



AUTORITÉ DE LA
CONCURRENCE

GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Projet de loi n°8009 portant modification :

1° de la loi modifiée du 29 avril 1983 relative à l'exercice de la profession de médecin, de
médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire ;

2° de la loi modifiée du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la
planification hospitalière ;

3° du Code de la sécurité sociale

Avis de l'Autorité de la concurrence

N° 2023-AV-02

(21/02/2023)

1. Contexte général

Aux termes de l'article 64 de la loi du 30 novembre 2022 relative à la concurrence (ci-après la « Loi concurrence »), l'Autorité de la concurrence (ci-après : l'« Autorité ») détient une mission consultative, libellée de la manière suivante :

« Art. 64. Missions consultatives

(1) L'Autorité émet un avis, de son initiative ou à la demande d'un ministre, sur toute question concernant le droit de la concurrence.

(2) L'Autorité est obligatoirement demandée en son avis pour tout projet de loi ou de règlement :

- 1° portant modification ou application de la loi ;*
- 2° portant transposition ou exécution d'un instrument supranational touchant à des questions de concurrence ;*
- 3° instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.*

(3) L'Autorité est obligatoirement consultée sur toute action judiciaire intentée par ou contre l'État ainsi que lorsque l'État intervient dans une procédure devant les juridictions de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la concurrence.

(4) Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations de l'Autorité prévues par d'autres lois ou règlements. »

L'Autorité se saisit de sa mission consultative au vu de la connexité de son rapport d'enquête sectorielle « *Médicaments & pharmacies* », qu'elle a publié le 16 juin 2022¹. Au vu de ce qui précède, l'Autorité se limitera dans ses commentaires aux dispositions relatives à la liberté d'établissement et de prestation de services des médecins souhaitant établir un service d'imagerie médicale.

¹ Conseil de la concurrence. *Rapport d'enquête sectorielle médicaments et pharmacies*. Luxembourg. 2022
<https://concurrence.public.lu/fr/publications/rapports-enquetes-sectorielles/enquete-pharma.html>

2. Objet et contexte du projet de loi

Selon l'exposé des motifs, le projet de loi sous avis a pour objectif de favoriser la prise en charge ambulatoire des soins de santé en créant des sites hospitaliers supplémentaires qui sont dédiées aux activités ambulatoires et notamment de couvrir des besoins en infrastructure d'imagerie médicale. Les dispositions du projet de loi permettront une plus grande flexibilité en terme de collaboration et de financement, ciblé sur les soins ambulatoires, tout en préservant les fondements du système de santé, basé par les quatre valeurs suivantes : universalité, équité, solidarité et qualité.

Le projet de loi a pour toile de fond un délai d'attente considéré comme excessivement long² pour obtenir un rendez-vous en services IRM, estimé à plus de deux mois, ainsi que l'ouverture au mois d'avril 2022 du Centre médical Potaschberg à Grevenmacher dont la mise en service de l'IRM avait été interdite par la ministre de la Santé.

L'interdiction était fondée sur l'article 2 du règlement grand-ducal du 12 juin 2004 fixant les normes pour un service d'imagerie médicale travaillant avec un tomographe à résonance magnétique nucléaire qui prévoit que « *Le tomographe à résonance magnétique est à installer dans un service d'imagerie médicale tel que visé à l'article 26 de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers.* ». En d'autres termes, la loi ne permet pas d'exploiter un tel équipement d'imagerie médicale en dehors des hôpitaux.

En date du 23 décembre 2022³, un accord a été trouvé entre le Centre hospitalier de Luxembourg et l'exploitant du plateau radiologique du Centre médical Potaschberg, permettant ainsi de transformer ledit centre en antenne de l'établissement hospitalier en question et ainsi de pratiquer légalement les actes d'imagerie médicale.

Le projet de loi reconnaît « *qu'il faut des sites additionnels en dehors des sites hospitaliers afin de répondre aux besoins de la population* »⁴.

² <https://www.ammd.lu/actualites/article/2017/09/communiqu%C3%A9-du-corps-m%C3%A9dical-a-propos-des-d%C3%A9lais-d-attente-pour-examens-irm>

³ https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiqu%C3%A9s/2022/12-d%C3%A9cembre/23-lenert-irm-potaschberg.html

⁴ Projet de loi, p.2

3. Commentaires de l'Autorité

a. Une restriction à l'exercice de la profession libérale de médecin contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

Selon l'article 4 de la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière un maximum de quatre établissements hospitaliers, disposent d'une autorisation d'exploitation. Au fil des années et des fusions opérées entre les hôpitaux, le Ministre a autorisé des « *antennes de service* », limitées au nombre de trois. Le présent projet de loi vise à étendre le nombre de sites exploitables pour les soins ambulatoires, au-delà des sites existants, tout en limitant cette extension à deux « *antennes de service* » pour certaines activités spécifiques.

Le projet de loi actuel prévoit « *d'autoriser des prises en charges ambulatoires dans un cadre infrastructurel et organisationnel adapté se situant en dehors des murs des hôpitaux existants (sites supplémentaires) sous forme d'antennes de service pouvant être exploitées par un établissement hospitalier seul ou en collaboration avec un groupe de médecins. Conformément au projet de loi autorisant les médecins à s'organiser sous forme de société, il sera également possible que les sites supplémentaires sont exploités par un établissement hospitalier en collaboration soit avec un ou plusieurs médecins soit avec une personne morale au sens de la loi autorisant la médecine sous forme sociétale.* »⁵.

L'Autorité s'étonne que le projet de loi envisage de réserver l'exploitation de ces sites supplémentaires (antennes de service) , aux seuls hôpitaux, sinon aux hôpitaux en collaboration avec un groupe de médecins.

L'Autorité considère, au contraire, que ces structures pourraient être gérées directement par un ou plusieurs médecins éventuellement conventionnés, sans qu'une « *mise sous tutelle* » des hôpitaux soit effective.

À titre de rappel, l'article 11(6) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose 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.* »

Cet article pose le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et encadre strictement les hypothèses dans lesquelles le législateur peut, par exception, et sous certaines conditions, prévoir des restrictions à la liberté professionnelle. Il peut être admis que le législateur introduise des restrictions à ladite liberté pour des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la santé publique.

⁵ Projet de loi, p.9.

Il convient de rappeler que l'interdiction pour les médecins d'acquérir leur propre matériel d'imagerie par résonance magnétique (IRM), constitue une restriction à l'exercice de la profession libérale de médecin et une violation de la Constitution : *« l'établissement d'une liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins et les médecins dentistes pour les besoins de leur cabinet médical, prévue à l'article 19 de la loi du 29 mars 1983, constitue une restriction à l'exercice de la profession libérale du médecin. »*⁶

Le projet de loi reconnaît la nécessité de réviser la liste des équipements et appareils qui ne peuvent être détenus ou utilisés par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical.

Cependant, cette révision, qui vise notamment l'acquisition d'IRM, ne doit pas s'accompagner d'une autre restriction à l'exercice de la profession libérale du médecin et qui résulterait d'une tutelle des centres hospitaliers pour l'exercice d'une activité d'imagerie médicale.

Cette tutelle des centres hospitaliers constituerait une entrave injustifiée à la liberté du commerce et de l'industrie.

L'Autorité renvoie à son interprétation du régime d'autorisation d'établissement des pharmacies actuellement en vigueur et dans laquelle il était relevé qu'un régime d'autorisation visant à limiter le nombre de pharmacies pouvant s'établir sur le territoire constituait une restriction à la liberté du commerce qui ne pouvait être justifiée par la nécessité de protection de la santé publique, dès lors que l'exploitation de pharmacies est assuré par des personnes qualifiées.⁷

Selon l'avis de l'Autorité, le conditionnement de l'offre de soins ambulatoires à la tutelle d'un établissement hospitalier constitue une restriction à l'exercice de la profession libérale de médecin qui ne saurait être justifiée par des raisons de protection de la santé publique dès lors que cette activité reste exercée par des professionnels qualifiés (docteurs en médecine) et garants d'une qualité de service.

b. Quant à la nécessaire prise en compte du principe de proportionnalité

La profession de médecin peut se prévaloir des libertés fondamentales en application du droit primaire de l'Union et en particulier de la libre circulation des personnes, la libre prestation des services et la liberté d'établissement. Ces libertés fondamentales sont conçues de manière très large et ne peuvent être restreintes que pour des motifs précis et limités.

⁶ Cour constitutionnelle, 5 juillet 2019, arrêt n°148/19.

⁷ Rapport d'enquête sectorielle médicaments et pharmacies. Luxembourg. 2022, p.61.

La principale exception prévue par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») concerne les activités participant à l'exercice de l'autorité publique et qui ne couvrent pas l'activité des médecins.

L'activité des médecins est donc couverte par les dispositions du TFUE et en particulier par le chapitre sur la liberté d'établissement qui dispose en son article 49 que « *les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites* ».

Ces restrictions doivent nécessairement respecter le principe de proportionnalité qui est reconnu tant par la loi que par la jurisprudence luxembourgeoise⁸ et européenne.⁹

Le présent projet de loi doit ainsi être lu à la lumière des principes posés par 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 transposé en droit national par la Loi du 2 novembre 2021 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (ci-après la « directive proportionnalité »).

Cette directive indique dans son deuxième considérant qu'« *En l'absence de dispositions spécifiques du droit de l'Union harmonisant les conditions d'accès à une profession réglementée ou d'exercice de celle-ci, il est de la compétence des États membres de décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer, dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité.* ». Ainsi, les restrictions à l'exercice d'une profession réglementée telle que celle des médecins sont propres à chaque État, et ne peuvent se justifier que pour autant que la législation respecte les principes de non-discrimination et de proportionnalité qui s'articulent autour des quatre conditions cumulatives suivantes :

1. être appliquée de manière non-discriminatoire ;
2. être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ;
3. être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit ;
4. ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

⁸ Voir notamment *apothekerkammer des Saarlandes et Helga Neumann-Seiwert contre Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. n°C-171/07.

⁹ Voir notamment l'arrêt de la CJUE du 19 mai 2009, *Neumann-Seiwert*, C-171/07 et C-172/07, ECLI:EU:C:2009:311.

L'article 3 de la loi du 2 novembre 2021 pose ainsi l'exigence qu'un contrôle de proportionnalité soit opéré avant de réglementer l'exercice d'une profession :

« Avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaire ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou avant de modifier de telles dispositions existantes, il est procédé à un examen de proportionnalité conformément aux dispositions de la présente loi. [...] Toute disposition visée au paragraphe 1^{er} est accompagnée d'une explication qui est suffisamment détaillée pour permettre d'apprécier le respect de proportionnalité. »

L'Autorité estime que le projet de loi en question ne respecte pas ces quatre conditions. La « tutelle » qu'exerceraient les hôpitaux sur la prise en charge ambulatoire ne saurait être justifiée *« par des raisons impérieuses d'intérêt général »*.

Pour rappel, constituent des raisons impérieuses d'intérêt général en relation avec les articles 49¹⁰ et 56¹¹ du TFUE au moins les justifications suivantes¹² : l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national et la politique vétérinaire.

L'Autorité déplore que ni l'exposé des motifs, ni les commentaires des articles du projet de loi sous avis ne précisent les raisons impérieuses d'intérêt général que justifieraient une tutelle des hôpitaux sur l'activité d'imagerie médicale.

¹⁰ Liberté d'établissement.

¹¹ Libre prestation de services.

¹² Voir considérant 40 de la directive 2006/123/CE – notion susceptible d'évoluer avec la jurisprudence.

En outre, le projet de loi n'explique pas en quoi cette tutelle n'irait pas au-delà de ce qui est « *nécessaire pour atteindre son objectif* », de protection de la santé publique. En effet, aussi longtemps que les soins sont dispensés par des personnes qualifiées (docteurs en médecine) et dans des structures adaptées, il n'est pas nécessaire que ces soins soient réalisés dans des antennes d'hôpitaux ou sous la gestion des hôpitaux en collaboration avec un groupe de médecins.

À supposer que les raisons d'une tutelle soient justifiées à la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, il appartiendrait au législateur d'en préciser les motifs.

En effet, si l'on part du principe que l'achat de matériel d'imagerie médicale, se fera exclusivement à la charge du médecin-radiologue, un tel investissement, bien que coûteux, ne pèsera nullement sur le budget de l'Etat.

Il en résulte que seuls les actes médicaux effectués par les médecins exploitant ce type d'équipement seront à la charge de la sécurité sociale au même titre que ceux réalisés dans les centres hospitaliers.

Il appartiendrait donc au législateur d'établir un régime juridique qui permette aux médecins-radiologues d'exercer librement leur activité en lien avec l'imagerie médicale tout en s'assurant qu'un objectif d'équilibre budgétaire soit rempli.

Enfin, dans son article 9, paragraphe 6, le projet de loi prévoit : « *de ne pas limiter les sites dédiés en termes de nombre, mais plutôt en termes d'antennes de service à autoriser. En effet, du fait d'une offre de soins nécessitant des ressources différentes, et en vue d'une délocalisation de cette offre, une telle limitation sur base d'un nombre absolu de sites supplémentaires ne pourrait satisfaire les besoins d'une planification. Par contre, et en ligne avec le leitmotiv de la réforme du système de santé de 2010, le « pas tout partout » il s'agit de limiter en nombre les antennes de services au maximum de deux en vue d'assurer et de maintenir une gestion et une coordination des unités de soins par le gestionnaire.*

Aussi l'approche retenue est de limiter une délocalisation de l'offre des soins de santé ambulatoires à des services hospitaliers présentant des prestations de soins éligibles de par la nature à une certaine délocalisation tout en assurant un lien fonctionnel et organisationnel direct avec les services hospitaliers correspondants aux domaines d'activité médicale couverts, ainsi qu'avec les plateaux médico- techniques associés dans cette prise en charge. Les antennes de service devront disposer de procédures écrites concernant la sécurité, la qualité, la continuité des soins et le suivi de la prise en charge des patients qui y sont admis. »¹³

¹³ Projet de loi, p.10.

L'Autorité considère que les restrictions énoncées à l'article 9, paragraphe 6 du projet de loi ne remplissent pas les critères de proportionnalité susmentionnés.

En effet, d'après les chiffres transmis par le ministère de la Santé, il apparaît une étroite corrélation entre le nombre d'habitants du canton, la proximité géographique et la consommation de soins.

Ainsi, il conviendrait de s'assurer que l'offre en termes d'antennes de service couvre bien les besoins de la population, sans fixer d'éventuelles limitations qui seraient de nature à limiter les effets innovateurs du projet de loi.

c. Recommandations de l'Autorité

À l'instar de son rapport d'enquête « Médicaments & pharmacies », l'Autorité est d'avis qu'une évolution du nombre des structures de soins ambulatoires selon la loi de l'offre et de la demande constitue l'objectif à atteindre.

Au-delà de la question de la conformité à la Constitution, cette solution a l'avantage de substituer les mécanismes de concurrence à la base de notre économie sociale de marché au régime de structure sous tutelle actuellement en projet. Elle permet d'aligner le fonctionnement de ces structures à celui des autres professions libérales du domaine de la Santé.

Enfin, l'Autorité rejoint les considérations de l'Association des médecins et médecins-dentistes qui estime que « [la restriction d'établissement] *nuira en outre au développement sain et intelligent de la profession au bénéfice des patients. Elle étouffera encore une fois l'esprit de création et d'imagination tant manqué par les structures hospitalières actuelles.* »¹⁴

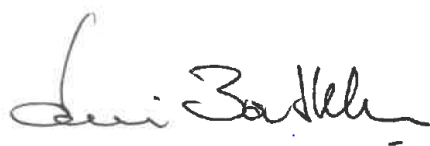
En définitive, l'Autorité recommande de laisser la liberté aux médecins de pouvoir acquérir des équipements d'imagerie médicale et de leur permettre d'offrir des services d'imagerie médicale éventuellement conventionné sans qu'une telle activité ne soit soumise à la tutelle d'un centre hospitalier. Cette mesure permettrait d'élargir l'offre de soins, de réduire les délais d'attente pour obtenir une IRM, de couvrir davantage de besoins en soin ambulatoire, de réduire les tensions sur les capacités du système hospitalier et de réduire les coûts d'exploitation du système hospitalier liés à cette branche de l'activité médicale.

¹⁴ Avis de l'Association des médecins et médecins-dentistes, p.15.

4. Conclusion

Sans vouloir approuver ni s'opposer au projet de loi sous rubrique, l'Autorité marque de sérieuses réserves quant au respect par le projet de loi du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'établissement et du principe de proportionnalité.

Ainsi délibéré et avisé en date du 21 février 2023



Pierre Barthelmé
Président



Mattia Melloni
Conseiller



Tom Mannes
Conseiller



Théa Harles-Walch
Conseillère suppléante

Anick Wolff
Conseillère suppléante

