

Commentaires du CCBE sur la proposition de directive COM (2016) 822 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions

31/03/2017

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 32 pays membres (dont les 28 États membres de l'Union européenne ainsi que la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein et la Suisse) et 13 pays associés et observateurs, soit plus d'un million d'avocats européens.

Le CCBE souhaite apporter son avis concernant la proposition de directive COM (2016) 822 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions dans le cadre du « paquet services ».

1. Le CCBE est conscient que le contrôle de proportionnalité relatif aux professions réglementées assure le suivi de l'article 59, paragraphe 3 de la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (2013/55/CE) ainsi que de l'article 15, paragraphes 3, 5 et 6 de la directive « services » du 12 décembre 2006 (2006/123/CE).

Le CCBE constate que la proposition dans son ensemble se heurte à des objections liées à l'absence de compétence de l'UE, à la subsidiarité, au choix de forme juridique (recommandation ou directive) et à la base juridique. Cette proposition est fondée sur les articles 46, 53, paragraphe 1, et 62 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les articles 53 paragraphe 1 et 62 du TFUE prévoient la compétence seulement pour la coordination des actions législatives, réglementaires et administratives des États membres alors que la proposition tend à « harmoniser » certains aspects procéduraux, selon des critères très spécifiques, des moyens permettant d'adopter des lois ou des réglementations au niveau national, ce qui implique une ingérence dans le processus législatif national, tel qu'expliqué ci-après. Le CCBE constate que l'applicabilité de la directive « services » aux situations purement internes est en cause dans l'affaire C-31/16 *Visser Vastgoed Beleggingen BV* en instance devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Néanmoins, le CCBE souligne que lorsqu'on examine la conformité de la proposition relative à un contrôle de proportionnalité avec ces principes, il convient de distinguer clairement les questions de fond pour lesquelles l'UE est compétente d'un côté, et de l'autre côté les aspects procéduraux, pour lesquels l'UE risque de ne pas être compétente.

Ceci étant dit, le CCBE est résolument d'avis que certains aspects de la proposition relative à un contrôle de proportionnalité requièrent des modifications.

2. Le CCBE s'oppose au considérant (9) et à l'article 4, paragraphe 3 de la proposition.

Selon le considérant (9) de la proposition, « *il incombe aux États membres d'administrer la preuve du caractère justifié et proportionné de leurs exigences. 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, ainsi que de données concrètes étayant ses arguments ».

De même, selon l'article 4, paragraphe 3 de la proposition, « *les motifs pour lesquels une disposition est jugée justifiée, nécessaire et proportionnée sont étayés par des données probantes qualitatives et, dans la mesure du possible, quantitatives* ».

Le libellé précité doit être amélioré à plusieurs niveaux. Il incombe à l'État membre d'étayer le caractère justifié et proportionné ainsi que de prouver les faits à la base de ces arguments. Le CCBE 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 question (voir l'affaire C-316/07 *Stoß contre Wetteraukreis*, paragraphe 72). 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 » (affaire C-518/06, *Commission des Communautés européennes contre République d'Italie*, paragraphe 84).

Un élément essentiel, bien que totalement absent du libellé de la proposition, est la jurisprudence de la CJUE selon laquelle l'État membre dispose d'une marge d'appréciation raisonnable. La CJUE a jugé 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, *Apothekerkammer des Saarlandes contre Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, paragraphe 19). Cette marge d'appréciation raisonnable s'applique en l'absence de données historiques permettant de soutenir les faits en question. Elle s'applique également concernant les conclusions à tirer des faits en question (avérés ou fondés sur une appréciation raisonnable) en tenant compte de l'importance de l'intérêt public en l'espèce ainsi que concernant les effets possibles de la mesure prévue.

Le CCBE souligne par conséquent la nécessité que la marge d'appréciation reconnue par la CJUE apparaisse dans le libellé de la proposition relative à un contrôle de proportionnalité. Dans ce contexte, le CCBE souhaite mentionner un jugement récent que la Cour suprême du Royaume-Uni a rendu le 24 juin 2015 ([2015] UKSC 41 ; <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0272-judgment.pdf>) et qui présente un résumé complet de la jurisprudence de la CJUE relative à la proportionnalité. Les paragraphes 56 à 66 du jugement, qui analysent le degré de liberté octroyé aux États membres lorsque ceux-ci justifient leurs restrictions au nom de l'intérêt public, sont particulièrement pertinents à cet égard.

3. Le CCBE souligne également que selon la CJUE, la comparaison avec les pratiques d'autres États membres, même si ceux-ci sont plus avancés ou plus efficaces dans la mise en œuvre de leur objectif en matière d'ordre public, ne constitue pas un argument décisif dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité. Le CCBE recommande que cet aspect soit formulé plus explicitement dans la proposition (de préférence à l'article 6 « proportionnalité »), étant donné qu'il revêt une importance toute particulière dans l'acceptation et la mise en pratique du contrôle de proportionnalité.

4. Le CCBE doute par ailleurs du caractère légal d'une partie de l'article 4, paragraphe 5 de la proposition. La disposition prévoit que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que l'évaluation de la proportionnalité visée au paragraphe 1 soit effectuée de manière objective et indépendante, *notamment en faisant appel à des organismes d'examen indépendants* ». Le CCBE souligne que lorsque les professions réglementées sont soumises à un contrôle de proportionnalité, il est nécessaire d'établir la distinction entre les aspects liés à la substance (ou au contenu) dudit contrôle et les aspects procéduraux. Les aspects procéduraux relatifs à la manière dont le contrôle est effectué relèvent exclusivement de la compétence des États membres. Il incombe à eux seuls de décider de faire appel ou non à des organismes d'examen indépendants. L'Union n'est pas compétente en la matière. Le CCBE recommande donc fortement que le passage « *notamment en faisant appel à des organismes d'examen indépendants* » soit supprimé.

Il en va de même pour les articles 7 et 8 de la proposition. La réglementation de l'information et la participation d'un large éventail de parties prenantes, ce qui est une procédure bien établie au sein de nombreux États membres, ne relèvent pas de la compétence de l'UE.

5. Le CCBE juge que la terminologie de la proposition relative à un contrôle de proportionnalité manque de cohérence et recommande d'y apporter des corrections.

Le terme « proportionnalité » tel qu'employé dans le titre ainsi qu'à l'article 4, paragraphe 1, en particulier vis-à-vis de l'article 4, paragraphe 3 de la proposition, semble revêtir un sens plus large, qui comprend le caractère justifié. Néanmoins, l'intitulé des articles 5 (« justifications motivées par des objectifs d'intérêt général ») et 6 (« proportionnalité ») de la proposition établissent une distinction claire entre le caractère justifié et le caractère proportionné. En effet, alors que l'article 5 de la proposition traite du contrôle des justifications, l'article 6 traite du contrôle de proportionnalité en lui-même. Dans ce contexte, le terme « proportionnalité » est évidemment à prendre au sens strict, c'est-à-dire qui exclut la justification.

La terminologie des paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la proposition (« proportionnalité ») porte également à confusion. De même, l'article 9 de la proposition (« transparence ») aborde la justification, la nécessité et la proportionnalité comme des aspects différents et distincts.

L'article 6, paragraphe 1 de la proposition prévoit que les États membres évaluent si de nouvelles dispositions « *sont nécessaires et propres* » à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi qui, selon l'article 6, paragraphe 2, aborde le « caractère nécessaire et approprié ». Selon l'article 6, paragraphe 1 de la proposition, les États membres évaluent si ces dispositions « *ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ». Il semble que ce libellé répète simplement, sous une autre forme, l'évaluation du caractère nécessaire qui fait l'objet de la phrase précédente.

L'article 6, paragraphe 2 de la proposition est libellé comme suit : « *Lors de l'évaluation du caractère nécessaire et proportionné desdites dispositions, les autorités compétentes concernées tiennent notamment compte des éléments suivants [...]* ». Ce libellé traite le « caractère nécessaire » comme un aspect distinct du caractère proportionné et néglige complètement le caractère approprié tel que mentionné à l'article 6, paragraphe 1 de la proposition. The CCBE se demande pourquoi l'article 6, paragraphe 2 de la proposition n'a pas été simplement formulé comme suit :

« *Lors de l'évaluation à laquelle il est fait référence au paragraphe 1, les autorités compétentes concernées tiennent notamment compte des éléments suivants [...]* ».

6. L'article 4 de la proposition s'intitule « Évaluation ex ante de nouvelles mesures » et les paragraphes 1, 2, 3 et 5 portent en fait sur l'évaluation effectuée avant d'introduire de nouvelles dispositions, et sont donc cohérents avec l'intitulé. Cependant, l'article 4, paragraphe 4 de la proposition indique que les États membres contrôlent les dispositions existantes à intervalle régulier et selon une fréquence adaptée. Ce type de contrôle des dispositions existantes n'entre pas dans le champ d'application de l'intitulé de l'article 4 de la proposition (« Évaluation ex ante de nouvelles mesures »). Le CCBE recommande par conséquent l'inclusion du contrôle ex post dans l'intitulé de l'article 4 de la proposition.

7. L'article 6, paragraphe 1 de la proposition porte sur des « *dispositions [...] limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice* ». Sur ce point, le CCBE souhaite attirer l'attention sur une affaire actuellement portée devant la CJUE (C-31/16) en ce qui concerne l'exigence transfrontalière. Bien que cette affaire concerne la directive 2006/123/CE, elle peut présenter un intérêt dans le cas présent.