste A) au brevet de maîtrise dans la branche.

Le projet de règlement détermine trois voies alternatives pour accéder à un métier relevant de la liste A) :

- Les titulaires d'un grade ou diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat de siège de l'établissement et sanctionnant l'accomplissement avec succès d'un bachelor ou de son équivalent peuvent, sous certaines conditions accéder à un métier relevant de la liste A). Si les programmes d'études de leur diplôme couvrent les parties essentielles de l'activité artisanale visée à la liste A), l'équivalence est intégrale et sans autres conditions. Si les programmes d'études ne couvrent que partiellement l'activité artisanale visée à la liste A), l'accès à cette activité est conditionné à l'accomplissement d'une pratique professionnelle d'un an dans l'activité artisanale pour laquelle l'autorisation est sollicitée ou dans une partie essentielle de celle-ci. Si les programmes d'études ne couvrent pas du tout l'activité artisanale visée à la liste A), l'accès à cette activité est conditionné à l'accomplissement d'une pratique professionnelle de deux ans dans l'activité artisanale pour laquelle l'autorisation est sollicitée ou dans une partie essentielle de celle-ci. La pratique professionnelle qui pourra être exigée devra consister en une occupation régulière à plein temps auprès d'une entreprise exerçant légalement l'activité artisanale visée et permettant l'acquisition d'une expérience pratique dans cette activité ou dans les parties essentielles de celle-ci.
- Les titulaires d'un diplôme d'aptitude professionnelle au sens de la loi du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle ou de tout autre titre de formation reconnu équivalent, peuvent également accéder un métier relevant de la liste A) à condition d'avoir travaillé au moins six années, en fonctions dirigeantes, dans l'activité artisanale pour laquelle l'autorisation est sollicitée ou dans une partie essentielle de celle-ci. Pour être prise en compte, l'expérience professionnelle doit avoir été accomplie après l'obtention du DAP. La définition des fonctions dirigeantes a été reprise de la directive 2005/36/CE. Cet accès par le DAP et une expérience professionnelle de six années remplacera l'article 5 du règlement grand-ducal du 15 septembre 1989 qui permet l'accès à un métier principal aux titulaires d'un diplôme de fin d'études secondaires s'ils disposent également d'une expérience professionnelle de six années en fonctions dirigeantes.

Selon le commentaire des articles du projet, la nouvelle disposition, qui s'inspire de la « Altgesellenreglung », telle qu'elle existe en Allemagne, permet d'éliminer partiellement les discriminations à rebours qui existaient jusqu'à présent à l'égard des résidents luxembourgeois au niveau de l'accès aux métiers principaux. Ainsi, jusqu'à présent, un titulaire d'un CATP était dans l'impossibilité absolue d'exercer un métier principal, s'il n'accomplissait pas au préalable son brevet de maîtrise. Par contre, les personnes qui rentrent dans le bénéfice de la directive 2005/36/CE peuvent accéder à un métier principal, soit si elles rapportent la preuve qu'elles ont travaillé six années en fonctions dirigeantes dans ce domaine dans leur pays d'origine, soit, au cas où elles disposent d'une formation préalable de trois ans, si elles rapportent la preuve qu'elles ont travaillé trois années en fonction dirigeante dans ce domaine.

- Les personnes qui possèdent déjà une autorisation d'établissement pour l'exercice d'une activité relevant de la liste A) peuvent obtenir une autorisation d'établissement pour l'exercice d'une activité techniquement connexe, relevant de la liste A), s'ils ont travaillé trois années dans cette activité ou dans une partie essentielle de celle-ci. Pour être prise en compte, l'expérience professionnelle doit avoir été accomplie après l'obtention de l'autorisation d'établissement pour le premier métier.

L'accès aux activités artisanales relevant de la liste B) (les anciens métiers secondaires) reste inchangé. L'accès aux activités relevant de la liste B) se fait soit par un DAP dans la branche, soit par la preuve d'une expérience professionnelle de trois années dans la branche respective et de connaissances en matière de gestion d'entreprises.

2. Projet de règlement grand-ducal déterminant les modalités de l'instruction administrative prévue à l'article 28 du projet de loi

58. Alors que la loi d'établissement du 28 décembre 1988 prévoit 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 loi prévoit dans son article 28 que l'autorisation d'établissement est délivrée par le ministre après une instruction administrative, dont les modalités sont prévues par règlement grand-ducal.

Le projet de loi ne prévoit plus la commission consultative dont la composition est dans la législation actuelle fixée par règlement grand-ducal.

L'instruction administrative

Le projet de règlement grand-ducal prévoit les conditions précises de l'instruction administrative.

Ainsi, aux fins de l'instruction administrative, les services du Ministère demandent, au besoin, au demandeur de fournir toutes les pièces nécessaires au regard de l'activité envisagée et des particularités entourant sa demande. Chaque demande comprendra cependant obligatoirement au moins les renseignements et pièces suivants, à fournir par le demandeur :

- l'identité du demandeur,
- la description des activités sollicitées,
- l'indication des activités exercées antérieurement,
- la preuve de son honorabilité professionnelle,
- la preuve de la qualification professionnelle,
- la preuve de l'établissement,
- la preuve du paiement de la taxe administrative.

Suppression de la commission consultative

En outre, le législateur n'a pas reconduit la commission consultative ministérielle, notamment en raison des exigences de la directive « Services » 2006/1123/CE, qui proscriit la participation de représentants d'organisations professionnelles, piliers et véritable justification de cet organe consultatif sous l'empire de l'ancien régime.

Or, à défaut du concours de ces représentants, et en présence de conditions d'accès à la profession précisées, 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.

3. Projet de règlement grand-ducal déterminant la forme et le contenu du dossier de demande d'autorisation particulière ainsi que la composition et le fonctionnement de la commission d'équipement commercial, prévues à l'article 35 du projet de loi

59. La loi actuelle prévoit la nécessité d'une autorisation particulière pour les projets de surface commerciale dépassant 2000 m² de surface de vente ainsi que le recours obligatoire à une étude de marché.

Alors que la directive « Services » interdit purement et simplement les tests économiques, l'étude de marché, qui constitue depuis 1988 l'instrument privilégié dans le régime luxembourgeois afin de cristalliser cette notion d'équilibre de la distribution voulue par le législateur, ne peut plus être exigée.

La même directive interdit encore aux représentants de chambres professionnelles ou de groupes d'intérêt d'être membres d'organes consultatifs comme la commission d'équipement commercial.

Le projet de règlement regroupe ainsi les dispositions contenues à ce jour dans les deux règlements du 24 novembre 1997 (forme et contenu de la demande d'autorisation particulière) et du 9 janvier 1998 (composition de la commission d'équipement commercial) en les adaptant et en les simplifiant lorsque cela s'avère possible.

Il prévoit les pièces et renseignements nécessaires en vue de permettre à la commission d'émettre un avis sur les points en question, en particulier lorsque le projet est d'envergure.

La demande d'autorisation particulière doit contenir obligatoirement les renseignements et les pièces suivants, à fournir par le demandeur:

- l'identité du demandeur
- la qualité en laquelle le demandeur agit
- la localisation du projet
- le relevé cadastral des parcelles concernées par le projet et la superficie du terrain
- la description du projet

Lorsque la demande d'autorisation particulière porte sur une surface de vente totale supérieure à 2000 m², elle doit, en plus des renseignements et pièces comprendre les pièces et renseignements suivants :

- La délimitation et la population de la zone de chalandise visée par le projet relatif à la demande d'autorisation particulière :
 - ♦ Une liste exhaustive des communes comprises dans la zone de chalandise avec indication, pour chaque commune de la population dénombrée lors des 2 derniers recensements de la population.
 - ♦ La population totale de la zone de chalandise et son évolution entre les 2 derniers recensements de la population.
 - ♦ La production d'une carte faisant apparaître les limites de la zone de chalandise.
 - ♦ Une justification de cette délimitation.
 - ♦ Lorsqu'il est fait état dans la zone de chalandise d'une fréquentation touristique, une justification des chiffres avancés doit être jointe.
 - ♦ La dépense des ménages de la zone de chalandise. Le dossier doit fournir des indications au sujet des dépenses commercialisables des habitants de la zone de chalandise par branche commerciale principale faisant l'objet du projet, ainsi que la part des dépenses visée par le demandeur de l'autorisation particulière. Cette dépense des ménages sera calculée à partir des dépenses commercialisables des habitants de la zone de chalandise par branche commerciale principale faisant l'objet du projet. La source des données chiffrées et leur composition doivent être jointes. Par zone de chalandise d'une surface commerciale il faut comprendre l'ensemble des localités dont la population est susceptible d'effectuer des dépenses commercialisables auprès de cette surface commerciale.
- L'équipement commercial de la zone de chalandise.
- La liste des magasins non spécialisés ainsi que des magasins spécialisés dans les branches commerciales principales concernées par le projet, d'une surface de vente supérieure à 400 m² et situés dans la zone de chalandise du projet. Ces listes sont dressées par commune en précisant pour chaque magasin sa surface de vente totale et, en cas d'un magasin non spécialisé, les surfaces de ventes réservées à chaque branche commerciale principale. Le nombre de magasins d'une surface de vente inférieure ou égale à 400 m² spécialisé, dans la ou les branches commerciales concernées par le projet.
- Le chiffre d'affaires prévisionnel.

- ♦ Le chiffre d'affaires global, toutes taxes comprises, prévisionnel de l'ensemble de la surface commerciale projetée.
- ♦ Pour les projets portant sur la création d'un ou de plusieurs magasins, l'étude doit indiquer le chiffre d'affaires prévisionnel pour chacun des magasins dont la surface de vente est supérieure à 400 m².
- ♦ Pour les magasins non spécialisés le chiffre d'affaires doit être ventilé par branche commerciale principale occupant une surface de vente supérieure à 400 m².
- ♦ Pour les projets relatifs à l'extension d'une surface commerciale existante, les chiffres d'affaires prévisionnels à mentionner sont ceux se référant à l'ensemble des surfaces de vente exploitées après la réalisation du projet d'extension.
- ♦ L'offre en matière de transports publics desservant la surface commerciale envisagée par le demandeur, en détaillant les possibilités et modalités d'accès par route, train et bus.
- ♦ L'impact du projet sur l'équilibre entre zones urbaines et régions rurales et plus particulièrement celui entre centre-ville et périphérie.
- ♦ L'impact du projet sur les flux de transport et son insertion dans le réseau de transport collectif.

Le nouveau texte reprend en grande partie les exigences posées par le règlement actuel dans le cadre de l'étude de marché. Seul le mot clé « étude de marché » est supprimé. La CSL se permet ainsi d'émettre un doute quant au fait de savoir si le législateur n'a pas de fait maintenu le test économique interdit par la directive service.

60. En ce qui concerne la nouvelle composition de la commission : Le projet prévoit que la commission d'équipement commercial prévue à l'article 35 du projet de loi est composée de huit membres, représentant, respectivement:

- le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement,
- le ministre ayant dans ses attributions l'aménagement du territoire,
- le ministre ayant dans ses attributions l'intérieur,
- le ministre ayant dans ses attributions les transports,
- le ministre ayant dans ses attributions les travaux publics et les infrastructures publiques,
- la chambre de commerce,
- la chambre des métiers,
- l'union luxembourgeoise des consommateurs.

La Chambre des salariés ne sera donc plus représentée au sein de cette commission.

Or la CSL exige aussi pouvoir désigner un représentant dans cette commission comme c'est le cas actuellement

Si la Chambre des salariés fait à ce jour partie de cette commission, c'est parce que les grandes surfaces, une fois créées, vont engendrer des emplois qui seront alors occupés par ses ressortissants. La CSL est donc impliquée au même titre que les chambres professionnelles patronales dans les questions de mise en place de ces grandes surfaces. Elle demande par conséquent à ce que le législateur amende le projet sur ce point.

* * *

61. Sous réserve de l'amendement du projet en ce qui concerne la composition de la commission d'équipement commercial, la CSL marque son accord avec le présent projet.

Luxembourg, le 18 octobre 2010

Pour la Chambre des salariés,

La direction

Le président



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.