

Projet de loi

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

Avis complémentaire du Conseil d'État

(11 mai 2021)

En date du 1^{er} février 2021, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série d'amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de l'économie, de la protection des consommateurs et de l'espace.

Le texte des amendements était accompagné d'observations préliminaires, d'un commentaire pour chacun des amendements ainsi que d'un texte coordonné du projet de loi indiquant chacune des modifications apportées au projet de loi sous examen.

Les avis du Collège médical et de l'Union luxembourgeoise des consommateurs ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 19 janvier et 8 mars 2021.

Les avis complémentaires du Collège vétérinaire, de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, de l'Ordre des architectes et des ingénieurs-conseils, de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 27 janvier, 15 février, 23 février, 15 mars et 22 mars 2021.

En date du 25 mars 2021, une entrevue a eu lieu entre la Commission de l'économie, de la protection des consommateurs et de l'espace de la Chambre des députés, Monsieur le Ministre de l'Économie et le Conseil d'État.

Considérations générales

À la lecture des amendements parlementaires du 21 décembre 2020, le Conseil d'État a pu constater qu'il a été suivi sur une partie de ses considérations. Il reste néanmoins que le Conseil d'État n'est pas en mesure de lever toutes les oppositions formelles formulées dans son avis du 27 octobre 2020 sur la loi en projet sous avis. Il y reviendra plus en détail dans le cadre de l'examen des amendements.

Par ailleurs, le Conseil d'État s'est rendu compte que le texte coordonné joint aux amendements adoptés par la commission parlementaire comporte à l'article 5, paragraphe 2, une modification qui n'est pas introduite par un amendement et qui ne correspond pas non plus à une proposition de texte formulée par le Conseil d'État dans son avis du 27 octobre 2020. Afin de

prévenir le risque d'un refus de dispense du second vote constitutionnel, le Conseil d'État formulera, à titre tout à fait exceptionnel, des observations au sujet de cette modification.

Examen des amendements

Amendement 1

Sans observation.

Amendement 2

L'amendement sous avis entend répondre à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État par rapport à l'article 3.

Quant à l'article 3, paragraphe 3, alinéas 2 et 3, dans sa teneur amendée, l'amendement sous examen vise plus précisément à prévoir que non seulement l'avant-projet de loi et l'avant-projet de règlement grand-ducal, mais également « l'acte administratif » émanant d'un ministre ainsi que les dispositions émanant d'un organisme professionnel ou d'un établissement public doivent être accompagnés d'un examen de proportionnalité.

Si la commission parlementaire répond à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État en ce qui concerne l'obligation de soumettre l'« acte administratif » et les dispositions émanant d'un organisme professionnel ou d'un établissement public à un examen de proportionnalité, elle reste cependant muette quant au sort des propositions de loi.

Partant, le Conseil d'État n'est pas en mesure de lever son opposition formelle formulée dans son avis du 27 octobre 2020.

Le Conseil d'État souhaite rendre attentif au fait qu'il existe également des règlements communaux susceptibles d'entraver la prestation de services, tel qu'en matière d'organisation des services de taxis, comme il résulte du caractère général du libellé de l'article 3 dans sa teneur amendée.

Par ailleurs, le Conseil d'État tient à relever que la notion d'« acte administratif » employée par la commission parlementaire au paragraphe 3, alinéa 2, dans sa teneur amendée, pose problème. En effet, il est généralement admis qu'en droit public luxembourgeois, une distinction est à faire entre les « actes administratifs individuels », d'une part, et les « actes réglementaires » ou « actes administratifs à caractère général », d'autre part. Du deuxième groupe d'actes réglementaires, lesquels sont visés par la notion de « dispositions réglementaires », sont encore à distinguer les « actes internes à caractère général », tels que les circulaires ou instructions internes de l'Administration. Les termes « acte administratif », utilisés au paragraphe 3, alinéa 2, sans autre précision et ensemble avec les termes « dispositions législatives et réglementaires », visent également, voire uniquement les décisions administratives individuelles (actes administratifs individuels).

Or, le contrôle de proportionnalité des actes administratifs individuels n'est pas visé par la directive à transposer qui, elle, utilise les termes

« dispositions administratives¹ », et cela dans le sens d'en entendre les actes internes à caractère général.

Ainsi, dans un souci de précision, le Conseil d'État demande d'employer la notion de « dispositions administratives » à travers l'ensemble du dispositif.

Modification de l'article 5, paragraphe 2, résultant du texte coordonné

Dans son avis du 27 octobre 2020, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle à l'égard de l'article 5, paragraphe 2, pour transposition incorrecte de 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. Il y avait critiqué l'absence du terme « notamment ». En insérant le terme « notamment » à l'article 5, paragraphe 2, la commission parlementaire donne ainsi suite à l'observation du Conseil d'État sans toutefois procéder à un amendement formel du texte de sorte qu'il est en mesure de lever son opposition formelle.

Amendement 3

Sans observation.

Amendement 4

Dans son avis du 27 octobre 2020, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle à l'égard de l'article 7 pour transposition incorrecte de la directive (UE) 2018/958, et ce, pour n'avoir ni prévu un mécanisme d'information préalable, en se bornant simplement à viser une consultation publique « lorsque cela est pertinent et approprié », ni une publication des dispositions à prendre par les organismes professionnels et les établissements publics.

L'amendement sous examen vise à modifier l'article 7, paragraphe 2, afin de prévoir que les modalités de la publication sur une plateforme électronique des projets de dispositions visées au paragraphe 1^{er}² soient précisés par règlement grand-ducal. Ainsi, dans la mesure où les dispositions qui relèvent du champ d'application du projet de loi sous examen seront dorénavant publiées, l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État dans son avis précité du 27 octobre 2020 peut être levée.

Amendement 5

L'amendement sous revue vise à modifier l'article 8, paragraphe 1^{er}, en prévoyant que le point de contact national est créé auprès du ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions « en étroite collaboration avec le ministre ayant l'Économie dans ses attributions ».

La commission parlementaire justifie l'étroite collaboration avec le ministre ayant l'Économie dans ses attributions comme suit : « La commission souligne qu'une collaboration des deux ministères devra

¹ En langue allemande, la directive (UE) 2018/958 emploie le terme « Verwaltungsvorschriften ».

² À savoir les nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou la modification de telles dispositions existantes.

permettre d'assurer un meilleur suivi des exigences posées par la directive (UE) 2018/958. La plupart des professions réglementées au Luxembourg relèvent, en effet, du Ministère de l'Économie et plus précisément de la Direction générale des Classes moyennes. »

Au vu des explications fournies par la commission parlementaire, le Conseil d'État se demande pourquoi le point de contact national est créé auprès du ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions et non pas auprès du ministre ayant l'Économie dans ses attributions.

Par ailleurs, comme le texte de l'amendement sous avis ne prévoit qu'une « étroite collaboration » entre les deux ministères, il peut être fait abstraction de cette disposition pour être superfétatoire, les ministères étant libres de collaborer entre eux comme ils l'entendent sans que cette collaboration n'ait besoin d'une assise légale.

Amendement 6

L'amendement sous examen vise à répondre à l'opposition formelle générale formulée par le Conseil d'État à l'encontre du système de contrôle de l'examen de proportionnalité prévu aux articles 3 et 8 du projet de loi sous examen dans sa teneur initiale.

Le Conseil d'État note que, selon le commentaire portant sur l'amendement sous avis, le contrôle de l'examen de proportionnalité portant sur les projets de loi et de règlement grand-ducal relève de sa compétence. Ce postulat devrait également être vrai pour ce qui concerne les propositions de loi, lesquelles ne sont cependant pas spécifiquement mentionnées, alors qu'elles sont pourtant un élément du processus législatif national.

D'après le paragraphe 3 de l'article 8, dans sa teneur amendée, lorsque les dispositions visées au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, émanent d'un établissement public ou d'un organisme professionnel, le point de contact national vérifie la conformité de l'examen de proportionnalité avec les critères posés par la présente loi. Selon le paragraphe 4, lorsqu'une disposition administrative émane d'un ministre, la commission *ad hoc*, instituée par le paragraphe 6, aura pour mission d'émettre un avis sur la conformité de l'examen de proportionnalité.

Il convient de noter que le projet de loi, dans sa teneur amendée, reste cependant muet quant à l'autorité qui sera compétente pour contrôler l'examen de proportionnalité portant sur les projets de règlement grand-ducal qui sont pris en ayant recours à la procédure d'urgence.

Même si des règlements grand-ducaux en la matière ne devraient pas être pris en ayant recours à la procédure d'urgence, il n'en reste pas moins qu'une transposition complète de la directive (UE) 2018/958 n'exclut pas formellement de telles hypothèses. À cet égard, il est renvoyé à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui rappelle de façon constante qu'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations résultant des directives européennes³.

³ CJUE, arrêt du 22 février 1979, *Commission c. Italie*, aff. C-163/78, point 5.

Le Conseil d'État n'est dès lors pas en mesure de lever son opposition formelle formulée pour défaut de transposition correcte de la directive (UE) 2018/958.

L'opposition formelle formulée à l'égard de l'article 8, paragraphe 2, dans sa teneur initiale, pour défaut de transposition conforme, peut être levée étant donné que le paragraphe 2, dans sa teneur amendée, prévoit que non seulement toute disposition législative et réglementaire, mais également toute disposition administrative doit être transmise au point de contact national.

Au paragraphe 2, alinéa 2, de l'article 8, dans sa teneur amendée, il est prévu que « [c]oncernant une disposition visée à l'alinéa 1^{er} provenant d'un projet de loi ou d'un projet de règlement grand-ducal, celle-ci, accompagnée de l'examen de proportionnalité y afférent, doit être transmise au point de contact national visé au paragraphe 1^{er} au plus tard au jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. ». Le Conseil d'État se demande si l'avis portant sur la conformité de l'examen de proportionnalité sera également transmis au point de contact national et, dans l'affirmative, à quelle date.

L'amendement sous avis vise encore à répondre à l'opposition formelle formulée par rapport à l'article 8, paragraphe 3, dans sa teneur initiale, qui avait trait à la transmission des nouvelles dispositions ou des dispositions modificatives prises par un organisme professionnel au point de contact national. Le Conseil d'État critiquait notamment que le texte initial prévoyait que la transmission desdites dispositions devrait se faire au plus tard le jour de la publication, ce qui ne permet pas de garantir un contrôle *ex ante*.

Sur base des amendements portant sur les paragraphes 3 et 5 de l'article 8 du projet de loi sous avis, le Conseil d'État déduit que la vérification de l'examen de proportionnalité se fait après l'adoption, mais avant l'entrée en vigueur du texte soumis à vérification.

Le Conseil d'État estime que ces textes, dans leur teneur proposée par les amendements, ne garantissent pas une vérification de l'examen de proportionnalité *ex ante* tel qu'exigé par la directive à transposer.

Ainsi, le Conseil d'État n'est pas en mesure de lever son opposition formelle portant sur les paragraphes 3 et 5 de l'article 8 du projet de loi sous avis.

L'article 8, paragraphe 4, dans sa teneur amendée, dispose que les dispositions à caractère administratif et émanant d'un ministre sont soumises à l'avis de la commission *ad hoc* visée au paragraphe 6. En raison de la généralité des termes de l'article 3 du projet de loi qui constitue le reflet exact des exigences de la directive à transposer, il conviendra de prévoir également un contrôle de l'examen de proportionnalité concernant les dispositions réglementaires et administratives émanant d'une commune. Il incombe toutefois au législateur de déterminer l'autorité à laquelle il appartiendra d'émettre un avis.

Le Conseil d'État signale que le libellé de l'article 8, paragraphe 5, dans sa teneur amendée, pose un certain nombre de problèmes.

Ainsi, l'agencement chronologique tel que prévu dans le texte sous avis est problématique. En effet, à la lecture combinée des paragraphes 4 et 5, le Conseil d'État comprend que lorsque le point de contact national sollicite l'avis de la commission *ad hoc* dans le cadre des dispositions à caractère administratif émanant d'un ministre, le point de contact national est dispensé de rendre un avis sur la conformité de l'examen de proportionnalité portant sur ces dispositions. Une telle lecture est corroborée par le commentaire portant sur l'amendement sous avis. Le paragraphe 5 prévoit que le point de contact national doit communiquer l'avis relatif à la conformité de l'examen de proportionnalité dans un délai de deux mois et que le silence du point de contact national au-delà de ce délai vaut avis favorable de la conformité de l'examen de proportionnalité. Or, dans la mesure où selon les termes du paragraphe 4, le point de contact national sollicite l'avis de la commission *ad hoc*, le délai de deux mois et le silence gardé au-delà de ce délai ne dépendent pas de la volonté du point de contact national. Le paragraphe 5 ne devrait-il ainsi pas faire une distinction entre l'avis du point de contact national et l'avis de la commission *ad hoc* de sorte à prévoir que le délai de deux mois court à l'égard du point de contact national lorsque les dispositions émanant d'un organisme professionnel ou d'un établissement public lui sont transmises et à l'égard de la commission *ad hoc* lorsqu'elle est saisie par le point de contact national dans le cadre de dispositions administratives émanant d'un ministre ?

Le Conseil d'État s'interroge encore sur le délai de deux mois choisi par la commission parlementaire, en cas de dispositions à adopter en urgence.

Le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, renvoie au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, qui vise à la fois les dispositions législatives, réglementaires et administratives. Or, le point de contact national est seulement compétent pour connaître du contrôle de l'examen de proportionnalité portant sur les dispositions émanant d'un établissement public ou d'un organisme professionnel. Partant, le renvoi à la disposition visée au paragraphe 2 est erroné.

L'article 8, paragraphe 5, alinéa 2, dans sa teneur amendée, prévoit que le silence du point de contact national au-delà d'un délai de deux mois vaut avis favorable. L'alinéa 2, en prévoyant que le point de contact national n'est pas tenu de rendre un avis et qu'il peut garder son silence, ne respecte pas les termes de l'article 4, paragraphe 5, de la directive (UE) 2018/958 qui exige qu'un examen de proportionnalité indépendant et objectif soit effectué. Pour cette raison, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au libellé du paragraphe 5, alinéa 2, dans sa teneur amendée, pour défaut de transposition correcte de la directive à transposer.

En ce qui concerne la « commission *ad hoc* » créée au paragraphe 6, le Conseil d'État s'interroge sur la nature de ladite commission. En effet, d'après le dictionnaire « Gérard Cornu », la notion « *ad hoc* » signifie « pour cela » « à cet effet », plus généralement pour caractériser une mission limitée dans son objet et liée à des circonstances particulières ». Ainsi, conformément à cette définition, le législateur ne devrait pas instaurer une seule commission qui est chargée du contrôle de la conformité de l'examen de proportionnalité portant sur les dispositions administratives émanant d'un ministre, mais des commissions *ad hoc*, pour chaque profession réglementée.

Deux solutions s'offrent dès lors au législateur : soit il instaure une commission unique dont la composition est variable selon les besoins, dans quel cas l'ajout « *ad hoc* » est à supprimer, soit il procède à l'institution de commissions *ad hoc* spécifiques. À cet égard, le Conseil d'État renvoie au règlement grand-ducal du 17 février 2017 relatif à la reconnaissance des qualifications professionnelles qui prévoit la mise en place de plusieurs commissions *ad hoc*.

Finalement, le Conseil d'État constate que la vérification de l'examen de proportionnalité se fait, dans le système conçu par le projet de loi et les amendements y relatifs, par trois entités différentes : le Conseil d'État pour les lois et règlements en projet ainsi que pour les amendements y relatifs, la commission *ad hoc* pour toutes les dispositions administratives émanant d'un ministre et enfin le point de contact national pour tout ce qui concerne les règlements émanant des organismes professionnels et des établissements publics.

Comme l'ont relevé la Chambre de commerce et la Chambre des métiers dans leurs avis complémentaires des 15 et 22 mars 2021, cette façon de procéder risque de créer des divergences dans l'analyse de la proportionnalité au niveau national, les trois entités n'ayant pas nécessairement la même « jurisprudence » au sujet des exigences de la proportionnalité.

Le Conseil d'État estime donc toujours qu'il conviendrait de créer un organisme indépendant ou de conférer cette compétence à un organisme indépendant existant pour assurer le contrôle de l'examen de proportionnalité visé, et ce d'autant plus que l'examen de proportionnalité des règlements communaux doit aussi être contrôlé. Le Conseil d'État attire l'attention du législateur sur le fait que l'Italie a confié cette mission à son Conseil de la concurrence.

Amendement 7

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Amendement 1

À l'article 1^{er}, dans sa teneur amendée, il convient d'insérer une virgule après les termes « lettre a) ».

Amendement 6

En ce qui concerne l'article 8, paragraphe 2, dans sa teneur amendée, il convient de noter que pour marquer une obligation, il suffit généralement de recourir au seul présent de l'indicatif, qui a, comme tel, valeur impérative, au lieu d'employer le verbe « devoir ». Partant, il convient d'écrire aux alinéas 1^{er} et 2 « est transmise » et non pas « doit être transmise ».

À l'article 8, paragraphe 2, alinéa 2, dans sa teneur amendée, il convient de remplacer le terme « au » par le terme « le », en écrivant « le jour de sa publication ».

À l'article 8, paragraphe 6, alinéa 2, première phrase, dans sa teneur amendée, il convient d'insérer les termes « des membres » avant les termes « de la commission *ad hoc* ».

À l'article 8, paragraphe 6, alinéa 2, dans sa teneur amendée, il y a lieu de supprimer la deuxième phrase pour faire double emploi avec la première phrase de l'article 8, paragraphe 6, alinéa 2.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 11 mai 2021.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz