

**Avis complémentaire OAI
sur le projet de loi n°7478 relative à un contrôle de proportionnalité
avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions**

Sommaire	Page
1. Résumé de l'avis de l'OAI	2
2. Avis sur les amendements parlementaires au projet de loi n°7478 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions	4

1. RESUME DE L'AVIS DE L'OAI

L'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (OAI) a déjà exposé, dans son précédent avis⁽¹⁾, les considérations générales que lui inspire le projet de loi en vedette portant transposition de la Directive 2018/958 du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité (« **la Directive** »).

L'OAI estime que les pouvoirs publics doivent rester vigilants pour garantir la sauvegarde des professions libérales, aujourd'hui menacées en Europe par une logique de déréglementation.

Il est rappelé que, antérieurement, le « test de proportionnalité » - mis en œuvre depuis le traité de Rome – visait surtout à permettre au Juge européen de vérifier la compatibilité d'une mesure nationale - une réglementation professionnelle par exemple - avec les exigences du marché intérieur en matière de libre circulation.

Mais avec la Directive en cause, le test de proportionnalité devient systématique et ex ante : avant même l'adoption de toute mesure (loi, règlement, prescriptions des ordres professionnels, etc...), il faudra démontrer - et rendre compte à la Commission européenne - que la mesure est justifiée par des objectifs d'intérêt général et non disproportionnée.

Comme relevé par la Chambre des Métiers dans son avis (du 23.12.2019), « il ne s'agit pas d'une transposition anodine d'une directive quelconque, car une fois transposée, il faudra se plier aux exigences de la Commission européenne ».

Or ce « test de proportionnalité » n'a rien d'un exercice juridique purement objectif et irréfutable, mais alimente au contraire des contentieux fréquents entre la Commission et les Etats membres, tranchés en dernier ressort par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Il n'est pas rare que les recours en manquements exercés par la Commission soient déclarés infondés...

Mais l'instauration d'un contrôle ex ante de proportionnalité place la Commission en position de phagocyter les Etats membres et d'exercer en quelque sorte une possible censure préalable, en évitant in fine que l'affaire soit tranchée par le Juge Européen, qui a développé une jurisprudence nuancée et qui a freiné, à plusieurs reprises, les vellétés de dérégulation des professions réglementées.

Face aux risques d'une perte de souveraineté et de la violation du principe de subsidiarité, d'une auto-censure des ministères en charge et d'une perte du pouvoir régulateur de la CJUE, l'OAI estime important d'engager un débat sociétal pour maintenir - notamment concernant les professions d'architecte et d'ingénieur-conseil - le droit fondamental à un conseil professionnel et indépendant et la préservation des professions libérales réglementées à bon escient à cette fin.

Un débat sociétal à ce sujet est essentiel. Les intérêts des maîtres d'ouvrage, des utilisateurs et la qualité de notre vivre-ensemble sont l'enjeu de ce débat ; discussion publique qui n'a pas encore été menée autour d'un projet de loi d'une telle importance.

L'OAI s'étonne d'ailleurs de l'absence de tout débat au sujet de la Directive, situation qui tranche avec le précédent de la célèbre « Directive Bolkestein », devenue la directive du 12 décembre 2006 (2006/123/CE) relative aux services dans le marché intérieur, dite « Directive Services », dont la teneur finale avait été rectifiée à la suite des contestations de plusieurs Etats Membres.

Il s'agit pourtant d'un changement radical des règles de fonctionnement - dans le processus d'élaboration des lois - de notre démocratie et de notre souveraineté nationale, au regard du principe de subsidiarité consacré par les Traités européens.

Par ailleurs, l'OAI relève encore que la Directive prévoit que « les États membres veillent à ce que les dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice qu'ils entendent introduire et à ce que les modifications qu'ils souhaitent apporter aux dispositions existantes soient justifiées par des objectifs d'intérêt général ».

L'OAI insiste sur la considération que seules des dispositions réellement nouvelles ou modificatives, qui vont dans le sens d'une plus grande réglementation voire restriction à l'accès ou à l'exercice

⁽¹⁾ Cf. avis OAI doc. Parl. N°7478⁶ en date du 25.08.2020. publié le 6.10.2020.

professionnel (par rapport aux législations ou réglementations existantes), devraient être soumises au test de proportionnalité *ex ante*.

Il ne devrait en aucun cas s'agir de remettre en cause systématiquement toute une législation afférente à une profession réglementée, de sorte à devoir passer au crible d'un examen de proportionnalité toutes les dispositions d'un projet de loi, sous prétexte d'une refonte de la loi ou de modifications sans effet restrictif renforcé.

Ainsi à titre exemplatif, le projet de loi n°6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil comporte toute une série d'articles « nouveaux » qui ne font toutefois que reproduire les dispositions existantes de la loi actuelle (le recours obligatoire à un architecte pour établir un projet à caractère architectural, l'inscription obligatoire à l'Ordre des personnes physiques ou morales ressortant des professions OAI, etc..) ou qui se bornent à consacrer, sans les modifier, certaines dispositions de l'actuel règlement grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils.

A l'aune des observations qui précèdent, l'OAI nourrit de sérieuses inquiétudes concernant le formulaire qui sera annexé au règlement grand-ducal prévu, étant relevé que la « Loi Proportionnalité » énonce déjà de façon précise les critères qui doivent être pris en compte lors de l'examen. Tout en comprenant l'objectif d'imposer une grille d'analyse précise et normée, le formulaire ne devrait pas être excessivement détaillé et directif, sans la souplesse nécessaire.

L'OAI souligne la complexité des problématiques juridiques soulevées. A titre exemplatif, comment sera appréhendée concrètement une question telle que : « Les objectifs d'intérêt général sont-ils poursuivis d'une manière cohérente et systématique ? »

Pour illustrer cette difficulté, il est renvoyé à la décision du 4 juillet 2019 de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Tout en admettant – et en contredisant ainsi la Commission qui était d'un avis contraire - que des barèmes étatiques relatifs aux honoraires minimum peuvent être justifiés en principe, la CJUE a invalidé ce barème (prévu par la législation allemande) de la HOAI, au motif que des missions de conception et réalisation peuvent être effectuées par d'autres prestataires, non soumis aux mêmes réglementations professionnelles, de sorte à constater que l'objectif louable de qualité recherché n'est pas appliqué de manière suffisamment cohérente et systématique. En définitive, le système des tarifs minimum de l'HOAI a été invalidé par la CJUE, non en raison d'un excès de réglementation, mais d'une insuffisance de réglementation !

Cet exemple illustre la complexité des débats juridiques possibles sur de telles thématiques, et le caractère disproportionné du test de proportionnalité, extrêmement détaillé et astreignant, auquel devra se plier le législateur national.

Cette « Loi Proportionnalité » aura donc un impact considérable sur le travail législatif et réglementaire, ainsi considérablement complexifié et indirectement placé sous la coupe de la Commission européenne, à laquelle il faudra rendre compte systématiquement - avant l'adoption ou la modification de dispositions quelconques touchant aux professions réglementées - le tout au mépris des principes de subsidiarité et de souveraineté nationale.

2. Avis sur les amendements parlementaires au projet de loi n°7478 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions

Pour revenir aux détails du projet de loi sous analyse, l'OAI se limitera ci-après à formuler des observations complémentaires visant les amendements adoptés par la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace, transmis à Madame le Président du Conseil d'Etat par missive du 21 décembre 2020.⁽²⁾ Les observations de l'OAI portent notamment sur :

- le champ d'application de la loi en projet qui soulève encore certaines interrogations ;
- l'articulation de la Directive (et la loi de transposition sous examen) et du principe de la hiérarchie des normes en droit interne ;
- l'office du Point de contact national ;
- les prérogatives de la Commission ad hoc prévue par la « Loi Proportionnalité ».

1. Amendement 1 – visant l'article 1^{er} (champ d'application)

La référence à la définition des « professions réglementées », au sens de la loi sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, comme seul critère déterminant le champ d'application de la loi ?

A l'instar de la Chambre des Métiers, l'OAI estimait indiqué de faire référence - dans le cadre de la détermination du champ d'application de la loi en projet - à la loi modifiée du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

L'amendement en cause introduit une disposition précisant toutefois uniquement, à cette fin, que la loi en projet s'appliquera « *aux professions réglementées telles que définies à l'article 3, lettre a) de la loi modifiée du 28 octobre 2016* » précitée.⁽³⁾

Tout en comprenant la démarche, l'OAI estime que la focalisation exclusive sur cette définition des « professions réglementées », pour déterminer le champ d'application de la loi en projet, suscite des questionnements.

L'amendement ne comporte en effet aucune autre limitation ou renvoi au champ d'application de la loi de 2016 précitée (ainsi il n'est pas précisé, à la fin de l'article 1^{er} amendé : « ... et qui relève du champ d'application de cette loi » [du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles]). L'argument avancé est que d'autres législations sont concernées, dont celles organisant les professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, la profession d'avocat, de médecins, etc...⁽⁴⁾

⁽²⁾ Doc. Parlementaire N° 7478/08, Session ordinaire 2020-2021.

⁽³⁾ Cf. l'article 3, lettre a) de la loi modifiée du 28 octobre 2016 : « «profession réglementée»: **une activité** ou un ensemble d'activités professionnelles **dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné** directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, **à la possession de qualifications professionnelles déterminées**; l'utilisation d'un titre professionnel limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue une modalité d'exercice.

Une profession exercée par les membres d'une association ou d'une organisation visée à l'annexe I de la directive modifiée 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, désignée ci-après par «la directive 2005/36/CE », est assimilée à une profession réglementée. Ces associations ou organisations ont notamment pour objet de promouvoir et de maintenir un niveau élevé dans le domaine professionnel en question. A cette fin, elles bénéficient d'une reconnaissance sous une forme spécifique par un Etat membre et délivrent à leurs membres un titre de formation, veillent à ce qu'ils respectent la déontologie qu'elles établissent et leur confèrent le droit de faire état d'un titre, d'une abréviation ou d'une qualité correspondant à ce titre de formation. »

⁽⁴⁾ Sont citées la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ; la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, la loi du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire etc...

Il demeure que, se faisant, toutes les professions – répondant à la définition très large de « professions réglementées » exigeant la possession de qualifications professionnelles déterminées - tomberaient sous le champ d'application de la loi en projet.

Or la loi de 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles comporte (en son article 1^{er}) des limitations restreignant son champ d'application, non reprises dans l'amendement. Ainsi notamment, il est précisé que « la présente loi ne s'applique pas aux notaires qui sont nommés par un acte officiel des pouvoirs publics ».

L'OAI s'interroge dès lors sur le point de savoir si les auteurs du projet de loi entendent élargir ainsi, à la faveur d'un amendement, le champ d'application de la loi en projet, qui semble excéder celui de la loi sur la reconnaissance des qualifications professionnelles.

La suppression de toute référence au champ d'application de la Directive ?

L'OAI s'interroge également sur la conséquence de la suppression, dans le nouveau texte amendé, de toute référence au champ d'application de la Directive.⁽⁵⁾

La Directive précise en effet que « *lorsque des exigences spécifiques concernant la réglementation d'une profession donnée sont établies dans un acte de l'Union qui ne laisse pas aux Etats membres le choix de leur mode de transposition, les dispositions correspondantes de la présente directive ne s'applique pas* ». Une telle exclusion ne figure pas dans la loi en projet, au contraire de l'approche du législateur belge sur ce point.⁽⁶⁾

L'OAI regrette également l'absence de dispositions en introduction de la loi en projet, pourtant présentes dans la loi belge⁽⁷⁾ portant transposition de la Directive, rappelant que « *La présente loi établit les règles applicables à un cadre commun pour la conduite des examens de proportionnalité des dispositions réglementant une profession, avant l'adoption de nouvelles dispositions ou la modification de telles dispositions existantes, tout en garantissant un haut degré de protection des consommateurs ainsi que la qualité des services fournis* ».

La mise en exergue⁽⁸⁾ d'un haut degré de protection des consommateurs, ainsi que la qualité des services fournis, est souhaitable. La Directive précise (en son considérant 18) qu'il « *revient aux États membres de déterminer le niveau de protection qu'ils souhaitent accorder aux objectifs d'intérêt général ainsi que le niveau approprié de réglementation, dans les limites de la proportionnalité. Le fait qu'un État membre impose des règles moins strictes qu'un autre État membre ne signifie pas que les règles de ce dernier sont disproportionnées et, de ce fait, incompatibles avec le droit de l'Union* ». L'inflexion en faveur de la qualité des services, impliquant un niveau de réglementation élevé propre à la garantir, devrait figurer dans la loi et constituer une ligne directrice guidant les institutions en charge du contrôle de la proportionnalité.

⁽⁵⁾ Pour rappel, la Directive précise que « La présente directive s'applique aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres qui limitent l'accès à une profession réglementée ou l'exercice de celle-ci, ou l'une des modalités d'exercice de celle-ci, y compris l'usage d'un titre professionnel et les activités professionnelles autorisées sur le fondement de ce titre et qui relèvent du champ d'application de la directive 2005/36/CE ».

⁽⁶⁾ Cf. Belgique, loi du 27 octobre 2020 relative à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession : Art. 4. (...) Lorsque des exigences spécifiques concernant la réglementation d'une profession donnée sont établies dans un texte transposant un acte distinct de l'Union qui ne laisse pas aux Etats membres le choix de leur mode de transposition, les dispositions correspondantes de la présente loi ne s'appliquent pas ».

⁽⁷⁾ Cf. article 4 de la loi belge du 27 octobre 2020 relative à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession. Source (le Moniteur) : <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2020/10/27/2020015977/moniteur>.

⁽⁸⁾ A l'article 5 du projet de loi (« Justification motivée par des objectifs d'intérêt général »), figure parmi les motifs (certes non exhaustifs) « la protection des consommateur », mais non la qualité des services.

2. Amendement 2 – visant l'article 3, paragraphes 3 à 6 (Examen ex ante de nouvelles mesures et suivi)

Dispositions directement issues d'un organisme professionnel

L'OAI approuve l'insertion de la disposition précisant que « *Lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet ou par un établissement public, celui-ci accompagne les dispositions visées au paragraphe 1er d'un examen de proportionnalité* ».

En présence d'une profession autorégulée, notamment pour le cas d'un Ordre professionnel ayant la faculté d'arrêter un règlement intérieur de l'Ordre conformément à la Constitution (Article 11, paragraphe 6), il appartiendra ainsi à cet Ordre d'élaborer *proprio motu* l'examen de proportionnalité pour accompagner les dispositions arrêtées par ce dernier.

Dispositions en matière de professions réglementées établies par le législateur ou le pouvoir exécutif

Selon la compréhension de l'OAI du projet de loi, en présence de dispositions adoptées au niveau de la loi, ou au niveau d'un règlement grand-ducal portant exécution de la loi, la problématique de la proportionnalité *ex ante* des mesures sera considérée par les départements ministériels concernés. Mais c'est, au cours du processus législatif, le Conseil d'Etat qui sera l'autorité indépendante de contrôle. Ainsi comme relevé dans l'exposé des motifs à l'appui des amendements : « *En effet, le Conseil d'Etat est l'institution qui s'impose pour assurer une vérification indépendante des examens de proportionnalité des projets de loi et des projets de règlement grand-ducal* ».

L'OAI estime que l'Ordre professionnel (ou l'organisme professionnel) concerné devrait dans tous les cas être impliqué dans le cadre de l'élaboration de l'examen de proportionnalité touchant aux professions qu'il regroupe et représente.

Décisions administratives et circulaires ministérielles

Par ailleurs, l'OAI observe que les auteurs du projet de loi ont complété le libellé du paragraphe 3, alinéa 2, d'une référence aux actes administratifs, en relevant qu'un « *un ministre peut prendre des décisions de nature administrative, telles que des circulaires, touchant à la réglementation d'une profession* ».

L'OAI se permet de relever que les dispositions dans le viseur de la loi en projet sont celles « *limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice* » ou tendant à « *modifier de telles dispositions existantes* ».

En vertu de l'article 11, paragraphe 6, alinéa 1, de la Constitution, les restrictions à l'exercice de toute profession libérale sont une matière réservée à la loi. Toute disposition restrictive affectant une telle profession réglementée ne peut donc être adoptée que par une loi et non par un instrument de valeur infra-législative.

Le Gouvernement ne peut prendre des règlements et arrêtés d'exécution qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises.⁽⁹⁾

Enfin, il est rappelé qu'en principe une circulaire ministérielle ne peut être créatrice de droit.⁽¹⁰⁾

⁽⁹⁾ Cf. par exemple, arrêt de la Cour constitutionnelle n° 00148 du 5 juillet 2019.

⁽¹⁰⁾ Cour administrative, arrêt du 18-2-16 (35374C) : « Une circulaire ministérielle n'est pas créatrice de droits, ni d'obligations par ailleurs, mais s'inscrit dans le cadre de l'ordonnement juridique existant qui seul, au niveau des lois et règlements en vigueur, revêt une valeur coercitive. Elle a pour objectif tout au plus d'interpréter les lois et règlements en vigueur et de tracer en ce sens des lignes communes d'application sans jamais ne pouvoir créer ni défaire les droits et obligations découlant des lois et règlements ».

En conséquence, concernant les professions libérales, l'examen de proportionnalité ne devrait être requis principalement que dans le cadre de l'élaboration ou de la modification d'une loi comportant des dispositions restreignant l'accès ou l'exercice de telles professions réglementées.

Et le principe de la hiérarchie des normes en droit interne ?

L'article 3 du projet de loi (tel qu'amendé) prescrit, au titre de « l'examen *ex ante* de nouvelles mesures et suivi » comme suit : « (1). *Avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou avant de modifier de telles dispositions existantes, il est procédé à un examen de proportionnalité conformément aux dispositions de la présente loi* ».

L'OAI s'interroge sur l'articulation de la Directive (et la loi de transposition sous examen), et du principe de la hiérarchie des normes en droit interne. On ne peut faire abstraction de la position du règlement grand-ducal (ou d'un autre acte administratif) par rapport à la loi dans la hiérarchie des normes.

Une procédure d'examen de proportionnalité et un tel exercice ne devraient pas devoir être répétés au niveau d'une disposition prise par le pouvoir exécutif portant simplement exécution d'une mesure adoptée par le législateur. Ce constat vaut *a fortiori* pour une circulaire ministérielle, en principe à portée purement interprétative.

Il est observé que le projet de loi, à l'instar de la loi belge équivalente,⁽¹¹⁾ précise opportunément en son article 3(2) que l'étendue de l'examen de proportionnalité « **est proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet de la disposition** » (étant observé que le pluriel (« les dispositions ») serait plus approprié au vu du paragraphe qui précède).

Cet article pourrait être complété, pour considérer deux cas de figures, à savoir :

- Lorsqu'une disposition nouvelle, ayant un effet restrictif sur l'accès ou l'exercice d'une profession réglementée, est adoptée par une loi, moyennant un « test de proportionnalité » la justifiant. Dans ce cas, un nouvel examen de proportionnalité et la procédure de validation formelle auprès du Point de contact national ne devraient pas devoir être répétés au niveau des dispositions réglementaires de simple exécution de la loi habilitante.
- On peut encore envisager le cas où resterait inchangée la loi comportant les dispositions limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, mais dont le règlement d'exécution serait modifié voire remplacé par un nouveau règlement grand-ducal.

Une telle situation ne devrait pas davantage conduire à un examen de la proportionnalité dudit règlement portant simplement exécution de la loi, dès lors que les dispositions restrictives pour l'exercice professionnel trouvent leur source dans la loi, demeurant constante et inchangée. Le fait que le règlement répète voire détaille les règles limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, mais dont la consécration serait opérée dans la loi habilitante, ne devrait pas avoir d'incidence.

Le cas échéant, il conviendra de modifier au préalable la loi si, dans le cadre de l'examen périodique des législations existantes, cette loi devait poser difficulté au regard du principe de proportionnalité tel que consacré par la Directive.

A défaut d'interpréter ou de cadrer en ce sens la loi en projet, cette nouvelle législation portant transposition de la Directive relative à un contrôle de proportionnalité risque de se transformer en véritable défi.

⁽¹¹⁾ Cf. article 7 de la loi belge du 27 octobre 2020 relative à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession : « Toute autorité procède à un examen de proportionnalité conformément à la présente loi préalablement à l'adoption ou à la modification de dispositions réglementant une profession. L'étendue de l'examen visé à l'alinéa 1er est proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet de ces dispositions (...) ».

Dans son avis (23.12.2019) auquel l'OAI se rallie, la Chambre des Métiers avait déjà dénoncé que « l'ampleur considérable de cet examen de proportionnalité est amplement disproportionnée et antagoniste à tout principe d'un „mieux légiférer" ».

L'OAI propose donc de compléter l'article 3(2) du projet de loi (tel qu'amendé) comme suit (ajout en italique) :

« (2) L'étendu de l'examen visé au paragraphe 1^{er} est proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet de la disposition.

En conformité avec le principe de la hiérarchie des normes, un tel examen n'est pas requis pour les dispositions réglementaires ou administratives prises en exécution d'une loi édictant les dispositions limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice et faisant l'objet des mesures réglementaires ou administratives d'exécution visées ».

3. Amendement 3 – visant l'article 6, paragraphe 2, lettre e) (Proportionnalité)

Sans observation.

4. Amendement 4 – visant l'article 7, paragraphe 2 (Participation des parties prenantes)

Sans observation.

5. Amendement 5 – visant l'article 8, paragraphe 1^{er} (Point de contact national)

La loi précise désormais que, si le Ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions reste le Point de contact national (dont la mission consiste à assurer l'échange d'informations sur les matières relevant de la présente loi), cette prérogative sera à exécuter « *en étroite collaboration avec le ministre ayant l'Économie dans ses attributions* ». L'OAI estime effectivement approprié d'associer plus étroitement le Ministère de l'Économie.

6. Amendement 6 – visant l'article 8, paragraphes 2 et 3 (Point de contact national)

Point de contact national

La nouvelle disposition précise que « le Point de contact national » doit obtenir, au plus tard au jour de sa publication au journal officiel, l'examen de proportionnalité visé, à remettre non plus nécessairement par « le Ministre compétent », mais plus largement par l'instance compétente.

Telle qu'amendée, la disposition la plus importante précise que « *le point de contact national vérifie la conformité de l'examen de proportionnalité avec les critères posés par la présente loi* ».

L'OAI estime que cette disposition doit être comprise en ce sens que ce contrôle ex post du Point de contact national se borne à **une analyse de pure forme**, afin de simplement contrôler que l'examen de proportionnalité a été fait correctement au regard des critères posés par la présente loi. Un formulaire servira de base pour la vérification de la conformité de cet examen de proportionnalité (tel que prévu par le futur règlement grand-ducal annoncé fixant les modalités de l'examen de proportionnalité).

L'OAI s'interroge plus largement sur la pertinence d'un tel contrôle, en quelque sorte ex post, par le Point de contact national.

Dès lors que la loi en projet prévoit les dispositions pertinentes pour voir réaliser un examen de proportionnalité ex ante, au diapason des exigences de la Directive, la pertinence d'un second contrôle formel ex post par le Point de contact national est critiquable et ne fait que complexifier et alourdir davantage la procédure.

Il est encore observé que, aux termes de l'article 8(2), tel qu'amendé, pour toute nouvelle disposition visée provenant d'un projet de loi ou d'un projet de règlement grand-ducal, l'examen de proportionnalité doit être transmis au Point de contact national « *au plus tard au jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg* ».

Un tel contrôle *ex post* par le Point de contact national, postérieur à l'entrée en vigueur de la disposition issue d'une loi ou d'un règlement grand-ducal, s'avère problématique. Qu'advient-il si le Point de contact national devait considérer que le contrôle de proportionnalité serait lacuneux, alors cependant que la loi (ou le règlement grand-ducal) serait déjà en vigueur et publié(e) au Mémorial ? Cette hypothèse est implicitement considérée comme impossible, étant donné que le Conseil d'Etat vérifiera la conformité de l'examen de proportionnalité de dispositions issues de projets de loi et de projets de règlements grand-ducaux. Mais ce constat ne fait alors que renforcer le questionnement quant à la pertinence de l'intervention postérieure du Point de contact national.

Un tel schéma du processus de contrôle et l'intervention *ex post* du Point de contact national ne semblent nullement en phase avec la Directive, laquelle prévoit uniquement un contrôle de proportionnalité *ex ante*.⁽¹²⁾

Le contrôle *ex post* dont fait état la Directive (en son article 4)⁽¹³⁾ ne s'inscrit pas dans le cadre de l'adoption de nouvelles dispositions, mais vise à assurer un suivi à plus long terme des dispositions adoptées en conformité avec la Directive, de sorte à tenir « *compte de l'évolution de la situation depuis l'adoption des dispositions concernées* ».

Etablissements publics et organismes professionnels

Comme observé ci-avant, les dispositions issues d'un projet de loi ou d'un règlement grand-ducal peuvent entrer en vigueur sans le contrôle formel du Point de contact national (ce dernier pouvant être saisi « *le jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg* »).

En revanche, pour les dispositions prises par les établissements publics et organismes professionnels, leur entrée en vigueur « *ne peut avoir lieu qu'après la communication de l'avis du Point de contact national* ». Le projet de loi laisse toutefois dans l'interrogation les conséquences d'un avis défavorable du Point de contact national. La différence de régime est en outre critiquable.

Commission ad hoc

Enfin, bien que comprenant les motifs et raisons guidant ce choix (à la suite des observations du Conseil d'Etat), l'OAI se demande s'il n'est pas exorbitant de créer une commission ad hoc chargée de rendre, sur sollicitation du Point de contact national, un avis sur la conformité de l'examen de proportionnalité pour les seuls actes administratifs émanant d'un ministre ?

Sous réserve que la commission ad hoc soit composée majoritairement d'experts externes, de juristes spécialisés ayant une fine connaissance de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, l'OAI serait favorable à ce que le rôle de cette commission ad hoc ne soit pas restreinte à examiner uniquement les actes administratifs émanant d'un ministre. Une mission plus large, au moins consultative, pourrait être confiée à cette commission ad hoc, de sorte à pouvoir solliciter un avis de celle-ci notamment au stade de l'élaboration d'un avant-projet de loi pour en guider l'élaboration au regard de l'exigence de proportionnalité des dispositions concernées.

⁽¹²⁾ Cf. Directive 2018/958 du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité, Article 4 (1) : « Avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou avant de modifier de telles dispositions existantes, les États membres procèdent à un examen de proportionnalité conformément aux dispositions de la présente directive (...) ».

⁽¹³⁾ Cf. Directive 2018/958 du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité, Article 4 (6) : Les États membres contrôlent la conformité des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nouvelles ou modifiées limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, après leur adoption, avec le principe de proportionnalité, en tenant dûment compte de l'évolution de la situation depuis l'adoption des dispositions concernées ».

7. Amendement 7 – visant l'article 9 (entrée en vigueur)

Sans observation.

* * * *

En conclusion, compte tenu des remarques qui précèdent et celles émises dans son précédent avis, l'OAI ne peut approuver le projet de loi sous rubrique et renvoie pour le surplus à son avis antérieur du 25 août 2020.

Luxembourg, le 18 février 2021.

Pour l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils

Jos DELL
Président



Marc FEIDER
Vice-Président



Pierre HURT
Directeur

