

N° 7478⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

relatif à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption
d'une nouvelle réglementation de professions

* * *

AVIS DE L'ORDRE DES ARCHITECTES ET DES INGENIEURS-CONSEILS

(25.8.2020)

1. CONSIDERATIONS GENERALES

1.1. Une Directive utile et conciliable avec le principe de subsidiarité ?

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer en droit national la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (ci-après la « **Directive** »).

La Directive est la réponse réglementaire aux résultats de l'exercice d'évaluation de la proportionnalité de toutes les réglementations professionnelles dans l'ensemble des Etats membres de l'Union Européenne.¹

Il convient toutefois de rappeler que, avant l'adoption de la Directive, l'arsenal de la législation et de la jurisprudence européennes impliquait et permettait déjà un contrôle de la proportionnalité des mesures restrictives en matière d'exercice des professions réglementées.

Il est également souligné que la pierre angulaire de la mobilité des professionnels en Europe est la reconnaissance de leurs qualifications, titres ou diplômes, assurant l'accès à et l'exercice de l'activité réglementée, dans un autre État membre de l'Union.

La Directive 2005/36/CE a ainsi créé un système général de reconnaissance des titres de formation et une reconnaissance automatique pour un nombre limité de professions, qui se fonde sur l'harmonisation des exigences minimales de formation (professions dites sectorielles : médecin, infirmier, dentiste, vétérinaire, sage-femme, pharmacien et **architecte**). Elle pose les fondements des procédures nationales de reconnaissance pour l'exercice des professions réglementées.² Elle a été transposée en droit interne par la loi du 28 octobre 2016³ de portée générale.

Ainsi dans le cadre existant, les États membres étaient déjà tenus d'évaluer le caractère proportionné de leurs exigences restreignant l'accès aux professions réglementées ou leur exercice, et de communiquer à la Commission les résultats de cette évaluation.

Par ailleurs, l'OAI tient à souligner que les réglementations professionnelles sont absolument nécessaires, dans le respect bien entendu des libertés fondamentales européennes, et notamment la libre prestation de services, la liberté d'établissement et la libre circulation.

1 Voir Communication de la Commission européenne « Évaluer les réglementations nationales en matière d'accès aux professions », COM (2013) 676 final du 2 octobre 2013.

2 La Directive 2005/36/CE est applicable depuis le 20 octobre 2007 consolide dans un seul texte les directives relatives au système général et compile et abroge 12 directives sectorielles existantes jusqu'alors afin de renforcer et de clarifier les procédures de reconnaissance des qualifications professionnelles.

3 Loi modifiée du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et portant création d'un registre des titres professionnels et d'un registre des titres de formation.

Les professions réglementées telles que les professions d'architectes et d'ingénieurs-conseils doivent être soumises à une déontologie et à des règles professionnelles et éthiques visant à protéger en dernière instance le destinataire des services, maîtres d'ouvrage non assimilables à de simples consommateurs

L'architecture et l'urbanisme sont deux arts qui influent de façon immédiate et tangible sur le cadre de vie des citoyens.

Cette spécificité confère à l'architecte et à l'urbaniste une responsabilité culturelle, sociale et économique. L'intervention indépendante et responsable de ces professionnels est décisive pour assurer aux citoyens la création et l'adaptation constante de leur cadre de vie, le respect d'un patrimoine commun et la protection d'un environnement partagé.

Dans une logique de marchandisation de tous les services, la Commission européenne estime de manière sans cesse plus appuyée et à tort, que les réglementations professionnelles entravent le marché intérieur des services⁴.

En réalité, la réglementation protège le client : elle impose une qualification, l'entretien des compétences via les obligations de formation professionnelle continue, des conditions d'exercices, le respect d'une déontologie, une responsabilisation personnelle et professionnelle...

Le professionnel libéral a le devoir de respecter des règles spécifiques, garantissant la qualité de sa pratique, et contribuant au lien de confiance avec les usagers. L'indépendance garantit la liberté de jugement du professionnel libéral et, par conséquent, un service répondant aux seuls intérêts du client, indépendamment de toute influence extérieure.

Les professionnels libéraux mettent à la disposition de leurs clients leurs compétences, leur savoir, leur déontologie pour leur fournir des prestations intellectuelles indépendantes et sur-mesure. Ces prestations ne peuvent être industrialisées, ni exercées – directement ou indirectement – pour le compte de groupes dont la vocation ne serait que d'accumuler les bénéfices.

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 dérégulation.

L'OAI s'oppose à toute dérégulation des professions réglementées, dont les « Professions OAI ».

L'OAI rejoint ainsi la Chambre des Salariés de Luxembourg (CSL) qui, dans son avis du 15.10.2019, avertit que « *l'argumentation constamment utilisée d'après laquelle une dérégulation 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* ». Et de souligner à raison que « *si le Luxembourg dispose d'un certain niveau de réglementation tout aussi bien en ce qui concerne son droit d'établissement qu'en matière de professions réglementées, cela n'est pas dissuasif pour les prestataires étrangers* ».⁵

Enfin, le contrôle de proportionnalité en la matière ne doit pas entraîner une contrainte excessive dans les capacités de régulation dont doivent disposer les États membres dans certains secteurs fondamentaux d'intérêts publics. Il est inscrit dans les gènes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) que la répartition des compétences entre les différentes personnes institutionnelles reconnues par le traité sur l'Union européenne (TUE), doit être respectée, en vertu du principe de subsidiarité.

⁴ <https://www.architectes.org/actualites/europe-les-idees-recues-de-la-commission-europeenne-sur-la-profession>

⁵ Cf. avis du CSL du 15.10.2019 relatif au projet de loi 7478 : « Si le Luxembourg dispose d'un certain niveau de réglementation tout aussi bien en ce qui concerne son droit d'établissement qu'en matière de professions réglementées, cela n'est pas dissuasif pour les prestataires étrangers (...). La CSL estime au contraire que les réglementations nationales ont un sens dans la mesure où elles visent non seulement, la fourniture de services de qualité, mais surtout aussi à garantir la sécurité des usagers. Malheureusement au niveau européen, le souci d'harmonisation et l'espoir de retombées économiques qui en devraient résulter, priment les considérations sociales et de qualité. Notons aussi que l'argumentation constamment utilisée d'après laquelle une dérégulation 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 ».

A cet égard, l'OAI se rallie aux considérations générales de la Chambre des Métiers du (23.12.2019)⁶ qui dénonce l'atteinte au principe de subsidiarité,⁷ et remarque plus largement que « *l'ampleur considérable de cet examen de proportionnalité est amplement disproportionnée et antagoniste à tout principe d'un „mieux légiférer“* ».

Dans ses conclusions présentées en 2017, le Conseil des Architectes d'Europe (03/04/2017) qui avertissait déjà notamment que :⁸

- « L'harmonisation des critères de proportionnalité entraînerait la création d'obligations disproportionnées dans certains Etats Membres et une distorsion accrue du marché. L'obligation de présenter des rapports de proportionnalité ex ante introduira une formalité supplémentaire sans pour autant offrir aucun avantage évident. Il est évident que tous les Etats membres ont déjà l'habitude d'effectuer une telle analyse préalable de la proportionnalité.
- La Directive proposée ne traite que de la réglementation ex ante (protection du titre, inscription obligatoire, et, dans certains cas, les fonctions réservées dûment justifiées) bien que la réglementation ex post (les assurances, la Formation Professionnelle Continue, les certifications professionnelles, les réglementations locales et les inspections de bâtiments) peut imposer des restrictions significatives à la pratique professionnelle. Ceci signifie qu'une comparaison objective des systèmes de réglementation n'est pas possible.
- Les exigences relatives aux professions réglementées diffèrent d'un Etat membre à l'autre pour des raisons culturelles, sociales, historiques et éthiques. Les tentatives d'harmonisation de la réglementation professionnelle ont échoué par le passé car il n'a pas été possible de trouver un modèle unique qui répondrait à la diversité des besoins spécifiques et des exigences de tous les Etats membres. Le marché est diversifié et différencié tant horizontalement que verticalement. Si les formations sont également différentes, les résultats sont jugés équivalents (cf. Directive Qualifications). Cependant, en l'absence d'un marché unique, harmonisé et transparent, la nécessité de critères harmonisés pour l'évaluation de la réglementation semble disproportionnée ».

1.2. Le contexte luxembourgeois de la profession d'architecte et autres « Professions OAI »

Avant de développer ses considérations quant au projet de loi sous avis, l'OAI entend remettre les pendules à l'heure concernant les « professions OAI »,⁹ alors que les réalités concrètes du marché et des conditions d'exercice professionnelle au Grand-Duché de Luxembourg ne sont pas correctement perçues par les instances européennes voire nationales.

L'OAI conteste ainsi la description faite du « *contexte luxembourgeois* » dans le projet, à savoir que « *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. Dans sa recommandation concernant le programme national de réforme pour 2019, le Luxembourg est invité par le Conseil « à réduire les obstacles à la concurrence dans les services professionnels aux entreprises réglementées* » ».

Cette analyse fait fi de la réalité, comme déjà dénoncé ci-avant.

L'étude sur le secteur européen de l'architecture publiée en janvier 2017 par le Centre européen des professions libérales (EuZFB) de l'Université de Cologne en préparation du paquet services de la Commission Européenne avait déjà souligné que l'indicateur de la réglementation des marchés de

6 [https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=695C22F39DEA628433258EEAD7877C83E4E1B09F8932B6AAB5E2A21FCE192BAE8FC30544724E88AAFA447623EB884366\\$06BF1FAE6DF686F2A95F91349A874C95](https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=695C22F39DEA628433258EEAD7877C83E4E1B09F8932B6AAB5E2A21FCE192BAE8FC30544724E88AAFA447623EB884366$06BF1FAE6DF686F2A95F91349A874C95)

7 Cf. avis de la Chambre des Métiers (23.12.2019, doc. Par. n°7478³ : « Le fait d'accepter le modus operandi à introduire en vertu de la directive, ne constitue-t-il pas la fin du principe de la subsidiarité et l'ouverture au droit européen de traiter à l'avenir toutes les matières qui sont de la compétence des États membres, en imposant les éléments et les critères selon lesquels les législateurs nationaux devront légiférer ? »

8 https://www.ace-cae.eu/uploads/tx_jidocumentsview/Proportionality_FR-idp.pdf

9 A savoir les professions : architecte, l'architecte d'intérieur, l'architecte-paysagiste et ingénieur-paysagiste, urbaniste/aménageur, ingénieurs-conseils du secteur de la construction, toutes ces professions étant réglementées par la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

produits (PMR) de l'OCDE ne reflète pas le niveau réel de réglementation dans les États membres¹⁰. Dès lors, il importe que nos représentants dans ces instances remontent la réalité du terrain.

En réalité, la mobilité des professionnels en Europe joue à plein au Luxembourg dans le domaine des services d'architecture et d'ingénierie. Le mauvais procès d'entraves à la concurrence, en raison d'un prétendu carcan règlementaire, trahit une méconnaissance flagrante des réalités concrètes des « Professions OAI ».¹¹

Au Grand-duché de Luxembourg, les bureaux « étrangers » constituent actuellement 24% des bureaux d'architectes et 19% des bureaux d'ingénieurs-conseils inscrits à l'OAI. Cette situation est *unique* en Europe, et également favorisée par la proximité des pays limitrophes, l'ouverture et le multilinguisme caractérisant le Grand-Duché de Luxembourg.

Selon une étude de 2018 réalisée pour le Conseil des Architectes d'Europe, le Luxembourg compte 1,6 architectes pour 1000 habitants, se situant dans le peloton de tête, dépassé uniquement par le Danemark (1,8), la Grèce (1,7), l'Italie (2,6), Malte (2,1) et le Portugal (2,2).¹²

Le contexte luxembourgeois est donc caractérisé par une vive concurrence, en particulier entre les bureaux d'architecture.

Par ailleurs, contrairement à certains clichés, le chiffre d'affaires annuel moyen des bureaux d'architecture et les rémunérations nettes perçues sont relativement modestes¹³ – après déduction des multiples frais et charges et eu égard au volume de travail et aux qualifications acquises – au regard des salaires pratiqués au Luxembourg dans le secteur privé pour d'autres professions intellectuelles, sans même parler du secteur public encore plus favorisé. Selon une étude statistique récemment menée par l'OAI, le chiffre d'affaire annuel moyen par effectif (pour un bureau de moins de 5 personnes, représentant 73% des bureaux) est de 61.544 euros.¹⁴ Par ailleurs, selon une évaluation statique faite par l'OAI, on obtient un chiffre d'affaires médian par heure travaillée de 36 € pour les bureaux d'architectes au Luxembourg, et de 50 € pour les bureaux d'ingénieurs-conseils au Luxembourg. Ces montants bruts ne représentent pas le salaire ou la rémunération, mais doivent couvrir ensuite tous les frais du bureaux (masse salariale, charges sociales, loyer, assurance légale obligatoire (RCP et décennale), matériel et licences informatiques, formation continue...) !

Dans le contexte rectifié ci-avant, l'OAI ne peut que déplorer les griefs abstraits de la Commission européenne et n'a pas connaissance de quelconques restrictions ou difficultés d'accès à la commande privée ou publique de la part des prestataires transfrontaliers visés, bien au contraire.

A titre exemplatif, le Mudam, la Philharmonie, la Cour de justice européenne, les trois tours européennes, le nouveau bâtiment en construction Royal-Hamilius ou encore le futur siège d'ArcelorMittal, sont autant de bâtiments remarquables qui ont pour point commun d'être nés sous le crayon d'architectes étrangers, attributaires des marchés de conception.

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

11 Concernant les professions OAI, depuis la création de l'OAI par la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, il est rappelé que le nombre d'architectes a triplé au Luxembourg. Dans le même temps, celui d'ingénieurs-conseils quadruplait. Ces chiffres suffisent à illustrer la croissance spectaculaire du secteur de la construction dans le pays.

12 https://www.ace-cae.eu/fileadmin/New_Upload/7_Publications/Sector_Study/2018/2018_ACE_Report_FR_FN.pdf

13 L'étude de rémunération (2019) relative au Luxembourg du cabinet de recrutement spécialisé Hays permet d'avoir un aperçu des revenus des architectes au pays : architecte perçoit ainsi entre 35.000 et 40.000 euros durant ses trois premières années professionnelles. Entre quatre et huit années d'expérience, la fourchette oscille entre 44.000 et 56.000 euros/an. **Au-delà de huit ans de pratique professionnelle, il peut espérer atteindre les 67.000 euros annuels** (<https://www.hays.lu/etude-de-remuneration-luxembourg-2019>).

14 Selon une étude statistique récente réalisée par l'OAI, en 2018, le chiffre d'affaires annuel médian par effectif se situait autour de 62 000 € pour les bureaux d'architectes et de 85 000 € pour les bureaux d'ingénieurs-conseils (cf. radiographie économique des membres OAI établis au Luxembourg en annexe). Le chiffre d'affaires annuel moyen par effectif se situait autour de 67 000 € pour les bureaux d'architectes et de 98 000 € pour les bureaux d'ingénieurs-conseils.

En utilisant une durée effective de travail de 1 700 h/an, cela correspond à un chiffre d'affaires médian par heure travaillée de 36 € pour les bureaux d'architectes au Luxembourg, et de 50 € pour les bureaux d'ingénieurs-conseils au Luxembourg. Il importe cependant de souligner que seules environ 80% des heures travaillées sont facturables. Le travail administratif, l'acquisition de projets, les formations et la perte de temps causée par le trafic constituent notamment des heures non facturables.

Ces montants ne représentent pas le salaire, mais doivent couvrir tous les frais du bureaux (masse salariale, charges sociales, loyer, assurance légale obligatoire (RCP et décennale), matériel et licences informatiques, formation continue...)

Pour certains projets majeurs, les architectes établis à Luxembourg ont même été évincés, sur base de conditions minimales de participation exorbitantes, situation dénoncée par l'OAI dans une lettre ouverte adressée au Premier Ministre en mars 2017, intitulée « Luxembourg, un pays sans architectes ?!!! ». ¹⁵

Dans ce contexte, l'OAI accueille avec un scepticisme le Projet de loi, si l'agenda poursuivit est celui d'une dérégulation intempestive des règles gouvernant l'exercice des professions libérales d'architecte et d'ingénieur-conseil.

Il y a un équilibre à trouver entre les principes de liberté d'exercice et le niveau de réglementation garantissant tant un exercice digne de la profession, d'une part, que l'intérêt public et la protection des consommateurs citoyens, d'autre part.

Un tel équilibre se trouve reflété dans la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, dont un détricotage dans le cadre du projet de loi 6795 y relatif ne saurait être accepté.

Les réglementations professionnelles existantes (comportant notamment le prescrit de l'indépendance professionnelle, l'intégrité du capital social des sociétés, les incompatibilités d'exercice avec les activités de promoteur ou d'entreprise de construction, etc...) sont parfaitement justifiées et n'ont jamais constitué une entrave à la croissance et aux développements économiques de ces professions libérales.

Comme souligné par le CAE (Conseil des Architectes d'Europe), « la croissance et la mobilité dans les services d'architecture sont entraînées par l'économie : les architectes vont là où il y a du travail. Ils prennent des décisions fondées sur des considérations économiques, en prenant en compte des facteurs culturels, linguistiques et historiques – *indépendamment du régime de réglementation* ». ¹⁶

L'existence de **régimes de responsabilité des constructeurs hétéroclites** dans l'Union Européenne, avec les écueils d'assurance en résultant, constitue la seule et véritable restriction aux prestations transfrontalières des acteurs de la construction.

Il est à nouveau souligné que dans son arrêt du 4 juillet 2019, ¹⁷ la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) reconnaît et souligne que :

- la préservation de la qualité de l'environnement bâti, en abrégé « Baukultur », ainsi que la construction écologique, directement liée à la qualité des travaux d'aménagement, sont d'intérêt public et constituent donc des raisons impérieuses d'intérêt général au sens de la Directive Services 2016/123/CE ;
- l'imposition des tarifs minimaux peut être appropriée pour garantir la qualité de l'environnement bâti et de l'environnement lui-même, conformément à la protection des consommateurs et à l'intérêt public ;
- dans ce cas, un système cohérent est nécessaire, dans lequel certaines tâches ne peuvent être exécutées que par des personnes possédant des qualifications pertinentes et de haute qualité ;
- en l'absence d'un barème, des situations particulières du marché peuvent conduire à une concurrence par les prix entre les prestataires de services et de planification, ce qui entraîne une baisse de qualité et, en fin de compte, l'élimination des opérateurs offrant des services de haute qualité.

La qualité d'**intérêt public** de la profession d'architecte est reconnue par la législation européenne ¹⁸.

¹⁵ <https://www.wort.lu/de/politik/luxembourg-un-pays-sans-architectes-58ca8d9ba5e74263e13ac146>

¹⁶ https://www.ace-cae.eu/uploads/tx_jidocumentsview/Regulation_FR.pdf

¹⁷ Dans l'affaire opposant la Commission européenne à la République fédérale d'Allemagne concernant les barèmes d'honoraires pour la planification des services d'architectes et d'ingénieurs (HOAI)

¹⁸ La Directive 2005/36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles rappelle ainsi dans son considération n°27 que « **La création architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains ainsi que du patrimoine collectif et privé sont d'intérêt public.** Dès lors, la reconnaissance mutuelle des titres de formation devrait se fonder sur des critères qualitatifs et quantitatifs garantissant que les titulaires des titres de formation reconnus sont en mesure de comprendre et de traduire les besoins des individus, des groupes sociaux et des collectivités en matière d'aménagement de l'espace, de conception, d'organisation et de réalisation des constructions, de conservation et de mise en valeur du patrimoine bâti et de protection des équilibres naturels ».

La qualité d'intérêt public de la profession oblige même, en particulier pour l'architecte et l'ingénieur-conseil, à dépasser l'intérêt de son client¹⁹ et renforce son obligation d'indépendance et le rôle de l'Ordre.

1.3. Une Directive qui provoque un changement de paradigme

La Directive s'inscrit certes dans la lignée de cette législation européenne, en visant à éviter toute forme de disproportion dans l'établissement des professions réglementées au sein des États membres.

Mais il serait trompeur de la considérer comme un instrument juridique supplémentaire anodin : la Directive constitue un véritable changement de paradigme, mis en exergue par la Chambre des Métiers dans son avis (du 23.12.2019).

Traditionnellement le test de proportionnalité est utilisé par la Cour de Justice de l'Union Européenne (la « CJUE ») et la Commission pour vérifier la compatibilité d'une règle professionnelle avec les exigences du marché intérieur.

Avec la Directive, le test de proportionnalité est généralisé et imposé aux gouvernements et régulateurs nationaux, qui sont tenus de passer au crible d'une liste de critères tout projet de création ou de révision des règles applicables à l'accès ou à l'exercice des professions réglementées.

La « charge de la preuve » pour justifier d'une réglementation pèsera désormais sur les États Membres : il leur incombera d'administrer *ab initio* la preuve du caractère justifié et proportionné de leurs réglementations, au moyen – non nécessairement d'une étude spécifique – mais d'une analyse dite « objective ».²⁰

On passe donc in fine du régime de liberté (la mesure 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).

De surcroît, le résultat positif du test qui permet l'adoption d'une mesure réglementaire demeure soumis aux „observations“ des autres États (cf. article 11)²¹ et des „autres parties intéressées“ (cf. article 8)²².

La Directive précise²³ également que « *les États membres devraient procéder à des examens de la proportionnalité de manière objective et indépendante, y compris lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet. Ces examens pourraient comprendre un avis obtenu auprès d'un organisme indépendant, y compris les organismes existants qui font partie du processus législatif national, qui se sont vus confier par les États membres concernés la tâche de fournir une telle opinion* ».²⁴

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

19 Ainsi à titre exemplatif, le règlement grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils prévoit, en son article 12, que « Lorsque le client-maître de l'ouvrage fait construire un bien en vue de le vendre ou d'en céder la jouissance, l'architecte et l'ingénieur-conseil doivent veiller aux intérêts du client dans les limites de la sauvegarde de l'intérêt public et des intérêts légitimes des utilisateurs ou des futurs acquéreurs. »

20 (Considérant 13) : « (...) Par conséquent, les raisons invoquées par un État membre pour justifier une réglementation devraient être accompagnées d'une analyse du caractère approprié et proportionné de la mesure adoptée par ledit État membre, ainsi que de données concrètes étayant ses arguments. Même si un État membre ne doit pas nécessairement produire une étude spécifique ou une preuve ou un matériel quelconque établissant la proportionnalité d'une mesure avant son adoption, il convient qu'il réalise une analyse objective, tenant compte de ses circonstances démontre qu'il existe un véritable risque pour la réalisation des objectifs d'intérêt général ».

21 Article 11(2) : « Les États membres et les autres parties intéressées peuvent présenter des observations à la Commission ou à l'État membre qui a communiqué les dispositions et les motifs pour lesquels ces dispositions sont jugées justifiées et proportionnées. Ces observations sont dûment prises en compte par la Commission dans son rapport de synthèse produit conformément à l'article 59, paragraphe 8, de la directive 2005/36/CE ».

22 Article 8(1) : « Les États membres mettent, par les moyens appropriés, l'information à la disposition des citoyens, des bénéficiaires de services et des autres parties prenantes concernées, y compris celles qui ne sont pas des membres de la profession concernée, avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou de modifier de telles dispositions existantes ».

23 Considérant (14) de la Directive.

24 En d'autres termes, et à titre exemplatif, au Luxembourg, les avis recueillis pourraient provenir des chambres professionnelles consultées lors de la procédure législative ou du Conseil d'État, mais aussi du Conseil de la Concurrence...

On peut dès lors légitimement craindre que de manière insidieuse, la Commission Européenne se trouve en position de cornaquer voire de phagocyter les Etats Membres et d'imposer en amont ses vues et exigences, surtout en cas de docilité des départements ministériels en charge d'élaborer ou de réformer une législation concernant une profession réglementée.

Pourtant, il suffit d'avoir égard à la jurisprudence de la CJUE pour rappeler que la Commission européenne, dont la seule antienne semble être la dérégulation des professions libérales, a essuyé nombre de revers et que sa vision idéologique des objectifs poursuivies n'est pas toujours juridiquement ou économiquement justifiée.

A titre exemplatif, la Commission avait engagé une action pour manquement contre plusieurs Etats membres, en reprochant aux législations nationales querellées de réserver le droit d'exploiter une pharmacie de détail privée aux seules personnes physiques titulaires d'un diplôme de pharmacien (ou aux sociétés d'exploitation composées exclusivement d'associés qui sont pharmaciens). La Commission critiquait également l'impossibilité, pour les entreprises de distribution de produits pharmaceutiques, de prendre des participations dans les sociétés d'exploitation de pharmacies communales.

Or la CJUE a décidé au contraire que les libertés d'établissement et de circulation des capitaux ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui empêche des personnes n'ayant pas la qualité de pharmaciens de détenir et d'exploiter des pharmacies.²⁵

La CJUE a également conclu qu'un « État membre peut considérer qu'il existe un risque que des règles législatives protégeant l'indépendance professionnelle des pharmaciens puissent être méconnues ou contournées dans la pratique ». Par conséquent, un État 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.

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 professionnel l'indépendance nécessaire à la nature de sa fonction » (CJUE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes aff. C-171/07, conclusions point 52)

Il est encore intéressant de rappeler le précédent concernant les laboratoires de biologie médicale (LBM). En limitant la participation des non-biologistes au capital des LBM, la France était selon la Commission Européenne en infraction avec les traités européens et notamment le principe de liberté d'établissement (article 43 CE). Or, par un arrêt du 16 décembre 2010, la CJUE a décidé – compte tenu de la possibilité offerte aux Etats membres de restreindre la liberté d'établissement à des fins de santé publique – que les dispositions françaises étaient proportionnées à l'égard de l'objectif poursuivi et la restriction mise en place fondée.

Les conclusions de l'avocat général semblent particulièrement éclairantes et peuvent également s'appliquer mutatis mutandis et par analogie aux professions OAI :

« 54. Il serait difficile de s'assurer que l'exploitant non-pharmacien n'interfère pas dans la relation qu'entretient le pharmacien avec ses clients, et cette situation serait comparable à celle des laboratoires d'analyses qui, tout comme l'activité du système pharmaceutique, sont au coeur du système de soins.

61. La mesure restrictive introduite en ce qui concerne la participation au capital social serait donc justifiée – de manière analogue au cas des pharmacies – par la nécessité d'assurer la pleine indépendance de l'activité professionnelle du directeur du laboratoire, que ce dernier doit accomplir dans le seul respect des règles déontologiques, et sans aucune pression, en particulier de caractère financier, et ce, comme cela a déjà été souligné, dans le but de garantir la meilleure protection possible de la santé publique.

120. En particulier, s'il est certes difficile de nier que le pharmacien professionnel poursuit, à l'instar d'autres personnes, une finalité lucrative, la Cour a considéré que, en tant que pharmacien de profession, il est censé exploiter la pharmacie non pas dans un objectif purement économique,

²⁵ 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.

mais également dans une optique professionnelle. Son intérêt privé, lié à la réalisation de bénéfices, se trouvant ainsi tempéré par sa formation, par son expérience professionnelle, et par la responsabilité qui lui incombe, étant donné qu'une éventuelle violation des règles légales ou déontologiques fragiliserait non seulement la valeur de son investissement, mais également sa propre existence professionnelle. »

Les considérations ayant inspiré la CJUE pour freiner les velléités de la Commission de déréguler les professions indépendantes sont parfaitement transposables aux « Professions OAI » et en particulier à la profession d'architecte,²⁶ d'intérêt public,²⁷ comme a déjà souligné par le Conseil de l'Ordre des Architectes français relativement à la « Directive services ».

Par ailleurs, dans sa célèbre jurisprudence *Wouters*,²⁸ contredisant la Commission, la CJUE a validé un règlement du « Nederlandse Orde van advocaten » interdisant les associations entre avocats et experts comptables. La CJUE a vérifié le contexte réel de cette norme. In casu, cette règle visait à sauvegarder le secret professionnel des avocats.

Cette référence au contexte signifie aussi qu'une même règle peut être appréciée différemment selon la profession et le pays en cause. Rappelons en effet un fait très simple, mais qui donne la mesure de la singularité de chaque situation d'espèce : lorsqu'un État impose des règles moins strictes qu'un autre État pour l'exercice d'une même profession, cela ne signifie pas que les règles de ce dernier sont disproportionnées et, par conséquent, incompatibles avec le droit de l'Union.

En effet, toute réglementation professionnelle s'inscrit dans un contexte, des enjeux et des particularismes socio-économiques nationaux qui induisent nécessairement une évaluation spécifique, État par État, marché par marché.

En définitive, il existe de nombreux exemples où la Commission Européenne a, sur base d'une « analyse objective », attaqué des États membres pour de prétendus manquements en rapport avec des réglementations professionnelles estimées trop restrictives, mais a essuyé un camouflet en se heurtant à des décisions contraires de la CJUE.

Concernant la profession d'architecte, il est rappelé que dans son arrêt du 4 juillet 2019²⁹ concernant la HOAI dans l'affaire C-377/17, la CJUE a décidé :

« À cet égard, il y a lieu de constater que les objectifs tenant à la qualité des travaux et à la protection des consommateurs ont été reconnus par la Cour en tant que raisons impérieuses d'intérêt général (...) 71. Quant aux objectifs de préservation de la culture architecturale et de construction écologique, ils peuvent être rattachés aux objectifs plus généraux de préservation du patrimoine culturel et historique, ainsi que de protection de l'environnement, lesquels constituent également des raisons impérieuses d'intérêt général (voir, en ce sens, arrêts du 26 février 1991, Commission/France, C-154/89, EU:C:1991:76, point 17, et du 14 décembre 2004, Commission/Allemagne, C-463/01, EU:C:2004:797, point 75) »

Par ailleurs, comme il a été souligné dans l'arrêt précité de la CJUE :

« Quant aux objectifs de préservation de la culture architecturale et de construction écologique, ils peuvent être rattachés aux objectifs plus généraux de préservation du patrimoine culturel et his-

26 Le Tribunal administratif, dans un jugement du 17 février 2011 (n°26570 du rôle), a eu l'occasion de rappeler opportunément : « En réservant expressément la synthèse des activités diverses participant à la réalisation d'une oeuvre de construction aux professions d'architecte ou d'ingénieur-conseil, le législateur a voulu s'assurer que ces activités, **où les aspects santé et sécurité sont particulièrement importants, ne puissent être exercées que par des personnes disposant des qualifications professionnelles appropriées.** En l'espèce, „la supervision, la coordination et le contrôle des activités, travaux et fournitures des intervenants dans la réalisation de constructions civiles immobilières ou de rénovations et les restaurations d'immeubles existants, le contrôle des métrés et quantités ainsi que leur conformité aux devis et plans généraux et d'exécution“ relèvent donc des professions d'architecte ou d'ingénieur-conseil et ne sauraient être exercées par une personne qui ne dispose pas des autorisations d'établissement requises, voire des qualifications professionnelles nécessaires pour obtenir celles-ci ».

27 L'intérêt public de l'architecture apparaît dans plusieurs éléments de la législation de l'Union européenne. Il y a été fait spécifiquement référence dans le considérant 27 de la Directive horizontale récemment publiée sur la reconnaissance des qualifications professionnelles (2005/36/EC). Ce considérant dit : „La qualité architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains ainsi que patrimoine collectif et privé sont d'intérêt public“.

28 C.J.C.E., 19 février 2002 (WOUTERS e. a./ALGEMENE RAAD VAN DE NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN), C309/99, Rec. C.J.C.E., 2002, p. I-1676.

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

torique, ainsi que de protection de l'environnement, lesquels constituent également des raisons impérieuses d'intérêt général, ».

Et de préciser que « la République fédérale d'Allemagne a établi à suffisance que, au regard des particularités du marché et des services en cause, il peut exister un risque que les prestataires de planification dans le domaine de la construction opérant dans cet État membre se livrent à une concurrence pouvant se traduire par l'offre de prestations au rabais, voire par l'élimination des opérateurs offrant des prestations de qualité par le biais d'une sélection adverse. 82 Dans un tel contexte, l'imposition de tarifs minimum peut être de nature à contribuer à limiter ce risque, en empêchant que des prestations soient offertes à des prix insuffisants pour assurer, à long terme, la qualité de celles-ci. »

En conclusion, on peut sérieusement s'interroger – au-delà des critères théoriques³⁰ – sur l'application concrète du contrôle de proportionnalité, notamment quant au régime de la preuve et du caractère proportionné d'une mesure et quant aux justifications motivées par des objectifs d'intérêts général.

Dans son avis, la Chambre des métiers pose avec pertinence « la question de savoir qui contrôle la qualité des analyses de proportionnalité et quelle est la sanction d'une analyse inadéquate ? Eu égard au fait que la directive dont transposition ne porte pas atteinte à la compétence des États membres et à la marge d'appréciation dont ils disposent pour décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer, dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité, il semble que seul la Cour de justice de l'Union européenne reste compétente pour juger de la proportionnalité des mesures prises. Or, telle est déjà la situation actuelle ! ».

En dernière instance il appartient effectivement à la CJUE de juger la proportionnalité des mesures prises.

Mais cette prédiction n'est exacte que si le législateur national, et concrètement dans notre pays les fonctionnaires et juristes des départements ministériels en charge de l'élaboration ou de la révision des législations des professions réglementées, procèdent à une saine analyse des réglementations en jeu, sans céder par avance à toutes les injonctions de la Commission européenne qui reste dans une logique de dérégulation vis-à-vis des professions réglementées et des Ordres professionnels.

*

2. AVIS ARTICLE PAR ARTICLE SUR LE PROJET DE LOI n°7473 n°7478 relatif à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions

Article 1er. Champ d'application

A l'instar de la Chambre des Métiers, l'OAI estime qu'il serait indiqué de faire référence à la loi modifiée du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

L'examen de proportionnalité consistera à vérifier que les dispositions nouvelles ou modificatives sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi sans excéder ce qui est nécessaire pour l'atteindre au regard de la nature, du contenu et de l'effet de la mesure envisagée.

Il s'appliquera à toutes les professions réglementées entrant dans le champ de la directive 2005/36 et dont l'accès ou les modalités d'exercice seraient modifiés par une nouvelle norme législative ou réglementaire émanant d'autorités administratives ou de personnes morales chargées d'une mission de service public.

Il est à noter que l'examen de proportionnalité n'a pas à être mené dès lors qu'une disposition limitant l'accès à une profession réglementée ou son exercice est introduite par un acte de l'Union européenne ne laissant pas aux États membres le choix du mode de transposition, ainsi que pour toute disposition visant à garantir le respect des conditions de travail et d'emploi que les États membres appliquent conformément au droit de l'Union.

³⁰ La proportionnalité des dispositions soumises à examen doit être examinée notamment au regard du caractère approprié de la restriction à l'objectif poursuivi, de l'incidence sur la libre circulation des personnes et des services au sein de l'Union, sur le choix des consommateurs et sur la qualité du service fourni ou encore de la possibilité de recourir à des moyens moins restrictifs.

Article 2. Définitions.

Sans observation.

Article 3. Examen ex ante de nouvelles mesures et suivi

Concernant le régime de la preuve, au diapason de la Directive³¹, l'article 3(4) prévoit que « Les motifs pour lesquels une disposition visée au paragraphe 1er est jugée justifiée et proportionnée sont étayés par des éléments probants qualitatifs et, dans la mesure du possible et lorsque cela est pertinent, quantitatifs ».

L'OAI s'interroge sur l'interprétation concrète qui sera donnée à cette disposition et le degré d'exigence quant aux « éléments probants qualitatifs ou quantitatifs ».

Selon le commentaire des articles du Projet de loi, est requise une « analyse objective », mais non nécessairement « une preuve ou un matériel quelconque établissant la proportionnalité d'une mesure avant son adoption ».³²

Cette approche est justifiée au regard des considérants de la Directive³³ et surtout de la jurisprudence de la CJUE, qui a eu l'occasion de préciser également que :

- la charge de la preuve qui incombe à l'État membre « ne saurait aller jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions » (affaire C-518/06, Commission des Communautés européennes contre République d'Italie, paragraphe 84).
- qu'il « convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation » non seulement lorsqu'ils choisissent une mesure appropriée mais également lorsqu'ils décident du niveau auquel ils entendent assurer la protection de l'intérêt public en question, étant donné que « ce niveau [peut] varier d'un État membre à l'autre » (voir les affaires jointes C-171/07 et C-172/07, *Apothekekammer des Saarlandes contre Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, paragraphe 19).

En conclusion si le texte du projet de loi est fidèle à la Directive, il ne manquera pas néanmoins de susciter de nombreuses controverses quant à son application concrète. Comme observé par la Chambre des Métiers dans son avis précité, « la transposition fidèle du texte de la Directive soulève de nombreux problèmes ».

Article 4. Non-discrimination

La disposition en cause rappelle le principe cardinal, déjà ancré dans maints textes européens, qu'aucune mesure ne peut être « directement ou indirectement discriminatoire en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence ».

La disposition visée n'appelle donc pas d'observations en tant que telle.

L'OAI tient toutefois à rappeler que l'application du droit européen ne peut aboutir à une discrimination à rebours, qui imposerait aux seuls prestataires « nationaux » établis au Grand-Duché de Luxembourg, des charges et obligations dont seraient dispensés les prestataires établis dans d'autres États Membres et intervenant sur le territoire national dans le cadre de la libre prestation de services.

³¹ Cf. article 4-(3) de la Directive 2018/958.

³² « Pour ce qui est du paragraphe 4, il convient de souligner que le département ministériel à l'origine de la nouvelle réglementation ne doit pas nécessairement produire une étude spécifique ou une preuve ou un matériel quelconque établissant la proportionnalité d'une mesure avant son adoption, il convient qu'il réalise une analyse objective, tenant compte de ses circonstances particulières, qui démontrent qu'il existe un véritable risque pour la réalisation des objectifs d'intérêt général. A cet égard, la Cour de justice a reconnu qu'un État membre ne peut être « privé de la possibilité d'établir qu'une mesure interne restrictive satisfait [aux exigences découlant du principe de proportionnalité], au seul motif que ledit État membre n'est pas en mesure de produire des études qui auraient servi de base à l'adoption de la réglementation en cause » (CJUE, gde ch., 8 septembre 2010, Stoß, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-410/07, Rec., I-08069, point 72) ».

³³ Dans ses considérants (cf. 13), la Directive fait état « d'une analyse du caractère approprié et proportionné de la mesure », « de données concrètes étayant ses arguments ». Et de préciser qu'un « État membre ne doit pas nécessairement produire une étude spécifique ou une preuve ou un matériel quelconque établissant la proportionnalité d'une mesure avant son adoption ». L'essentiel est que l'État membre « réalise une analyse objective, tenant compte de ses circonstances particulières, qui démontre qu'il existe un véritable risque pour la réalisation des objectifs d'intérêt général ».

Il est rappelé dans ce contexte, à titre exemplatif, le caractère d'ordre public de la responsabilité décennale et la responsabilité civile professionnelle (RCP) et pour cette dernière l'exigence légale³⁴ – d'ailleurs inéquitablement pour les seules professions d'architecte et d'ingénieur-conseil – d'une assurance couvrant cette responsabilité décennale.

Ce principe d'égalité de traitement, lequel n'est pas à sens unique, est expressément prévue par le droit européen. Comme rappelé par le 3e considérant de la Directive 2005/36/CE « Qualifications professionnelles » les droits et obligations du professionnel migrant doivent être les mêmes que ceux des nationaux.³⁵

Le principe de la libre prestation de services n'a pas une portée absolue et ne préjudicie pas à la faculté d'instaurer des règles professionnelles, dès lors que ces règles sont justifiées et proportionnées et que leur application n'est pas discriminatoire.³⁶

Dans le cadre de l'examen de l'actuel projet de loi 6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, il est relevé que « le Conseil d'État marque son accord avec la soumission des activités prestées sur le territoire national aux règles professionnelles et déontologiques luxembourgeoises. Ce régime existe également pour d'autres professions réglementées ».³⁷

Article 5. Justification motivée par des objectifs d'intérêt général

Toute nouvelle disposition législative, réglementaire ou administrative limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice doit être justifiée par des objectifs d'intérêt général.

Outre le maintien de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique, les motifs susceptibles de justifier des mesures réglementaires restrictives peuvent être basés sur des raisons impérieuses d'intérêt général », dont notamment :

- **la protection des consommateurs, des bénéficiaires de services** et des travailleurs ;
- la garantie de la loyauté des transactions commerciales, I
- la lutte contre la fraude et la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales et la préservation de l'efficacité des **contrôles fiscaux**,
- **la protection de l'environnement et de l'environnement urbain**,
- la propriété intellectuelle,
- **la sauvegarde et la préservation du patrimoine historique** et artistique national,
- des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle.

Il est souligné qu'il s'agit d'une liste, *non exhaustive*, de raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la jurisprudence la CJUE.

34 Article 6 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, précisant que les architectes et ingénieurs-conseils doivent assurer « obligatoirement leur responsabilité professionnelle, tant contractuelle que délictuelle ou quasi délictuelle, y compris la responsabilité décennale. La prédite assurance couvre obligatoirement les architectes et ingénieurs salariés d'une personne physique ou morale ».

35 Cf. Directive 2005/36/CE : « (3) : La garantie, conférée par la présente directive aux personnes ayant acquis leurs qualifications professionnelles dans un État membre, d'accès à la même profession et d'exercice de cette profession dans un autre État membre avec les mêmes droits que les nationaux ne préjuge pas du respect par le professionnel migrant d'éventuelles conditions d'exercice non discriminatoires qui seraient imposées par ce dernier État membre, pour autant que ces conditions soient objectivement justifiées et proportionnées »

36 Cf. Directive 2005/36/CE, 43e considérant : « 43) Dans la mesure où elles sont réglementées, la présente directive couvre aussi les professions libérales, c'est-à-dire, au sens de cette directive, toute profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public. L'exercice de la profession peut être soumis dans les États membres, en conformité avec le traité, à des obligations juridiques spécifiques, basées sur la législation nationale et la réglementation établie dans ce cadre de manière autonome par l'organe professionnel représentatif compétent, qui garantissent et améliorent le professionnalisme, la qualité du service et la confidentialité des relations avec le client ».

37 Cf. document avis du Conseil d'Etat du 17.11.2015 relatif au Projet de loi 6795.3.

A l'aune de ces critères, l'OAI tient à rappeler que la qualité d'intérêt public de la profession d'architecte est reconnue par la législation européenne.³⁸

Dans son arrêt du 4 juillet 2019 dans l'affaire C-377/17, dans l'affaire opposant la Commission européenne à la République fédérale d'Allemagne, au sujet de la *Honorarordnung für Architekten und Ingenieure* (HOAI),³⁹ la CJUE a précisé comme suit :

- « **Les objectifs tenant à la qualité des travaux et à la protection des consommateurs ont été reconnus par la Cour en tant que raisons impérieuses d'intérêt général** » ;⁴⁰
- « **Quant aux objectifs de préservation de la culture architecturale et de construction écologique, ils peuvent être rattachés aux objectifs plus généraux de préservation du patrimoine culturel et historique, ainsi que de protection de l'environnement, lesquels constituent également des raisons impérieuses d'intérêt général** » ;⁴¹

Il est remarqué incidemment que le système des tarifs minimum de l'HOAI a été invalidé par la Cour, non en raison d'un excès de réglementation, mais d'une insuffisance de réglementation,⁴² comme observé par la Présidente de la Bundesarchitektenkammer.⁴³

Il est également notable que cet arrêt de la CJUE souligne que l'Allemagne devait apporter une démonstration et non une preuve à proprement parler de la justification des objectifs d'intérêt général poursuivis.⁴⁴

Par ailleurs, dans un arrêt récent, dans l'affaire C-384/18 (arrêt du 27 février 2020)⁴⁵, la CJUE a souligné que :

« Il est nécessaire et dans l'intérêt des destinataires, en particulier des consommateurs, de veiller à ce qu'il soit possible aux prestataires d'offrir des services pluridisciplinaires et à ce que les restrictions à cet égard soient limitées à ce qui est nécessaire pour assurer l'impartialité, l'indépendance et l'intégrité des professions réglementées. Ceci ne porte pas atteinte aux restrictions ou interdictions de mener des activités spécifiques qui visent à assurer l'indépendance dans les cas où un État membre

38 La Directive 2005/36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles rappelle ainsi dans son considération n°27 que « **La création architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains ainsi que du patrimoine collectif et privé sont d'intérêt public.** Dès lors, la reconnaissance mutuelle des titres de formation devrait se fonder sur des critères qualitatifs et quantitatifs garantissant que les titulaires des titres de formation reconnus sont en mesure de comprendre et de traduire les besoins des individus, des groupes sociaux et des collectivités en matière d'aménagement de l'espace, de conception, d'organisation et de réalisation des constructions, de conservation et de mise en valeur du patrimoine bâti et de protection des équilibres naturels ».

39 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0377&from=FR>

40 Voir, en ce sens, arrêts du 3 octobre 2000, Corsten, C-58/98, EU:C:2000:527, point 38 ; du 8 septembre 2010, Stoß e.a., C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, EU:C:2010:504, point 74, ainsi que du 15 octobre 2015, Grupo Itevelesa e.a., C-168/14, EU:C:2015:685, point 74.

41 Voir, en ce sens, arrêts du 26 février 1991, Commission/France, C-154/89, EU:C:1991:76, point 17, et du 14 décembre 2004, Commission/Allemagne, C-463/01, EU:C:2004:797, point 75

42 En effet la Cour appuie son arrêt sur les motifs suivants : « Or, la circonstance que des prestations de planification puissent être fournies en Allemagne par des prestataires n'ayant pas démontré leur aptitude professionnelle pour ce faire traduit une incohérence dans la réglementation allemande au regard de l'objectif de préservation d'un niveau de qualité élevé des prestations de planification poursuivi par les tarifs minimum. En effet (...) il convient de constater que de tels tarifs minimums ne sauraient être propres à atteindre un tel objectif si, ainsi qu'il ressort des éléments soumis à la Cour, l'exercice des prestations qui y sont soumises n'est pas lui-même entouré de garanties minimales permettant d'assurer la qualité desdites prestations ».

43 « Dass wir die verbindlichen Mindestsätze dennoch nicht erhalten konnten, liegt ironischerweise daran, dass wir bei Planungsleistungen nicht zu viel, sondern im Gegenteil zu wenig Regulierung haben. Der EuGH hat nämlich als einzigen Grund für seine Entscheidung die sogenannte „Inkohärenz“ der deutschen Regelung angegeben. Auf Deutsch: Planungsleistungen sind in Deutschland nicht bestimmten Berufsständen vorbehalten, die einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht in Bezug auf ihre Qualifikation unterliegen, sondern neben Architekten und Ingenieuren können diese Leistungen auch von anderen, nicht reglementierten Dienstleistern erbracht werden » (<https://www.vergabeblog.de/2019-07-10/eugh-urteil-zur-hoai-ein-interview-mit-der-praesidentin-der-bundesarchitektenkammer/>)

44 Cf. point 85 de l'arrêt : « En outre, si la Commission reproche à la République fédérale d'Allemagne de ne pas avoir établi qu'une suppression des tarifs minimum entraînerait une diminution de la qualité, il convient de souligner que, ainsi qu'il découle des points 64 et 65 du présent arrêt, il n'appartient pas à cet État membre d'apporter une telle preuve, mais seulement de démontrer que la HOAI est susceptible de contribuer significativement aux objectifs poursuivis en limitant le risque de dégradation de la qualité des prestations de planification. »

45 Manquement d'État – Article 49 TFUE – Services dans le marché intérieur – Directive 2006/123/CE – Article 25, paragraphes 1 et 2 – Restrictions aux activités pluridisciplinaires des comptables.

charge un prestataire d'une tâche particulière, notamment dans le domaine du développement urbain ; ceci ne devrait pas non plus affecter l'application des règles de concurrence ».⁴⁶

Enfin dans un arrêt du 29 juillet 2019, affaire C-209/18⁴⁷, la CJUE prend soin de relever que :

« 92. En ce qui concerne le caractère propre des exigences en cause à atteindre les objectifs énoncés, **il y a lieu de constater que les limitations concernant la forme juridique et la participation au capital d'une société sont, dans la mesure où elles garantissent la transparence de la participation au capital de cette société et la qualification des personnes participant à ce capital et déterminent, de manière précise, les personnes responsables dans la société concernée, propres, en principe, à atteindre les objectifs de protection des destinataires de services et de garantie de la qualité des services** ».

En conclusion, les départements ministériels en charge d'apprécier l'examen de proportionnalité des mesures en cause au cours du processus législatif devront disposer d'une connaissance pointue du droit européen et de la jurisprudence de la CJUE en la matière, ainsi que d'une parfaite connaissance des spécificités et des réalités économiques des professions réglementées concernées.

A l'instar de la Chambre des métiers, l'OAI se pose cependant la question de savoir si le « point de contact national », dont question à l'article 8, dispose des ressources nécessaires pour remplir la mission lui dévolue.

Article 6. Proportionnalité

Pour justifier d'une mesure telle que visée, le législateur national doit, non seulement les démontrer qu'elle est « propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi », mais encore que cette mesure « ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

L'OAI tient à souligner que conformément à la jurisprudence de la CJUE, la revendication d'un État membre concernant le caractère proportionné d'une mesure ne peut être rejetée au seul motif de l'incapacité dudit État membre à produire une étude sur laquelle puisse reposer l'adoption de la législation en question⁴⁸. En outre, la CJUE a clairement indiqué que la charge de la preuve qui incombe à l'État membre « ne saurait aller jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions ».⁴⁹

La Directive admet par ailleurs (en son article 1^{er}), s'inclinant devant la jurisprudence de la CJUE, que les États membres disposent d'une « marge d'appréciation » pour « décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer, dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité », faisant fruit ainsi des apports de la jurisprudence.⁵⁰

Article 7. Participation des parties prenantes

Cet article prévoit que « lorsque cela est pertinent et approprié, une consultation publique précède l'introduction de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou la modification de telles dispositions existantes. 2. Un règlement grand-ducal précisera les modalités de cette procédure ».

L'OAI déplore que le règlement grand-ducal concernant les modalités de la procédure de consultation n'accompagne pas le projet de loi sous avis, d'autant que le mécanisme en cause suscite de multiples interrogations.

⁴⁶ <http://latribune.avocats.be/interprofessionnalite-cauchemar-ou-inaccessible-etoile/>

<https://www.dbfbruxelles.eu/directive-services-activites-pluridisciplinaires-avocats-comptables-conclusions-de-lavocat-general-leb-887>

⁴⁷ Manquement d'État – Violation de la directive 2006/123/CE et des articles 49 et 56 TFUE – Restrictions et exigences relatives à l'emplacement du siège, à la forme juridique, à la participation au capital et aux activités pluridisciplinaires des sociétés d'ingénieurs civils, d'agents de brevets et de vétérinaires.

⁴⁸ Voir l'affaire C-316/07 Stoß contre Wetteraukreis, paragraphe 72).

⁴⁹ Voir affaire C-518/06, Commission des Communautés européennes contre République d'Italie, paragraphe 84).

⁵⁰ Voir les affaires jointes C-171/07 et C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes contre Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, paragraphe 19).

Article 8. Point de contact national

Cet article prévoit la création « auprès du ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions un point de contact national dont la mission consiste à assurer l'échange d'informations sur les matières relevant de la loi ».

On ne peut que s'interroger quant à la désignation à cet effet du Ministère de l'Enseignement supérieur, et non du Ministère de l'Économie et le projet de loi ne fournit aucune explication à ce sujet.

L'article 8(3) prévoit encore que :

« Lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet, l'organisme professionnel communique au point de contact national visé au paragraphe 1er, au plus tard au jour de leur publication, toutes nouvelles dispositions limitant l'accès à cette profession ou son exercice ou toutes modifications de dispositions existantes. L'organisme professionnel transmet également l'examen de proportionnalité y afférent. Le point de contact national vérifie la conformité de cet examen de proportionnalité avec les critères posés par la loi.

En cas de non-transmission par l'organisme professionnel des informations mentionnées au paragraphe 3, alinéa 1er, les nouvelles dispositions sont inapplicables ».

Selon les commentaires du projet de loi, cette disposition serait pertinente alors que la Constitution dispose qu'« en matière d'exercice de la profession libérale [la loi] peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements. » (Article 11, paragraphe 6 de la Constitution). Le second alinéa viserait à « réduire le risque de condamnation de l'Etat ». ⁵¹

Le principe même de procédé, en ce qu'il déclare *de plano* inapplicables toutes nouvelles dispositions non confortées par un examen préalable de leur proportionnalité, est estimé extrêmement critiquable par l'OAI, et contraire à l'exigence de sécurité juridique.

En tout état de cause. Il échet de clarifier que la seule obligation à charge de l'organisme professionnelle – pour ne pas encourir une telle sanction – devra être de transmettre un « examen de proportionnalité ».

Il serait inacceptable que les nouvelles dispositions arrêtées par un organisme professionnel soient déclarées inapplicables – sur pied de l'article 8(3) alinéa second – au seul motif que l'autorité administrative aurait un avis divergent quant à la justification des mesures au regard de l'examen de proportionnalité mené.

Article 9 – Entrée en vigueur

Cet article final fixe la date de la mise en vigueur de la loi projetée, à savoir le 1er jour du mois qui suit sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Les États membres doivent sauf erreur mettre en oeuvre la Directive au plus tard le 30 juillet 2020, de sorte qu'il convient d'en hâter la transposition dans l'intérêt de la sécurité juridique.

*

En conclusion, compte tenu des remarques qui précèdent, l'OAI ne peut approuver le projet de loi sous rubrique.

Luxembourg, le 25 août 2020

Pour l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils

Jos DELL
Président

Marc FEIDER
Vice-Président

Pierre HURT
Directeur

⁵¹ Cf. projet de loi 7478 page 10, commentaires des articles : « L'alinéa 2 règle l'hypothèse où un organisme professionnel omettrait de transmettre la nouvelle réglementation ou l'examen de proportionnalité correspondant dans le délai imparti. Dans ce cas, les nouvelles dispositions seraient inapplicables. Il s'agit de réduire le risque de condamnation de l'État luxembourgeois puisque tout manquement à l'obligation de notification à la Commission européenne ou toute réglementation jugée contraire aux prescriptions de la Directive peut donner lieu à une action contentieuse de la Commission européenne et, le cas échéant, conduire à une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne ».

