

**N° 7478<sup>17</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

**PROJET DE LOI****relatif à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption  
d'une nouvelle réglementation de professions**

\* \* \*

**AVIS DE L'ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES**

(27.5.2021)

Le Projet a pour objet de transposer en droit interne 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 profession (« Directive Proportionnalité » ou « Directive »).

L'OEC souscrit aux objectifs du Projet. Cependant, l'OEC n'entend pas commenter le contexte général et l'opportunité politique du Projet, mais limitera ses propos aux aspects ayant un intérêt particulier pour la profession d'expert-comptable.

Dans ce cadre, l'OEC présente ses observations comme suit :

Il est constant qu'un examen de proportionnalité préalable à l'introduction d'une mesure constituant directement ou indirectement un obstacle aux libertés de circulation est nécessaire, ce même dans des domaines qui n'ont pas été (complètement) harmonisés, tels que l'accès et l'exercice des professions réglementées.

Toutefois, ainsi que le rappelle la Directive Proportionnalité, le respect du principe proportionnalité ne doit pas porter atteinte à la compétence des Etats membres, notamment à leur marge d'appréciation pour décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer<sup>1</sup>.

La mise en balance de ces deux intérêts légitimes est au cœur de la transposition de la Directive Proportionnalité. Dans cette perspective, l'OEC préconise d'éviter ou à tout le moins de réduire au maximum les mécanismes allant au-delà des exigences de la Directive Proportionnalité. En outre, limiter le contrôle de proportionnalité à ce qui est requis par la Directive permettrait au Luxembourg de réagir rapidement aux besoins spécifiques sur son territoire de certaines professions réglementées qui sont en pleine mutation. Cela répond à un souci de rationalisation et d'efficacité de l'activité législative et réglementaire. Cette préoccupation est d'autant plus pertinente dans un contexte d'inflation des normes.

Elle commande aussi de clairement définir le champ d'application du contrôle de proportionnalité dans la loi de transposition, de sorte à éviter d'initier un tel contrôle lorsqu'il n'est pas requis par le droit européen voire est explicitement exclu par la Directive Proportionnalité.

Conscient de ces impératifs, l'OEC expose respectueusement son avis au Ministre concernant le projet de loi n°7478 relatif à un contrôle de proportionnalité, tel qu'il ressort des amendements adoptés par la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace<sup>2</sup>, en quatre points :

1. La nécessité de préciser la portée de l'habilitation donnée au pouvoir exécutif concernant les modalités de l'examen de la proportionnalité ;
2. La nécessité de ne pas prévoir plus d'exigences que celles requises par la Directive Proportionnalité ;
3. La nécessité de clarifier les hypothèses exclues du champ d'application de la loi ; et

1 Article 1<sup>er</sup> de la Directive 2018/958

2 N°7478<sup>8</sup>, datant du 21 décembre 2020.

#### 4. La nécessité d'associer les organisations professionnelles au processus d'élaboration de l'examen de la proportionnalité

##### **1. La nécessité de préciser la portée de l'habilitation donnée au pouvoir exécutif concernant les modalités de l'examen de la proportionnalité**

Dans l'actuel projet de loi, l'article 3, paragraphe 6, dispose qu'un « *règlement grand-ducal précise les modalités de l'examen de proportionnalité conformément aux paragraphes 3 et 4 et aux articles 4, 5 et 6* ».

L'OEC s'interroge sur la compatibilité du libellé actuel de cette disposition avec les exigences qui découlent de la Constitution luxembourgeoise.

En effet, dans la mesure où cet examen de la compatibilité est un préalable nécessaire en vue de restreindre l'accès à ou l'exercice des professions réglementées, il est régi par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution. Cette disposition prévoit que « *la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi* ».

Or, conformément à l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, « *[d]ans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés 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.* »

Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le pouvoir réglementaire est dit « *d'attribution* », par opposition au pouvoir réglementaire dans les matières « *libres* ». Dans ce dernier cas, le pouvoir réglementaire peut prendre les mesures d'exécution (articles 36 et 37 alinéa 4 de la Constitution<sup>3</sup>), ces mesures pouvant s'étendre au principe et aux principales modalités<sup>4</sup> de la réglementation en cause<sup>5</sup>.

Dans les matières réservées, le pouvoir exécutif doit être spécifiquement habilité par la loi pour prendre les mesures d'exécution. Une habilitation faite par la loi au pouvoir réglementaire ne peut pas être générale, mais doit « *être expresse, spéciale et spécifique* ». <sup>6</sup>

Une loi-cadre dans un domaine réservé qui fixerait quelques grands principes tout en abandonnant l'essentiel des règles de fond et de forme au règlement ne respecterait pas les exigences constitutionnelles. Les principes et les points essentiels doivent être fixés par la loi tandis que les éléments moins essentiels, tels les éléments techniques ou de détails, peuvent relever du pouvoir exécutif.<sup>7</sup>

En conséquence, il est utile de s'interroger sur la constitutionnalité du renvoi général aux « *modalités de l'examen de proportionnalité* » qui devraient être précisées par un règlement grand-ducal. Dans l'état actuel du projet de loi, semblent manquer des précisions quant aux types de modalités dont il est confiée la précision au pouvoir réglementaire, par exemple : la forme, les modalités d'établissement, les documents à annexer, l'intensité du contrôle de la proportionnalité si certaines initiatives sont requises directement ou indirectement par le droit européen (voir la sous-section 3.2. ci-dessous) et, le cas échéant, la possibilité d'associer certains organismes lorsque cela est requis ou préférable (voir la section 4, ci-dessous).

3 Article 36 de la Constitution : « *Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.* ». Article 37 al. 4 de la Constitution : « *Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.* »

4 Nous soulignons.

5 M. BESCH, *Normes et légistique en droit public luxembourgeois*, Promoculture Larquier, 2019, p. 35, n°18.

6 Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 29 juin 2016, Doc. Parl. N° 68944, p. 5.

7 Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 29 juin 2016, Doc. Parl. N° 68944, p. 5.

## **2. La nécessité de ne pas prévoir plus d'exigences que celles requises par la directive proportionnalité**

L'OEC relève que certaines dispositions du projet de loi introduisent des contrôles non prévus par la Directive, qui sont de nature à alourdir et ralentir le processus législatif ou réglementaire. Il s'interroge dès lors sur leur utilité et leur opportunité.

Notamment, le projet de loi institue un mécanisme de contrôle *ex post* des projets de loi par le point de contact national (i) ou par une commission *ad hoc* (ii).

- (i) Lorsque les dispositions nouvelles ou modificatives émanent d'un établissement public ou d'un organisme professionnel, le point de contact communique un avis aux entités notifiantes (actuel article 8, paragraphe 3, du projet de loi).
- (ii) Lorsque les dispositions nouvelles ou modificatives sont à caractère administratif ou émanent d'un ministre, le point de contact doit solliciter l'avis d'une commission *ad hoc* nommée par le ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions. Cet avis est ensuite transmis aux entités notifiantes par le point de contact (actuel article 8, paragraphe 4, du projet de loi).

Or, c'est uniquement dans l'hypothèse où l'examen de la proportionnalité serait réalisé par des organismes professionnels seuls qui disposeraient d'un pouvoir de réglementer la profession de manière indirecte que la Directive préconise le recours à un avis obtenu auprès d'un organisme indépendant.<sup>8</sup> Ainsi, le recours à un tel avis n'est pas une obligation générale dans la Directive.

En conséquence, le mécanisme prévu à l'actuel article 8 du projet de loi visant à soumettre pour avis, les dispositions nouvelles ou modificatives émanant d'un établissement public ou à caractère administratif émanant d'un ministre, va au-delà de ce qui est prévu par la Directive.

Quoi qu'il en soit, l'OEC relève au passage que le régime juridique de cet avis présente plusieurs incertitudes :

- La communication de l'avis est-elle une formalité essentielle conditionnant l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles ou modificatives ou non<sup>9</sup> ?
- Est-il contraignant ou non<sup>10</sup> ?
- Le projet est silencieux sur le point de savoir si l'avis est susceptible de recours et, dans l'affirmative, sur le régime juridique de ce recours.<sup>11</sup>

## **3. La nécessité de clarifier les hypothèses exclues du champ d'application de la loi**

### **3.1. Les hypothèses qui n'ont pas pour effet de limiter ou d'apporter de restriction nouvelle substantielle à l'accès aux professions réglementées ou leur exercice**

Dans un souci de clarté, il serait adéquat de préciser que « toute » nouvelle disposition législative, réglementaire ou administrative ou « toute » modification de dispositions existantes ne sont pas soumises à l'examen de proportionnalité *ex ante*. Celui-ci s'applique seulement à celles qui limitent l'accès à des professions réglementées ou leur exercice et introduisent des restrictions nouvelles substantielles.

<sup>8</sup> Considérant 14 de la Directive.

<sup>9</sup> L'actuel article 8, paragraphe 5, alinéa 2, du projet de loi indique seulement que l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles ou modificatives ne peut intervenir qu'après communication de l'avis *du point de contact*. Cette disposition ne fait pas référence à l'avis *de la commission ad hoc*, alors même qu'elle vise aussi par renvoi l'hypothèse de la demande d'avis de ladite commission.

<sup>10</sup> Il semble pouvoir être déduit de l'article 8, paragraphe 7, de l'actuel projet de loi qu'un avis défavorable fait obstacle à la communication des dispositions nouvelles ou modificatives à la Commission européenne. En effet, selon cette disposition, « [l]e point de contact national visé au paragraphe 1<sup>er</sup> communique à la Commission européenne les nouvelles dispositions accompagnées des raisons pour lesquelles ces dispositions, une fois examinées conformément à la présente loi, sont considérées comme justifiées et proportionnées.[...] ».

<sup>11</sup> Un tel silence semble peu compatible avec l'exigence de l'article 9 de la Directive en vertu duquel les Etats membres veillent à ce que des mécanismes effectifs de recours soient disponibles en ce qui concerne les matières relevant de la Directive, conformément aux procédures prévues par le droit national.

En effet, conformément au 9ème considérant de la Directive, « [l]es dispositions qui ne limitent pas l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, y compris les modifications de forme, les adaptations techniques du contenu de programmes de formation ou les dispositions visant à moderniser la réglementation en matière de formation, ne devraient pas relever du champ d'application » du contrôle de proportionnalité.

Pour assurer la prévisibilité de l'application de la loi, il devrait ressortir plus clairement des dispositions du projet de loi que sont exclues de son champ d'application l'adoption de dispositions législatives, réglementaires ou administratives modificatives qui n'ont d'autre effet que de réorganiser de manière formelle les règles existantes (hypothèses de consolidation, de changement purement légistique, d'actualisation, d'adaptation ponctuelle, etc). Dans un tel cas en effet, s'il y a modification des règles existantes, elle ne vise pas à établir un changement dans les règles d'accès ou d'exercice des professions réglementées, de sorte qu'un contrôle de proportionnalité ne se justifie pas.

Il en est de même pour les dispositions nouvelles ou modificatives qui, tout en régissant l'accès ou l'exercice des professions réglementées n'ont pas pour effet d'en limiter l'accès ou l'exercice.

Il est important en effet de pouvoir déterminer dans quelle mesure les dispositions existantes bénéficient de la clause de *standstill* implicite découlant de la Directive. A cet égard, il serait bon que, au moins dans les travaux préparatoires, la double jurisprudence constante suivante de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») soit rappelée.

D'une part, une disposition adoptée antérieurement à la date butoir de transposition de la Directive peut être modifiée par la suite sans que ne soit requis un examen de proportionnalité *ex ante* tant que la nouvelle disposition est, dans sa substance, identique à la législation antérieure<sup>12</sup>.

D'autre part, il en va de même si la modification supprime un obstacle à l'exercice des droits et des libertés communautaires figurant dans la législation antérieure<sup>13</sup>. En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la CJUE, la clause de *standstill* prévoit l'interdiction de créer « des conditions qui soient plus restrictives » ou l'introduction de mesures qui auraient pour objet ou effet de soumettre l'exercice des libertés de circulation à des conditions plus restrictives<sup>14</sup>. Tel ne serait pas le cas lorsqu'une modification est purement déclaratoire sans détérioration ou aggravation de la situation juridique ni modification défavorable des règles existantes<sup>15</sup>.

En conséquence, afin d'éviter d'initier abusivement un contrôle de proportionnalité *ex ante*, il convient d'imposer la vérification préalable que le projet :

- A pour objet ou effet de limiter davantage l'accès aux professions réglementées et ou leur exercice ;
- Dans le cas de modification de dispositions préexistantes, les modifie substantiellement.

### **3.2. Les hypothèses où l'adoption d'une nouvelle réglementation de la profession ou la modification de normes existantes est nécessaire pour que le Luxembourg se conforme à des exigences de droit européen**

L'article 2, paragraphe 2, de la Directive prévoit 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'appliquent pas.

Cette exclusion ne figure pas dans l'actuel projet de loi. Or, il se recommanderait d'en faire mention explicite afin de ne pas inutilement soumettre à un examen de proportionnalité des exigences découlant du droit européen.

Dans la même optique, il semblerait inadéquat de soumettre à un examen de proportionnalité complet des réglementations nouvelles ou modificatives qui seraient des mesures d'exécution nécessaires du droit européen. A titre d'exemple, il n'est pas rare qu'une directive voire un règlement européen néces-

<sup>12</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Konle*, C-302/97, point 52.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> CJUE, 17 septembre 2009, *Sahin*, C- 242/06, point 63.

<sup>15</sup> CJUE, 21 janvier 2010, *Commission européenne/République de Pologne*, C-546/07, points 64 et 65.

sitent des mesures d'exécution ou d'accompagnement en droit interne. Une telle hypothèse se rencontre également lorsque la nécessité de l'adoption d'un dispositif national se déduit d'une directive... et des lacunes du droit national antérieur. L'adoption de telles mesures est indispensable pour que les Etats membres se conforment à leurs obligations d'appliquer effectivement le droit européen. A l'égard de telles mesures, il peut être présumé que le critère de l'intérêt général et celui de la nécessité sont remplis.

Tout au plus, et sous peine d'être disproportionné, l'examen de proportionnalité dans ces cas devrait être limité aux mérites comparatifs d'une telle mesure par rapport à d'autres mesures éventuellement moins limitatives. À cet égard, l'actuel article 3, paragraphe 2, du projet de loi<sup>16</sup> prévoit déjà que l'étendue de l'examen devrait être proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet de la disposition.

Tel qu'indiqué à la section 1 ci-dessus, le projet de loi n'apporte aucune précision quant aux modalités de l'examen de proportionnalité. La détermination de ces modalités est en effet confiée de manière générale à un règlement grand-ducal (actuel article 3, paragraphe 6, du projet de loi), ce qui en soi soulève des interrogations quant à la constitutionnalité d'une telle habilitation générale. Afin d'encadrer adéquatement le pouvoir réglementaire sur ce point, il semble notamment nécessaire de prévoir une disposition spécifique dans le projet de loi introduisant l'exception de la mise en œuvre du droit européen de manière directe ou indirecte par le Luxembourg.

En outre, si dans certains cas, un examen allégé de la proportionnalité est requis compte tenu de la nature, du contenu ou de l'effet de la disposition, l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire devrait le préciser pour respecter les exigences de spécificité et de spécialité de l'habilitation.

#### **4. La nécessité d'associer les organisations professionnelles au processus d'élaboration de l'examen de la proportionnalité**

L'actuel article 3, paragraphe 3, alinéa 3, du projet de loi dispose que « [l]orsqu'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 1<sup>er</sup> d'un examen de proportionnalité ». Il semble logique que l'organisme professionnel ou l'établissement public disposant d'un pouvoir « normatif » et, en ce sens, associés à l'élaboration de tels actes, puissent également réaliser l'examen de proportionnalité de la règle nouvelle ou modificative qu'il entend adopter.

L'étendue de la participation des organismes professionnels à l'examen de proportionnalité *ex ante* en dehors des hypothèses où de tels organismes sont habilités spécifiquement à réglementer de manière indirecte la profession ne ressort toutefois pas clairement de l'actuel projet de loi. Il semble en effet, conformément à l'actuel article 3, paragraphe 3, alinéa 2, du projet de loi, que seul le ministre compétent effectue un examen *ex ante* de proportionnalité de nouvelles dispositions ou de dispositions modificatives lorsque ces dernières sont consignées dans un avant-projet de loi, un avant projet de règlement grand-ducal ou un acte administratif.

A ce stade, en ce qui concerne de telles dispositions, les organismes professionnels ne pourraient être que de simples « *parties prenantes* » au sens de l'article 7 de l'actuel projet de loi. Or, la participation des « *parties prenantes* » n'est pas automatique. Elle n'est en effet prévue que lorsqu'elle apparaît pertinente et appropriée. Cette participation s'effectue par le biais d'une consultation publique. Par ailleurs, elle précède l'introduction de nouvelles dispositions ou de dispositions modificatives et ne semble donc pas être effectuée au stade de l'examen de proportionnalité *ex ante*, là où pourtant, l'avis des organismes professionnels semblerait le plus utile et adéquat.

L'absence d'association des organismes professionnels à l'examen de proportionnalité de nouvelles dispositions ou de dispositions modificatives lorsque ces dernières sont consignées dans un avant projet de loi, un avant-projet de règlement grand-ducal ou un acte administratif ne semble pas être en accord avec le prescrit de la Directive qui impose aux Etats membres de « *dûment* » associer toutes les parties concernées et leur donner la possibilité d'exprimer leur point de vue. A notre sens, il est essentiel de distinguer cette obligation de la Directive de la simple possibilité d'organiser une consultation publique. En ne prévoyant pas que les organismes professionnels sont dûment associés à l'examen de proportionnalité afin de leur permettre de faire valoir leur point de vue au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la Directive, l'actuel projet de loi est lacunaire.

<sup>16</sup> Qui est une transposition fidèle de l'article 4, paragraphe 2, de la Directive.

Ne pas prévoir une participation spécifique des organismes professionnels à l'examen de proportionnalité de ces dispositions est en outre regrettable dans la mesure où il est raisonnable de penser qu'ils sont bien placés pour émettre un avis sur la proportionnalité d'une mesure qui affecterait directement leur profession. Ce sont, selon toute vraisemblance, ces organismes professionnels qui peuvent étayer le caractère justifié et proportionné d'une mesure nouvelle ou modificative par des éléments probants qualitatifs et, le cas échéant, quantitatifs au sens de l'actuel article 3, paragraphe 4, du projet de loi en tenant compte des circonstances particulières<sup>17</sup>. Nonobstant l'exigence de procéder à des examens de la proportionnalité de manière objective et indépendante<sup>18</sup>, la Directive reconnaît en effet que ces organismes professionnels ont une proximité avec les conditions locales et des connaissances spécialisées qui peuvent en faire les organismes les plus à même de définir le meilleur moyen d'atteindre les objectifs d'intérêt général<sup>19</sup>.

Autoriser et organiser la participation des organismes professionnels à l'examen de la proportionnalité *ex ante* permettrait donc *in fine* de respecter les exigences de la Directive qui prévoient en effet une telle exigence d'apporter des éléments probants qualitatifs et quantitatifs<sup>20</sup>.

Par ailleurs, l'article 11, paragraphe 2, de la Directive dispose que les Etats membres et les autres parties intéressées peuvent présenter des observations à la Commission [européenne] ou à l'Etat membre qui a communiqué les dispositions et les motifs pour lesquels ces dispositions sont jugées justifiées et proportionnées. Ces informations sont dûment prises en compte dans un rapport de synthèse de la Commission européenne.

A ce stade, l'actuel projet de loi ne reconnaît ni n'organise une telle procédure. Tout au plus, l'article 8, paragraphe 7, de l'actuel projet de loi transpose le premier paragraphe de l'article 11 Directive qui organise la transmission des informations à la Commission européenne<sup>21</sup> mais pas le deuxième paragraphe de cette disposition qui reconnaît la possibilité pour les Etats membres et les parties intéressées de présenter des observations à la Commission européenne. Or, cette dernière disposition (article 11, paragraphe 2, de la Directive) est constitutive de droit (le droit de présenter des observations) pour les parties intéressées, en première ligne desquelles se trouvent donc les organisations professionnelles.

17 Considérant 13 de la Directive.

18 Sous forme d'avis de la part du point de contact et d'une commission ad hoc, ce qui va au-delà de ce que prévoit la Directive.

19 Selon le considérant 14 de la Directive : 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 Etats membres concernés la tâche de fournir une telle opinion. Cela revêt une importance particulière lorsque les examens sont réalisés par des autorités locales, des organismes de réglementation ou des organisations professionnelles, dont la proximité avec les conditions locales et les connaissances spécialisées pourraient, dans certains cas, en faire les organismes les plus à même de définir le meilleur moyen d'atteindre les objectifs d'intérêt général.

20 Article 4, paragraphe 5 de la Directive.

21 Qui prévoit que : « Les raisons pour lesquelles des dispositions, une fois examinées conformément la présente directive, sont considérées comme justifiées et proportionnées, qui, accompagnées des dispositions, doivent être communiquées à la Commission conformément à l'article 59, paragraphe 5, de la directive 2005/36/CE sont consignées par les Etats membres dans la base de données des professions réglementées visée à l'article 59, paragraphe 1, de la directive 2005/36/CE et sont rendues accessibles au public par la Commission.

