

Le débat oublié : une perte de souveraineté nationale, par la petite porte...

Pierre Hurt *

L'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (**OAI**) entend réagir au projet de loi n°7478 ("**la Loi Proportionnalité** ") portant transposition de la Directive européenne (UE) 2018/958 du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions ("**la Directive** "). Il est à noter que l'OAI a rendu 3 avis à ce sujet, lesquels peuvent être consultés sur son Site Internet ww.oai.lu.⁽¹⁾

Un débat sociétal essentiel à mener !

Les intérêts des maîtres d'ouvrage, des utilisateurs et la qualité de notre vivre-ensemble sont au cœur de ce débat et une discussion publique n'a pas encore été menée autour d'un projet de loi d'une telle importance. 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.

Les enjeux de la Directive et de la Loi Proportionnalité

La Directive impose un test de proportionnalité 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.

En effet, avec la Directive, on passe *in fine* du régime de liberté (la mesure législative ou réglementaire est permise tant qu'elle n'est pas interdite par le Juge européen) au régime d'autorisation (la mesure réglementaire est permise, si elle passe avec succès le test de proportionnalité).⁽²⁾

La Loi Proportionnalité vise toutes les professions réglementées (architecte, ingénieur-conseil, avocat, réviseur d'entreprise, expert-comptable, médecin, etc.) et les activités professionnelles pour lesquelles des qualifications spécifiques sont requises. L'objectif de la Commission européenne est de pousser à une dérégulation de ces professions.

L'OAI s'étonne de l'absence de tout débat à ce sujet, situation qui tranche avec les débats suscités par le passé par la célèbre « Directive Bolkestein », devenue la directive du 12 décembre 2006 (2006/123/CE) relative aux services dans le marché intérieur, dite « Directive

⁽¹⁾ L'e 1^{er} avis de l'OAI, daté du 25 août 2020, intitulé « *Contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions* » peut être consulté sur le Site de l'OAI : <https://www.oai.lu/fr/26/accueil/mediatheque/mediatheque/0-mode-news-id-2537/>

Voir également : Le 2^{ème} avis de l'OAI du 18 février 2021, intitulé : « *Maintenons pour le Maître d'Ouvrage le droit fondamental d'un conseil professionnel !* ». Consultable à l'adresse : <https://www.oai.lu/fr/24/accueil/actualite-agenda/actualite/0-mode-news-id-2891/>

Le 3^{ème} avis de l'OAI porte sur le projet de règlement grand-ducal pris en exécution de la loi : <https://www.oai.lu/fr/24/accueil/actualite-agenda/actualite/0-mode-news-id-2937/>

⁽²⁾ 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. Le test de proportionnalité est traditionnellement ad hoc et institutionnel (il est le fait d'un contrôle de justice et en dernière instance par la Cour de Justice Européenne) et ex post (il intervient lors de la mise en œuvre d'une mesure nationale). Pour aller plus loin, cf. l'article éclairant du FEDCAR (20.02.217) : <http://fedcar.eu/en/news/europe/2017/02/proposition-de-directive-sur-le-test-de-proportionnalite-charles-beaudelaire-convoque/>

Services », dont la teneur finale avait été modifiée à la suite des contestations de plusieurs Etats Membres.

Pourtant, avec la Loi Proportionnalité, 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. Au contraire des gouvernements (et chambres parlementaires) français(e)s et allemand(e)s, le Luxembourg n'a pas incité la Commission Européenne à renoncer à cette Directive, qui heurte la souveraineté nationale et le principe de subsidiarité.

La Directive « test de proportionnalité » devrait elle-même respecter le principe de proportionnalité ! Or elle va au-delà de ce qui est pertinent en empiétant sur la marge de manœuvre des Etats-membres !

La Directive provoque un changement de paradigme

Le contrôle de proportionnalité n'a rien d'un exercice juridique purement objectif, mais alimente des contentieux fréquents entre la Commission et les Etats membres, tranchés en dernier ressort par la Cour de Justice Européenne. Or il n'est pas rare que les recours en manquements exercés par la Commission soient déclarés infondés ou que ses arguments soient écartés.

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 autocensure préalable, en évitant que l'affaire soit tranchée par le Juge Européen, qui a développé une jurisprudence nuancée et a, à plusieurs reprises, freiné les velléités de dérégulations professionnelles de la Commission Européenne.

L'importance de la préservation des professions réglementées, en particulier des professions libérales

Avec la nouvelle Directive faisant l'objet du projet de loi de transposition, la volonté de dérégulation ainsi affichée est sans précédent.

Pourtant, il suffit d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne pour rappeler que nombre de diktats de la Commission européenne ont été désavoués.

A titre exemplatif, la Cour de Justice Européenne a admis une réglementation nationale qui empêche des personnes n'ayant pas la qualité de pharmaciens de détenir et d'exploiter des pharmacies.⁽³⁾ Ainsi la détention et l'exploitation d'une pharmacie peuvent être réservées aux seuls pharmaciens, alors que la Commission Européenne avait engagé des recours en manquement contre des Etats membres à ce sujet.

Ainsi pour le juge européen, les pharmaciens sont associés « à une politique générale de santé publique, largement incompatible avec une logique purement commerciale, propre aux sociétés de capitaux, directement orientée vers la rentabilité et le profit. Le caractère spécifique de la mission confiée au pharmacien impose donc de reconnaître et de garantir au

⁽³⁾ Cf. Arrêts de la Cour dans l'affaire C-531/06 et dans les affaires jointes C-171/07 e.a. Commission / Italie et Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (voir communiqué de presse : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-05/cp090044fr.pdf>). La Cour prend soin de relever que, à la différence des pharmaciens, les non-pharmaciens n'ont pas, par définition, une formation, une expérience et une responsabilité équivalentes à celles des pharmaciens. Dans ces conditions, il convient de constater qu'ils ne présentent pas les mêmes garanties que celles fournies par les pharmaciens. Par conséquent, un Etat membre peut estimer, dans le cadre de sa marge d'appréciation, que l'exploitation d'une pharmacie par un non-pharmacien peut représenter un risque pour la santé publique, en particulier pour la sûreté et la qualité de la distribution des médicaments au détail.

professionnel l'indépendance nécessaire à la nature de sa fonction ». Ces mêmes considérations valent pour les « Professions OAI ».

Concernant la profession d'architecte, dans son arrêt du 4 juillet 2019⁽⁴⁾ concernant la HOAI ("Honorarordnung für Architekten und Ingenieure") dans l'affaire C-377/17, la Cour de Justice Européenne a admis – à rebours du postulat contraire soutenu par la Commission – que « *l'imposition de tarifs minimum peut être de nature à contribuer à limiter ce risque [de prestations au rabais de mauvaise qualité], en empêchant que des prestations soient offertes à des prix insuffisants pour assurer, à long terme, la qualité de celles-ci.* »⁽⁵⁾

La marchandisation des professions réglementées n'est pas dans l'intérêt des consommateurs

Surtout, l'idéologie de la Commission est bien connue : dans une logique de marchandisation de tous les services, elle estime de manière sans cesse plus appuyée et à tort, que les réglementations professionnelles entraveraient le marché intérieur des services ⁽⁶⁾.

La Chambre des Salariés de Luxembourg (CSL) dénonce à raison que « *l'argumentation constamment utilisée d'après laquelle une déréglementation des professions bénéficierait aux consommateurs, n'est pas convaincante et risque même d'être contreproductive en facilitant un nivellement vers le bas des critères requis* ».

L'Union Luxembourgeoise des Consommateurs (ULC) partage la position de la CSL, selon laquelle la réglementation nationale concernant les professions indépendantes vise aussi à garantir la sécurité des usagers et fournit également des garanties de qualité. Et de préciser dans son avis : « *l'UCL n'est pas convaincue qu'une dérégulation des professions libérales bénéficierait in fine aux consommateurs, alors qu'elle risque de faciliter un nivellement vers le bas des critères actuellement requis* ».

L'OAI considère également qu'une uniformisation a minima des réglementations professionnelles - car tel semble être l'objectif de la Commission - n'est ni justifiée, ni souhaitable.

Une rhétorique bureaucratique qui ignore la réalité du terrain

Selon le projet de loi, « *le Grand-Duché figure parmi les États membres ayant un niveau de restrictivité réglementaire élevé par rapport à la moyenne du marché unique pour les secteurs des services aux entreprises, tels que ceux des services juridiques, comptables, d'architecture et d'ingénierie* ».

Cette description fait fi des réalités. Concernant les « Professions OAI », au Luxembourg, les bureaux « étrangers » constituent actuellement 23% des bureaux d'architectes et 21% des bureaux d'ingénieurs-conseils inscrits à l'OAI. Cette situation est unique en Europe, et également favorisée par l'attractivité économique, l'ouverture et le multilinguisme caractérisant le Grand-Duché de Luxembourg.

⁽⁴⁾ C.J.C.E., 4 juillet 2019, affaire C-377/17

⁽⁵⁾ Dans ce même arrêt du 4 juillet 2019, la Cour de Justice Européenne a confirmé également que la préservation de la qualité de l'environnement bâti, en abrégé « Baukultur », ainsi que la construction écologique, sont d'intérêt public.

⁽⁶⁾ <https://www.architectes.org/actualites/europe-les-idees-recues-de-la-commission-europeenne-sur-la-profession>

L'OAI n'a pas connaissance de quelconques restrictions ou difficultés d'accès à la commande privée ou publique de la part des prestataires établis dans un autre Etat membre de l'Union européen, bien au contraire.⁽⁷⁾

Plusieurs études, dont celle sur le secteur européen de l'architecture publiée en janvier 2017⁽⁸⁾ par le Centre européen des professions libérales (EuZFB) de l'Université de Cologne, avait déjà souligné que l'indicateur de la réglementation des marchés de produits (PMR) de l'OCDE ne reflète pas le niveau réel de réglementation dans les États membres⁽⁹⁾.

La responsabilité du législateur national

Le législateur national, et les autorités en charge de « l'examen de proportionnalité », devront procéder à une saine analyse des réglementations en jeu, sans céder par avance à toutes les injonctions de la Commission européenne...

L'OAI nourrit de vives inquiétudes à ce sujet et estime que le soutien par le Luxembourg à cette Directive, désormais adoptée et dont la transposition en droit en national est imparable, tout comme plus largement la Directive elle-même, auraient mérité un débat citoyen tant à l'échelle nationale qu'europpéenne.

En tout état de cause, l'OAI persistera à se saisir de ce débat, comme sur d'autres sujets qui finalement dessinent la société dans laquelle nous souhaitons vivre. Ces questions ne peuvent être réservées aux technocrates ou aux experts. Il est temps que les citoyens de l'Europe se réapproprient l'avenir.

Il s'agit de préparer l'avenir dans une Europe revitalisée, au sein de laquelle le Luxembourg sait faire entendre sa voix.

L'OAI tient à souligner qu'il est profondément pro-européen. Le Luxembourg est situé au cœur de l'Europe, au carrefour culturel et économique constitué notamment par l'Allemagne, la Belgique et la France ; situation qui stimule les créations architecturales et techniques de qualité, ainsi que l'innovation par les échanges interrégionaux et internationaux. Grâce à l'implantation au Luxembourg, ces dernières années, de grands clients internationaux, les architectes, architectes d'intérieur, ingénieurs-conseils, urbanistes-aménageurs et architectes- / ingénieurs-paysagistes luxembourgeois ont eu l'occasion de constituer un savoir-faire et un réservoir d'expériences utiles à leurs projets futurs. De par leur multilinguisme et des études à l'étranger, les membres OAI conservent de cette expérience, outre un enrichissement culturel personnel, une faculté accrue d'adaptation aux marchés étrangers.

Maintenons pour les maîtres d'ouvrage le droit fondamental d'un conseil professionnel indépendant !

(*) **Pierre HURT** est le directeur de l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils www.oai.lu

Lettre ouverte de l'OAI sur le projet de loi n°7478 relatif à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions

⁽⁷⁾ <https://www.wort.lu/de/politik/luxembourg-un-pays-sans-architectes-58ca8d9ba5e74263e13ac146>

⁽⁸⁾ https://www.ace-cae.eu/uploads/tx_jidocumentsview/The_European_architectural_sector_-_On_the_impact_of_different_regulatory_approaches_EuZFB_report_2017_FR.pdf

⁽⁹⁾ <https://mailer.ace-cae.eu/fr/public/webview/show/83/8748>