

Projet de loi

modifiant la loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets.

Avis du Conseil d'Etat

(7 juin 2011)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 5 novembre 2010, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre des Finances.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Les avis de la Chambre des salariés, de la Chambre des métiers, de la Chambre de commerce et de la Chambre d'agriculture ont été transmis au Conseil d'Etat par dépêches respectivement des 2 décembre 2010, 28 janvier 2011, 24 mars 2011 et 16 mai 2011.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour objet d'adapter la législation relative au cabaretage pour la rendre conforme au droit européen, en particulier à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après: directive « Services ») qui prescrit, à côté de la liberté d'établissement, la mise en oeuvre de la liberté de prestation de services.

A noter que cette directive comporte, à côté de normes visant à réaliser la liberté d'établissement et la libre circulation des services, une série de dispositions d'harmonisation qui ont pour but de réduire les obstacles administratifs en matière de droit d'établissement et qui exigent dès lors une adaptation de la loi nationale même à l'égard de situations purement internes.

Le projet de loi entend, dans le but d'adapter la législation relative au cabaretage à la directive « Services », abandonner le système actuel du contingentement des autorisations d'exploitation des débits de boissons alcooliques. Le système des autorisations de cabaretage ne serait pour autant pas abrogé, mais subsisterait à côté des autorisations d'établissement qui sont délivrées par le ministre des Classes moyennes.

Le système de contingentement des autorisations de cabaretage avait à l'époque été justifié par des raisons de santé et de paix publiques. L'objectif était de réduire le nombre des cabarets pour lutter contre l'alcoolisme. Il fallait préserver la paix des ménages et la prospérité des familles, qui, argumentait-on, « dépendent en grande partie des mesures législatives qu'un

pays aura su prendre contre les excès de l'alcoolisme. Trop souvent en effet l'argent destiné aux besoins indispensables de la famille prend le chemin du gosier, causant tant la ruine du malheureux père de famille, que de sa femme et de ses enfants » (proposition de loi Origer, déposée le 4 mars 1926 à la Chambre des députés).

La directive « Services » prévoit, dans le but d'enrayer les obstacles qui freinent le développement des services dans les Etats membres de l'Union européenne, parmi d'autres mesures, que l'accès à une activité de service ne peut être subordonné à un régime d'autorisation que si la nécessité de ce régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. La sécurité et la santé publiques comptent parmi les justifications que la Cour de Justice de l'Union européenne reconnaît comme des raisons impérieuses d'intérêt général.

Il n'appert toutefois pas du projet de loi sous avis quelles sont les raisons qui pourraient justifier à l'avenir, après abrogation du système de contingentement, le maintien des autorisations de cabaretage au sens des articles 9 et suivants de la directive « Services », ce qui amène le Conseil d'Etat à soulever la question fondamentale sur la conformité du régime des autorisations de cabaretage avec ladite directive « Services », cela d'autant plus que les autorisations d'établissement en vue de l'exploitation de débits de boissons, qui sont actuellement délivrées sur le fondement 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, sont déjà octroyées sur base de justifications d'honorabilité professionnelle et de qualifications particulières pour les entreprises du secteur de l'Horeca. Il importe de relever que le projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, qui tend à remplacer la loi précitée du 28 décembre 1988, exige expressément en son article 8, paragraphe 2, comme qualification professionnelle pour un exploitant d'un débit de boissons alcooliques et non alcooliques, « l'accomplissement avec succès d'une formation accélérée portant sur la connaissance de règles générales de sécurité des denrées alimentaires ainsi que des modalités de vérifications du respect de ces règles » (doc. parl. n° 6158).

Eu égard à ces considérations, le Conseil d'Etat invite les auteurs du projet de loi à l'instruire sur les raisons qui justifient le maintien des autorisations de cabaretage au sens de la directive « Services », à côté des autorisations d'établissement. A défaut de ce faire, le Conseil d'Etat se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel concernant le projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat entend procéder à l'examen du projet de loi sous examen, sous réserve de la question fondamentale en rapport avec la directive « Services » soulevée ci-avant.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs d'autres doutes sérieux quant à la conformité du système envisagé avec le droit européen. Il aura l'occasion de revenir en détail sur ces questions dans l'examen des différents articles.

Enfin, le Conseil d'Etat se demande si la réforme envisagée ne pourrait pas utilement servir à régler toute une série d'autres problèmes qui se posent en matière de débit de boissons alcooliques. Ainsi, le Conseil d'Etat voudrait inviter les auteurs du projet de loi à réfléchir aux solutions à apporter aux multiples nuisances, voire au risque de troubles plus ou moins caractérisés à l'ordre public, liés à l'exploitation des débits de boissons alcooliques, comme p.ex. le tapage nocturne et les troubles de voisinage, et de mettre à disposition des autorités communales les moyens juridiques d'y faire face. Il est en effet peu compréhensible pourquoi l'exploitation d'un débit de boissons alcooliques n'est soumise à aucune autorisation au titre de la législation relative aux établissements classés, même lorsqu'il s'agit d'un débit d'une importante envergure¹. Une autorisation de la classe 2 peut paraître indiquée dans ces cas. Dans le même ordre d'idées, il serait également concevable de limiter les heures d'ouverture des terrasses, même sur terrain privé, à 22 heures par exemple, tout en habilitant le bourgmestre à accorder des dérogations individuelles qu'il pourrait retirer dans les mêmes conditions que les dérogations aux heures normales d'ouverture des débits dont question à l'article 17 de la loi.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} remplace les articles 1^{er} à 16 de la loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets (ci-après: loi de 1989). Le Conseil d'Etat se demande dans ce contexte s'il n'aurait pas été plus opportun de proposer une loi nouvelle eu égard à l'ampleur des modifications proposées et des questions soulevées par le Conseil d'Etat.

Article 1^{er} de la loi de 1989

L'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi de 1989 soumet le droit d'une personne physique ou morale d'exploiter un débit de boissons alcooliques à une autorisation administrative. Le Conseil d'Etat approuve cette réforme qui est destinée à placer l'autorisation de cabaretage sous le régime du droit d'établissement. Il approuve également la suppression des limites quantitatives prévues aux articles 2 et 3 de la loi de 1989 et du régime des taxes annuelles à verser à l'Administration des douanes et accises. Le Conseil d'Etat demande que l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation soit précisée à l'article 4 qui sera examiné par la suite.

Le paragraphe 2 établit l'obligation d'une déclaration d'exploitation et du dépôt auprès de l'Administration de pièces qui sont détaillées dans un règlement grand-ducal. Cette obligation est justifiée par des considérations de concurrence, de santé publique, d'hygiène, de sécurité et d'ordre public.

¹Le projet de règlement grand-ducal portant nomenclature et classification des établissements et projets dont le Conseil d'Etat a été saisi par dépêche du 16 mai 2011 prévoit d'inclure les débits de boissons dans la nomenclature des établissements classés. Les établissements destinés à recevoir entre 100 et 500 personnes appartiendraient à la classe 2 des établissements classés alors que les établissements appelés à recevoir plus de 500 personnes seraient rangés dans la classe 1 desdits établissements.

Le Conseil d'Etat s'interroge tant sur le bien-fondé de cette procédure que sur le recours à un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat a déjà soulevé, dans le cadre des considérations générales, la question de la justification d'un double régime d'autorisation d'établissement, d'un côté, et de cabaretage, de l'autre. Le régime de la déclaration d'exploitation ajoute une troisième procédure administrative dont la portée est difficile à saisir par rapport à l'autorisation d'établissement et l'autorisation de cabaretage. Même si on admet que le domaine du cabaretage exige un mécanisme d'autorisation plus lourd que le régime de droit commun de l'autorisation d'établissement, se pose la question de la justification d'une articulation en autorisation de cabaretage et déclaration d'exploitation. Si la délivrance d'une autorisation administrative est soumise au respect de certaines conditions, il y a lieu de les préciser. Il est évident que l'exploitant d'un cabaret doit respecter la réglementation concernant l'hygiène et la sécurité des denrées alimentaires². Le Conseil d'Etat a du mal à comprendre qu'une autorisation soit délivrée, mais que, préalablement à toute activité, il faille procéder à une déclaration supplémentaire dite d'exploitation. Quel est le lien entre l'autorisation visée au paragraphe 1^{er} et la déclaration d'exploitation au sens du paragraphe 2? Si l'exploitation sur base de l'autorisation est soumise à un deuxième contrôle au titre du paragraphe 2, il faudra le dire clairement dans la loi. Il est évident qu'un tel régime s'écarte des règles normales en matière de droit d'établissement en ce qu'un opérateur économique, titulaire d'une autorisation, ne peut commencer son activité qu'à la suite d'une seconde procédure dite de déclaration, mais qui se résume en réalité à une seconde procédure d'autorisation. Si cette lecture ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet, il faudrait soumettre clairement la délivrance de l'autorisation au titre du paragraphe 1^{er} aux conditions visées au paragraphe 2. Le système envisagé ne se conçoit que dans la mesure où les auteurs du projet de loi sous examen entendent maintenir le système actuel des concessions qui permet d'opérer une distinction entre le titulaire de la concession et l'exploitant, ce dernier étant soumis à son tour à un contrôle au titre de la déclaration d'exploitation. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a annoncé ci-avant et qu'il le développera ultérieurement, ce système pose de sérieux problèmes de compatibilité par rapport à la directive « Services ».

En ce qui concerne le renvoi à un règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat voudrait faire les observations suivantes. L'article 11, paragraphe 6 de la Constitution aux termes duquel la liberté du commerce et de l'industrie sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi, s'applique également en matière de cabaretage. L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution dispose que « Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi ». Or, la disposition de l'article 1^{er}, paragraphe 2 sous examen, qui sans autres précisions confère au pouvoir réglementaire du Grand-Duc la détermination des pièces qui doivent préalablement à l'exploitation d'un débit de boissons être déposées

² Loi modifiée du 25 septembre 1953 ayant pour objet la réorganisation des contrôles des denrées alimentaires, boissons et produits usuels; règlement grand-ducal modifié du 4 juillet 1988 relatif à l'hygiène dans le commerce des denrées alimentaires et règlement grand-ducal du 27 juillet 1997 relatif à l'hygiène des denrées alimentaires.

auprès de l'Administration des douanes et accises, a finalement pour effet de confier au Grand-Duc la définition des conditions requises en vue de l'exploitation d'un débit de boissons. Elle ne répond donc pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 précité. Les conditions d'octroi d'une autorisation de cabaretage de même que les limitations éventuellement apportées à une autorisation de cabaretage déjà délivrée doivent être fixées, du moins pour ce qui est des principes, dans la loi. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat demande une modification du texte sous examen. Il préconise un régime cohérent et unique d'autorisation avec indication claire des conditions dans la loi. Si d'autres dispositions légales en matière de santé, d'environnement etc. sont à respecter, il faut préciser que l'autorisation est soumise au respect de ces dispositions. Celles-ci ne sauraient pas être rendues applicables en la matière par le truchement d'un règlement grand-ducal.

Le paragraphe 3 établit un régime très complexe de catégories de personnes intervenant dans la procédure. Le Conseil d'Etat renvoie aux développements dans l'avis de la Chambre des métiers qui distingue quatre catégories de personnes:

- a) la personne physique ou morale titulaire de l'autorisation de cabaretage;
- b) la personne physique ou morale titulaire de l'autorisation d'exploitation;
- c) la personne physique qui gère le débit pour le compte de l'exploitant;
- d) le sous-gérant.

Le Conseil d'Etat rejoint la Chambre des métiers dans sa critique que les différentes notions et responsabilités ne sont pas suffisamment précisées et que la complexité des différents cas de figure envisagés n'est pas explicitée. Le Conseil d'Etat s'interroge, en particulier, sur la distinction entre le titulaire de l'autorisation et le titulaire du droit d'exploitation et renvoie, sur ce point, à ses critiques relatives à l'agencement peu clair entre les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article sous examen. Pourquoi est-il nécessaire d'introduire le concept de sous-gérant inconnu dans les autres lois en matière économique et commerciale? Le Conseil d'Etat note que, en relation avec le sous-gérant, la loi introduit le concept de responsabilité qui n'a pas été utilisé auparavant pour le titulaire de l'autorisation ou pour l'exploitant. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir l'articulation des responsabilités entre ces différentes catégories de personnes. Le titulaire de l'autorisation n'assume-t-il aucune responsabilité? Si tel est le cas, quel est son rôle? Quelle est la responsabilité de l'exploitant par rapport au gérant? A noter que seule la question de la responsabilité du sous-gérant par rapport à l'exploitant est évoquée. Quelle est la portée du concept de responsabilité solidaire par rapport à des exigences qui sont sanctionnées pénalement? A noter que le texte sous examen renvoie à un chapitre II inexistant. Ni la loi actuelle ni le projet de loi sous examen ne sont articulés en chapitres. Le Conseil d'Etat note encore que, dans les dispositions de la loi de 1989 qui ne font pas l'objet de modifications, est utilisé le concept de « débitant », en particulier dans les articles 19 et suivants relatifs à la responsabilité pénale. Quelle est la portée de ce concept par rapport aux notions nouvelles de titulaire de l'autorisation, d'exploitant, de gérant ou de sous-gérant? Pour l'ensemble des raisons relevées ci-avant et dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au paragraphe 3 sous examen.

Le paragraphe 4 n'est pas sans surprendre en ce qu'il prévoit une amende d'ordre, à prononcer par le directeur de l'administration en cas de non-respect du paragraphe 3. Or, le paragraphe 3 établit comme unique condition, dans le système de responsabilité en cascade, une déclaration du sous-responsable. Le terme d'identification figurant à l'alinéa 2 du paragraphe 3 est d'ailleurs vide de sens par rapport à cette obligation de déclaration. Quelle est la raison d'être de ce régime particulier de sanction administrative par rapport aux dispositions plus générales sanctionnant le respect de la loi? Le Conseil d'Etat relève en outre que le texte sous avis n'institue pas de recours en réformation devant le tribunal administratif contre la décision du directeur de l'Administration des douanes et accises prononçant l'amende d'ordre prévue au paragraphe 4 sous avis. Si la Cour européenne des droits de l'Homme admet en effet que des amendes administratives, assimilables à des sanctions pénales, peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du tribunal visé par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, elle exige toutefois que le justiciable dispose contre ces sanctions d'un recours en réformation. Au regard de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, la décision du directeur de l'Administration des douanes et accises risque en effet de relever de la matière pénale, alors que l'amende d'ordre prévue ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais essentiellement à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés au paragraphe 3.³ Sur base de ces considérations, le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle l'introduction d'un recours en réformation.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière sur les paragraphes 5 et 6.

Article 2 de la loi de 1989

Le paragraphe 1^{er} de l'article 2 nouveau de la loi de 1989 distingue quatre catégories de licences de cabaretage:

- la licence de cabaretage, de plein exercice, dénommée catégorie A;
- la licence de cabaretage de plein exercice, ancien régime, relevant de la catégorie B;
- la licence de cabaretage particulière pour les débits hors nombre, ancien régime, sous la catégorie C;
- la licence de cabaretage dite temporaire et occasionnelle, sous la catégorie D.

Les spécificités des différents régimes de licences sont prévues par les articles suivants du projet sous rubrique: l'article 3 pour la catégorie A, l'article 4 pour la catégorie B, les articles 5 et 6 pour la catégorie C, et l'article 8 pour la catégorie D.

Le Conseil d'Etat note d'abord que l'article sous examen introduit une nouvelle notion, celle de licence qui vient s'ajouter à celles d'autorisation et de droit d'exploitation. Quel est le rapport entre ces concepts? Dans la

³ *Schmautzer c. Autriche*, arrêt de la CEDH du 23 octobre 1995, *Silvester's Horeca Services c. Belgique*, arrêt de la CEDH du 4 mars 2004, requête n°47650/99, voir également l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 2 février 2010 concernant le projet de loi portant approbation de certaines conventions fiscales et avenants à des conventions fiscales en vigueur (doc. parl. n° 6072⁶).

mesure où l'autorisation est délivrée sous forme d'une des quatre licences, on aboutit à une pluralité de types d'autorisation. La licence est-elle synonyme d'autorisation ou de droit d'exploitation? En effet, d'après le libellé de l'article 2, il doit s'agir d'une d'autorisation, alors que le libellé de l'article 3 laisse entendre qu'il s'agit d'une forme de droit d'exploitation. Y aura-t-il juridiquement une pluralité de types d'autorisation? Le Conseil d'Etat relève encore que la loi en projet, qui entend simplifier et uniformiser le régime des débits de boisson, consacre une pluralité de régimes. On peut comprendre la nécessité de régler, à titre transitoire, le sort des licences existant au titre de la loi actuelle. L'absence de limitation dans le temps de ce régime transitoire et la possibilité de céder les licences risquent toutefois de faire perdurer la coexistence de différents régimes juridiques. Quelles sont les raisons qui s'opposent à un remplacement systématique des licences existantes par une autorisation unique au titre de la nouvelle loi? Une telle façon de procéder aurait permis de faire l'économie des articles 4, 5 et 6 de la loi.

Le paragraphe 2 de l'article 2 qui renvoie à l'article 31 de la loi actuelle est superflu et est à omettre. Le Conseil d'Etat note que l'article 31, qui n'est pas modifié par le projet de loi sous avis, prévoit la détermination de conditions d'hygiène et de sécurité par voie de règlement grand-ducal. L'article 31 fait double emploi avec l'article 1^{er}, paragraphe 2 relatif à la déclaration d'exploitation et soulève par ailleurs des problèmes évidents de conformité avec l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à ses développements à l'endroit de l'article 1^{er}, paragraphe 2 ci-avant.

Article 3 de la loi de 1989

L'article 3 nouveau de la loi de 1989 règle la licence de la catégorie A qui est conçue par la loi sous objet comme l'autorisation type. A noter que cette licence est limitée à un endroit et ne peut en principe être transférée à un endroit autre. Le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet n'expliquent en rien pourquoi il faut limiter l'autorisation à un endroit. S'agit-il de veiller au respect des conditions faisant l'objet de la déclaration d'exploitation? Si tel est le cas, il y a un argument supplémentaire pour « fusionner » la procédure d'autorisation et celle de la déclaration articulée en deux étapes successives à l'article 1^{er}. Le Conseil d'Etat rejoint la Chambre des métiers quand elle critique l'absence de précision suffisante du terme « endroit » et souligne que les « débits uniques » existant au titre de la loi actuelle seront pénalisés par la réforme envisagée. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 10, paragraphes 3 et 4 de la directive « Services » qui interdit de soumettre un opérateur économique qui dispose d'une autorisation et qui entend ouvrir un nouvel établissement à des conditions supplémentaires faisant double emploi avec celles auxquelles il a déjà répondu.

Le paragraphe 3 soumet l'octroi de la licence de la catégorie A au paiement d'une taxe forfaitaire de 15.000 euros. Le commentaire de l'article reste muet sur les raisons qui ont amené les auteurs à retenir ce montant. La Chambre des métiers se demande si ce montant correspond à une évaluation du prix moyen d'une licence actuelle ou bien à une fixation plus arbitraire. Au-delà de la question du montant exact de cette taxe, se pose le problème

plus fondamental de la soumission de la délivrance d'une autorisation de cabaretage au versement d'une taxe qui va largement au-delà de la couverture des frais inhérents à la procédure administrative. Le Conseil d'Etat voudrait rappeler que le présent projet de loi doit être analysé sur la base de la directive « Services ». Cette directive comporte un chapitre III relatif à la liberté d'établissement des prestataires. La section 1^{re} de ce chapitre traite de la question des autorisations. L'article 13, paragraphe 2 de la directive « Services », qui pose un cadre pour les modalités procédurales liées aux autorisations, indique que « les procédures et formalités d'autorisation ne doivent pas être dissuasives ni compliquer ou retarder indûment la prestation du service. Elles doivent être facilement accessibles et les charges qui peuvent en découler pour les demandeurs doivent être raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation et ne pas dépasser le coût des procédures ». Cet article établit donc un lien direct entre l'éventuel montant pouvant être imposé à l'opérateur économique et le coût de la procédure administrative en tant que telle, cette dernière étant le seul critère de référence admis par la directive pour la détermination du montant. Or, pour la délivrance d'une autorisation de cabaretage, qui ne requiert pas une charge administrative importante, il est difficile d'admettre que le montant de 15.000 euros correspond au coût administratif de la procédure. Le versement d'une telle taxe se comprend d'autant moins que l'octroi des autorisations ne sera plus limité quantitativement, de sorte que le titulaire de l'autorisation n'est plus assuré de bénéficier d'une sorte de monopole local ou d'une rente de situation locale. L'instauration d'un système de « vente » des autorisations avec consécration de la possibilité de les céder, moyennant renonciation au profit d'un tiers, aura pour conséquence de laisser subsister la question de la nature patrimoniale des « concessions de débit de boisson ». La consécration, dans la loi sous examen, de cette logique patrimoniale des concessions de cabaretage, n'est manifestement pas conforme avec la directive « Services ». Le Conseil d'Etat renvoie à la définition du régime d'autorisation prévue à l'article 4, paragraphe 6 de cette directive, qui semble s'opposer à une lecture patrimoniale du droit d'autorisation et ne saurait donc permettre l'instauration d'une taxe fiscale⁴. Le Conseil d'Etat peut concevoir que le passage du régime actuel des concessions vers un système conforme au droit européen puisse poser des problèmes d'ordre financier aux opérateurs « propriétaires » des licences actuelles, même si le commentaire du projet de loi garde le silence sur cette question. La réponse apportée par le projet de loi sous examen consistant à maintenir ce système par le truchement d'une taxe administrative ou fiscale axée sur le prix actuel d'une concession est toutefois inadmissible au regard du droit européen. Pour l'ensemble des raisons développées ci-dessus, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à la disposition sous examen.

Article 4 de la loi de 1989

⁴ Directive « Services », Article 4, paragraphe 6: «régime d'autorisation», toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 4 de la loi de 1989, dans la formulation proposée par les auteurs du projet de loi, prévoit l'échange d'office des licences volantes et des privilèges actuels en licences de la catégorie B. Aux termes du paragraphe 2, ces licences sont transférables géographiquement par le titulaire de l'autorisation. D'après le commentaire, il s'agit de ne pas porter préjudice à un droit acquis sous la législation actuelle. Cette explication est contestée par la Chambre des métiers qui considère que cette possibilité équivaut à l'octroi d'un nouveau droit, que ce soit pour les « privilèges » qui sont traditionnellement attachés à un immeuble ou pour les licences « volantes » qui ne peuvent être actuellement transférées que sur le territoire de la commune pour lequel elles ont été octroyées. Ce régime est appelé à perdurer.

La catégorie B est certes une catégorie de licences qui est appelée à disparaître. Le texte sous examen ne prévoit toutefois pas de limite dans le temps du régime transitoire, de sorte que cette catégorie risque de perdurer, ce qui n'est pas conforme à l'objectif de mise en place d'un régime moderne et uniforme d'autorisation de cabaretage.

Article 5 de la loi de 1989

Le paragraphe 1^{er} du nouvel article 5 prévoit la transformation des licences « débits hors nombre » et « débits hors nombre saisonniers » actuels en licences de la catégorie C. Il s'agit encore d'une catégorie censée être « transitoire », mais qui risque de perdurer faute de limitation dans le temps.

La Chambre des métiers émet des critiques à l'encontre du paragraphe 2 qui n'est d'ailleurs pas numéroté comme tel. Selon la chambre professionnelle, la terminologie employée prête à confusion. En effet, les termes de « régime légal » désignent normalement le régime prévu par la loi, à savoir, pour les licences hors nombre, les dispositions de la loi de 1989 concernant la taxe forfaitaire annuelle (article 9), les cas d'extinction (article 10) et les possibilités de renonciation (article 11). Dans la mesure où ce régime légal sera abrogé par le projet de loi, il conviendra de mentionner les « conditions spéciales (auxquelles) les autorisations pour l'ouverture de débits hors nombre peuvent être subordonnées » (article 5(6) de la loi de 1989). Il faudrait préciser les conditions « spéciales » qui sont maintenues. Le Conseil d'Etat fait siennes ces critiques de la Chambre des métiers.

La seconde phrase du paragraphe 2 prévoit la possibilité de transférer les licences C à un autre endroit. Le Conseil d'Etat renvoie à ses interrogations quant à l'imprécision de ce concept.

Article 6 de la loi de 1989

L'article 6 de la loi de 1989 en projet prévoit la possibilité de transformer une licence de la catégorie C en licence de la catégorie A moyennant le paiement d'une taxe forfaitaire dont le montant correspond à la différence entre le taux de la taxe antérieurement payée et celui de la taxe à payer pour une nouvelle licence A.

Même si le Conseil d'Etat salue toute disposition destinée à accélérer la mise en place d'un régime uniforme, il relève que la Chambre des métiers met en évidence l'intérêt très limité pour les titulaires de demander cette transformation.

Article 7 de la loi de 1989

Sans observation, sous réserve de la proposition d'utiliser le terme de « transformation », figurant à l'article 6, de préférence à celui de « transcription ».

Article 8 de la loi de 1989

L'article sous examen crée une licence spécifique, la licence D, pour les débits « temporaires » et occasionnels, appelée à remplacer le régime actuel permettant de transférer le débit dans un autre endroit et de créer des possibilités de débits supplémentaires (articles 10(2) et 16(1) de la loi de 1989).

Le Conseil d'Etat note que la licence peut être octroyée, à côté des personnes physiques et morales, à des « associations » et « ententes d'associations », c'est-à-dire à des groupements de personnes qui peuvent être dépourvus de personnalité juridique. Il faut toutefois désigner une personne physique responsable de l'exploitation du débit occasionnel. Les responsabilités de cette personne physique, par rapport à celle du groupement auquel la licence a pourtant été octroyée, ne sont pas précisées. Qu'en est-il des responsabilités en matière de respect des règles de santé publique, d'hygiène, de sécurité et d'ordre public? La Chambre des métiers relève, à juste titre, une différence entre le texte du projet de loi et le commentaire. Quelle est la portée de la déclaration d'exploitation visée au paragraphe 1^{er} par rapport à celle visée à l'article 1^{er}?

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la cohérence juridique d'un système qui octroie une autorisation administrative à une entité qui n'est pas nécessairement dotée de la personnalité juridique, mais qui à son tour doit désigner une personne physique responsable de l'exploitation et qui de surcroît ne précise pas les responsabilités des uns et des autres. Compte tenu des problèmes de sécurité juridique soulevés par un tel système, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'égard du texte sous examen.

Le Conseil d'Etat est conscient des problèmes pratiques liés aux débits occasionnels à l'occasion de manifestations d'ordre associatif. Il se demande si une solution ne pourrait pas être utilement trouvée dans le cadre des dispositions relatives à la dispense d'autorisation. On pourrait également envisager un mécanisme dans lequel les autorités communales attribuent le droit de débit à l'occasion de fêtes ou de manifestations.

Le Conseil d'Etat doit encore s'opposer formellement aux dispositions du paragraphe 5 de l'article sous examen qui méconnaît les règles pour la détermination des infractions pénales et l'articulation entre ces règles et le mécanisme de l'avertissement taxé qui met fin aux poursuites pénales. Les auteurs du projet de loi devront, dans un premier temps, déterminer les infractions et fixer les peines correspondantes en respectant les limites des

peines de police et des peines correctionnelles prévues au Code pénal. Ensuite, il y aura lieu de déterminer les infractions pour lesquelles un avertissement taxé peut être délivré, les agents compétents pour ce faire et préciser que l'acquittement de l'avertissement taxé met fin aux poursuites pénales. Le Conseil d'Etat se permet de renvoyer les auteurs aux dispositions correspondantes de l'article 15 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques.

Article 9 de la loi de 1989

Le texte sous examen maintient le régime actuel du paiement d'une taxe forfaitaire annuelle. L'article 9 subordonne en effet l'exploitation d'un débit de boissons au paiement d'une taxe annuelle ne pouvant dépasser un montant de 500 euros. Eu égard à la disposition de l'article 10, paragraphe 2 du projet de loi, qui subordonne le maintien de la licence de cabaretage au paiement de cette taxe, le Conseil d'Etat se demande si cette disposition est conforme à l'article 11, paragraphe 1^{er} de la directive « Services »⁵. L'article 11, paragraphe 1^{er}, précité interdit en effet l'octroi d'autorisations ouvrant accès à des activités de services, ayant une durée limitée, à moins que cette durée limitée d'autorisation ne soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Le Conseil d'Etat doit en conséquence demander aux auteurs du projet de loi sous avis de lui fournir des justifications au sens de l'article 11, paragraphe 1^{er} de la directive « Services ». A défaut de ce faire, il se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Par ailleurs, dans l'optique d'une simplification des procédures administratives et de l'abandon du mécanisme des concessions limitées en nombre, le Conseil d'Etat s'interroge sur ce mécanisme. Quels sont les avantages escomptés dans une optique de sauvegarde de l'intérêt général? Au regard du montant réduit, la taxe peut difficilement se justifier par un but fiscal. De toute façon, l'exploitant d'un cabaret est soumis à un impôt commercial comme tout autre commerce. A cela s'ajoute que l'articulation des responsabilités au niveau du paiement de cette taxe entre le titulaire et l'exploitant est loin d'être claire.

La question de conformité par rapport à la directive « Services », soulevée ci-avant, mise à part, le Conseil d'Etat invite les auteurs du texte à réfléchir sur la nécessité de maintenir ce régime.

Article 10 de la loi de 1989

⁵ Directive « Services », Article 11, paragraphe 1^{er}: L'autorisation octroyée au prestataire ne doit pas avoir une durée limitée, à l'exception des cas suivants:

- a) l'autorisation fait l'objet d'un renouvellement automatique ou est subordonnée seulement à l'accomplissement continu d'exigences;
- b) le nombre d'autorisations disponibles est limité par une raison impérieuse d'intérêt général; ou
- c) une durée limitée d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général.

L'article 10 prévoit, au paragraphe 1^{er}, les cas d'extinction de la validité de la licence d'exploitation. En termes juridiques, il s'agit de fixer un terme à l'autorisation.

La Chambre des métiers critique que la fermeture volontaire n'est pas expressément prévue. Le Conseil d'Etat voudrait ajouter certaines considérations complémentaires. D'abord, il préférerait viser, au paragraphe 1^{er}, la fin de l'autorisation ou de retrait de l'autorisation plutôt que de parler de validité de toute licence, ceci d'autant plus que le terme de validité renvoie à des critères de forme. Ensuite, le Conseil d'Etat note, une nouvelle fois, un mélange des rôles et responsabilités entre le titulaire de l'autorisation et l'exploitant. Aux termes du point a), le titulaire de l'autorisation semble être à l'origine de la décision de non-exploitation et doit demander une dispense d'exploitation. Le Conseil d'Etat renvoie à ses critiques plus fondamentales en ce qui concerne la distinction entre le titulaire de l'autorisation et l'exploitant qui peut en même temps déléguer et sous-déléguer ses responsabilités.

Pourquoi le non-paiement de la taxe annuelle, à supposer que cette taxe soit maintenue, donnerait-il lieu à un retrait de l'autorisation de cabaretage, alors que dans d'autres matières l'absence de versement d'une taxe n'est pas sanctionnée par la perte de l'autorisation? Ce mécanisme semble encore constituer une survivance du régime actuel dans lequel l'objectif est de réduire le nombre de concessions, dont la quantité est de toute façon limitée. Si l'article 9 est omis, la disposition sous examen perd sa raison d'être. Il en va de même du paragraphe 2.

Article 11 de la loi de 1989

Le nouvel article 11, paragraphe 1^{er} de la loi de 1989 en projet autorise le titulaire d'une autorisation de cabaretage des catégories A, B et C à opérer une renonciation au profit d'un tiers. Sous peine d'inopposabilité de cette renonciation à l'administration, il doit faire une déclaration préalable. Selon le commentaire, le terme de renonciation implique le droit de céder l'autorisation, de la louer, de la mettre à disposition d'un tiers à titre gratuit ou à titre rémunéré.

Le Conseil d'Etat note que le texte du projet vise le terme de renonciation sans préciser qu'il peut s'agir d'une véritable vente. La Chambre des métiers, tout en acceptant cette lecture du terme de renonciation, critique que cette disposition permet des transactions sur des licences existantes sans réel contrôle de l'administration et tend ainsi à faire perdurer des régimes dérogatoires au droit commun.

Le Conseil d'Etat partage cette interrogation qui rejoint sa critique plus générale quant au maintien de régimes anciens auxquels la loi en projet est censée mettre un terme. Sur un plan plus fondamental, le Conseil d'Etat s'interroge sur la possibilité de vente de licences. Ce mécanisme qui assimile la licence de cabaretage à un bien susceptible de faire l'objet de cessions à titre gratuit ou onéreux pouvait se comprendre dans un système de concessions limitées en nombre qui étaient acquises par un titulaire à l'instar d'une charge de l'Ancien régime et que l'acquéreur était en droit de faire fructifier. L'abolition du système des concessions limitées en nombre

et l'application d'un régime d'autorisation administrative conforme aux exigences de la directive « Services » devrait logiquement entraîner la suppression de la possibilité de céder la licence à titre onéreux. Peut-on admettre, dans une optique moderne du droit d'établissement, que des autorisations administratives délivrées *intuitu personae* soient cédées à titre onéreux à des tiers? Le maintien du mécanisme de cession est d'autant plus difficile à comprendre que l'administration est privée de tout droit de contrôle sur l'identité du nouveau titulaire de l'autorisation; en effet, une simple déclaration de la « renonciation » suffit pour opérer l'opposabilité à l'administration. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations sur la nature juridique des licences et sur leur valeur patrimoniale. La cession d'un fonds de commerce ne comporte pas la cession de l'autorisation administrative. Ces interrogations valent même si on admet un double régime d'autorisation, le premier au titre du droit commun d'établissement, le second en vertu d'un régime particulier en matière de cabaretage. Dès lors que l'autorisation de cabaretage n'est plus l'équivalent d'une concession, bien patrimonial librement cessible, mais une autorisation administrative délivrée à une personne juridique en considération de ses qualifications, il est inadmissible de continuer à maintenir un régime de cession. Pour des raisons de respect avec des principes fondamentaux du droit administratif et du droit européen, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'encontre du texte sous examen.

Le Conseil d'Etat rappelle que s'il y a lieu de régler des problèmes patrimoniaux inhérents au passage d'un régime de concessions à valeur patrimoniale cessibles à un régime d'autorisation administrative relevant du droit commun imposé par le droit européen, il faut trouver d'autres solutions transitoires.

Le paragraphe 2 de l'article 11 sous examen envisage le transfert géographique des licences de la catégorie B. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations quant au maintien de régimes de licence dérogatoires au droit commun repris de la législation actuelle.

Le paragraphe 3 interdit la renonciation ou le transfert géographique si la taxe forfaitaire annuelle n'a pas été payée. Le Conseil d'Etat renvoie aux considérations qui précèdent et à celles relatives à la taxe forfaitaire annuelle.

Article 12 de la loi de 1989

L'article sous examen dispense de l'obligation d'autorisation une série de débits. Les différentes catégories envisagées sont soumises à des conditions différentes.

Le Conseil d'Etat, tout en comprenant le souci des auteurs du projet, relève la grande complexité des situations envisagées, le caractère souvent peu précis des définitions retenues et la diversité des conditions qui doivent être remplies. Sans avoir la prétention d'exhaustivité, le Conseil d'Etat signale une série d'incohérences ou de formulations imprécises. Ainsi, le paragraphe 1^{er} vise les restaurants internes des entreprises, mais semble exclure la consommation d'alcool, fût-ce pendant les repas, par des invités. Tant les restaurants des entreprises que ceux des hôpitaux ou des centres

pour personnes âgées se voient interdire de servir des boissons alcooliques en dehors des repas, ce qui non seulement est difficile à justifier, mais posera des problèmes réels dans la pratique. La lettre c) vise uniquement les buvettes des associations sportives, en oubliant les théâtres, musées, associations socio-culturelles, syndicats etc. Le paragraphe 2 envisage, dans des termes on ne peut plus imprécis, des manifestations « telles que vins d'honneur etc. » pour parler ensuite de manifestations « similaires »; le paragraphe 3 limite la dispense de l'autorisation aux producteurs des boissons alcooliques « dans le pays », excluant ainsi les entreprises établies dans d'autres Etats de l'Union européenne, ce qui, à l'évidence, est incompatible avec le principe communautaire de non-discrimination. Les paragraphes 3 et 4 visent les seuls producteurs, ce qui semble exclure les distributeurs et négociants non-producteurs. Le paragraphe 4 renvoie à l'obligation, pour le producteur qui fait déguster à titre gratuit lors d'un marché ou d'une foire, de disposer d'un numéro LUACC ou LUDIS, sans que ces conditions soient autrement expliquées dans le texte de loi, ne fût-ce que par renvoi à la loi qui les prévoit. L'extension de cette obligation aux opérateurs économiques établis dans d'autres Etats de l'Union européenne soulève encore des difficultés en termes de libre circulation des marchandises ou des services. Le texte sous examen soulève des questions sérieuses en termes de sécurité juridique et d'égalité de traitement, tant en relation avec la Constitution qu'avec le droit européen, de sorte que le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle.

Le paragraphe 5 prévoit une amende correctionnelle et une fermeture d'établissement en cas de non-respect des conditions prévues. Le Conseil d'Etat note, d'abord, que des sanctions sont uniquement prévues en cas de violation des paragraphes 3 et 4; aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect des conditions prévues aux paragraphes 1^{er} et 2.

Enfin, le Conseil d'Etat note que la référence aux membres de la Police grand-ducale est parfaitement superflue, alors que ces agents ont de par le droit commun compétence pour constater des infractions. En ce qui concerne les agents de l'Administration des douanes et accises, le Conseil d'Etat rappelle que l'article 15 de la loi du 27 juillet 1993 portant organisation de l'administration des douanes et accises prévoit que « Dans l'accomplissement de leurs fonctions relatives à la recherche, à la constatation et à la répression des infractions aux lois en matière de douane et accises et à d'autres lois fiscales intéressant l'administration des douanes et accises, certains fonctionnaires, ayant au moins le grade de contrôleur adjoint et nominativement désignés par un arrêté des ministres de la Justice et des Finances, ont qualité d'officier de police judiciaire ». Il y a dès lors lieu au paragraphe 5 d'opérer un renvoi à l'article 15 de la loi de 1993.

Article 13 de la loi de 1989

L'article sous examen reprend en substance les dispositions de l'article 13 de la loi actuelle. Le Conseil d'Etat relève que le texte distingue entre endroit et local déclaré, notions qui font défaut à l'article 1^{er}, paragraphe 2. Le Conseil d'Etat note encore que la formulation de l'alinéa 2

n'est pas des plus claires, alors qu'on ne comprend pas si l'extension aux « terrasses, jeux de quilles etc. » est soumise ou non à autorisation. Le texte de l'article 13, paragraphe 3, actuel est plus clair. Le Conseil d'Etat estime de toute façon que les endroits visés (jeu de quilles, terrasses) font partie intégrante de l'établissement.

Article 14 de la loi de 1989

L'article sous examen remplace, en le complétant, l'article 14 de la loi actuelle.

Les paragraphes 1^{er} à 3 n'appellent pas d'observation.

Le Conseil d'Etat ne peut pas accepter le texte des paragraphes 4 et 5 qui mettent en évidence une confusion dans la procédure d'application de sanctions administratives et de sanctions pénales. Le paragraphe 4 prévoit une amende d'ordre prononcée par le directeur de l'administration; le texte parle toutefois d'infraction. Le paragraphe 5 prévoit l'établissement d'un procès-verbal et la sanction accessoire de la confiscation sans que le non-respect de règles précises ait été érigé en infraction pénale. Le Conseil d'Etat note encore que la saisie décidée par le parquet ou le juge d'instruction précède normalement la peine de la confiscation et n'en est pas la suite comme le laisse entendre le texte du paragraphe 5. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au texte tel qu'il est proposé pour être dénué de logique et ne pas se trouver en cohérence avec le droit pénal et la procédure pénale luxembourgeois.

Article 15 de la loi de 1989

L'article 15 prévoit qu'un règlement grand-ducal détermine les modalités d'application des articles ci-avant. Aucune explication ne figure au commentaire.

Le Conseil d'Etat ne comprend pas quels articles sont visés et quelles dispositions nécessitent des mesures d'application ou d'exécution. Il renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1^{er}, paragraphe 2, et rappelle les exigences inhérentes à l'article 11(6) de la Constitution. Le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle.

Article 16 de la loi de 1989

L'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} prévoit une amende administrative, au demeurant assez faible, en cas d'exploitation d'un débit sans autorisation. Au niveau de l'alinéa 2, on passe à une logique de droit pénal sans qu'une infraction pénale soit définie. Le Conseil d'Etat renvoie aux critiques fondamentales qu'il a formulées ci-dessus et réitère son opposition formelle.

Le paragraphe 2 renvoie, pour la perception des taxes, à la procédure de recouvrement des droits d'accises. Le Conseil d'Etat rappelle ses interrogations par rapport au système des taxes. Le renvoi aux droits d'accises met en évidence que les auteurs du texte continuent à suivre une logique qui n'est pas celle d'un droit d'établissement tel que conçu par la directive « Services ».

Le paragraphe 3 investit les agents de l'administration de la mission de rechercher et de constater les infractions à la loi. Cette disposition à portée générale rend superflues toutes les références ponctuelles aux agents figurant dans d'autres dispositions. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 12 pour ce qui est de la détermination des agents de l'administration qui sont investis de la qualité d'officiers de police judiciaire.

Article 2

L'article sous examen modifie l'article 26 de la loi de 1989. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations quant à l'articulation du présent projet de loi dont l'article 1^{er} modifie seize articles de la loi de 1989 et l'article 2 apporte un complément à un seul article. Sur le fond, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler, sauf à relever que l'article 26 range parmi les dispositions qui continuent à utiliser le concept de débitant.

Article 3

L'article sous examen modifie l'article 32 de la loi actuelle en remplaçant la référence à un recours devant le Comité du contentieux du Conseil d'Etat par un recours devant le tribunal administratif et en supprimant la référence à la « proportion de population ». Le Conseil d'Etat approuve ces modifications, même si la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif a prévu à son article 100 que « dans tous les textes de loi et de règlement, la référence au Comité du contentieux ou au Comité du contentieux du Conseil d'Etat ou encore au Conseil d'Etat tout court, si la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat est visée, s'entend comme référence au tribunal administratif, tel qu'il est organisé par la présente loi ».

Le Conseil d'Etat voudrait toutefois porter un éclairage plus général sur le texte de l'article 32. Il relève d'abord qu'il a préconisé la suppression du régime de perception des taxes, ce qui rend l'article 32 superflu. Plus fondamentalement, le Conseil d'Etat considère que l'article 32 de la loi actuelle opère une combinaison de compétences délicate entre le juge administratif normalement compétent pour statuer sur les recours contre une décision ministérielle et le juge judiciaire appelé à statuer, sur demande du procureur d'Etat, sur l'auteur du fait de cabaretage. Dans un souci de cohérence des systèmes de recours, le Conseil d'Etat propose, si le texte sous examen devait être maintenu, de réformer le mécanisme et d'abandonner le renvoi au procureur d'Etat. Dans la pratique, les saisines du tribunal répressif au titre de l'article 32 sont des plus rares.

Article 4

Le Conseil d'Etat estime que cette disposition est contraire aux principes de la séparation des pouvoirs et du parallélisme des formes en vertu desquels seul le Grand-Duc est en droit de modifier les règlements dont il est l'auteur. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat propose de supprimer les termes « et réglementaires ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juin 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder