

 LA SÉCURITÉ SOCIALE - 2021

CAHIER JURIDIQUE

**La protection sociale face à la
médecine libérale :
l'arrêt de la Cour
constitutionnelle du 5 juillet 2019**



LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Ministère de la Sécurité sociale

Inspection générale de la sécurité sociale

Table des matières

INTRODUCTION	5
1 LA DISPOSITION LÉGALE SANCTIONNÉE : L'ARTICLE 19 DE LA LOI MODIFIÉE DU 29 AVRIL 1983 CONCERNANT L'EXERCICE DES PROFESSIONS DE MÉDECIN.....	7
1.1 L'adoption de l'article 19 : ce que révèlent les débats à la Chambre des députés	7
1.1.1 Un article introduit en 1983 comme seul corollaire	7
1.1.2 Un article controversé, mais adopté.....	9
1.2 La cause originaire de l'article 19 : le principe de la planification hospitalière	12
1.2.1 L'article 8 de la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières.....	12
1.2.2 L'article 9 de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers	14
2 L'ÉQUIPEMENT SUR LEQUEL PORTE LE LITIGE : L'ÉQUIPEMENT D'IMAGERIE PAR RÉSONANCE MAGNÉTIQUE	19
2.1 L'IRM sous la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières.....	19
2.1.1 La liste de l'article 4 c) : la carte sanitaire	19
2.1.2 La liste de l'article 3 : le plan hospitalier national	20
2.2 L'IRM sous la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers	20
2.3 L'IRM sous la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière.....	25
3 LES MOTIFS DE LA SANCTION DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI MODIFIÉE DU 29 AVRIL 1983 CONCERNANT L'EXERCICE DES PROFESSIONS DE MÉDECIN	28
3.1 L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution : la limitation du pouvoir réglementaire dans les matières réservées.....	28
3.1.1 La notion de « matière réservée »	29
3.1.2 L'article 32, paragraphe 3 : la teneur lui conférée par la loi du 19 novembre 2004	31
3.1.3 L'article 32, paragraphe 3 : la teneur lui conférée par la loi du 18 octobre 2016	33
3.2 L'article 11, paragraphe 6, alinéa 1^{er} de la Constitution : le droit au travail.....	36
CONCLUSION	38

INTRODUCTION

Au Luxembourg la protection sociale est organisée de façon centrale par le législateur et les fonds publics dont dispose ce régime public permettent une bonne couverture de la population. Cette tâche du législateur de gouverner la protection sociale n'est pas facile, d'autant plus qu'elle est liée à sa responsabilité d'assurer une prise en charge collective et solidaire des risques sociaux, dont la maladie.

Dans son arrêt du 5 juillet 2019¹, la Cour constitutionnelle a été amenée, sur question préjudicielle posée par le Tribunal administratif en date du 14 février 2019², à décider l'inconstitutionnalité d'une disposition légale relevant du domaine de la santé publique.

Il s'agit de l'article 19 de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin.

Le motif de la sanction apportée par la Cour constitutionnelle est double :

- violation du principe de la matière réservée par la Constitution à la loi formelle et
- atteinte à la liberté d'exercer une profession libérale.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle permet de réfléchir sur l'organisation de la protection sociale et d'identifier les défis à cibler.

L'arrêt a fait l'objet d'un commentaire³ qui a le mérite de bien situer le cadre juridique dans lequel intervient la décision de la Cour, mais cette contribution ne remonte pas à la cause originaire de la disposition légale sanctionnée. L'arrêt du 5 juillet 2019 soulève des interrogations importantes pour le domaine de la santé publique et de la sécurité sociale. Pour pouvoir y apporter des éléments de réponse il faut remonter à la cause originaire de l'article 19, laquelle est antérieure à 1983. La présente analyse a pour objet de retracer le point de départ de la disposition légale sanctionnée et, ce faisant, amène le lecteur à une conclusion plus nuancée que celle relevée dans le commentaire prémentionné.

Avant de situer l'importance de l'arrêt du 5 juillet 2019 pour le domaine de la santé publique et de la sécurité sociale, il importe de relater brièvement les circonstances de l'affaire dans laquelle la Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer.

Pour situer le cadre du litige, il y a lieu de se reporter au jugement du Tribunal administratif du 14 février 2019. Un médecin-radiologue demande aux juges administratifs d'annuler une décision du Ministre de la Santé du 27 septembre 2017 portant refus de sa demande en obtention d'une autorisation pour l'acquisition d'un équipement d'imagerie par résonance magnétique (ci-après « IRM ») à exploiter dans l'enceinte d'une nouvelle infrastructure privée dénommée « Centre d'imagerie médicale ».

La partie demanderesse ne précise pas la forme juridique dudit centre d'imagerie médicale, mais en donne une description : la volonté du médecin demandeur est celle d'installer en milieu extrahospitalier un « Centre médical » facilement accessible du centre-ville, dans un immeuble qui « *se situerait aux trois premiers étage ... sur une superficie d'environ 1050 m2 nets et serait destiné à accueillir un large panel de médecins de diverses spécialités, à savoir notamment des cardiologues, des orthopédistes, des gynécologues, des neurologues et des dermatologues. La présence d'un laboratoire d'analyses serait également prévue au sein du Centre médical. Le premier étage du Centre médical serait quasi entièrement dédié à l'imagerie médicale. Ce centre d'imagerie médicale, ci-après désigné par « le Centre d'imagerie médicale », réunirait plusieurs médecins-radiologues et aurait pour objectif principal de*

¹ JO, N° 491 du 12 juillet 2019.

² Numéro 40845 du rôle.

³ P. Lauricella, « L'arrêt du 5 juillet 2019 de la Cour Constitutionnelle : vers le libre accès d'acquérir du matériel pour les professionnels de la santé en milieu extrahospitalier ? », in *Revue Luxembourgeoise de Droit et Santé* n° 3, Luxembourg, 2020.

fournir rapidement le diagnostic des pathologies, notamment grâce à la réalisation d'exams IRM, afin de pouvoir offrir aux patients, dans un second temps, des thérapies ambulatoires adaptées aux diagnostics réalisés. »⁴.

Le médecin plaide dès lors pour l'ouverture du marché des équipements lourds et coûteux afin de pouvoir installer et exploiter son centre d'imagerie médicale en dehors du secteur hospitalier, dans un quartier en pleine expansion, pouvant offrir aux résidents à proximité toutes les commodités de la vie.

De son côté l'État plaide pour le maintien de sa politique de santé publique consistant à réserver les exams d'imagerie médicale par IRM aux établissements hospitaliers, au double motif que la soumission des équipements lourds à une planification hospitalière centralisée est indispensable :

- pour garantir une utilisation à bon escient de l'IRM au moyen de l'application de conditions d'agrément, de normes et de contrôles uniformes dans l'approche de permettre aux hôpitaux de mutualiser leurs efforts avec le soutien de la Fédération des hôpitaux du Luxembourg (FHL) dans une démarche commune de contrôle des risques et d'amélioration de la qualité ;
- pour assurer la maîtrise et le contrôle du financement public et garantir de ce fait un accès égalitaire de tous les patients dans les mêmes conditions aux soins et services de santé.

Dès la lecture des arguments plaidés par les parties devant les juges administratifs en première instance on constate que, même si le cadre juridique soumis au contrôle de constitutionnalité est celui de la liberté d'exercice d'une profession libérale, le litige touche au domaine de la nécessité d'une planification en fonction d'un besoin national. La finalité de la planification invoquée est celle d'arriver à assurer un service d'intérêt général, celui de la protection sociale de la population.

Il est vrai qu'une définition du terme de protection sociale n'est pas aisée. Pour les besoins de notre analyse nous entendons par protection sociale, les mesures mises en place par l'État pour protéger les individus et leur famille contre les risques sociaux⁵, pour leur garantir un accès effectif et égalitaire aux soins de santé et pour assurer une protection de la santé publique.

Le Tribunal administratif soumet une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, à savoir celle visant à clarifier si le pouvoir réglementaire octroyé au Grand-Duc par l'article 19 de la loi modifiée du 29 avril 1983 régissant l'exercice de la profession de médecin est contraire aux articles 11, paragraphe 6 et 32, paragraphe 3 de la Constitution ?

Ce litige s'inscrit dans le cadre du droit d'exercer une profession libérale mais touche par ses effets au droit à la protection sociale.

D'un côté il y a le médecin qui revendique son droit d'exercer une profession libérale et de l'autre côté il y a le malade qui revendique son droit à une protection sociale. La présente analyse a pour objet de mettre ce lien en évidence afin d'apporter une aide à la recherche d'une réponse à la question que soulève l'arrêt : maintenir la planification étatique des équipements lourds pour des besoins de santé publique ou au contraire admettre une ouverture ? Laquelle ?

Les développements qui suivent s'attachent, d'une part, à analyser la disposition légale laquelle a fait l'objet de la sanction constitutionnelle et, d'autre part, se penchent sur les motifs d'inconstitutionnalité retenus par la Cour constitutionnelle dans son arrêt.

⁴ TA 14 février 2019, p.5.

⁵ Les risques sociaux couverts par la sécurité sociale au Luxembourg sont : la maladie, la maternité, la vieillesse, l'invalidité, l'accident professionnel, la dépendance et les charges familiales.

1 LA DISPOSITION LÉGALE SANCTIONNÉE : L'ARTICLE 19 DE LA LOI MODIFIÉE DU 29 AVRIL 1983 CONCERNANT L'EXERCICE DES PROFESSIONS DE MÉDECIN

La sanction de la Cour constitutionnelle porte sur l'article 19 de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire qui dispose :

« Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'État fixe une 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, ainsi qu'une liste des équipements et appareils qui peuvent seulement être détenus ou utilisés par les médecins spécialistes pour les besoins de leurs spécialités. ».

Le règlement grand-ducal concerné en l'espèce et sur lequel se base le refus de l'autorisation ministérielle est le règlement grand-ducal du 17 juin 1993⁶ qui fixe la liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical.

Il nous importe de dégager les motifs qui ont poussé le législateur en 1983 à mettre en place cet article 19.

1.1 L'adoption de l'article 19 : ce que révèlent les débats à la Chambre des députés

1.1.1 Un article introduit en 1983 comme seul corollaire

La loi du 29 avril 1983 a pour objet de réunir dans un texte législatif les dispositions réglant l'exercice des trois professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire et de transposer plusieurs directives européennes en matière de droit d'établissement des professions médicales.

L'exposé des motifs du projet de loi précise que *« Les trois professions sont des professions dites "libérales" c.à.d. que dans les trois professions le libre choix du praticien est garanti et que ces professionnels se soumettent à une éthique et à une discipline professionnelle contrôlées par le collège médical, respectivement le collège vétérinaire. »*⁷.

En restant sur les documents parlementaires⁸ de la loi du 29 avril 1983, on constate qu'au moment du dépôt du projet de loi le 4 février 1980, l'article 19 devait prendre la teneur suivante :

« Le médecin ou le médecin-dentiste qui se propose d'acquérir des équipements ou appareils relevés sur la carte sanitaire prévue par la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières et dont la liste est fixée par le ministre de la santé, sur avis du collège médical, doit se pourvoir au préalable d'une autorisation du ministre de la santé. La demande d'autorisation doit être présentée, indépendamment du local hospitalier ou extrahospitalier, dans lequel l'appareillage sera installé.

L'autorisation est accordée si l'installation n'est pas de nature à contrarier la bonne exécution du plan hospitalier national. ».

Cette proposition initiale de libellé qui procède par simple renvoi, donne un premier indice que l'article 19 n'a pas d'existence autonome, mais dépend directement d'un autre cadre légal, celui de la planification et de l'organisation hospitalières. De la simple lecture dudit libellé proposé se dégage déjà des notions clés :

- celle de carte sanitaire ;
- celle de plan hospitalier national.

⁶ Mémorial A N°45, du 24 juin 1993, p. 936.

⁷ Documents parlementaires N°2382, p. 11.

⁸ Documents parlementaires N°2382.

Cet indice se confirme à la lecture de la suite des documents parlementaires. L'article 19 proposé est motivé par ses auteurs comme étant le « corollaire de l'article 8 de la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalière »⁹.

L'intervention du législateur en 1983 n'est dès lors pas innovatrice, mais ne fait que confirmer une disposition antérieure inscrite dans un autre cadre légal.

Cette disposition antérieure est l'article 8¹⁰ de la loi du 29 août 1976 et il constitue le point de départ. L'article 8 « introduit pour les hôpitaux la nécessité de l'autorisation préalable à solliciter avant l'acquisition d'appareillage tombant dans le cadre de la planification nationale. »¹¹. On retrouve ici la notion de planification hospitalière nationale déjà identifiée ci-avant.

Les auteurs de l'article 19 de la loi de 1983 se réfèrent *expressis verbis* à la volonté des auteurs de l'article 8 de la loi de 1976 pour motiver leur propre volonté : « Pour les auteurs de la loi de 1976 il s'agissait d'éviter le gaspillage et le double emploi, la prolifération sans nécessité d'appareillages de tout genre dans les hôpitaux du pays qui pèsent d'un poids lourd sur le budget des caisses de maladie. Cet effet ne serait pas atteint si les médecins pouvaient installer et exploiter à leur compte les appareils qui ont été refusés aux hôpitaux. »¹².

Cette information trouvée est importante dans le cadre de la présente analyse. Elle nous renseigne sur l'existence d'une autre base légale, antérieure à celle de 1983 et que c'est cette autre base légale, celle de 1976 organisant le secteur hospitalier, qui constitue le point central de la motivation du législateur.

Pour apprécier la portée de la sanction d'inconstitutionnalité apportée par l'arrêt sous examen, il est dès lors utile de jeter le regard plus loin que l'intervention du législateur en 1983 et de remonter à la volonté initiale du législateur en 1976.

Au Luxembourg la première loi relative à l'organisation hospitalière est celle du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalière. Cette loi est dès lors à qualifier de première législation hospitalière du Grand-Duché de Luxembourg.

A la lecture des dispositions de cette loi de 1976 on retrouve les deux notions déjà identifiées ci-avant, celles de « plan hospitalier national » et de « carte sanitaire ». En mettant en place ces outils de planification, le législateur les qualifie de préalables indispensables à l'organisation et au financement d'un service public hospitalier répondant aux besoins sanitaires du pays.

Toujours dans le même cadre légal de 1976 on constate que cette planification se fait en fonction d'un besoin.

En voilà un autre terme qui a son importance : celui du besoin.

Dans une matière réservée¹³ par la Constitution à la loi, il appartient au législateur de définir les critères permettant d'apprécier la condition du besoin national. L'article 3 de la loi du 29 août 1976 parle de besoins sanitaires régionaux et locaux mais ne donne pas de définition du terme de « besoins ». Comme il s'agit du plan national il doit s'agir des besoins au niveau national.

Dans un arrêt du 30 novembre 2017¹⁴ portant sur la question de l'existence d'un besoin national, régional ou local pour l'ouverture d'un nouveau laboratoire d'anatomie pathologique, les juges de la Cour administrative ont défini la notion de besoin comme suit : « A partir du sens commun du terme « besoin », celui-ci s'articule en une nécessité

⁹ Documents parlementaires N°2382, p.16.

¹⁰ L'article 8, alinéa 1 de la loi du 29 août 1976 dispose : « Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévu à l'article 4c de la présente loi devra au préalable soumettre ses projets à l'autorisation du ministre de la santé publique. Cette autorisation sera accordée si l'acquisition est conforme au plan hospitalier national et si les conditions prévues à l'article 10 sont remplies. À défaut d'une décision dans un délai de trois mois, l'autorisation est censée être accordée. ». L'article 4, alinéa 1, point c) de la loi précitée dispose : « La carte sanitaire est un ensemble de documents d'information et de prospective établi et mis à jour par le ministre de la santé publique et constitué par : (...) c) l'inventaire de tous, destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation, dont la liste est fixée par règlement ministériel sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux; ». L'article 10 de la loi précitée renvoie à un règlement grand-ducal pour fixer les normes de l'aménagement et l'organisation générale des établissements hospitaliers y compris les conditions minima concernant les équipements.

¹¹ Documents parlementaires N°2382, p.16.

¹² Documents parlementaires N°2382, p. 16.

¹³ Notion définie dans la deuxième partie de la présente analyse.

¹⁴ N°39702C du rôle.

de ressources supplémentaires compte tenu de celles disponibles. », dès lors « l'analyse du besoin au niveau national s'articule en l'analyse de la question de savoir si, à côté du ..., il reste une nécessité, c'est-à-dire un besoin impliquant que d'autres opérateurs puissent être autorisés à devenir actifs dans le domaine de l'anatomie pathologique au Grand-Duché. ».

De cette définition donnée par la Cour administrative se dégage un synonyme du terme « besoin », à savoir celui de « nécessité ». Ceci rappelle le principe de « l'utile et le nécessaire » à la base de la prise en charge de la sécurité sociale. Ainsi l'article 23 du Code de la sécurité sociale dispose que : « *Les prestations à charge de l'assurance maladie accordées à la suite des prescriptions et ordonnances médicales doivent correspondre au mieux à l'état de santé des assurés. Elles ne peuvent dépasser l'utile et le nécessaire et doivent être faites dans la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement et être conformes aux données acquises par la science et à la déontologie médicale.* ».

L'importance de la planification en fonction d'un besoin étant identifiée, elle demande à être nuancée en distinguant par exemple entre les besoins à but diagnostique et/ou thérapeutique.

Déjà au moment de la mise en place de la première législation hospitalière au Luxembourg en 1976 on peut retracer le souci du législateur, à savoir qu'il est indispensable de disposer d'un cadre légal permettant une organisation rationnelle des services de santé au Luxembourg et réglementant l'intervention financière de l'État.

La question de la garantie d'un service public est liée à celle de son financement. Le législateur met l'accent sur la nécessité d'une organisation viable, garantissant un accès égalitaire aux moyens d'un fonctionnement rationnel et d'une utilisation judicieuse des fonds publics dans le cadre de la politique générale de santé publique du pays.

Pour le législateur il est important qu'un équipement technique et coûteux, bénéficiant d'un financement privilégié de l'État au motif d'assurer un accès égalitaire à un service public, doit s'inscrire dans une planification rigoureuse, permettant d'être à l'abri des lois du libre marché dont l'approche concurrentielle et le but lucratif constituent le monde opposé au service public.

On reconnaît ici l'ampleur du terrain de discussion portant sur la question : l'exercice d'une mission de service publique peut-elle justifier une entrave aux principes de la libre prestation des services et de la libre concurrence et dans l'affirmatif, sous quelles conditions ? Une recherche dans le droit de l'Union européenne en apporte certainement une réponse.

En proposant d'introduire, à titre de corollaire, un article 19 à la législation régissant l'exercice de la profession médicale, le législateur prend le soin de sécuriser d'avantage la planification des équipements et appareils coûteux et ceci dans l'objectif d'arriver à garantir une protection sociale égalitaire.

1.1.2 Un article controversé, mais adopté

La disposition concernée, l'article 19, n'a pas fait l'unanimité au moment de son introduction.

Bien au contraire. En se reportant aux documents parlementaires de la loi du 29 avril 1983 on peut lire « *Après de longues discussions fort mouvementées (...); Rarement un texte de loi n'a été aussi controversé.* »¹⁵.

L'élaboration de l'article 19 a même fait l'objet de deux avis opposés du Conseil d'État¹⁶ : l'un intitulé « *avis du Conseil d'État* » du 11.11.1980, à qualifier d'avis majoritaire et l'autre intitulé « *deuxième avis séparé du Conseil d'État* » du 12.11.1980 à qualifier d'opinion dissidente minoritaire.

¹⁵ Documents parlementaires N°2382 (4), p.2.

¹⁶ L'article 20 de la loi modifiée du 8 février 1961 portant organisation du Conseil d'État (applicable au moment des documents parlementaires précités de 1980) dispose :

« **Art. 20.** Le Conseil d'État ne prend sa résolution en assemblée générale que lorsque dix de ses membres au moins sont réunis. Les résolutions du Conseil sont arrêtées à la majorité des voix ; s'il y a partage, les différentes opinions sont portées à la connaissance du Gouvernement. ».

Aujourd'hui, en 2019, c'est l'article 20 de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État qui admet des opinions dissidentes au sein du Conseil d'État :

« **Art. 20.** (1) Le Conseil d'État ne peut prendre de résolution, si la majorité de ses membres en fonction n'est présente.(...). Les résolutions du Conseil d'État sont arrêtées à la majorité des voix. Elles indiquent le nombre de conseillers qui y ont participé, le nombre de ceux qui ont voté pour et le nombre de ceux qui ont voté contre.

(2) Les avis sont motivés et comportent des considérations générales, un examen des articles et, le cas échéant, des propositions de texte.

Avis CE majoritaire :

Le Conseil d'État estime que l'exigence d'une autorisation ministérielle pour l'acquisition de matériel lourd constitue une ingérence inadmissible de l'autorité publique dans l'exercice d'une profession libérale et risque d'aboutir à l'arbitraire. Le Conseil d'État prend le soin de préciser que cela vaut sous réserve que l'acquisition se fasse hors appel à des fonds publics. Il parle du danger pour les finances de la sécurité sociale et propose un renforcement du contrôle des rapports des médecins avec la caisse de maladie et un aménagement adéquat des tarifs de remboursement. Pour ces motifs le Conseil d'État demande la suppression pure et simple de l'article 19 initial.

Avis CE séparé minoritaire :

Quelques membres du Conseil d'État partagent la position du Ministre de la Santé et se prononcent pour le maintien de l'article 19. Pour les auteurs de l'avis séparé un mécanisme de contrôle et un abaissement du remboursement ne constitue pas une solution pour maintenir les dépenses de sécurité sociale dans des limites raisonnables. Bien au contraire, ils estiment que seul l'article 19 permet d'éviter une surconsommation et le double emploi et assure la garantie d'une utilisation optimale des équipements et appareils coûteux.

Finalement la commission parlementaire¹⁷ propose un texte de compromis, plus restrictif que le texte gouvernemental initialement proposé.

Le Conseil d'État ne s'y oppose pas¹⁸ et c'est ce libellé de l'article 19 qui va être voté en 1983.

De 1983 à 2019 l'article 19 n'a pas beaucoup changé¹⁹ :

Article 19 en 1983

« Art. 19. Un règlement grand-ducal, pris sur avis du Conseil d'État **et du collège médical et de l'assentiment de la Commission de travail de la Chambre des Députés**, fixe une liste des équipements et appareils qui ne peuvent être **acquis** par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical, ainsi qu'une liste des équipements et appareils qui peuvent seulement être **acquis** par les médecins spécialistes pour les besoins de leurs spécialités.

Ces listes doivent être adaptées tous les trois ans. »

Article 19 en 2019

« Art. 19. Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'État fixe une 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, ainsi qu'une liste des équipements et appareils qui peuvent seulement être **détenus ou utilisés** par les médecins spécialistes pour les besoins de leurs spécialités. (. . .). », (supprimé par la loi du 28 octobre 2016).

La première lecture comparative fait seulement apparaître des modifications mineures. Mais il y a lieu de creuser.

En 1995²⁰ le terme « acquis » a été remplacé par ceux de « détenus ou utilisés » pour tenir compte du leasing d'appareils et d'équipements médicaux.

Chaque membre du Conseil d'État peut soumettre aux délibérations en séance plénière une opinion dissidente qui peut être appuyée par un ou plusieurs autres conseillers. Les opinions dissidentes sont annexées à l'avis du Conseil d'État et indiquent le nombre de conseillers qui ont voté en leur faveur. (...). ».

¹⁷ Document parlementaire N°2382 (4), p.4.

¹⁸ Le Conseil d'État avait encore proposé de prévoir une révision annuelle de ladite liste pour tenir compte de l'évolution rapide de la médecine.

¹⁹ Il en est de même de l'article 42 qui prévoit une sanction en cas de non-respect de l'article 19 : « Art. 42. (1) Les infractions aux dispositions des articles (...) 19, (...) et des règlements d'exécution à prendre en vertu de ces articles sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros. (2) Le maximum de l'amende sera porté au double si le condamné commet le même fait avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jour où une première condamnation est devenue définitive. En outre l'utilisation des équipements et appareillages installés en violation du règlement grand-ducal prévu par l'article 19 peut être interdite.(...). ».

²⁰ Loi du 31 juillet 1995, Mém. A 72, du 06 septembre 1995, p.1802.

Au moment de la modification apportée en 1995 à l'article 19, cette disposition est à nouveau controversée :

- d'un côté le ministre de la Santé estime que cette disposition soit indispensable afin d'assurer le contrôle des investissements financiers et d'éviter une explosion importante des coûts de la santé,
- alors que d'un autre côté les médecins demandent la suppression dudit article au titre d'une libéralisation des actes médicaux.

Dans son avis du 22 novembre 1994, le Conseil d'État approuve la modification proposée de l'article 19.

Ce qui est intéressant à relever dans cet avis est que le Conseil d'État se prononce aussi sur le renvoi opéré par l'article 19 de la loi à un règlement grand-ducal pour le confirmer et ceci en relevant qu'il s'agit d'une matière réservée par la Constitution à la loi formelle, en l'espèce celle de la protection de la santé. À l'époque l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution dispose déjà que la protection de la santé est une matière réservée. A noter que le terrain de discussion est celui de la protection de la santé et non pas celui de l'exercice d'une profession libérale.

Le souci du Conseil d'État dans son avis de 1994 est celui de bien distinguer entre le pouvoir réglementaire d'exécution de l'article 36 de la Constitution et le pouvoir réglementaire d'attribution de l'article 32 de la Constitution. Le premier est celui de droit commun, à savoir une habilitation générale par la Constitution du Grand-Duc de prendre les règlements nécessaires pour l'exécution d'une loi. Le second est celui d'une habilitation spéciale du Grand-Duc, à caractère exceptionnel, par une loi pour la mise en œuvre du détail et ceci dans des domaines où la Constitution impose d'agir directement par la voie de la loi formelle.

Ce qui surprend à la lecture de l'avis du Conseil d'État de 1994 est qu'il « rappelle qu'une mesure d'exécution, laquelle se confine dans le cadre d'une réglementation de détail comme en l'espèce, est du ressort de l'article 36 de la Constitution. » et non pas de l'article 32. À préciser que le libellé desdites dispositions constitutionnelles diffère en 1994 de celui des dispositions actuelles.

Le Conseil d'État ne s'oppose à l'époque pas à ce qu'un règlement grand-ducal soit pris en exécution de l'article 19, mais il s'oppose à ce que ce règlement grand-ducal soit pris sur avis du Collège médical et de l'assentiment de la Commission de travail de la Chambre des députés. Il demande la consécration d'une compétence exclusive du Grand-Duc et que l'avis du Collège médical et l'assentiment de la commission de travail de la Chambre des députés soient supprimés.

La commission parlementaire se rallie à ces vues et la loi votée reprend le texte proposé par le Conseil d'État.

L'analyse du Conseil d'État diffère dès lors de celle de la Cour constitutionnelle, sanctionnant 25 ans après, l'article 19 et le règlement grand-ducal du 17 juin 1993 fixant la liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical²¹. Ce qui a changé sur cette période, ce sont les dispositions de la Constitution : une analyse en sera faite dans la troisième partie analysant les motifs de la sanction d'inconstitutionnalité de l'article 19.

Restons à ce stade sur l'analyse de la disposition sanctionnée par la Cour constitutionnelle.

La disposition concernée, l'article 19, sera encore modifiée une seule fois par après, à savoir par la loi du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles²². L'alinéa 2 de l'article 19 est supprimé, au motif que la liste fixée par règlement grand-ducal n'a plus été mise à jour depuis 1993, de sorte que « l'opportunité de ces dispositions ne s'est pas révélée en pratique »²³. L'existence d'une liste n'est pas remise en cause, mais seule l'obligation de la mettre à jour à échéance fixe.

La question à laquelle nous amène notre analyse à ce stade est celle de savoir :

si l'article 19 subsiste toujours en droit positif, ou plutôt jusqu'en 2019, en est-il de même de sa source d'inspiration, à qualifier de cause originaire, à savoir l'article 8 de la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières²⁴ ?

²¹ Mémorial A N°45, du 24 juin 1993, p. 936 et s.

²² Mémorial A N°231 du 18 novembre 2016, p.4264 ss.

²³ Document parlementaire N°6893, p.81.

²⁴ Mémorial A N° 57 du 24 septembre 1976, p.965 ss.

1.2 La cause originaire de l'article 19 : le principe de la planification hospitalière

L'analyse ci-avant a montré que l'article 19 se limite à énoncer un corollaire jugé nécessaire pour assurer le respect du cadre légal de la planification hospitalière.

L'article 19 est sanctionné par la Cour constitutionnelle, dès lors le corollaire tombe. Quant est-il du principe de la planification lui-même ? En suivant l'évolution historique du cadre légal régissant le principe de la planification hospitalière la réponse est donnée au lecteur.

1.2.1 L'article 8 de la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières

Au moment de l'adoption de l'article 19 de la loi du 29 avril 1983 il est renvoyé à l'article 8 de la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières. Comme déjà relevé ci-avant, il s'agit là de la première législation hospitalière du Grand-Duché de Luxembourg.

En 1976 cet article 8, alinéa 1 disposait :

« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévu à l'article 4^{c25} de la présente loi devra au préalable soumettre ses projets à l'autorisation du ministre de la santé publique. Cette autorisation sera accordée si l'acquisition est conforme au plan hospitalier national et si les conditions prévues à l'article 10²⁶ sont remplies. À défaut d'une décision dans un délai de trois mois, l'autorisation est censée être accordée. ».

A la première lecture dudit alinéa de l'article 8 de la loi de 1976 on dirait que tout est clair. Mais très vite le lecteur constate que cet article renvoie à plusieurs notions.

Le renvoi fait par l'article 8, alinéa 1^{er} est triple :

- un renvoi direct à **l'article 4, point c)** de la loi du 29 août 1976. Cet article vise la liste des appareils et équipements coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières fixée par règlement ministériel sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux. Cette liste fait partie de la carte sanitaire, définie comme un ensemble de données servant à établir le plan hospitalier national ;
- un renvoi au **plan hospitalier national**. Cette notion est définie à l'article 3²⁷ de la loi du 29 août 1976 avec pour objet d'identifier les besoins sanitaires régionaux et locaux et de définir des critères de classification des différents établissements hospitaliers. Il est établi par la voie d'un règlement grand-ducal ;
- un renvoi direct à **l'article 10** de la loi du 29 août 1976. Cet article prévoit une obligation pour les établissements hospitaliers des respecter les normes fixées par règlement grand-ducal pris sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux. Un volet de ces normes porte sur les conditions minima que doivent remplir les équipements.

²⁵ « La carte sanitaire est un ensemble de documents d'information et de prospective établi et mis à jour par le ministre de la santé publique et constitué par: (...) c) l'inventaire de tous les équipements et appareils coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières, destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation, dont la liste est fixée par règlement ministériel sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux; ».

²⁶ « Les établissements hospitaliers doivent répondre aux normes fixées par règlement grand-ducal pris sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux. Ces normes concernent : 1. l'aménagement et l'organisation générale des établissements hospitaliers ; 2. l'aménagement et l'organisation de chaque espèce de service, notamment les conditions minima concernant les équipements et le personnel tant médical que paramédical. (...) ».

²⁷ « **Art. 3.** Le ministre de la santé publique assure la coordination de tous les établissements hospitaliers.

Un plan hospitalier national répondant aux besoins sanitaires régionaux et locaux sera établi par règlement grand-ducal après avis du collège médical et du conseil des hôpitaux et sur la base des données à fournir par la carte sanitaire du Grand-Duché. Ce plan établira également les critères selon lesquels seront classés les différents établissements.

Les critères se rapporteront notamment :

- aux besoins sanitaires régionaux,
- aux possibilités de continuité des soins,
- à l'infrastructure médico-technique,
- aux disciplines médicales représentées ou pouvant être représentées. ».

On constate que cet article est complexe : le législateur renvoie à une liste réglementaire faisant partie d'une carte sanitaire servant de base à un plan hospitalier établi par règlement grand-ducal en fonctions des besoins sanitaires. Un autre règlement grand-ducal fixe des conditions pour les équipements.

En se reportant aux documents parlementaires de la loi du 29 août 1976²⁸ on peut retracer la volonté du législateur :

- disposer d'un cadre légal définissant des normes sanitaires pour garantir une infrastructure susceptible de dispenser les meilleurs soins et ceci à titre égalitaire ;
- disposer d'une planification répondant aux besoins sanitaires régionaux et locaux afin de garantir une juste répartition territoriale et une amélioration rationnelle des équipements ;
- retenir le principe de l'obligation pour l'État d'assurer un service public et de réglementer l'intervention financière de l'État afin de garantir une utilisation judicieuse des fonds publics dans le cadre de la politique générale de santé du pays.

En 1976, la question de soumettre ou non l'acquisition des équipements lourds et coûteux à une autorisation ministérielle et de réglementer ce marché au moyen d'une planification étatique a dès lors été tranchée par l'affirmatif :

« La solution la plus libérale consisterait à laisser aux établissements hospitaliers une entière liberté en la matière et subordonner seulement des subventions éventuelles de l'État à la condition que l'équipement soit conforme aux données du plan hospitalier national et aux normes légales. Toutefois cette solution ne permet pas d'une part de garantir que les appareils et l'équipement fournissent toutes les assurances du point de vue de la santé publique et d'autre part de prévenir le double emploi et le gaspillage puisqu'aucun contrôle n'est possible si l'établissement dispose de crédits suffisants pour acquérir l'appareil ou l'équipement désiré sans l'aide financière de l'État. Une planification sanitaire deviendrait en l'occurrence impossible.

Il apparaît par conséquent adéquat de prévoir une autorisation préalable pour certaines acquisitions. »²⁹.

Toute la difficulté réside dans l'établissement d'une définition et de critères objectifs pour déterminer ce qui est « lourd et coûteux ». Le législateur y apporte la solution d'une liste :

« Ainsi la distinction entre équipement lourd et équipement léger n'est pas satisfaisante parce qu'elle laisse subsister le problème de savoir ce qu'il faut entendre par équipement lourd et équipement léger. Le critère consistant faire la délimitation suivant la valeur de l'objet ne permet pas non plus d'atteindre le but recherché. En effet le taux qui serait fixé ne saurait tenir compte de la complexité des situations qui peuvent se présenter p.ex. variation de prix pour un même appareil, possibilité de fractionner l'achat d'un équipement en plusieurs achats successifs d'une valeur inférieure au taux fixé acquisition d'un appareil dont le prix est inférieur la limite prévue mais dont l'achat entraînera nécessairement l'acquisition d'autres appareils d'une valeur plus considérable.

Aussi la meilleure solution semble-t-elle être celle qui consiste à établir une liste des appareils et équipements dont l'acquisition est subordonnée à autorisation du ministre de la santé publique. Cette liste sera celle des appareils et équipements qui font l'objet de l'inventaire sur la carte sanitaire. ».

Actuellement, par l'intervention de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 juillet 2019, cette solution d'une liste réglementaire n'est plus à considérer comme la meilleure solution. Il incombe au législateur de définir les équipements lourds et d'en fixer les conditions d'admission, d'exploitation et de financement. Un indice à retenir du passage reproduit ci-dessus est celui que le seul critère du coût de l'appareil ne saurait suffire. La planification que le législateur doit mettre en place pour organiser le marché des équipements lourds est celle reposant sur des critères objectifs établis en fonctions des besoins sanitaires du pays et ceci pour le secteur hospitalier et le secteur extrahospitalier.

²⁸ Doc. parl. N°1740.

²⁹ Doc. parl. N°1740, p. 1142.

La solution d'une liste mise en place par l'article 8 de la loi de 1976 procède par renvoi au pouvoir réglementaire. En consultant le journal officiel sur le site internet « legilux.public.lu » on constate que la loi modifiée du 29 août 1976 a donné lieu à 32 règlements d'exécution jusqu'à son abrogation en 1998. À ce stade, nous nous limitons à relever deux règlements ministériels, un du 19 novembre 1986³⁰ et un du 21 juin 1995³¹, qui contiennent dans l'énumération « le tomographe à résonance magnétique nucléaire ».

Nous y revenons plus tard dans la partie consacrée à localiser l'IRM dans le cadre normatif de la procédure d'autorisation et de planification des équipements lourds et coûteux réservés au milieu hospitalier.

La loi du 29 août 1976 a été abrogée par la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers³². Continuons notre recherche pour voir si l'article 8, la cause originaire de l'article 19, va être repris ou non dans la nouvelle loi de 1998 ?

1.2.2 L'article 9 de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers

La réponse est affirmative. L'article 9 de la nouvelle loi du 28 août 1998 comporte une disposition similaire à l'ancien article 8 et précise sous l'intitulé « Chapitre 4 – Équipements hospitaliers » que :

« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'article 3 sous c)³³ de la présente loi ou de procéder à une modernisation ou à une mise en sécurité d'un service médico-technique, qui ne sont pas visées par la loi spéciale prévues à l'article 16³⁴ de la présente loi et dont le devis dépasse le seuil fixé suivant les modalités prévues à l'article 3 d)³⁵, doit soumettre son projet à l'autorisation du ministre de la Santé qui sollicite l'avis de la commission permanente pour le secteur hospitalier. ».

À nouveau il est important de retracer le contexte de la disposition de l'article 9. Cet article 9 est inscrit au chapitre 4 de la loi du 28 août 1998 et concerne l'intervention de l'État, par le biais d'une procédure d'autorisation spécifique, dans les investissements en matière d'équipements hospitaliers. Il s'agit ici de la planification de l'investissement mobilier à distinguer de l'investissement immobilier³⁶.

La loi du 28 août 1998 a été élaborée dans l'optique de reprendre dans un seul instrument législatif unique l'ensemble des dispositions régissant l'organisation hospitalière et d'intégrer la loi du 29 août 1976 et celle du 31 juillet 1990 ayant pour objet de garantir des prestations hospitalières conformes aux besoins du pays³⁷.

Nous retrouvons ici le lien, déjà identifié ci-avant, entre l'organisation en fonction d'un besoin. Le retraçage dans les documents parlementaires confirme la volonté du législateur en 1998 de reprendre l'ancien article 8 de la loi de 1976 pour l'intégrer dans un article 9 de la loi de 1998.

³⁰ Mémorial A N°93 du 5 décembre 1986, p. 2222.

³¹ Mémorial A N°57 du 14 juillet 1995, p. 1426.

³² Mémorial A N°78 du 18 septembre 1998, p.1564 ss.

³³ « c) l'inventaire des équipements et appareils médicaux coûteux nécessitant une planification nationale ou, le cas échéant, régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières. La liste de ces équipements et appareils est fixée au plan hospitalier national ; »

³⁴ « Art. 16. Une loi spéciale fixe, pour chaque projet individuellement, le montant des aides à charge du fonds (spécial des investissements hospitaliers) à ne pas dépasser. ».

³⁵ « d) l'inventaire des équipements et appareils médicaux et de leurs configurations d'ensemble fonctionnel, ne figurant pas sur la liste visée sous c) ci-dessus, mais dont le coût est supérieur à un montant à fixer par règlement grand-ducal; ce seuil ne peut être inférieur à 3.200.000 francs. ».

³⁶ Une définition des deux sortes d'investissements se trouve à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 1990 ayant pour objet de garantir des prestations hospitalières conformes aux besoins du pays.

³⁷ Mémorial A, N°38, 16 août 1990, p. 516.

Art. 8, al. 1, loi du 29 août 1976

« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévu à l'**article 4c** de la présente loi devra au préalable soumettre ses projets à l'autorisation du ministre de la santé publique. Cette autorisation sera accordée si l'acquisition est conforme au **plan hospitalier national** et si les conditions prévues à l'**article 10** sont remplies. A défaut d'une décision dans un délai de trois mois, l'autorisation est censée être accordée. »

Art. 9, loi du 28 août 1998

« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'**article 3 sous c)** de la présente loi ou de procéder à une modernisation ou à une mise en sécurité d'un service médico-technique, qui ne sont pas visées par la loi spéciale prévues à l'article 16 de la présente loi et dont le devis dépasse le seuil fixé suivant les modalités prévues à l'**article 3 d)**, doit soumettre son projet à l'autorisation du ministre de la Santé qui sollicite l'avis de la commission permanente pour le secteur hospitalier. »

Le désavantage du nouveau libellé de l'article 9 est qu'il est devenu moins clair. L'article 9 nouveau renvoie à quatre éléments :

1. des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'article 3 sous c) ;
2. une modernisation ou une mise en sécurité d'un service médico-technique (...);
3. (...) non visées par la loi spéciale prévues à l'article 16 ;
4. un seuil fixé suivant les modalités prévues à l'article 3 d).

L'article 9 doit être lu en combinaison avec l'**article 3**. À l'article 3 de la même loi de 1998 sont prévues deux listes d'équipements :

- sous le **point c)** la liste des équipements et appareils médicaux coûteux figurant expressément au plan hospitalier national (établi par règlement grand-ducal) et
- sous le **point d)** la liste subsidiaire des équipements, appareils médicaux et de leurs configurations qui forment un ensemble fonctionnel et dont le coût dépasse un certain montant³⁸ à fixer par règlement grand-ducal.

Le législateur reste sur son choix de procéder par une liste réglementaire.

Les documents parlementaires³⁹ permettent de mieux comprendre le libellé de l'article 9. La volonté initiale du législateur était celle de lier les deux articles 3 et 9, dès lors de prévoir deux listes et aussi deux procédures d'autorisation.

Au moment de l'introduction de deux listes à l'article 3 les amendements gouvernementaux du 5 août 1997 avaient aussi proposé à l'article 9 deux procédures d'autorisation :

- « **1)** Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'**article 3 sous c)**⁴⁰ de la présente loi doit au préalable soumettre son projet appuyé des pièces justificatives, à l'autorisation du ministre de la Santé qui sollicite l'avis de la commission permanente pour le secteur hospitalier.

Cette autorisation est accordée si l'acquisition correspond à un besoin, si elle est conforme au plan hospitalier national et si les conditions prévues l'article 10 sont remplies.

À défaut d'une décision dans un délai de trois mois, à partir de la date d'introduction de la demande jugée complète, l'autorisation est censée être accordée.

³⁸ Le seuil à partir duquel une autorisation est requise est mis dans la loi afin de ne pas le laisser à la discrétion du pouvoir exécutif (Doc. parl. N°3937, 10, p. 9). Ainsi l'article 3, alinéa 1, point d) de la loi du 28 août 1998 précise *in fine* : « ce seuil ne peut être inférieur à 3.200.000 francs. ».

³⁹ Doc. parl. N°3937.

⁴⁰ À relever qu'en vertu de l'article 11 de la loi du 28 août 1998 seuls les équipements et appareils de l'article 3 c) profitent d'une participation financière de l'État à hauteur de 80%.

- **2)** *Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement prévus à l'article 3 sous d) de la présente loi ou de procéder une modernisation ou une mise en sécurité d'un service médico-technique, qui n'est pas visé par l'article 16 de la présente loi et dont le devis dépasse un seuil à fixer par le règlement grand-ducal prévu à l'article 3 sous d), doit au préalable soumettre son projet appuyé des pièces justificatives, au ministre de la Santé.
Pour être opposable l'union des caisses de maladie au sens de l'article 74 du code des assurances sociales⁴¹, ce projet doit être autorisé par décision conjointe du ministre de la Santé et du ministre de la Sécurité Sociale sur base d'une recommandation de la commission d'investissement visée l'article 19 sous 2) de la présente loi. ».*

À relever la précision apportée au dernier alinéa du point 2) ci-dessus pour fixer les conditions d'une prise en charge des frais afférents par l'assurance maladie. Cette prise en charge n'est pas automatique et ici soumise au cadre normatif relevant du ministre ayant la sécurité sociale dans ses attributions. Une distinction est faite entre le ressort de la santé publique et celui de la sécurité sociale.

Cette volonté initiale n'est cependant pas celle du texte de loi final. Pourquoi ? Les éléments de réponse trouvés sont sommaires.

Dans son avis complémentaire du 17 mars 1998 le Conseil d'État critique l'approche dualiste et ceci surtout au niveau de la procédure d'autorisation, dès lors l'article 9 :

« Sans méconnaître les difficultés engendrées par le système de financement dualiste des équipements hospitaliers, le Conseil d'État ne saurait se rallier à la multiplication des procédures d'autorisation et des organes consultatifs. À son avis la commission permanente devrait être consultée sans préjudice de l'objet de l'équipement et du taux d'intervention de l'État, étant entendu que les représentants de l'Union des caisses de maladie doivent avoir dans tous les cas la possibilité de faire valoir leur point de vue. ».

Le Conseil d'État continue par une phrase laquelle nous importe de mettre en évidence et laquelle peut être qualifiée de solution alternative :

« Une deuxième solution consisterait à faire abstraction pour la deuxième catégorie d'équipements de toute autorisation ministérielle et de laisser à la négociation entre les différents hôpitaux et l'Union des caisses de maladie la décision relative l'acquisition. ».

Le Conseil d'État propose dès lors ici de sortir la question de l'acquisition des équipements prévus à l'article 3 sous d) de la procédure d'autorisation spécifique pour les investissements en matière d'équipements hospitaliers de la loi de 1998 et de la reléguer au département de la sécurité sociale, à savoir à la procédure de négociation budgétaire entre l'assurance maladie et les hôpitaux.

À se poser la question : en quoi cette proposition est moins dualiste que la proposition initiale ? Bien au contraire, elle est difficilement retraçable et demande la combinaison de deux cadres légaux avec deux champs d'application différents.

La question de savoir comment se fait ce « *laisser à la négociation entre les différents hôpitaux et l'Union des caisses de maladie la décision relative l'acquisition* » nous la laissons à ce stade ouverte.⁴²

⁴¹ À l'époque l'article 74 a la teneur suivante : « Sans préjudice de l'article 60, alinéa 4, l'union des caisses de maladie prend en charge les prestations du secteur hospitalier d'après des budgets arrêtés séparément pour chaque hôpital visé à l'article 60, alinéa 2 sur base de son activité prévisible pour un ou deux exercices à venir. Sont opposables à l'union des caisses de maladie les activités dûment autorisées en application de la législation hospitalière. Les budgets comprennent l'amortissement des investissements mobiliers et immobiliers dans la mesure où ils n'ont pas été financés par les pouvoirs publics. Dans la mesure où l'investissement est soumis à une autorisation préalable en vertu d'une disposition légale ou réglementaire, l'amortissement n'est opposable que si cette autorisation a été accordée.

Ne sont pas opposables à l'union des caisses de maladie les prestations étrangères à l'objet de l'assurance maladie tel que défini à l'article 17 et de l'assurance accidents tel que défini à l'article 97, celles faites à titre de convenance personnelle de la personne protégée et celles fournies à des personnes non protégées au titre des livres I et II du présent code ou d'une convention bi-ou multilatérale en matière de sécurité sociale. Sont portées en déduction des prestations opposables, celles rémunérées individuellement ou sous forme de forfaits, celles couvertes par des participations des personnes protégées ou, d'après les conditions et modalités définies dans la convention ou la sentence arbitrale, par des recettes provenant de tiers. ».

⁴² À noter qu'en droit positif relatif aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière la procédure d'acquisition des équipements lourds et coûteux passe exclusivement par la Commission permanente des hôpitaux et par le ministère de la Santé. Le mécanisme via la

Dans le rapport de la Commission de la Santé et de la Sécurité sociale du 30 juin 1998⁴³ on trouve une trace succincte de la décision prise suite aux critiques du Conseil d'État : la « *commission se prononce pour cette dernière solution alternative proposée par le Conseil d'État* » de sorte que le libellé final de l'article 9 de la loi du 28 août 1998 prend la teneur suivante :

« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'article 3 sous c) (la proposition principale non retenue du CE ajoutait ici « et d) ») de la présente loi ou de procéder à une modernisation ou à une mise en sécurité d'un service médico-technique, qui ne sont pas visées par la loi spéciale prévues à l'article 16 de la présente loi et dont le devis dépasse le seuil fixé suivant les modalités prévues à l'article 3 d), doit soumettre son projet à l'autorisation du ministre de la Santé qui sollicite l'avis de la commission permanente pour le secteur hospitalier. ».

La conclusion à retenir de cette analyse est celle que le projet de loi diffère de la loi finale. L'exploration des documents parlementaires nous a permis de voir plus clair.

Il surprend que le concept initial a été si rapidement abandonné sur base d'une seule proposition alternative très sommaire du Conseil d'État. Le projet de loi sur les établissements hospitaliers de 1998 avait prévu de lier les deux articles 3 et 9. La loi finale ne le fait plus.

Ainsi, dans le projet de loi, l'article 3 prévoyait deux listes :

- une liste principale figurant expressément au plan hospitalier national et
- une liste subsidiaire figurant sur la carte sanitaire et établie en fonction d'un coût.

Cet article 3 constituait la base de la procédure d'autorisation ministérielle prévue à l'article 9 :

- pour la première liste : autorisation du Ministre de la Santé ;
- pour la deuxième liste : autorisation conjointe des Ministres de la Santé et de la Sécurité sociale.

Mais l'article 9 final de la loi du 28 août 1998 consacre seulement le renvoi à la première liste. L'acquisition d'équipements et appareils médicaux de la deuxième liste n'est plus visée par la procédure d'autorisation de l'article 9. Ce qui reste dans l'article 9, et c'est là toute la nuance retracée ci-dessus, c'est seulement le volet de la modernisation ou de la mise en sécurité d'un service médico-technique dont le devis dépasse le seuil fixé suivant les modalités prévues à l'article 3 d).

À l'aide du retraçage historique on constate que la volonté initiale du législateur reste en place, mais le libellé de l'article qui traduit cette volonté devient opaque. Au moment des faits, où les juges de la Cour constitutionnelle ont dû trancher la question préjudicielle posée, l'article 9 de la loi modifiée du 28 août 1998 est toujours applicable. L'article 19 est sanctionné par la Cour constitutionnelle, mais non pas l'article 9. Par après, précisons-le ici, la loi modifiée du 28 août 1998 va être abrogée et remplacée par la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière. Nous y apportons un regard plus tard dans les développements qui suivent.

La volonté initiale du législateur établie, c'est à dire ce lien entre l'article 19 et l'article 8, se pose la question si, dans les matières concernées en l'espèce, à savoir la protection de la santé publique et la sécurité sociale, des matières qualifiées de « réservées » par la Constitution⁴⁴ à la loi formelle, il n'aurait pas été indispensable d'inscrire dans la loi elle-même les critères objectifs permettant de déterminer les équipements pour lesquels il est nécessaire de disposer d'une autorisation ministérielle préalable ? Cette question retrouve son importance avec l'arrêt sous examen. En effet, c'est le choix du législateur de procéder par renvoi à une liste réglementaire qui est remis en cause par l'arrêt du 5 juillet 2019.

Commission technique d'investissement arrêté en sécurité sociale au niveau conventionnel entre la caisse de maladie et les hôpitaux n'est plus applicable.

⁴³ Doc. parl. N°3937(10), p. 11.

⁴⁴ Article 11, paragraphe 5 : « La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap. ».

Dans les deux matières précitées il est important de disposer d'un cadre légal qui permet d'apporter une solution claire et précise tout en assurant un traitement égalitaire. L'arrêt n'a pas remis en cause le principe de la planification étatique, mais il montre bien que ce principe de base demande à nouveau une intervention du législateur, au-delà d'un simple corollaire, pour être précisé davantage en fonctions des besoins actuels identifiés pour le secteur hospitalier et pour le secteur extrahospitalier.

Après avoir retracé la volonté du législateur⁴⁵ en remontant à son origine, celui du cadre légal régissant la procédure d'autorisation et de planification des équipements lourds et coûteux réservés au milieu hospitalier, la question se pose : mais où se trouve l'IRM dans toutes cette réglementation ?

⁴⁵ Pour mémoire : La législation étrangère qui a servi de source d'inspiration à la rédaction de l'article 19 est celle de la Belgique. Ainsi le commentaire de l'article 19 renvoie à l'article 6bis, §2, point 5 c) de la loi belge du 23 décembre 1963 sur les hôpitaux.

2 L'ÉQUIPEMENT SUR LEQUEL PORTE LE LITIGE : L'ÉQUIPEMENT D'IMAGERIE PAR RÉSONANCE MAGNÉTIQUE

À rappeler que le point de départ du litige sous examen est une décision ministérielle du 27 septembre 2017 portant refus d'une demande en obtention d'une autorisation pour l'acquisition d'un équipement d'imagerie par résonance magnétique à exploiter dans l'enceinte d'une nouvelle infrastructure à dénommer « Centre d'imagerie médicale ».

Le règlement grand-ducal concerné en l'espèce et sur lequel se base le refus de l'autorisation ministérielle est le règlement grand-ducal du 17 juin 1993⁴⁶ qui fixe la liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical. Ce règlement n'a jamais été modifié et contient sous le point 1 de son annexe « Le tomographe à résonance magnétique nucléaire ».

Pour le secteur extrahospitalier, à savoir le cabinet médical, l'IRM est vite trouvée. Pour cause ! Comme retracée ci-avant il s'agit d'une simple interdiction mise en place à titre de corollaire sécurisant.

Par contre, tel n'est pas si simple dans le cadre normatif régissant le secteur hospitalier. Des questions se posent : pour l'IRM, s'agit-il d'un équipement de la liste de l'article 3 c) et/ou de la liste de l'article 3 d) de la loi hospitalière ? Dès lors l'acquisition d'une IRM est-elle soumise à une procédure de planification et d'autorisation ? sous l'égide de qui ? en fonction de quels critères ?

Pour trouver la réponse à notre question, celle de savoir où se trouve l'IRM dans toute la planification hospitalière retracée ci-dessus, la recherche commence dans les règlements d'exécution de la première loi hospitalière, celle de 1976, afin de connaître l'apparition temporelle de l'IRM dans les débats de la planification des équipements et appareils coûteux.

2.1 L'IRM sous la loi du 29 août 1976 portant planification et organisation hospitalières

A la recherche des règlements d'exécution pris sur la base de la loi du 29 août 1976 qui nous renseignent sur l'IRM, on apprend qu'il existe deux listes réglementaires :

- celle en exécution de l'article 3 de la loi de 1976 : le plan hospitalier national établi par règlement grand-ducal ;
- celle en exécution de l'article 4 c) de la loi de 1976 : la carte sanitaire établi par règlement ministériel de la Santé.

2.1.1 La liste de l'article 4 c)⁴⁷ : la carte sanitaire

Sur base de l'article 4 c) auquel renvoie l'article 8 de la loi du 29 août 1976, l'IRM apparaît pour la première fois dans la liste arrêtée par le règlement ministériel du 19 novembre 1986 fixant la liste de tous les équipements et appareils coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation : « 15) Le tomographe à résonance magnétique nucléaire. »⁴⁸.

Du retraçage⁴⁹ des règlements d'exécution pris par la suite en vertu de la même base légale, on peut relever que l'IRM figure encore sur la liste arrêtée par le règlement ministériel du 21 juin 1995 fixant la liste de tous les équipements coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation⁵⁰ : « 6) Le tomographe à résonance magnétique nucléaire. ».

Par après nous n'avons plus trouvé aucun autre règlement ministériel sur base de l'article 4 c).

⁴⁶ Mémorial A N°45, du 24 juin 1993, p. 936.

⁴⁷ « La carte sanitaire est un ensemble de documents d'information et de prospective établi et mis à jour par le ministre de la santé publique et constitué par : (...) c) l'inventaire de tous les équipements et appareils coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières, destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation, dont la liste est fixée par règlement ministériel sur avis du collège médical et du conseil des hôpitaux; ».

⁴⁸ Mémorial A, N°93 du 5 décembre 1986, p.2222.

⁴⁹ Sur le site internet www.legilux.lu.

⁵⁰ Mémorial A, N°57, p. 1426.

Notre explication est celle que la Cour constitutionnelle a à ce moment rendu ses arrêts décidant que la loi ne peut pas procéder par voie de délégation au pouvoir réglementaire ministériel : « *Dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution.* »⁵¹.

Par contre on trouve encore un règlement grand-ducal, à savoir celui du 29 mai 1998 fixant la liste de tous les équipements coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières destinés à la prévention, au diagnostic, à la thérapeutique et à la réadaptation pris sur base de l'article 4 c) de la loi de 1976 et le tomographe à résonance magnétique nucléaire y est énuméré au point 6. En fait il s'agit de la même liste que celle de 1995.

2.1.2 La liste de l'article 3⁵² : le plan hospitalier national

Sur base de l'article 3 de la loi de 1979, l'IRM apparaît pour la première fois dans le plan hospitalier national établi par le règlement grand-ducal du 22 juin 1989. Dans l'annexe dudit règlement établissant le plan hospitalier national le point 13 du chapitre 5 intitulé « *Besoins en équipements et appareils coûteux ou exigeant des conditions d'emploi particulières* » précise :

« 13. *Le tomographe à résonance magnétique nucléaire*

- *un équipement au niveau national, à implanter dans l'hôpital régional disposant du service de neurochirurgie.* ».

Par la suite le règlement grand-ducal du 30 mai 1994 établissant le plan hospitalier national⁵³ précise sous le même Chapitre 5 : « 5.1. *Les besoins en équipements énoncés ci-après sont suffisamment couverts par une seule installation au niveau national : (...) - le tomographe à résonance magnétique nucléaire,* ».

2.2 L'IRM sous la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers

En restant sur la piste du retraçage de l'IRM sur une liste réglementaire on arrive au règlement grand-ducal du 14 septembre 1999 modifiant l'annexe du règlement grand-ducal du 30 mai 1994 établissant le plan hospitalier national⁵⁴.

Même si on est passé sous l'égide d'une nouvelle loi, la procédure de deux listes réglementaires continue comme avant. Alors que sous la loi de 1976 la base légale des règlements d'exécution étaient les articles 3 et 4, sous la loi de 1998 ce sont les articles 2⁵⁵ et 3⁵⁶.

Le règlement grand-ducal modificatif du 14 septembre 1999⁵⁷ prévoit l'IRM sous le Chapitre 5 intitulé « *Liste des équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières et détermination des besoins en équipements et appareils y figurant* » sous « A) *Liste des équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières.* »

par un 4^e tiret « *- le tomographe à résonance magnétique nucléaire* » et sous « B) *Besoins en équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières.* »

⁵¹ Cour Constitutionnelle, Arrêts 4/98, 5/98 et 6/98 du 18 décembre 1998, Mém. A 2 du 18 janvier 1999, p. 15.

⁵² « **Art. 3.** *Le ministre de la santé publique assure la coordination de tous les établissements hospitaliers.*

Un plan hospitalier national répondant aux besoins sanitaires régionaux et locaux sera établi par règlement grand-ducal après avis du collège médical et du conseil des hôpitaux et sur la base des données à fournir par la carte sanitaire du Grand-Duché. Ce plan établira également les critères selon lesquels seront classés les différents établissements.

Les critères se rapporteront notamment :

- *aux besoins sanitaires régionaux,*
- *aux possibilités de continuité des soins,*
- *à l'infrastructure médico-technique,*
- *aux disciplines médicales représentées ou pouvant être représentées.* ».

⁵³ Mémorial A N°43, p. 748.

⁵⁴ Mémorial A N°128, du 5 octobre 1999, p. 2302.

⁵⁵ Article relatif au plan hospitalier national.

⁵⁶ Article relatif à la carte sanitaire.

⁵⁷ Ce règlement cite comme base légale les deux articles 2 et 3 de la loi du 28 août 1998.

en y apportant une limitation en nombre : « *Les besoins en tomographes à résonance magnétique nucléaire sont les suivants: Quatre équipements pour le pays :*

- *deux pour la région hospitalière du Centre*
- *un pour la région hospitalière du Sud*
- *un pour la région hospitalière du Nord.*

Cet équipement n'est susceptible d'être autorisé que pour un hôpital principal. ».

Par la suite le règlement grand-ducal du 18 avril 2001 établissant le plan hospitalier national⁵⁸ prévoit l'IRM au « *Chapitre 4 - Des équipements hospitaliers* » à l'article 17. « *Sont considérés comme équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières : (...)* - le tomographe à résonance magnétique nucléaire ; »

et l'article 18 précise que « *Le tomographe à résonance magnétique nucléaire n'est susceptible d'être autorisé que pour un hôpital général sur base des besoins de la population traduits notamment par les données d'activité et les listes d'attente annuelles afférentes.* ».

Par la suite, le retraçage de l'IRM devient un peu plus énigmatique : le règlement grand-ducal du 13 mars 2009 établissant le plan hospitalier national et déterminant les missions et la composition minimales des structures d'évaluation et d'assurance qualité des prestations hospitalières et les modalités de coordination nationale de ces structures⁵⁹ précise à la « *Section 3 – Équipements hospitaliers* » sous l'article 20 :

« - *Équipements et appareils coûteux soumis à planification*

(1) Sont considérés comme équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières, les équipements et appareils repris à l'annexe 4 du présent règlement et en faisant partie intégrante. Cette annexe fixe aussi le lieu d'installations, ainsi que, s'il y a lieu, les conditions particulières d'implantation et le nombre d'équipements susceptibles d'être autorisés au niveau national.

(2) Le choix des établissements hospitaliers dans lesquels peuvent être installés les équipements prévus au présent article se fait en fonction d'une activité correspondante adéquate, de la participation à un programme d'assurance qualité ainsi que de l'attribution des services dont ils relèvent, pour ce qui est des équipements uniques, et pour ce qui est des autres équipements, de la disponibilité d'autres équipements indispensables ou utiles au fonctionnement de l'équipement à installer. Au cas où plusieurs établissements ou services hospitaliers entreraient en ligne de compte, préférence sera donnée à l'établissement ou au service hospitalier répondant aux meilleurs critères de qualité. ».

Mais en se reportant à ladite liste de l'annexe 4 intitulée « *Tableau des équipements et appareils soumis à planification* » qui parle de « *Projection des besoins en équipements et appareils coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières* » on doit constater que l'IRM s'éclipse.

En effet, elle ne figure plus dans la liste fixée au plan hospitalier national (articles 2 et 3 c) de la loi de 1998), même pas dans la colonne énonçant la période passée de 2001-2008. A relever que la base légale citée dans le préambule dudit règlement grand-ducal sont les articles 2 et 23 de la loi du 28 août 1998. Le lien avec la notion clé, celle du plan hospitalier national, reste même si la référence expresse à l'article 3 n'y figure plus.

Le cadre légal n'ayant pas changé, il nous importe de comprendre les motifs de cette disparition.

⁵⁸ Mémorial A N°49, du 27 avril 2001, p.1034. Ce règlement cite comme base légale les articles 2,3 et 10 de la loi du 28 août 1998.

⁵⁹ Mémorial A N°54, du 23 mars 2009, p. 704.

Dans son avis du 19 décembre 2008⁶⁰ sur ledit règlement grand-ducal le Conseil d'État relève le caractère important du plan hospitalier et précise sa nature juridique. Mais l'avis ne nous apporte pas de réponse au point précis de la suppression de l'IRM de la liste :

*« Le plan hospitalier est un instrument juridique, créateur de droits et d'obligations. Il conditionne les décisions en la matière que le ministre ayant la Santé dans ses attributions est appelé à prendre. Ces décisions sont susceptibles de recours devant les juridictions compétentes. Elles conditionnent la prise en charge des frais de fonctionnement par l'assurance-maladie dans le cadre des budgets hospitaliers, qui représentent (sans les frais pour soins médicaux) près de la moitié des dépenses pour soins de santé au Luxembourg. D'après l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution, la protection de la santé relève du domaine réservé à la loi. Aux termes de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, les dispositions du projet de règlement grand-ducal sous avis doivent donc respecter le cadre fixé par les fins, conditions et modalités spécifiées par la loi. ».*⁶¹

Une autre précision importante qu'apporte le Conseil d'État dans son avis à titre de rappel est celle qu'il n'est pas possible de procéder en cette matière, celle de la protection de la santé, par règlement ministériel, de sorte que nous nous dispensons de la recherche de savoir si l'IRM, en disparaissant de la liste du règlement grand-ducal pris sur base de l'article 3c de la loi de 1998, à savoir la liste des équipements et appareils médicaux coûteux figurant expressément au plan hospitalier national, réapparaisse sur une autre liste, celle d'un règlement ministériel.

Mais la question laquelle subsiste et à laquelle nous n'avons pas trouvé de réponse, est celle de savoir : en s'éclipsant de la liste du plan hospitalier national en 2009, en application de quelle autre disposition légale l'IRM est-elle dorénavant considérée comme un équipement lourd et coûteux devant être soumis à une procédure de planification étatique et laquelle ? Est-elle depuis lors considérée, toujours sous l'égide de la loi hospitalière de 1998, comme un service médico-technique⁶² ? Est-elle sortie de la planification hospitalière pour être conférée au domaine de la négociation du budget hospitalier de la sécurité sociale ? À rappeler que le législateur avait dès le début insisté que la référence à un prix d'achat ne saurait suffire pour distinguer entre équipement lourd et équipement léger.

Le lecteur avisé constate que toutes ces questions sont liées à celle de la nature juridique qu'on confère à l'IRM : celle de mobilier ou celle d'un équipement incorporé à une structure immobilière ? Un équipement ou une infrastructure ? Ces questions, qui peuvent constituer des pistes de réflexions à approfondir, restent, dans le cadre de la présente analyse, ouvertes.

Le retraçage sur la période après mars 2009 dans les publications dans le Journal officiel nous fournit encore le renseignement que le règlement grand-ducal du 13 mars 2009 a seulement été abrogé par un règlement grand-ducal du 11 septembre 2018⁶³.

La recherche sur le cadre normatif de l'IRM ne nous permet dès lors pas de retracer les motifs de sa disparition en 2009 de la liste du plan hospitalier national, mais elle nous apporte la précision que l'IRM est toujours soumise à des conditions légales et réglementaires.

Une piste intéressante est celle du règlement grand-ducal du 12 juin 2004⁶⁴ fixant les normes pour un service d'imagerie médicale travaillant avec un tomographe à résonance magnétique nucléaire. Du cadre régissant un appareil on arrive au cadre régissant un service.

⁶⁰<https://conseil-etat.public.lu>, avis N°48152.

⁶¹ À relever que dans son avis le Conseil d'État précise que « depuis l'adoption de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers, le contexte constitutionnel, et plus particulièrement l'article 11 de la Constitution, ont été modifiés en ce sens que les matières y réservées ne se limitent plus à la protection de la santé des travailleurs, mais s'étendent maintenant à tous les éléments de la politique en matière de protection de la santé. ».

⁶² À relever que l'infrastructure médico-technique est soumise à planification hospitalière en vertu de l'article 2 de la loi de 1998. À relever aussi que tout service hospitalier est soumis à autorisation du Ministre ayant la Santé dans ses attributions en vertu des articles 4 et suivants de la loi de 1998. L'article 26, premier tiret de la loi de 1998 précise que : « Dans les hôpitaux, l'activité médicale s'exerce dans des services médicaux de base et, le cas échéant, dans des services médicaux spécialisés.

Sans préjudice de l'organisation des services nationaux le département médical est subdivisé en services médicaux de base qui subsidiairement peuvent comprendre des services médicaux spécialisés.

Chaque service constitue une unité d'organisation et de gestion comportant une ou plusieurs unités de soins et disposant d'un accès aux équipements, structures médico-techniques et logistiques que requiert son exploitation. ».

⁶³ Règlement grand-ducal du 11 septembre 2018 déterminant : 1° la coordination de la politique de promotion de la qualité des prestations et des structures mises en place dans les établissements hospitaliers ; 2° les indemnités des membres du Comité de gestion interhospitalière, (JO, Mémorial A N°858 du 21 septembre 2018).

⁶⁴ Mémorial A N° 98, du 28 juin 2004, p.1601. Ce règlement grand-ducal est pris sur base de l'article 10 de la loi hospitalière du 29 août 1998 qui dispose que :

L'article 1^{er} dudit règlement grand-ducal définit :

- le tomographe à résonance magnétique comme étant « l'ensemble d'un appareil à résonance magnétique, de ses accessoires, de son alimentation et de ses supports d'installation » et
- l'IRM comme « l'imagerie médicale basée sur la résonance magnétique ».

L'article 2 du même règlement grand-ducal du 12 juin 2004 exige 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 voici un élément de réponse affirmative à notre question : l'IRM fait partie d'un service médical hospitalier soumis à autorisation ministérielle.

Ledit règlement grand-ducal du 12 juin 2004 a fait l'objet d'un recours en annulation rejeté par la Cour administrative dans son arrêt du 29 novembre 2005⁶⁵. Les motifs d'annulation avancés par l'appelant, une association de radiologues, ne sont pas retenus par la Cour.

Ainsi la Cour confirme l'existence d'une base légale habilitante suffisante du pouvoir réglementaire à fixer des normes d'un service hospitalier médical travaillant avec un tomographe à résonance magnétique nucléaire : à savoir les articles 10 et 26 de la loi du 28 août 1998 :

« Dans la mesure où un service d'imagerie médicale est appelé, d'après les dispositions de l'article 26 de la loi précitée du 28 août 1998, à répondre aux normes à fixer par règlement grand-ducal en vertu de l'article 10 de la même loi, c'est à bon droit que les premiers juges ont décidé que le pouvoir réglementaire, en disposant de la sorte d'une base légale suffisante pour établir des normes pour un service d'imagerie médicale non autrement spécifié, se trouve a fortiori investi du pouvoir d'aborder cette tâche en plusieurs tranches et de réglementer ainsi un sous-ensemble des services d'imagerie médicale, en l'occurrence ceux travaillant avec un tomographe à résonance magnétique nucléaire, sans pour autant excéder sa base légale habilitante. ».

En vertu de l'article 26 de la loi de 1998 la fonction d'imagerie médicale doit être assurée sous forme d'un service hospitalier répondant aux normes à fixer par règlement grand-ducal en vertu de l'article 10 de la même loi pour les hôpitaux de plus de 175 lits.

À relever sur ce point la motivation de la Cour qui invoque en 2005 spécialement la qualification d'équipement coûteux⁶⁶ nécessitant une planification nationale :

« Il y a encore lieu de confirmer les premiers juges en ce qu'ils ont retenu que le tomographe à résonance magnétique nucléaire constitue un équipement hospitalier et qu'il ne saurait être considéré, tel que soutenu en cause par les actuels appelants, comme caractérisant, à travers sa présence, un service hospitalier spécifique, distinct de celui d'imagerie médicale prévu à l'article 26 de la loi précitée du 28 août 1998. Il ne constitue en effet qu'une installation parmi d'autres d'un service hospitalier déterminé, étant entendu que s'agissant d'un équipement coûteux nécessitant une planification nationale ou régionale ou exigeant des conditions d'emploi particulières, les services d'imagerie médicale ne sont pas automatiquement tous éligibles pour prétendre à l'installation d'un équipement de ce type. ».

« Art. 10. Les établissements hospitaliers doivent répondre aux normes fixées par règlement grand-ducal, le collège médical, le conseil supérieur des professions de santé et la commission permanente pour le secteur hospitalier demandés en leur avis.

Ces normes concernent:

1) l'aménagement, l'organisation générale, les dotations et les conditions minima pour pouvoir assurer la continuité des activités incombant aux établissements hospitaliers;

2) l'aménagement et l'organisation de chaque type de service, notamment les conditions minima concernant les infrastructures, les équipements, le personnel tant médical que paramédical ainsi que les procédures, les activités et les modalités d'évaluation des résultats d'activités.

Ce règlement déterminera également l'organisation de la permanence médicale et du service d'urgence. ».

⁶⁵N°rôle 19768C.

⁶⁶ Les articles 17 et 18 du règlement grand-ducal du 18 avril 2001 établissant le plan hospitalier national.

Cette motivation de la Cour administrative montre qu'en 2005 la discussion portant sur le tomographe est certes liée à celle de son lieu d'installation et d'exploitation, à savoir dans un service d'imagerie médicale, mais la nature juridique du tomographe est celle d'un mobilier, à savoir un équipement, une installation. Le libellé des articles 1^{er} et 2 précités du règlement grand-ducal du 12 juin 2004⁶⁷ le confirme.

Relevons que l'arrêt de la Cour administrative prend le soin de souligner l'objectif légitime d'intérêt général des actions réglementaires du pouvoir public pour assurer une meilleure affectation des dépenses publiques.

La recherche sur le cadre normatif de l'IRM nous apporte deux autres informations, celle que le tomographe à résonance magnétique nucléaire est un équipement soumis à des prescriptions spéciales au sens de la loi modifiée 10 juin 1999 relative aux établissements classés et il est soumis aux normes européennes du domaine électrotechnique applicables au Grand-Duché de Luxembourg.

En retraçant l'historique de la réglementation concernée, on constate dès lors que la soumission de l'IRM à la voie réglementaire étatique n'est qu'un aspect de la discussion. S'y ajoute la question de l'admission sur le marché et celle de son financement⁶⁸. Le présent article se limite à l'analyse de la disposition légale sanctionnée par la Cour constitutionnelle et à évaluer les effets juridiques.

Pour conclure notre recherche sur le cadre normatif régissant l'IRM, nous mettons en tableau comparatif le cadre normatif du secteur extrahospitalier et celui du secteur hospitalier, ceux applicables sous l'égide de l'arrêt sous examen. Pour les deux secteurs le législateur procède par renvoi à une liste réglementaire limitative. Il est important de regarder les termes employés.

Art. 19 de la loi modifiée du 29 avril 1983	Art. 9 de la loi modifiée du 28 août 1998
« Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'État fixe une 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, ainsi qu'une liste des équipements et appareils qui peuvent seulement être détenus ou utilisés par les médecins spécialistes pour les besoins de leurs spécialités. »	« Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir des appareils ou un équipement hospitalier prévus à l'article 3 sous c) de la présente loi ou de procéder à une modernisation ou à une mise en sécurité d'un service médico-technique, qui ne sont pas visées par la loi spéciale prévues à l'article 16 de la présente loi et dont le devis dépasse le seuil fixé suivant les modalités prévues à l'article 3 d), doit soumettre son projet à l'autorisation du ministre de la Santé qui sollicite l'avis de la commission permanente pour le secteur hospitalier. »
Règlement grand-ducal du 17 juin 1993 fixant la liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins et médecins-dentistes pour les besoins de leur cabinet médical ⁶⁹	Règlement grand-ducal du 13 mars 2009 établissant le plan hospitalier national et déterminant les missions et la composition minimales des structures d'évaluation et d'assurance qualité des prestations hospitalières et les modalités de coordination nationale de ces structures ⁷⁰

⁶⁷ Ce règlement grand-ducal est resté inchangé pendant toute la période d'application de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers.

⁶⁸ En vertu de l'article 11 de la loi du 28 août 1998 seuls les équipements et appareils de l'article 3 c) profitent d'une participation financière de l'État à hauteur de 80%. Le financement de l'IRM soulève la question de son imputation sur quel budget à charge de qui ? Quel département ministériel est compétent pour imposer des normes ? Quel département ministériel est responsable du financement ? Celui de la santé publique, ou celui de la sécurité sociale ? A relever ici pour mémoire une ancienne disposition trouvée de l'assurance maladie, applicable au 1er janvier 2011, laquelle précisait qu'aucun transfert à l'étranger ne pouvait être accordé pour le diagnostic par résonance magnétique nucléaire, ce qui confirme la logique de la dérogation à la libre circulation des assurés au motif d'une planification nationale nécessaire des soins médicaux pour garantir une couverture adéquate des besoins sanitaires assurés par les établissements hospitaliers.

⁶⁹ Mémorial A N°45, du 24 juin 1993, p. 936.

⁷⁰ Abrogé par le règlement grand-ducal du 11 septembre 2018 déterminant : 1° la coordination de la politique de promotion de la qualité des prestations et des structures mises en place dans les établissements hospitaliers ;

2° les indemnités des membres du Comité de gestion interhospitalière ; pris sur base de l'article 28, paragraphe 8 de la loi du 8 mars 2018.

Pour la première colonne, à savoir pour le secteur extrahospitalier, la liste équivaut à une simple interdiction.

Pour la deuxième colonne, à savoir pour le secteur hospitalier, la liste équivaut à une procédure d'autorisation liée à une planification.

Cette différence se constate dès le début des textes légaux mis en place et se confirme avec la précision mise dans l'article 8 originaire de la loi hospitalière de 1976 (devenu l'article 9 de la loi de 1998) que pour le secteur hospitalier s'appliquait le principe du silence vaut autorisation⁷¹.

Le regard sur la terminologie des deux cadres légaux confirme dès lors l'information initiale trouvée dans les documents parlementaires, que l'article 19 n'a été introduit que comme corollaire sécurisant de l'article 8. La volonté du législateur a été celle de limiter certains équipements lourds et coûteux au seul secteur hospitalier et de les soumettre à une procédure de planification nationale et d'autorisation étatique.

Le législateur a mis en place une procédure d'autorisation sur planification inscrite dans le cadre normatif hospitalier, laquelle est confirmée par une interdiction pour le secteur extrahospitalier. La sanction d'inconstitutionnalité de l'arrêt du 5 juillet 2019 porte sur cette interdiction corollaire.

L'arrêt du 5 juillet 2019 étant intervenu sous l'égide de la loi hospitalière du 28 août 1998⁷², laquelle a été abrogée et remplacée par la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière, il nous importe de jeter un regard sur cette nouvelle loi.

2.3 L'IRM sous la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière

L'article 3, paragraphe 2 de la loi du 8 mars 2018 prévoit toujours la carte sanitaire constituant un ensemble d'informations établi et mis à jour tous les deux ans par le ministre de la Santé et qui comporte l'établissement d'une liste des « *équipements et appareils soumis à une planification nationale ou exigeant des conditions d'emploi particulières* ».

En vertu de l'article 8, ces équipements doivent être indiqués dans le projet d'établissement soumis par l'organisme gestionnaire de l'établissement hospitalier au ministre de la santé pour obtenir une autorisation d'exploitation.

Les services hospitaliers sont aussi soumis à autorisation ministérielle et l'article 9 exige l'indication des équipements y affectés spécifiquement.

C'est l'article 14 qui vise directement les équipements et appareils médicaux. Cet article, divisé en cinq paragraphes⁷³, prend la relève de l'ancien article 9 de la loi de 1998 et on constate qu'il est plus détaillé et à nos yeux plus clair.

⁷¹ « (...) Cette autorisation sera accordée si l'acquisition est conforme au plan hospitalier national et si les conditions prévues à l'article 10 sont remplies. À défaut d'une décision dans un délai de trois mois, l'autorisation est censée être accordée. ».

⁷² Mémorial A n° 222 de 2018.

⁷³ « **Art. 14.** (1) Les équipements et appareils médicaux ainsi que leur nombre, qui soit en raison de leur coût soit en raison du personnel hautement qualifié que leur utilisation requiert, sont considérés comme équipements et appareils nécessitant une planification nationale ou exigeant des conditions d'emploi particulières sont déterminés à l'annexe 3.

(2) Tout établissement hospitalier ayant l'intention d'acquérir ou d'utiliser un appareil ou un équipement hospitalier mentionné au paragraphe 1er ou un équipement ou appareil médical dont le coût dépasse 250.000 euros doit soumettre son projet à l'autorisation du ministre qui sollicite l'avis de la Commission permanente pour le secteur hospitalier. La demande d'autorisation doit être accompagnée d'une analyse des coûts et des charges du personnel qui utilise cet équipement ou appareil, des coûts de formation de ce personnel et des coûts d'entretien relatifs à cet équipement ou appareil.

(3) Le choix des établissements hospitaliers dans lesquels peuvent être installés les équipements prévus au paragraphe 1er se fait en fonction d'une activité correspondante adéquate ainsi que de l'attribution des services hospitaliers dont ils relèvent, pour ce qui est des équipements uniques, de la disponibilité d'autres équipements et ressources indispensables ou utiles au fonctionnement de l'équipement à installer.

(4) L'autorisation d'exploitation de chaque établissement mentionnera le lieu d'installation des appareils et équipements visés au paragraphe 1er.

(5) Un règlement grand-ducal peut déterminer les conditions d'accès et d'utilisation des appareils et équipements médicaux mentionnés au paragraphe 1er par des usagers extérieurs à l'établissement propriétaire, le Collège médical et la Commission permanente pour le secteur hospitalier demandés en leurs avis. ».

L'article fait toujours la distinction entre :

- les équipements soumis à une planification nationale, énumérés sur une liste annexée (ceux de l'article 14, paragraphe 1^{er}) et
- les équipements dépassant un certain coût, à savoir 250.000 euros. (Ceci se confirme aussi à la lecture de la disposition transitoire, l'article 57, point 3 de la loi du 8 mars 2018⁷⁴).

Mais la différence notable avec la loi de 1998 est celle qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 14 c'est l'acquisition ou l'utilisation de tous les équipements lourds et coûteux qui est soumise à une même procédure d'autorisation ministérielle. La distinction difficile à percevoir, comme nous l'avons relevé ci-dessus de l'analyse des documents parlementaires de la loi de 1998, entre ce qui relève de la procédure d'autorisation du ministre de la Santé et ce qui relève de la négociation de l'assurance maladie, dès lors du département de la sécurité sociale, n'est plus à faire sous la nouvelle loi de 2018.

À relever que l'article 14 du projet de loi initial⁷⁵ ne visait pas tous les équipements lourds et coûteux et restait sur la voie de la loi de 1998.

C'est le Conseil d'État qui demande, dans son avis du 23 décembre 2016, que l'autorisation du ministre de la santé doive couvrir tous les équipements et appareils médicaux.

Ce qui surprend dans cet avis ce sont les termes employés « *devraient continuer* » à être soumis à autorisation ministérielle tous les équipements coûteux « *comme le prévoient actuellement les articles 3, point d), et 9 de la loi de 1998* »⁷⁶, alors que nous avons établi ci-dessus que sous la loi de 1998 l'acquisition d'un équipement coûteux au sens de l'article 3, point d) n'était pas incluse dans l'article 9, article qui avait à l'époque consacré la solution alternative du Conseil d'État.

La commission parlementaire décide de suivre le Conseil d'État en retenant dans l'article 14 que l'acquisition d'équipements médicaux dépassant le coût de 250.000 euros, « *ces équipements « non nationaux » devront également être soumis à l'avis de la Commission permanente pour le secteur hospitalier ainsi qu'à l'autorisation du ministre mais ne feront pas l'objet d'un subventionnement par le budget du Ministère de la Santé.* »⁷⁷.

En vertu de l'article 14, paragraphe 2, la demande d'autorisation doit être accompagnée d'une analyse des coûts⁷⁸. Le choix de l'établissement à autoriser et du lieu d'installation de l'équipement se font en application de critères déterminés dans la loi. Le paragraphe 5 ouvre une nouvelle voie, à savoir celle de pouvoir déterminer par règlement grand-ducal les conditions d'accès desdits équipements hospitaliers à des usagers extérieures. Une recherche sur le site www.legilux.lu nous renseigne qu'à ce jour un tel règlement d'exécution n'a pas été mis en place. En vertu de l'article 32, paragraphe 2, le conseil médical de l'hôpital intervient pour donner son avis sur l'acquisition des appareils et équipements visés à l'article 14, paragraphe 1^{er}.

Pour terminer notre analyse, certes sommaire, de la nouvelle loi hospitalière regardons encore où se trouve l'IRM dans ce cadre normatif actuel ?

L'annexe 3 fixe en vertu de l'article 14, paragraphe 1^{er} les équipements et appareils nécessitant une planification nationale ou exigeant des conditions d'emploi particulières. L'IRM n'y figure pas sur cette liste.

⁷⁴ « Au plus tard 4 mois après l'entrée en vigueur de la présente loi, doivent être soumis pour autorisation au ministre (...) 3. les demandes d'autorisation, d'acquisition ou d'utilisation :

a) d'un équipement ou d'un appareil médical nécessitant une planification nationale ou exigeant des conditions d'emploi particulières tel que déterminé à l'annexe 3;

b) d'un équipement ou d'un appareil médical dont le coût dépasse 250.000 euros. ».

⁷⁵ Doc. parl. N°7056.

⁷⁶ Doc. parl. N°7056, 4, p. 15.

⁷⁷ Doc. parl. N°7056, 6, p.17.

⁷⁸ Pour le volet du financement, qui ne fait pas l'objet de la présente note d'analyse, il y a lieu de se reporter aux articles 15 et 18, paragraphe 2 de la loi du 8 mars 2018.

Le prix d'acquisition⁷⁹ d'un appareil IRM à puissance 1,5 tesla étant estimé à 600.000 euros⁸⁰, on peut conclure que du fait de son prix dépassant 250.000 euros il est soumis à autorisation ministérielle en vertu de l'article 14, paragraphe 2.

Relevons encore pour être complet que l'IRM figure dans l'annexe 2⁸¹ de la loi du 8 mars 2018 laquelle arrête les définitions et les conditions d'exploitation des services hospitaliers⁸² qui sont soumis à autorisation ministérielle⁸³.

Pour conclure l'analyse de la portée de la sanction d'inconstitutionnalité, nous retenons que l'interdiction de l'article 19 est tombée, mais elle n'est tombée que dans sa fonction de corollaire sécurisant d'un autre cadre normatif beaucoup plus large celui de la planification étatique pour des raisons de santé publique. Le fait que cette interdiction a été sanctionnée par l'arrêt du 5 juillet 2019 n'équivaut dès lors pas à une remise en cause de la planification étatique pour des besoins de service public financé par des fonds publics. La sanction d'inconstitutionnalité donne l'occasion de voir comment faire pour passer, au niveau législatif, d'une seule planification hospitalière à une planification plus globale, couvrant aussi bien le secteur hospitalier que le secteur extrahospitalier.

Après l'identification du cadre normatif concerné par la sanction d'inconstitutionnalité passons à l'analyse des motifs de la sanction.

⁷⁹ À cela s'ajoute les frais d'entretien et les frais d'infrastructures. Les appareils IRM 1,5 tesla nécessitent une infrastructure conséquente que ce soit en terme de statique (5 tonnes), de blindage (cage de Faraday), de refroidissement (eau ou hélium), de surface d'implantation (30 à 35 mètres carrés) et de sécurisation.

⁸⁰ Réponse du Ministre de la Sécurité sociale à la question parlementaire n° 3198 de Messieurs les députés Edy Mertens et Alexander Krieps datée du 3 août 2017.

⁸¹ Sous : « neurologie » ; « neuro-vasculaire de niveau 1 » ; « imagerie médicale : Un service de diagnostic, pouvant également héberger des prestations de traitement et de soins pour des patients stationnaires ou ambulatoires, disposant de compétences médicales et professionnelles spécialisées en radiodiagnostic ou en médecine nucléaire utilisant les techniques d'acquisition et de restitution d'images du corps humain, structurales et fonctionnelles. Le service est composé d'un plateau technique comprenant des équipements fixes ou mobiles d'imagerie médicale telles que l'échographie, la radiologie conventionnelle digitalisée, la radiologie par tomographie computerisée (CT-scanner), la résonance magnétique nucléaire et la médecine nucléaire, dans leurs applications diagnostiques et dans leurs applications thérapeutiques telles que la réalisation d'actes médicaux guidés par l'imagerie, à l'exception de la radiothérapie externe. Le service se soumet aux lois et règlements en vigueur en matière d'utilisation médicale des rayonnements ionisants et en matière d'imagerie par résonance magnétique nucléaire et assure le contrôle qualité de l'imagerie médicale de l'établissement. En vue d'une utilisation appropriée des ressources d'imagerie médicale, le service applique les principes de la justification des examens, de l'optimisation des examens et des doses, et de la limitation des risques. Il enregistre son activité afin de répondre aux exigences du carnet radiologique du patient. Un service d'imagerie médicale peut héberger un équipement pour mesure de la densité osseuse selon le procédé DEXA (absorption biphotonique à rayons X). » ;

⁸² L'article 2 définit le service hospitalier comme « unité d'organisation et de gestion comportant une ou plusieurs unités de soins où s'exerce l'activité médico-soignante de l'hôpital ».

⁸³ L'article 9, paragraphe 1^{er} dispose que « L'exploitation d'un service hospitalier ainsi que toute demande de création, d'extension ou de modernisation d'un service hospitalier ou de prorogation d'autorisation d'un service hospitalier doit être soumise par l'organisme gestionnaire de l'établissement hospitalier pour autorisation au ministre qui décide après avoir demandé l'avis du Collège médical et de la Commission permanente pour le secteur hospitalier. ».

3 LES MOTIFS DE LA SANCTION DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI MODIFIÉE DU 29 AVRIL 1983 CONCERNANT L'EXERCICE DES PROFESSIONS DE MÉDECIN

Partons de la question préjudicielle soumise par le Tribunal administratif à la Cour constitutionnelle :

« L'article 19 de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire, en conférant au pouvoir réglementaire compétence pour fixer une 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, ainsi qu'une liste des équipements et appareils qui peuvent seulement être détenus ou utilisés par les médecins spécialistes, et en lui laissant ainsi seul le soin de déterminer quels équipements et appareils doivent figurer sur cette liste, sans que la loi n'indique les critères d'établissement de cette liste, respectivement quelles caractéristiques essentielles ces instruments médicaux doivent revêtir, est-il conforme à la Constitution et notamment à ses articles 11(6) et 32(3)? ».

Le cadre invoqué à l'appui de la demande du contrôle de constitutionnalité est :

- l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution : l'exercice d'une profession libérale et
- l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution : le principe de la matière réservée à la loi formelle.

La réponse donnée par la cour est celle que la fixation d'une liste des équipements et appareils qui ne peuvent être acquis par les médecins pour leur cabinet médical constitue une restriction à l'exercice de la profession libérale de médecin et que cette restriction doit être établie par la loi. Le pouvoir exécutif ne pouvant pas réglementer un domaine réservé à la loi par la Constitution, il peut seulement prévoir de simples mesures d'exécution conformément à l'objectif fixé par la loi.

La cour précise dans son arrêt que la disposition légale sous examen ne donne aucune indication quant à l'objectif des mesures d'exécution.

C'est dès lors l'application combinée :

- de la réserve constitutionnelle établie par l'article 11, paragraphe 6 en matière d'exercice de la profession libérale et
- du prérequis constitutionnel du degré de précision dans la loi sur l'objectif de la mesure d'exécution exigée par l'article 32, paragraphe 3

qui constitue le motif de la sanction apportée dans l'arrêt du 5 juillet 2019.

Suite à la réponse de la Cour constitutionnelle de l'inconstitutionnalité de l'article 19 de la loi du 29 avril 1983, par rapport aux articles 11, paragraphe 6, et 32, paragraphe 3, de la Constitution, le Tribunal administratif déclare dans son jugement du 6 avril 2020⁸⁴ l'annulation de la décision ministérielle du 27 décembre 2017.

Dans les développements qui suivent il est procédé à l'analyse des deux principes ayant justifié le constat d'inconstitutionnalité en l'espèce.

3.1 L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution : la limitation du pouvoir réglementaire dans les matières réservées

L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution luxembourgeoise dispose dans sa teneur actuelle que :

« Dans 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. ».

⁸⁴ Numéro 40845a du rôle.

En lisant cette disposition le lecteur juriste y reconnaît le vaste terrain de discussion sur ce qui est à considérer comme principe dans une matière réservée à la loi et ce qui est à qualifier de simple détail. Ou pour le formuler autrement : que doit faire le législateur ? que peut faire le Grand-Duc ?

À titre préliminaire, il convient de préciser les termes de « matière réservée ».

3.1.1 La notion de « matière réservée »

Pour en donner une définition nous nous référons à deux juristes luxembourgeois. Ainsi Pierre Pescatore précise que « *par matière réservées à la loi, on entend les matières spécialement désignées par la Constitution comme ne pouvant faire l'objet que d'une loi formelle.* »⁸⁵ et Alfred Loesch retient que « *ce sont celles qui, par de nombreux articles de la Constitution, sont l'attribut de la loi, entendue au sens formel.* »⁸⁶.

Dans la Constitution actuelle il y en a un certain nombre de renvois à la loi⁸⁷.

Pour les mettre en deux groupes :

- il y a les réserves de la loi concernant les droits et libertés fondamentaux et
- celles relatives aux structures fondamentales de l'organisation et du fonctionnement de l'État.

L'exercice d'une profession libérale inscrit au Chapitre II, à l'article 11 de la Constitution appartient au groupe des libertés publiques et des droits fondamentaux.

A la recherche d'une définition plus poussée de la matière réservée, il est utile de se reporter aux débats parlementaires ayant entouré l'adoption de la loi du 27 février 1946 concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement⁸⁸.

Le terrain des discussions en 1946 qui apporte des éclaircissements sur le sujet est celui de la loi habilitante relatif à l'ordre économique. Une loi qui a pour objet d'habiliter le pouvoir exécutif à réglementer en vue de sauvegarder les intérêts économiques du pays. Après la deuxième guerre mondiale ce principe de la loi de compétence du pouvoir exécutif⁸⁹ est repris dans la loi du 27 février 1946 pour des raisons de nécessités de « *ravitaillement* » et de « *besoins économiques du pays, plus généralement les matières qui ne touchent pas aux garanties et droits constitutionnels des citoyens qui exigent des interventions qui sont d'une urgence parfois incompatible avec la procédure longue et laborieuse de la confection normale des lois.* »⁹⁰.

Suites aux critiques développées par le Conseil d'État dans son avis du 15 janvier 1946⁹¹ ladite habilitation est inscrite dans un cadre clairement délimité et l'article 1^{er}, dernier alinéa de la loi du 27 février 1946 exclut formellement les matières réservées qui ne peuvent faire l'objet d'une délégation d'un pouvoir spécial au Gouvernement.

Si une matière fait son entrée dans la Constitution comme matière réservée à la loi, elle est placée sous la garantie de protection constitutionnelle. La matière se trouve alors inscrite en haut de la hiérarchie des normes et doit suivre toutes les étapes de la procédure législative pour l'élaboration de son cadre normatif et aboutir au vote d'une loi par la Chambre des députés. Il appartient à la Chambre des Députés d'apporter dans la loi les précisions nécessaires en vue d'assurer la protection des droits essentiels, garantie constitutionnelle dont elle ne peut se dessaisir. Ainsi

⁸⁵P. Pescatore, « Essai sur la notion de la loi », in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, livre jubilaire publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création 27 novembre 1856 – 27 novembre 1956*, p. 424.

⁸⁶ A. Loesch, « Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc », *Pas. Lux.*, t. 15, p.65.

⁸⁷ Pour une énumération des matières réservées par la Constitution à la loi formelle, il est renvoyé au rapport annuel 2013-2014 du Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, p. 10.

⁸⁸ Mémorial N°9 du 1er mars 1946, p. 119.

⁸⁹ Les lois du 28 septembre 1938 et du 29 août 1939 ont appliqué ce principe afin d'étendre la compétence du pouvoir exécutif en raison de la menace d'une guerre mondiale.

⁹⁰ Doc. parl. N°11, p.95.

⁹¹ « Cette compétence retenue, obligatoire pour le législatif, signifie que les matières réservées bénéficient d'une garantie spéciale. Ces matières ont paru assez importante pour être traitées spécialement. Elles réclament l'intervention rigoureuse de la Chambre des Députés représentative de la volonté populaire, une discussion publique permettant le contrôle du corps électoral, une procédure assurant la collaboration active de tous les organes de l'État. », doc. parl. N°11, p.97.

le pouvoir exécutif ne peut pas se substituer au législateur « *pour régler des matières appartenant en propre à la compétence de la Chambre des Députés* »⁹².

En plus du fait que le terme de « réserve » signifie « garantie », la notion de matière « réservée » s'oppose à celle de matière « libre ».

Si la matière est libre, le Conseil d'État admet que le législateur peut donner habilitation générale à l'exécutif pour réglementer la matière. En quelque matière que ce soit la loi est toujours la base préalable et la justification du règlement qui lui est subordonné. Mais dans les matières libres « *la loi n'intervient que pour déclencher l'action de l'exécutif, en désignant les matières sur lesquelles celui-ci s'exercera avec les qualités et les effets propres au règlement.* »⁹³. Dans les matières libres la compétence de l'exécutif « *peut être générale et s'étendre au principe et aux principales modalités des matières, à la seule condition que l'autorisation à ces fins soit accordée par la loi.* »⁹⁴.

Au contraire, la matière réservée constitue une exception à ce principe d'habilitation générale et dans l'avis du 15 janvier 1946 du Conseil d'État on peut lire que « *le principe...subit une exception. C'est celle des matières dites réservées. Le législatif a exceptionnellement une compétence retenue quand la Constitution lui impose d'agir par la voie de la loi. Dans ce cas il faut que les organes et les procédures de droit commun reprennent et gardent leur empire. Il ne peut alors être question pour le législatif d'abandonner au Gouvernement des matières dont la réglementation lui appartient en exclusivité.* »⁹⁵.

Finalement, le Conseil d'État résume le principe et son exception comme suit : « *Dans les matières libres, l'exécutif peut être saisi d'un pouvoir discrétionnaire, dans les matières réservées il demeure obligatoirement subordonné à une « compétence liée ».* »⁹⁶.

Ceci confirme la définition doctrinale donnée ci-dessus : une garantie constitutionnelle de réserve à la loi au sens formel⁹⁷, dès lors une matière réservée devant respecter toutes les étapes de la procédure législative, une procédure consultative, contradictoire et publique, aboutissant au vote final par la Chambre des députés qui représente le pays.

La définition de matière réservée étant donnée, il y a lieu de passer à l'examen de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution limitant le pouvoir réglementaire dans les matières réservées.

Comme déjà constaté ci-avant la lecture du libellé de l'article 32, paragraphe 3 nous amène à la question suivante : dans les matières réservées, que peut faire le Grand-Duc, que doit faire la loi ?

Pour dégager des éléments de réponse, il y a lieu de se reporter à deux révisions constitutionnelles :

- celle du 19 novembre 2004⁹⁸ ;
- celle du 18 octobre 2016⁹⁹.

⁹² Doc. parl. N°11, p.95.

⁹³ Avis CE du 15 janvier 1946, projet de loi n° 11 concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, CR 1945/1946, p. 95.

F. Welter, « Discours prononcé par M. Félix Welter, président du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, livre jubilaire publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création 27 novembre 1856 – 27 novembre 1956*, p. 65.

⁹⁴ Avis du CE du 8 février 1946, projet de loi n°11 concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement.

⁹⁵ Avis CE du 15 janvier 1946, projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, CR 1945/1946, a. p. 95.

⁹⁶ Avis CE du 15 janvier 1946, projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, CR 1945/1946, a. p. 95.

⁹⁷ Pour la distinction entre « *loi matérielle* » et « *loi formelle* », il est renvoyé à la section IV intitulée « Le contenu de la loi » de l'« Essai sur la notion de la loi » de P. Pescator, in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, livre jubilaire publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création 27 novembre 1856 – 27 novembre 1956*, p. 412 et s. .

⁹⁸ Loi du 19 novembre 2004 portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution ; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution. Mémorial A N°186 du 25 novembre 2004, p. 2784.

⁹⁹ Loi du 18 octobre 2016 portant révision de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Mémorial A N°215 du 20 octobre 2016, p. 4026.

3.1.2 L'article 32, paragraphe 3 : la teneur lui conférée par la loi du 19 novembre 2004

Dans les matières réservées le pouvoir réglementaire du Grand-Duc a depuis la révision de 2004 une base constitutionnelle propre.

Ce n'est pas l'article 36 de la Constitution, conférant directement au Grand-Duc un pouvoir général d'exécution de la loi, qui régit les matières réservées.

Au contraire, dans les matières réservées par la Constitution à la loi, c'est un nouvel paragraphe 3 ajouté en 2004 à l'article 32 de la Constitution, qui autorise le pouvoir législatif a donné habilitation spéciale au Grand-Duc pour intervenir dans un cadre clairement délimité au préalable par la loi.

Depuis 2004 le pouvoir réglementaire du Grand-Duc inscrit dans la Constitution est dès lors de deux ordres :

- d'un côté le pouvoir général de prendre les règlements nécessaires pour l'exécution des lois, conféré directement par la Constitution et
- d'un autre côté le pouvoir réglementaire d'exception reposant sur une habilitation législative spéciale.¹⁰⁰

À relever que la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 inscrit aussi un nouveau paragraphe 4 à l'article 32¹⁰¹ de la Constitution portant sur les règlements d'exception en cas de crise. Ce paragraphe 4 rend la pratique antérieure des lois habilitantes sans objet et apporte la précision « *en toute matière* », c'est-à-dire cette voie d'action est aussi ouverte pour les matières réservées. Un exemple récent d'application de l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution est donné par le règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19¹⁰².

Le paragraphe de l'article 32 qui nous intéresse en l'espèce, c'est le paragraphe 3. En matière réservée la disposition constitutionnelle qui détermine le pouvoir réglementaire du Grand-Duc est l'article 32, paragraphe 3.

À l'époque le libellé de l'article 32, paragraphe 3 est le suivant :

« Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. ».

Le motif de la révision constitutionnelle en 2004 de l'article 32, paragraphe 3 est celui de conférer de la sécurité juridique au pouvoir réglementaire d'exception, en l'inscrivant formellement dans la Constitution. La marge de manœuvre attribuée au pouvoir réglementaire déjà admise en pratique est sécurisée au niveau constitutionnel, afin d'éviter une censure éventuelle de la Cour Constitutionnelle. Alors que les discussions en 1946 étaient soucieuses de sécuriser le terrain réservé au pouvoir législatif, celles menées en 2004 montrent la volonté de sécuriser le terrain d'action du pouvoir exécutif. C'est cette marge de manœuvre qui nous intéresse pour trouver une réponse à notre question initiale.

Dans son avis du 19 février 2002, le Conseil d'État rappelle sa position restée inchangée¹⁰³ depuis la deuxième guerre mondiale : en matière réservée « (...) le législatif a une compétence retenue, la Constitution lui imposant d'agir directement par la voie de la loi : « Dans ce cas, il faut que les organes et les procédures de droit commun reprennent et gardent leur empire. Il ne peut alors être question pour le législateur d'abandonner au Gouvernement des matières

¹⁰⁰ Il y a lieu de distinguer entre pouvoir réglementaire d'exécution et pouvoir réglementaire d'attribution.

¹⁰¹ « En cas de crise internationale, de menaces réelles pour les intérêts vitaux de tout ou partie de la population ou de péril imminent résultant d'atteintes graves à la sécurité publique, le Grand-Duc, après avoir constaté l'urgence résultant de l'impossibilité de la Chambre des Députés de légiférer dans les délais appropriés, peut prendre en toutes matières des mesures réglementaires.

Ces mesures peuvent déroger à des lois existantes. Elles doivent être nécessaires, adéquates et proportionnées au but poursuivi et être conformes à la Constitution et aux traités internationaux.

La prorogation de l'état de crise au-delà de dix jours ne peut être décidée que par une ou plusieurs lois votées dans les conditions de l'article 114, alinéa 2 de la Constitution, qui en fixe la durée sans que la prorogation ne puisse dépasser une durée maximale de trois mois.

Tous les règlements pris en vertu de la présente disposition cessent leurs effets au plus tard à la fin de l'état de crise.

La Chambre des Députés ne peut être dissoute pendant l'état de crise. ».

¹⁰² JO, Mémorial A N° 165 du 18 mars 2020.

¹⁰³ Le Conseil d'État renvoie à plusieurs de ses avis : « Au fond, le Conseil d'Etat ne s'est depuis lors départi de la ligne de conduite affirmée en 1946. A ce propos, il peut être renvoyé à son avis du 22 février 1994 sur le projet de loi concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail (Doc. parl. No 36063; sess. ord. 1993-1994, p. 1), à son avis du 11 octobre 1994 sur le projet de loi relative à la distribution en gros de médicaments (Doc. parl. No 37741; sess. ord. 1994-1995, pp. 1, 2), ou encore à son avis du 20 février 2001 sur le projet de loi relative aux dispositifs médicaux (Doc. parl. No 43961; sess. ord. 2000-2001, p. 2). », doc. parl. 4754 (2), p. 8.

dont la réglementation lui appartient en exclusivité. Toutefois, si les matières réservées ne peuvent faire l'objet d'une habilitation générale, il n'est pas nécessaire que la loi doive se charger de la réglementation intégrale, jusque dans les derniers détails de ces matières. Il suffit, mais il faut aussi que le principe et les modalités substantielles de la matière réservée soient retenus par la loi. » (Compte rendu de la Chambre, 1945-1946, Annexes, page 95). »¹⁰⁴.

La position du Conseil d'État est partagée par les juridictions administratives « qui admettent à leur tour que même dans les matières réservées par la Constitution à la loi il suffit que la loi trace les grands principes. Si la réserve de la loi prohibe donc les habilitations générales, elle ne met pas obstacle à une habilitation plus spécifique. Il en résulte que la loi peut, en vertu de l'article 32 de la Constitution, abandonner à un règlement grand-ducal la mise en œuvre du détail (T.A. 26.7.2000 (Kneip) confirmé par la C.A. 19.12.2000). »¹⁰⁵.

En 2003 la Cour Constitutionnelle¹⁰⁶ a confirmé cette approche qu'un règlement grand-ducal peut, dans une matière réservée, régler les questions de détail.

Par le libellé du paragraphe 3 de l'article 32 de la Constitution, la loi du 19 novembre 2004 consacre cette volonté : le Grand-Duc peut intervenir dans une matière réservée, il dispose d'une marge de manœuvre, mais la loi doit au préalable fixer le cadre essentiel. « Cette habilitation ne peut toutefois être générale. Elle doit s'inscrire dans une finalité bien précise et obéir, selon les cas, à des conditions particulières de fond et de forme. »¹⁰⁷.

Dès lors, en vertu d'une disposition inscrite depuis 2004 dans la Constitution elle-même, le législateur peut, dans les matières réservées, attribuer habilitation spéciale au pouvoir réglementaire du Grand-Duc.

Cette habilitation est placée dans un cadre d'application stricte : la loi doit arrêter le principe et les modalités substantielles et fixer les finalités du règlement grand-ducal, ainsi que les conditions de fonds et de forme à respecter par le règlement grand-ducal.

Le pouvoir exécutif doit rester dans les limites de cette habilitation spéciale et respecter les conditions fixées dans la loi. Il ne saurait déroger au pouvoir législatif.¹⁰⁸

Relevons dans ce contexte l'article 95 de notre Constitution qui dispose que « Les cours et tribunaux (judiciaires et administratives) n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. ».

Dans son jugement du 6 avril 2020 le Tribunal administratif¹⁰⁹ se base sur l'article 95 pour dire qu'il « appartient au tribunal d'examiner si la mesure réglementaire invoquée à la base d'une décision litigieuse est, ou n'est pas, contraire à la loi, et le cas échéant, d'en écarter l'application, étant précisé que la violation de la loi, soit l'un des cinq chefs de recours prévus par l'article 2 (1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, englobe non seulement la loi au sens strict – votée par la Chambre des Députés, promulguée et publiée par le Grand-Duc – mais encore et notamment la loi fondamentale, donc la Constitution. ».

Depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, le Conseil d'État veille, sous peine d'opposition formelle, n'accordant alors pas sa dispense à un deuxième vote de la Chambre des députés prévu à l'article 59 de la Constitution, que le législateur détermine avec précision les fins, conditions et modalités des règlements que peut prendre le Grand-Duc en exécution des lois respectives.

Ainsi par exemple dans le cadre de l'assurance maladie, le Conseil d'État s'est opposé à ce que l'article 19bis du Code de la sécurité sociale puisse abandonner « à un règlement grand-ducal la détermination de droits et devoirs du médecin référent autres que ceux décrits dans cet article à l'endroit des missions »¹¹⁰.

À côté du contrôle à priori du Conseil d'État, c'est la Cour Constitutionnelle qui veille à posteriori au respect des conditions inscrites à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

¹⁰⁴ Avis du Conseil d'État du 19 février 2002, doc. parl. n° 4754 (2), p. 8.

¹⁰⁵ Avis du Conseil d'État du 19 février 2002, doc. parl. n° 4754 (2), p. 8.

¹⁰⁶ Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003, Mémorial A n°7, 23 janvier 2003, p.89 ; arrêt 18/03 du 21 novembre 2003, Mémorial A n°174, 9 décembre 2003, p. 3384.

¹⁰⁷ Avis du Conseil d'État du 19 février 2002, doc. parl. n° 4754 (2), p. 12.

¹⁰⁸ Avis du Conseil d'État du 19 février 2002, doc. parl. n° 4754 (2), p. 4.

¹⁰⁹ Numéro 40845a du rôle.

¹¹⁰ Avis du Conseil d'État du 23 novembre 2010, doc. parl. n°6196 (3), p. 6.

Dans son arrêt du 2 mars 2007¹¹¹, la Cour se réfère directement audit article pour rappeler sa position : qu'il est « satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail ». La loi doit au préalable fixer les principes essentiels et peut habilitier le pouvoir réglementaire à « préciser les conditions d'application à partir du concept légalement formulé ».

Dans deux autres arrêts du 29 novembre 2013¹¹² et du 28 novembre 2014¹¹³ on constate une approche plus restrictive de la Cour Constitutionnelle. Il y est précisé que « d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, tel que résultant de la loi du 19 novembre 2004, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris **les fins, les conditions et les modalités** suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc ».

De l'obligation du législateur de tracer les grands principes on arrive à trois conditions cumulatives de l'essentiel du cadre normatif, à savoir 1) les fins ; 2) les conditions et 3) les modalités des éléments d'exécution.

A ce stade de nos recherches, la réponse à notre question (dans les matières réservées, que doit faire la loi ? que peut faire le règlement grand-ducal) est celle : qu'en vertu de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, la loi doit déterminer elle-même les principes essentiels de la matière concernée, mais elle peut donner habilitation spécifique au pouvoir exécutif en déterminant, au préalable, clairement le but poursuivi, ainsi que les conditions de fond et de forme auxquelles doit répondre le règlement à intervenir.

Reste dès lors toujours la difficulté et l'hésitation pour apprécier, à toutes les étapes d'élaboration que d'application du cadre normatif, ce qui constitue dans chaque matière réservée concernée l'essentiel de ce cadrage normatif.

3.1.3 L'article 32, paragraphe 3 : la teneur lui conférée par la loi du 18 octobre 2016

La révision opérée par la loi du 18 octobre 2016 est à qualifier de ponctuelle et ne porte que sur l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution pour lui donner la teneur suivante :

« Dans 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. ».

La mise en tableau juxtaposé montre bien la différence et un nouveau libellé plus large :

Art. 32, paragraphe 3, teneur en 2004	Art. 32, paragraphe 3, teneur actuelle
<i>« Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. »</i>	<i>« Dans 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. »</i>

La motivation à l'origine de ladite révision est celle que les arrêts précités de 2013 et 2014 de la Cour Constitutionnelle sont considérés comme interprétation trop restrictive du pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc et qu'ils vont au-delà de la volonté du Constituant telle que formulée lors de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004.

Comme exposé ci-avant en vertu du libellé original de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution il est généralement admis qu'il appartient au pouvoir législatif de fixer les principes essentiels de la matière à régir et que la mise en œuvre du détail peut être réglée par le pouvoir exécutif.

¹¹¹ Arrêt 38/07 du 2 mars 2007, Mémorial A n°36, 15 mars 2007, p. 741.

¹¹² Arrêt 108/13 du 29 novembre 2013, Mémorial A n°217, 13 décembre 2013, p. 3886.

¹¹³ Arrêt 114/14 du 28 novembre 2014, Mémorial A n°226, 10 décembre 2014, p. 4335.

Aussi bien le Conseil d'État, le Gouvernement et la Commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle¹¹⁴ considèrent que la jurisprudence de 2013 et 2014 fait une interprétation plus restrictive qu'avant de l'article 32, paragraphe 3 et que l'obligation donnée au législateur de fixer au préalable à la fois les fins, les conditions et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire constitue un obstacle à la réalisation de certaines réformes.

D'une analyse chronologique des arrêts de la Cour Constitutionnelle nous retenons que ces deux arrêts plus récents consacrent une lecture littérale stricte de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Alors que dans les arrêts antérieurs la Cour s'est toujours prononcée de façon globale sur les trois critères constitutionnels.

Dorénavant la Cour constitutionnelle considère que chaque critère doit être vérifié et rempli.

p.ex. arrêt de la Cour Constitutionnelle du 2 mars 2007 (n°38/07)	p.ex. arrêt de la Cour Constitutionnelle du 29 novembre 2013 (n°108/13)
La Constitution est respectée « (...) si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail ».	La Constitution n'est pas respectée car « (...) l'article de loi sous revue omet de préciser les fins, les conditions et les modalités appelées à être spécifiées au niveau de la loi ».

Dans la préface de son rapport annuel de 2013-2014, le Conseil d'État pose qu'« il est urgent de réviser l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution »¹¹⁵ et il résume cette urgence comme suit :

« La révision constitutionnelle de 2004 conçue dans une perspective de pouvoir appliquer des matières réservées à la loi avec moins de rigidité formelle n'a malheureusement pas eu le résultat escompté. La détermination dans la loi même des fins, des conditions et des modalités selon lesquelles le pouvoir réglementaire d'attribution peut intervenir fait qu'en pratique il reste très peu de marge pour la substance normative susceptible d'être réglée dans un règlement grand-ducal chaque fois que celui-ci est censé intervenir dans une matière réservée. Le Conseil d'État se voit obligé de sanctionner toute non-conformité en la matière dans les projets et propositions de loi soumis à son avis par des oppositions formelles fondées sur la contrariété des dispositions critiquées à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. »¹¹⁶

Une analyse chronologique de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fournit deux autres arrêts, celui du 20 mars 2015¹¹⁷ et celui du 11 mars 2016¹¹⁸, qui restent sur la même interprétation littérale de l'article 32, paragraphe 3 : « (...) dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc. ».

Face à cette jurisprudence restrictive, le Constituant réagit et modifie l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

La révision du 18 octobre 2016 procède à une modification du libellé de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution pour confirmer une position juridique antérieure plus souple.

À la lecture du nouveau libellé reproduit ci-dessus, on peut se rendre à l'évidence qu'il suffit que la loi indique l'objectif assigné aux mesures d'exécution. Le pouvoir législatif est libre d'assortir ou non ces mesures d'exécution réglementaires de conditions dans le texte même de la loi. Mais cet objectif doit être clairement précisé et détaillé dans la loi, un simple renvoi à une liste énumérative ne suffit pas, comme nous le confirme l'arrêt sous examen.

¹¹⁴ Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 29 juin 2016, doc. parl. n°6894 (4), p. 2.

¹¹⁵ Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, rapport annuel 2013-2014, p. 9.

¹¹⁶ Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, rapport annuel 2013-2014, p. 11.

¹¹⁷ Mémorial A, N° 56, 26 mars 2015, p. 1098.

¹¹⁸ Mémorial A, N° 36, 17 mars 2016, p. 806.

En voici le commentaire de l'article unique de la révision constitutionnelle de 2016 :

« Le texte proposé ne fait plus référence aux modalités que doit fixer la loi pour circonscrire le pouvoir réglementaire du Grand-Duc. Il suffira désormais que la loi détermine le ou les objectifs que doivent poursuivre les mesures d'exécution. Ainsi, on revient à la situation juridique antérieure qui veut qu'il suffise que le législateur trace les grands principes, la mise en œuvre du détail pouvant être attribuée au pouvoir exécutif. Quant aux conditions auxquelles sont soumises les mesures d'exécution à prendre par le Grand-Duc, leur fixation par la loi devient facultative. Il appartient au pouvoir législatif d'apprécier librement s'il entend fixer des conditions au pouvoir réglementaire dans le texte de la loi. »¹¹⁹.

La révision constitutionnelle de 2016 arrive dès lors à mettre en balance la délimitation nécessaire du pouvoir réglementaire d'attribution (à distinguer du pouvoir réglementaire général) en matière réservée et la flexibilité nécessaire pour une mise en application pratique.

Mise à part la situation exceptionnelle de crise internationale, de menaces réelles pour les intérêts vitaux ou de péril imminent résultant d'atteintes graves à la sécurité publique¹²⁰, le pouvoir réglementaire du Grand-Duc exige au préalable une disposition légale particulière qui l'autorise à intervenir et ceci à compétence liée.

Cette loi doit fixer le ou les objectifs que doivent poursuivre les mesures d'exécution. Le terme « objectif » est préféré au terme « principe », afin d'éviter d'avoir à distinguer entre ce qui est à considérer comme principe essentiel dans une matière et ce qui constitue un élément moins essentiel de simple exécution.

La nouvelle formulation ne reprend plus le terme de « modalités » et la fixation de conditions par la loi devient facultative.

En nous reportons aux documents parlementaires respectifs nous pouvons dire que ces conditions peuvent être de fond ou de forme : par exemple définir les circonstances dans lesquelles le règlement peut être pris, prévoir un élément déclencheur ou encore une procédure particulière, un accord collégial, un avis obligatoire. *« Il appartiendra au législateur de fixer ou non des conditions légales à l'exercice du pouvoir réglementaire dans le domaine réservé. Cela dépendra in fine de la technicité de la matière et de l'impact politique de la législation en discussion. »¹²¹.*

Même s'il n'est plus exigé que la loi doit fixer à la fois les fins, les conditions et les modalités de la marge de manœuvre du pouvoir exécutif, la discussion tourne toujours autour de la question : ce qui est principe essentiel et ce qui est détail ?

L'arrêt du 5 juillet 2019 donne un exemple d'application de l'article 32, paragraphe 3 dans sa teneur nouvelle en précisant que *« Considérant que l'article 19 de la loi du 29 avril 1983 ne donne aucune indication quant à l'objectif des mesures d'exécution »*.

En effet, en relisant l'article 19 on se rend à l'évidence de la sanction : le libellé de l'article 19 est court et se limite à un simple renvoi au pouvoir réglementaire pour fixer une liste des équipements interdits sans donner des critères.

On trouve dans ledit article 19 la notion de « besoins », à savoir les besoins du cabinet médical, respectivement les besoins de la spécialité médicale, mais sans que le cadre légal de ces notions soit déterminé. Un point important dans les réflexions est donc celui de la détermination d'une planification des équipements lourds et coûteux sur base de critères objectifs établis par référence à un besoin national à définir dans la loi.

Le libellé de l'article 19 s'explique, comme il a été dégagé dans la première partie de l'analyse, par le fait que cet article n'a été introduit par le législateur que comme corollaire de la planification hospitalière nationale, pour la sécuriser davantage. Les équipements lourds et coûteux ont toujours été réservés au secteur hospitalier en application du cadre de la planification hospitalière et la volonté du législateur a été celle d'éviter que ce cadre puisse être détourné ou mise en danger par un vide juridique au niveau du secteur extrahospitalier. Le marché des équipements lourds et coûteux du domaine de la santé a toujours été un marché réglementé, dès lors un marché

¹¹⁹ Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 29 juin 2016, doc. parl. n°6894 (4), p. 5.

¹²⁰ Article 32, paragraphe 4 de la Constitution.

¹²¹ Doc. parl. N° 6894, p. 3.

contrôlé par l'État. Le cadre de cette réglementation est la loi hospitalière et l'article 19 fait partie d'un autre cadre, celui qui a pour objet principal de réglementer la profession libérale du médecin.

Cette distinction entre le cadre légal qui régit le marché des équipements relatifs à l'état de santé et celui qui régit l'exercice d'une profession libérale a son importance dans l'analyse juridique des effets de l'arrêt du 5 juillet 2019.

La matière réservée qui a servi de motivation au constat d'inconstitutionnalité dans l'arrêt sous examen est l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution : il appartient au législateur d'établir les restrictions à l'exercice d'une profession libérale. Il nous importe d'analyser par la suite cette disposition constitutionnelle qui a servi de motivation à la déclaration d'inconstitutionnalité.

3.2 L'article 11, paragraphe 6, alinéa 1^{er} de la Constitution : le droit au travail

L'article 11, paragraphe 6, alinéa 1 précise dans sa teneur actuelle 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. ».

Cette disposition a été introduite dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 21 mai 1948¹²² avec le souci de garantir le droit au travail pour ainsi protéger l'individu dans son activité. Les propositions de texte initiales étaient celle que « la loi garantit le droit au travail »¹²³ ; celle que « la loi garantit le droit au travail et à la sécurité de l'emploi »¹²⁴.

Dans son avis du 25 mars 1948, le Conseil d'État estime que la notion de « travail » est trop vague et ainsi source d'interprétation. Pour le Conseil d'État il est important d'inclure toute forme de travail et non seulement une occupation salariée, dès lors d'y inclure « toute occupation de l'homme, le commerce, l'industrie, la profession libérale, le travail agricole »¹²⁵.

Finalement le libellé adopté en 1948 est celui que « La loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif. ».

Par la révision constitutionnelle du 29 mars 2007¹²⁶ le libellé a encore une fois été modifié pour lui conférer la teneur actuelle. Le droit au travail est directement inscrit comme garantie dans la Constitution.

Dans son arrêt du 5 juillet 2019, la Cour constitutionnelle sanctionne une disposition de la loi régissant l'exercice de la profession de médecin sur base du paragraphe 6, alinéa 1, de l'article 11 de la Constitution, à savoir le droit à l'exercice d'une profession libérale.

Le cadre matériel dans lequel s'inscrit ladite jurisprudence est celui du droit au travail, une garantie individuelle et non pas celui de la protection sociale reposant sur la garantie d'un intérêt général¹²⁷.

La sanction d'inconstitutionnalité intervient au titre du droit au travail et non pas au titre du droit à une protection sociale à savoir celle de la santé¹²⁸. Il s'agit certes deux fois d'une matière réservée, mais pour chacune la réserve du législateur poursuit des objectifs différents.

¹²² Mémorial A, N°35 du 29 mai 1948, p. 797.

¹²³ Doc. parl. N°158, p. 187.

¹²⁴ Doc. parl. N°158, p. 190.

¹²⁵ Doc. parl. N°158, p. 215.

¹²⁶ Mémorial A N°48, du 30 mars 2007, p.842. Doc. parl. N°3923C.

¹²⁷ Art. 11, paragraphe 5 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg : « La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap. ».

¹²⁸ Cette protection ne se limite pas à la protection de la santé des travailleurs, mais s'étend à tous les éléments de la politique en matière de protection de la santé.

La mise en tableau comparatif des bases constitutionnelles respectives le met en évidence :

Art. 11, (5) assurer une protection sociale	Art. 11, (6) garantir une liberté
<i>La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap.</i>	<i>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.</i>

Ceci confirme l'importance de bien circonscrire le contexte de la sanction d'inconstitutionnalité intervenue par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 juillet 2019.

La nécessité de réglementer un marché pour des raisons de santé publique et de sécurité sociale est une chose ; le besoin d'encadrer l'exercice d'une profession libérale en est une autre. Ou pour le formuler autrement : garantir une liberté est une chose ; devoir assurer une protection sociale en est une autre.

La sanction d'inconstitutionnelle sous examen est intervenue au titre d'une liberté à garantir. Elle ne peut avoir comme effet de remettre en cause un régime légal de protection sociale. Les matières réservées de la sécurité sociale et de la protection de la santé sont concernées par les effets des suites réservées à l'arrêt sous examen, même si ces matières ne constituent pas les motifs de la déclaration d'inconstitutionnalité.

C'est là l'importance de la distinction à considérer, certes pas facile en l'espèce du fait que, d'un côté, le médecin exerce une profession libérale et, d'un autre côté, il intervient comme prestataire de service sur un marché réglementé, celui des soins de santé. Le cadre normatif applicable au régime de protection sociale et aux soins de santé est un autre que celui régissant la liberté professionnelle, la liberté du commerce, la libre concurrence et les activités économiques.

Cette distinction a aussi son importance au niveau du droit européen où il est admis que la protection sociale poursuit des objectifs propres qui sont susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation de services. Ces objectifs justificatifs sont ceux :

- de prévenir le risque d'une atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ;
- de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous ;
- de maintenir une capacité de soins ou une compétence médicale sur le territoire national ainsi que
- de permettre une planification visant, d'une part, à garantir sur le territoire de l'État membre concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité et, d'autre part, à assurer une maîtrise des coûts et à éviter autant que possible tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines.¹²⁹

L'analyse des motifs de la sanction d'inconstitutionnalité apportée dans l'arrêt du 5 juillet 2019 confirme dès lors l'importance des nuances juridiques à considérer pour évaluer les effets de cette jurisprudence. La notion clé est celle d'une planification étatique en fonction d'un besoin national, laquelle est admise et nécessaire en matière de protection sociale.

¹²⁹ Arrêts WO, C-777/18, point 59 ; Elchinov, C-173/09, points 42 et 4 ; Kohll, C-158/98, points 41, 50 et 51 ; Smits et Peerbooms, C-157/99, points 72 à 74 ; Müller-Fauré et van Riet, C-385/99, points 67 et 73 ; Watts, C-372/04, points 103 à 105.

CONCLUSION

Au Luxembourg, la volonté centrale du législateur retracée ci-dessus est celle de réglementer le marché des équipements lourds et coûteux du domaine de la santé dans un but de protection sociale. Le législateur le fait depuis 1976 dans la loi portant planification et organisation hospitalière. La sanction d'inconstitutionnalité, dans le cadre précis de l'exercice d'une profession libérale, d'une disposition identifiée comme simple corollaire sécurisant, ne permet pas de remettre en cause cette volonté.

L'analyse de la disposition sanctionnée par l'arrêt du 5 juillet 2019 a montré que la réglementation des appareils lourds et coûteux constitue un outil de planification important aux mains de l'État, à savoir le pouvoir législatif, lui permettant d'assurer, aux moyens de fonds publics, la protection de la santé de la population et de garantir l'accès égalitaire aux soins de santé utiles et nécessaires.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle ne remet pas en cause le principe d'une réglementation étatique afin de contrôler un marché, mais seulement le niveau hiérarchique de la base réglementaire de cette planification. Les restrictions à l'exercice de la profession libérale sont à établir par la loi. Le pouvoir législatif ne peut, pour apporter une telle restriction, se dessaisir de ses pouvoirs par la voie de l'habilitation du pouvoir exécutif.

La question qui se pose avec l'arrêt du 5 juillet 2019 est celle de la définition du besoin national pour aboutir au niveau légal à une planification des équipements lourds et coûteux et ceci aussi bien pour le secteur hospitalier, que pour le secteur extrahospitalier.

Cette tâche n'est pas facile. La présente analyse a pour objet de contribuer à éclairer le contexte juridique dans lequel est intervenu l'arrêt du 5 juillet 2019 pour en apprécier les effets possibles.

Ainsi il a été important :

- de dégager la volonté initiale et centrale du législateur et
- de relever la finalité propre de chaque matière réservée : garantir une liberté est une chose ; assurer une protection sociale en est une autre.

Les suites accordées à l'arrêt du 5 juillet 2019 auront un effet sur la mission de l'État d'assurer la protection sociale et de garantir une admission égalitaire à un régime public de sécurité sociale. En admettant une ouverture à l'entrée sur le marché, il s'ensuivra une conséquence certaine au moment de la prise en charge des frais générés par ce marché.

Pour le droit de la sécurité sociale il est dès lors important que l'admission au marché des équipements lourds et coûteux s'inscrive dans un cadre légal permettant d'assurer une couverture égalitaire de tous les assurés en fonction d'une planification objective dans le secteur hospitalier et dans le secteur extrahospitalier.

Au Luxembourg, le marché des équipements lourds et coûteux a toujours été considéré comme un marché à réglementer par l'État et ceci :

- quant à l'admission sur le marché,
- quant à l'organisation du marché et
- quant au financement du marché.

Le retraçage de la réglementation, fait tout au long de la présente analyse, le met bien en évidence. Il s'agit d'un ensemble normatif basé sur une planification étatique en fonction d'un besoin national, mais dont les interférences avec d'autres éléments, comme par exemple celui de l'infrastructure à prévoir, celui de la sécurité de l'équipement et celui de la protection des données générées par l'utilisation de l'équipement, sont aussi à considérer.

La place où ce marché est réglementé à ce jour est la loi hospitalière et ce cadre subsiste même après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 juillet 2019. C'est le corollaire, à savoir l'article 19 de la loi régissant la profession de médecin, qui a été sanctionné.