

Avis complémentaire de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi n°7478 relatif à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions

(11/02/2021)

* * *

1. La transposition 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 professions (ci-après, la « **Directive Proportionnalité** ») est un sujet important pour l'Ordre, dès lors qu'elle touche à la mise en œuvre de son pouvoir d'auto-régulation, garanti par la Constitution.
2. Le Conseil de l'Ordre a rendu un premier avis sur le projet de loi n°7478 en date du 18 décembre 2019.
3. Suite à l'avis du Conseil d'Etat du 27 octobre 2020, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a adopté des amendements en date du 21 décembre 2020.
4. Par courrier du 22 décembre 2020, Monsieur le Ministre de l'Economie a sollicité l'avis du Conseil de l'Ordre sur lesdits amendements.
5. Le Conseil de l'Ordre entend formuler les observations supplémentaires reprises ci-dessous à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat et suite aux amendements parlementaires.

* * *

A. Quant à la réalisation de l'examen de proportionnalité *ex ante* réalisé par l'auteur de la disposition envisagée (article 3 du projet de loi sous examen)

6. Le mécanisme d'examen de proportionnalité *ex ante*, déjà prévu dans le projet initial, est précisé, à l'article 3, § 3 du nouveau projet, en ce qui concerne les organismes professionnels exerçant leur pouvoir d'auto-régulation.
7. Le Conseil de l'Ordre salue l'insertion de l'alinéa 3 à l'article 3, § 3, précisant que l'examen *ex ante* concernant l'adoption ou la modification, par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet ou par un établissement public, d'une disposition limitant l'accès ou l'exercice d'une profession réglementée, soit réalisé par l'auteur-même de la disposition envisagée.

Il est en effet indispensable, pour garantir l'indépendance de la profession et l'exercice autonome du pouvoir d'autorégulation dont dispose le Barreau en vertu de la Constitution, que l'examen de proportionnalité *ex ante* requis par la Directive Proportionnalité soit exercé, non pas par le ministère de l'Enseignement supérieur, mais par l'Ordre des avocats lui-même (respectivement un organe désigné en son sein).

Pour éviter toute difficulté d'interprétation de cette disposition, il est proposé de remplacer le terme « accompagne » par « réalise ».

8. Ce n'est pas parce que l'examen sera réalisé par l'Ordre lui-même qu'il ne sera pas effectué « de manière objective et indépendante » au sens de l'article 4(5) de la Directive Proportionnalité.

Le Conseil de l'Ordre envisage de mettre en place une commission indépendante au sein de l'Ordre avec pour mission de procéder aux examens de proportionnalité prévus par la nouvelle loi. La circonstance que cette commission appartienne organiquement à l'Ordre ne la prive pas *ipso facto* de son caractère indépendant et ne l'empêche pas de statuer de manière objective. A titre d'exemple en ce sens :

- le Conseil disciplinaire et administratif est indépendant du Conseil de l'Ordre, tout en étant un organe de l'Ordre, et
- la Cour de cassation est indépendante de la Cour d'appel, même si les deux font organiquement partie de la Cour supérieure de Justice.

B. Quant à l'intervention *ex post* du point de contact (article 8 du projet de loi sous examen)

9. Le projet de loi sous examen, dans sa mouture modifiée, prévoit la transmission de l'ensemble des dispositions, quelle que soit leur nature – dispositions législatives, réglementaires (en ce compris auto-régulation) et administratives – au point de contact national.

Le Conseil de l'Ordre salue cette modification.

10. Le projet de loi dans sa version modifiée prévoit également que, pour les dispositions émanant d'établissements publics et d'organismes professionnels uniquement, le point de contact ne se bornera pas à recevoir les dossiers de proportionnalité (disposition et examen de proportionnalité), mais vérifiera la conformité de l'examen effectué par l'auteur de la disposition avec les critères posés par la loi.

11. Par ailleurs, selon le texte sous examen, les dispositions prises par les établissements publics et organismes professionnels ne pourront entrer en vigueur qu'après l'émission d'un avis favorable quant à la conformité de l'examen de proportionnalité ou l'écoulement d'une période de deux mois à compter du dépôt du dossier (silence équivaut à avis favorable). Le projet de loi reste silencieux quant aux conséquences d'un avis défavorable.

12. La distinction entre, d'une part, l'examen de proportionnalité *ex ante* prévu aux termes de l'article 4(1) de la Directive Proportionnalité et, d'autre part, et le contrôle « la conformité de l'examen de proportionnalité avec les critères posés par la présente loi » au sens de l'article 8(3) du projet de loi sous avis, est nébuleuse. Le contrôle de « la conformité de l'examen » est une notion qui n'est pas envisagée dans la Directive Proportionnalité et dont les contours ne sont pas précisés dans le projet de loi sous avis.

13. Le risque de confusion qui en découle est patent à la lecture de l'avis du Conseil d'Etat du 27 octobre 2020.

Le Conseil d'Etat résume le dispositif proposé comme suit :

« Les dispositions nouvelles ou modificatives limitant l'accès à une profession réglementée prises par un organisme professionnel, quant à elles, sont transmises au point de contact qui procède à un contrôle de proportionnalité selon la procédure prévue à l'article 8, paragraphe 3. »

(page 4 de l'avis du Conseil d'Etat du 27 octobre 2020)

(soulignement ajouté)

14. Le Conseil d'Etat a donc marqué son accord au dispositif proposé sur ce point sur base de la supposition que le point de contact national procéderait au contrôle de proportionnalité « tout court ». Le Conseil d'Etat ne fait donc pas la distinction entre, d'une part, le contrôle de conformité de l'examen et, d'autre part, l'examen de proportionnalité lui-même.

15. Au vu des autres développements du Conseil d'Etat dans son avis du 27 octobre 2020, un examen purement formel, c'est-à-dire la simple vérification qu'un formulaire a bien été rempli, ne serait probablement pas suffisant à transposer fidèlement la Directive Proportionnalité.

16. Tout contrôle qui va au-delà de ce contrôle purement formel constituerait une entrave à l'indépendance de la profession d'avocat que le Conseil de l'Ordre estime inacceptable.

17. Le Conseil de l'Ordre craint qu'en pratique le « contrôle de la conformité de l'examen » se confonde avec l'examen de proportionnalité lui-même. Le Conseil de l'Ordre se trouverait dans ce cas *de facto* en situation de mise sous tutelle étatique dans le cadre de l'élaboration de ses règlements. Une telle situation constituerait une entrave inacceptable à l'indépendance de la profession d'avocat et à l'article 11(6), alinéa 2 de la Constitution.

18. Le Conseil de l'Ordre ne comprend par ailleurs pas pour quelles raisons l'auteur du projet décide de traiter différemment les dispositions émanant d'établissements publics et d'organismes professionnels, dès lors que le projet de loi prévoit que l'ensemble des dispositions tombant dans le champ d'application de la loi feront l'objet d'un examen *ex ante* réalisé de manière indépendante et objective (article 3).

19. En plus d'être non justifié, le Conseil de l'Ordre estime qu'un tel contrôle de conformité de l'examen de proportionnalité n'est pas nécessaire. Un tel contrôle *ex post* n'est pas prévu par la Directive Proportionnalité. Par ailleurs, il n'est pas utile, dès lors que le nouvel article 3 (tel qu'il est proposé de le modifier) garantit la mise en œuvre d'un examen *ex ante* de manière objective et indépendante et répond ainsi déjà à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'Etat.

20. En conséquence, le Conseil de l'Ordre propose de supprimer l'article 8, paragraphe (3). Avec cette suppression, les dispositions introduites ou modifiées par les organismes professionnels seraient alors visées au paragraphe (2), lequel s'appliqueraient à l'ensemble des dispositions tombant dans le champ d'application de la loi. Il est également proposé de préciser le moment de la transmission pour les dispositions introduits ou modifiées par un organisme professionnel.

* * *

Les modifications proposées se présentent comme suit :

Modification 1

À l'article 3, il est proposé de modifier l'alinéa 3 du paragraphe 3 comme suit :

« Lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet ou par un établissement public, ~~celui-ci accompagne les dispositions visées au paragraphe 1^{er} d'un examen de proportionnalité~~ **l'organisme professionnel, respectivement l'établissement public, réalise l'examen de proportionnalité visé au paragraphe 1^{er} relative aux dispositions qu'il envisage d'introduire ou modifier** ».

Modification 2

A l'article 8, il est proposé d'ajouter un troisième alinéa au paragraphe (2) ayant la teneur suivante :

« Concernant une disposition visée à l'alinéa 1^{er} introduite ou modifiée par un organisme professionnel organisme professionnel spécifique habilité à cet effet, 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 le jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, lorsqu'une telle publication est requise, sinon au plus tard le jour de la communication de la disposition aux membres de la profession concernée. »

Modification 3

Il est également proposé de supprimer le paragraphe (3) de l'article 8 et de renommer les paragraphes subséquents en conséquence.

Luxembourg, le 11 février 2021.



La Bâtonnière,
Valérie DUPONG