

N° 7564

Session ordinaire 2019-2020

Proposition de loi portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

- 1) Exposé des motifs
- 2) Texte de la proposition de loi
- 3) Commentaire de l'article unique

Dépôt: (Monsieur Léon Gloden, Député): 18.04.2020

Transmis en copie pour information

- aux Membres de la Commission des Classes moyennes et du Tourisme
- aux Membres de la Conférence des Présidents

Luxembourg, le 05 mai 2020

PROPOSITION DE LOI

portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

I. Exposé des motifs

L'article 4, point 3. de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, exige que le dirigeant d'une entreprise, demandant la délivrance d'une autorisation d'établissement, dispose d'un lien réel avec cette dernière. Ce lien existe si le dirigeant en est soit le propriétaire, un associé, un actionnaire, ou un salarié.

Le texte du projet initial de cette loi se lisait comme suit : « *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;* » (article 3, (3) du projet de loi n°6158, date de dépôt : 8 juillet 2010).

Les auteurs du projet ont indiqué ce qui suit dans leurs commentaires concernant cette condition (page 24 du projet de loi n° 6158) :

« La personne qualifiée et honorable au sens du droit d'établissement ne doit pas nécessairement revêtir la fonction de gérant d'une SARL ou d'administrateur-délégué d'une SA.

Il suffit que la personne qualifiée et honorable ait un lien réel avec l'entreprise et qu'elle remplisse toutes les conditions légales, dont notamment celle de la gestion journalière effective de l'activité autorisée.

Au niveau des personnes morales, la nouvelle disposition donne plus de flexibilité, notamment pour les entreprises de taille plus importante.

Cette façon de procéder se rapproche de celle prévue à la loi sur les sociétés commerciales qui dispose dans son article 60 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, associés ou non, agissant seuls ou conjointement ».

Il est clair que l'intention a été de permettre à des personnes, n'étant pas administrateur ou gérant, de remplir cette condition en prouvant l'existence d'autres liens, tels le fait d'être salarié ou actionnaire/associé.

Dans son premier avis du 15 février 2011, le Conseil d'État proposa le texte suivant : « *a un lien réel avec l'entreprise en étant propriétaire, associé, actionnaire, ou salarié ;* » en considérant qu'il faudra « *omettre le terme « directeur », étant donné que ce dernier est déjà ou bien mandataire ou bien salarié de l'entreprise, et ajouter le terme « associé » pour inclure les sociétaires d'un autre type de société que les sociétés anonymes* » (page 6 de l'avis du Conseil d'État du 15 février 2011).

Il nous semble que le Conseil d'État, en voulant simplifier le texte, a malheureusement omis de maintenir la référence au « mandataire », alors qu'il est clair qu'il n'avait pas l'intention d'exclure l'existence du lien réel pour les administrateurs/gérants d'une entreprise.

Le texte proposé par le Conseil d'État a finalement été adopté sans commentaires additionnels.

L'application du texte pose problème en pratique, étant donné que le Ministère compétent, en se tenant à la lettre du texte réformé ne délivre pas d'autorisation à une personne qui occupe seulement un mandat social au sein de la société. Or, en pratique, souvent les personnes qui ont les qualifications nécessaires pour obtenir au nom de la société une autorisation de faire le commerce, ne sont ni actionnaire/associé, ni salarié, mais gérant, administrateur ou administrateur-délégué.

Et, selon la jurisprudence au Luxembourg, un administrateur/gérant ne peut être salarié dans la société dans laquelle il détient ce mandat social, que si plusieurs conditions sont respectées, dont notamment : (i) l'existence d'une réelle subordination et (ii) le fait pour le travail de correspondre à des fonctions techniques réelles et précises qui sont différentes des fonctions qu'une personne ferait ou pourrait faire en qualité de mandataire social.

Selon les termes actuels de la loi modifiée du 2 septembre 2011, un administrateur/gérant d'une société qui gère les activités de cette dernière et qui prend toutes les décisions y relatives, se voit refuser la délivrance d'une autorisation d'établissement dans le cas où il/elle n'est pas salarié(e) de la société ayant fait la demande.

En pratique, l'article 4, point 3. de la loi du 2 septembre 2011 a ainsi eu un impact considérable sur la gestion des dossiers de demande d'autorisation d'établissement, en ce que les sociétés sont forcées de soit embaucher des administrateurs/gérants (alors qu'il n'y avait pas de subordination réelle), soit de céder des parts sociales à des administrateurs/gérants (créant des soucis dans la structuration du groupe de sociétés concernées).

Il est clair que l'omission d'inclure les administrateurs/gérants dans la liste des personnes disposant d'un lien réel avec une entreprise a résulté dans plus de contraintes pour les sociétés et ne reflète pas le souhait des auteurs de la loi modifiée du 2 septembre 2011 d'apporter plus de flexibilité aux sociétés en la matière.

La présente proposition de loi vise à redresser la situation et à apporter la flexibilité souhaitée par les auteurs de la loi modifiée du 2 septembre 2011 en insérant la référence aux mandataires, déjà inclut dans le projet initial n° 6158 déposé le 8 juillet 2010.

II. Texte de la proposition de loi

Article unique.

Le point 3. de l'article 4 de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales est remplacé par le libellé suivant :

« 3. a un lien réel avec l'entreprise en étant propriétaire, associé, actionnaire, mandataire, ou salarié ; ».

III. Commentaire de l'article unique

En utilisant le terme « mandataire », toute personne pouvant agir au nom et pour le compte d'une société remplira dorénavant la condition de lien réelle avec cette société. Cette notion inclut les administrateurs, gérants et délégués à la gestion journalière (même si ces derniers ne sont pas administrateur ou gérant).

L'ajout de cette notion dans le point 3. de l'article 4 de la loi modifiée du 2 septembre 2011, résultera dans plus de flexibilité pour les sociétés dans l'organisation de la gestion de leurs activités, sans pour autant leur donner la possibilité de recourir à des personnes n'étant pas impliquées dans la gestion de leurs activités. En effet, un mandataire devra toujours remplir les autres conditions de l'article 4, dont notamment celles relatives (i) à l'honorabilité et la professionnalité (article 4, point 1), et (ii) au fait d'assurer effectivement et en permanence la gestion journalière de la société (article 4. point 2.).



The image shows a handwritten signature in blue ink. The signature is stylized and appears to read 'Louis Gladu'. It is positioned centrally at the bottom of the page.