

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n/ 164.826 du 16 novembre 2006

A. 121.699/VII-26.765

En cause : Joris BEKAERT,
ayant élu domicile chez
Me D. VAN HEUVEN, avocat,
ayant son cabinet à COURTRAI,
President Kennedypark 8b

contre :

l'État belge, représenté par le Ministre des Affaires sociales,
ayant élu domicile chez
Mes L. DEPRE et P. SLEGGERS, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
chaussée de La Hulpe 178

LE CONSEIL D'ÉTAT, VII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 28 mai 2002, par laquelle Joris BEKAERT demande l'annulation de "l'arrêté royal du 29 mars 2002 portant application de l'article 37, § 17, et de l'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, et, à titre subsidiaire, des articles 2 et 3 de l'arrêté royal précité";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. G. DE BLEECKERE, auditeur;

Vu l'ordonnance du 18 novembre 2005, ordonnant le dépôt au greffe du rapport et du dossier;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires régulièrement échangés;

Vu l'ordonnance du 4 juillet 2006, fixant l'affaire à l'audience du 21 septembre 2006;

Entendu M. R. STEVENS, conseiller d'État, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me D. VAN HEUVEN, avocat, qui comparaît pour le requérant, et Me P. SLEGGERS, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

Entendu M. E. LANCKSWEERDT, premier auditeur, en son avis conforme;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

1. Des éléments de la cause

Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. L'arrêté attaqué pourvoit à l'exécution des articles 37, § 17, et 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. Ces dispositions s'énonçaient comme suit à l'époque de la décision contestée :

"Art. 37, § 17

L'intervention personnelle du bénéficiaire dans le coût des soins, visée dans cet article, est exigible dans tous les cas. Cette intervention personnelle est perçue obligatoirement pour les prestations de biologie clinique pour lesquelles une telle intervention est prévue par le Roi. Le Roi peut étendre cette obligation à d'autres prestations ou prévoir des

déroptions à cette obligation. Il fixe les modalités d'application de cette disposition."

"Art. 165 (dernier alinéa)

Le Roi peut déterminer par arrêté en conseil des Ministres que pour les fournitures visées à l'article 34, 5/, la base sur laquelle est calculée par les offices de tarification l'intervention de l'assurance due par les organismes assureurs aux pharmaciens tenant officines ouvertes au public et aux médecins autorisés à tenir un dépôt de médicaments, est diminuée de maximum 15% du montant de l'intervention personnelle qui est laissé à charge des bénéficiaires, telle que visée à l'article 37, § 2 et § 4."

- 1.2. La décision contestée a été élaborée de la manière suivante :
- Le Comité de l'assurance est invité par la note CSS n/ 2001/336 du 27 novembre 2001 à se prononcer sur un projet d'arrêté royal instaurant l'obligation de percevoir obligatoirement l'intervention personnelle des bénéficiaires dans les coûts des fournitures pharmaceutiques remboursables. Ce projet s'inscrit dans le cadre des mesures d'économie visant à atteindre les objectifs budgétaires et prévoit la perception d'un montant de 34.705.093 euros (1,4 milliard BEF) à charge des pharmaciens, à calculer en pourcentage de l'intervention personnelle des bénéficiaires et à prélever par les offices de tarification, ainsi que la perception obligatoire et intégrale du ticket modérateur.
 - Un projet d'arrêté royal est examiné le 1^{er} février 2002 lors de la réunion de la Commission de conventions pharmaciens - organismes assureurs.
 - Cet examen en Commission de conventions donne lieu à plusieurs adaptations du projet. La Commission a notamment proposé de remplacer les alinéas 2 et 3 de l'article 2 comme suit : "Cette perception doit se faire dans son intégralité. L'intervention personnelle des bénéficiaires ne peut faire l'objet, directement ou indirectement, d'une quelconque dérogation ou exception". Le Service des soins de santé note à cet égard que l'alinéa 2 (tant dans sa version originale que dans sa version adaptée) ne semble pas se concilier avec le droit de la concurrence, dans la mesure où, par conséquent, l'octroi de ristournes devient en fait interdit.

- La note CSS n/ 2002/52 adressée au Comité de l'assurance soumet à nouveau à celui-ci le projet modifié pour avis. L'examen du projet à la réunion du Comité de l'assurance du 4 mars 2002 donne lieu à de nombreuses réserves et objections et le Comité de l'assurance décide de transmettre au ministre le projet accompagné de ces objections et observations.
- L'avis de l'Inspection des finances et l'accord du Ministre du Budget sont donnés.
- Le 12 mars 2002, l'avis du Conseil d'État est demandé dans un délai ne dépassant pas trois jours. Le 14 mars 2002, le Conseil d'État rend l'avis 33.147/1.

1.3. La décision contestée est prise le 29 mars 2002 et s'énonce comme suit :

"29 MARS 2002. – Arrêté royal portant application de l'article 37, § 17, et de l'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994

ALBERT II, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut.

Vu la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, notamment l'article 37, § 17, et l'article 165, dernier alinéa, inséré par la loi du 30 décembre 2001;

Vu l'arrêté royal du 7 mai 1991 fixant l'intervention personnelle des bénéficiaires dans le coût des fournitures remboursables dans le cadre de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, notamment l'article 2;

Vu l'arrêté royal du 17 mars 1997 fixant les conditions dans lesquelles l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités intervient dans le coût des préparations magistrales et produits assimilés, notamment l'article 3;

Vu l'arrêté royal du 21 décembre 2001 fixant les procédures, délais et conditions en matière d'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans le coût des spécialités pharmaceutiques, notamment l'article 88;

Vu les avis du Comité de l'Assurance des Soins de Santé, donné le 4 mars 2002;

Vu l'avis émis par l'Inspecteur des Finances, donné le 27 février 2002;

Vu l'accord de Notre Ministre du Budget, donné le 4 mars 2002;

Vu l'urgence notamment motivée par la circonstance que suite à la fixation des objectifs budgétaires, le gouvernement a décidé d'appliquer des mesures d'économie où un montant est perçu à charge des pharmaciens et de procéder à la perception obligatoire du ticket modérateur; que ces mesures doivent être prises le plus vite possible afin de réaliser complètement l'économie présumée dans l'année 2002 et d'échelonner le plus possible le montant qui est perçu à charge des pharmaciens sur l'année;

Vu l'avis 33.147/1 du Conseil d'État, donné le 14 mars 2002, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

Sur la proposition de Notre Ministre des Affaires sociales et sur l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil,

Nous avons arrêté et arrêtons :

CHAPITRE I^{er}. – Définition

Article 1^{er}. Pour l'application du présent arrêté on entend par « fournitures pharmaceutiques remboursables » les spécialités pharmaceutiques remboursables qui sont reprises dans la liste, annexée à l'arrêté royal du 21 décembre 2001 fixant les procédures, délais et conditions en matière d'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans le coût des spécialités pharmaceutiques et les préparations magistrales remboursables et produits assimilés qui sont repris dans l'annexe de l'arrêté royal du 17 mars 1997 fixant les conditions dans lesquelles l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités intervient dans le coût de préparations magistrales et produits assimilés.

CHAPITRE II. – Perception obligatoire de l'intervention personnelle

Art. 2. L'intervention personnelle des bénéficiaires dans les coûts des fournitures pharmaceutiques remboursables qui sont délivrées dans une officine ouverte au public, dans une pharmacie hospitalière aux bénéficiaires ambulatoires ou par des médecins autorisés à tenir un dépôt de médicaments, est perçue obligatoirement dans tous les cas.

CHAPITRE III. – Diminution de la base sur laquelle est calculée l'intervention de l'assurance

Art. 3. Les offices de tarification agréés diminuent la base sur laquelle est calculée l'intervention de l'assurance due par les organismes assureurs aux pharmaciens tenant une officine ouverte au public et aux médecins autorisés à tenir un dépôt de médicaments, pour toutes les prestations visées à l'article 34, 5/, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

Cette diminution est fixée à 10,15% du montant de l'intervention personnelle qui est laissé à charge des bénéficiaires, telle que visée à l'article 37, § 2 et § 4. À partir du 1^{er} janvier 2003, cette diminution est fixée à 7,7%.

Art. 4. Les modalités techniques pour l'application de cette diminution de la base sur laquelle est calculée l'intervention de l'assurance, sont fixées par le Comité de l'assurance sur proposition de la Commission de conventions Pharmaciens - Organismes assureurs dans les directives de

facturation des fournitures pharmaceutiques dispensées à des bénéficiaires non hospitalisés telles que visées à l'article 6 de l'arrêté royal du 15 juin 2001 déterminant les données relatives aux fournitures à tarifier que les offices de tarification doivent transmettre aux organismes assureurs.

Art. 5. Cet arrêté entre en vigueur le 1^{er} avril 2002. L'obligation de diminuer la base sur laquelle est calculée l'intervention de l'assurance est d'application pour les prestations qui sont facturées à partir du 1^{er} avril 2002.

(...)"

L'arrêté attaqué est publié au Moniteur belge du 30 mars 2002;

2. De la recevabilité du recours

2.1. Considérant que la partie défenderesse soulève dans son mémoire en réponse ce qui suit :

"La partie requérante précise dans sa requête en annulation que les conséquences différentes entre le statut de pharmacie conventionnée, d'une part, et celui de pharmacie non conventionnée, d'autre part, découlent totalement du libre choix de la pharmacie elle-même. Chacun a le droit d'adhérer à la convention proposée. Chacun a aussi le droit de le refuser.

Dans la mesure où la partie requérante souhaite, par ce recours, s'opposer aux conséquences résultant de la différence entre les deux statuts, elle désire en réalité s'opposer aux conséquences de son propre choix.

Cette constatation n'est pas sans importance : la partie requérante ne justifie d'aucun intérêt à son recours puisqu'elle tend par celui-ci à faire disparaître de l'ordre juridique une situation qu'elle a elle-même créée";

que dans son dernier mémoire, elle ajoute encore ce qui suit :

"(...) Monsieur l'auditeur estime que cette thèse ne peut être suivie pour les motifs évoqués par la partie requérante, en d'autres termes parce que cela concernerait uniquement les moyens par lesquels une distinction est opérée entre les pharmacies conventionnées et les pharmacies non conventionnées, parce que la partie requérante était déjà conventionnée avant l'acte attaqué, parce que la partie requérante subit un préjudice et parce que les raisons qui ont amené la partie requérante à adhérer à la convention sont indépendantes de la décision contestée.

(...) La partie défenderesse ne partage pas cette opinion. La partie requérante et Monsieur l'auditeur oublient peut-être que l'adhésion à une convention entraîne des conséquences.

L'adhésion à la convention implique que le pharmacien bénéficie des avantages de conventionnement. Toutefois, elle emporte simultanément que, conformément à l'article 51, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (ci-après la loi AMI), 'chaque convention ou accord doit également contenir les mécanismes de correction susceptibles d'entrer en action aussitôt qu'il est constaté que l'objectif budgétaire annuel partiel est dépassé ou risque d'être dépassé de manière significative.'

Or, la convention à laquelle la partie requérante a adhéré comporte explicitement une telle règle en son article 10, § 2, qui s'énonce comme suit :

'Les parties contractantes s'engagent dès qu'un dépassement ou risque de dépassement des objectifs budgétaires est constaté, à appliquer, en application de l'article 51, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, des mesures de correction et de récupération dont les modalités doivent encore être précisées.

Est prévue, en cas d'insuffisance desdites mesures, une réduction automatique et applicable immédiatement des honoraires, prix ou autres montants et des tarifs de remboursement pour les prestations ou groupes de prestations qui sont à l'origine du dépassement ou du risque de dépassement significatif de l'objectif budgétaire annuel partiel; cette réduction est proportionnelle au montant du dépassement ou du risque de dépassement.'

Le principe de l'intervention partielle des pharmaciens conventionnés dans le dépassement des objectifs budgétaires est donc expressément prévu. L'acte attaqué constitue une mesure de ce type qui entend limiter les dépassements.

La partie requérante ne cache pas qu'elle conteste cette mesure d'économie. Elle ne saurait évidemment être fondée à contester ce qu'elle a accepté volontairement et expressément en adhérant à une convention";

2.2. Considérant que le requérant indique à juste titre qu'il était déjà conventionné avant l'adoption des dispositions contestées en l'espèce; qu'il n'est dès lors pas lui même à l'origine de l'intérêt qu'il invoque et qui est pris de l'impact négatif de ces dispositions sur ses activités de pharmacien conventionné;

Considérant qu'en sa qualité précitée, le requérant justifie également de l'intérêt requis pour attaquer un acte qui, selon lui, impose illégalement des mesures d'économie qui lui portent préjudice, même si la convention y afférente

comporte une clause prévoyant expressément le principe de l'intervention partielle des pharmaciens dans le dépassement des objectifs budgétaires; que les pharmaciens conventionnés ont droit à ce que leur contribution, à laquelle ils se sont en principe engagés, soit concrètement utilisée de manière légale; que l'exception ne peut être accueillie;

3. Du bien-fondé du recours

3.1. Premier moyen

3.1.1. Positions des parties

3.1.1.1. Considérant que le premier moyen concerne à la fois l'article 2 et l'article 3 de l'arrêté attaqué; qu'il est formulé comme suit dans la **requête** en annulation :

"Violation de l'article 3 combiné à l'article 84, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973; Excès de pouvoir
1. Le Conseil d'État, section de législation, a été saisi par le Roi d'une demande d'avis d'urgence, conformément à l'art. 84, alinéa 1^{er}, 2/. Dans pareil cas, la loi prévoit qu'une motivation particulière doit justifier l'urgence.

2. La section d'administration du Conseil d'État a le pouvoir et le devoir de vérifier si l'urgence invoquée à l'appui d'une demande d'avis "dans un délai ne dépassant pas trois jours" a été spécialement motivée, si les éléments de faits avancés pour justifier cette urgence sont matériellement exacts et s'ils ont été régulièrement qualifiés et appréciés.

Le Conseil d'État est en outre compétent pour examiner si les motifs invoqués pour justifier l'urgence ne sont pas réfutés par les faits, par exemple, en raison du manque de diligence de la part de l'autorité elle-même. Ils doivent résulter de circonstances précises et particulières qui empêchent une collaboration normale de la section de législation sans que soit mise en péril la réalisation de l'objectif.

(...)

4. La motivation de l'urgence n'est pas convaincante :

4.1. Avant toute chose, la motivation avancée est trop stérile et trop superficielle. Il est uniquement fait référence aux 'mesures d'économie' qui 'doivent être prises le plus vite possible afin de réaliser complètement l'économie présumée dans l'année 2002 et d'échelonner le plus possible le montant perçu sur l'année', alors que fait défaut toute

motivation indiquant (a) pourquoi la mesure d'économie s'impose, (b) quels impératifs exigent que l'économie soit 'complètement' réalisée dans l'année 2002, et (c) de quelle manière il est encore possible d'opérer un échelonnement sur l'année, compte tenu du fait que l'arrêté royal a seulement été publié au Moniteur belge du 30 mars 2002, alors que le fondement légal date du 30 décembre 2002 (sic : 2001). En d'autres termes, la motivation avancée s'avère bien trop stérile et trop superficielle.

4.2. En outre, le requérant fait observer que l'article 2 de l'arrêté attaqué, qui interdit aux pharmacies conventionnées d'accorder des ristournes sur les produits pour lesquels l'assurance soins de santé intervient, ne constitue en aucun cas une mesure d'économie ! Cette mesure drastique n'impliquera en effet pas pour le Roi un euro de plus ou de moins en termes de recettes ou de dépenses.

Autrement dit, la motivation relative à l'urgence ne concerne que l'article 3 de l'A.R. et ne peut justifier l'urgence invoquée pour l'article 2.

Le requérant souligne à cet égard qu'il n'existe aucun lien logique entre les articles 2 et 3, de sorte que la partie requérante ne pourrait prétendre qu'ils devaient figurer nécessairement ensemble dans un seul arrêté royal.

4.3. Enfin, l'urgence invoquée est démentie par les faits. En effet, l'A.R. pourvoit à l'exécution des articles 37, § 17, et 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, alors que l'article 37, § 17, est déjà inscrit depuis de longues années dans la loi et que l'article 165, dernier alinéa, a été ajouté par la loi-programme du 30 décembre 2001, publiée au Moniteur belge du 31 décembre 2001.

Ce n'est que le 12 mars 2002 que la partie défenderesse a demandé à la section de législation de votre Conseil de rendre un avis, alors que la loi à l'exécution de laquelle il était pourvu avait déjà été publiée depuis plus de deux mois.

Rien n'empêchait la partie défenderesse d'introduire sa demande plus tôt. La motivation de la décision contestée ne donne pas même de justification concernant cette demande d'avis tardive";

3.1.1.2. Considérant que la réplique de la partie défenderesse, exposée dans son **mémoire en réponse**, peut être résumée comme suit :

- Le requérant interprète erronément la notion de "motivation spéciale" telle qu'elle figure à l'article 84, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État : le requérant ne conteste pas qu'il existe une motivation de la demande spéciale d'avis et ne conteste pas non plus l'exactitude de la motivation quant aux faits; le requérant souhaite en fait être informé sur les motifs des motifs;

l'article 84, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne prévoit cependant pas une telle obligation de motivation.

La partie défenderesse fait ensuite référence à l'arrêt du Conseil d'État n/ 107.005 du 27 mai 2002, en cause VAN RAEMDONCK.

En l'espèce, le requérant ne démontre pas que la motivation avancée aurait été fallacieuse et la section de législation a été la première à estimer que la motivation était correcte et pouvait suffire pour étayer le caractère urgent.

- La partie défenderesse conteste que la motivation donnée de l'urgence porte uniquement sur les articles 3 et 4 de l'arrêté attaqué, de sorte que le moyen manque en fait à cet égard; en outre, il n'existe aucune "règle" prescrivant que la motivation invoquée doit nécessairement concerner toutes les dispositions du projet; cela ne peut se déduire ni des articles 3 et 84 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ni de la jurisprudence du Conseil d'État.

La partie défenderesse conteste enfin qu'elle aurait elle-même provoqué l'urgence et fait d'ailleurs référence aux différentes étapes de la procédure qu'il a fallu franchir avant de pouvoir demander l'avis du Conseil d'État : elle souligne également que l'arrêté attaqué a été adopté rapidement après que l'avis du Conseil d'État a été rendu, et qu'il a été publié au Moniteur belge le jour suivant. La rapidité d'exécution confirme le caractère urgent;

3.1.1.3. Considérant que dans son **mémoire en réplique**, le requérant déclare notamment ce qui suit :

"III.1.1. première branche : la motivation de l'urgence est bien trop stérile et trop superficielle

(...)

3. La partie défenderesse croit pouvoir encore tirer un argument de l'arrêt Van Raemdonck de votre Conseil.

(...)

5. La thèse de la partie défenderesse ne peut être suivie.

5.1. La partie requérante souhaite avant tout indiquer que la jurisprudence de votre Conseil ne va pas toujours dans le sens de l'arrêt Van Raemdonck. D'autres chambres du Conseil d'État estiment encore toujours que le pouvoir et le devoir de la section d'administration du

Conseil d'État concernant l'examen de la motivation spéciale ne sont en aucun cas limités par le fait que la section de législation n'a pas formulé d'observation :

(...) (référence à l'arrêt DAUM, n/ 94.174, du 21 mars 2001)

C'est cette dernière thèse qui doit être préférée. Il ressort des travaux préparatoires cités qu'elle est clairement en adéquation avec l'intention du législateur lorsque celui-ci a inséré l'article 84, alinéa 1^{er}, 2/, actuel, par la loi du 4 août 1996.

Dans un arrêt qui abonde d'ailleurs dans le sens de la thèse Van Raemdonck, la dixième chambre de votre Conseil d'État a, en outre, formulé la considération suivante :

(...) (référence à l'arrêt ALLIET et crts., n/ 109.467, du 18 juin 2002)

Si le Conseil d'État admet que l'obligation de demander un avis constitue une formalité substantielle d'ordre public et que toute irrégularité doit être le cas échéant sanctionnée d'office, il est difficilement admissible que l'examen de la motivation doive être moins strict si – dans le bref délai qui lui était imparti – la section de législation n'a formulé aucune observation à ce sujet. Cette observation est d'autant plus pertinente qu'en l'espèce, la section de législation n'avait pas et ne pouvait pas avoir connaissance de la jurisprudence Van Raemdonck lorsqu'elle a rendu son avis...

Il convient dès lors de conclure de tout ceci que votre Conseil est indéniablement compétent pour examiner sans restriction la motivation de l'urgence invoquée. (...)

5.2. Il n'en demeure pas moins que, même si votre Conseil estimait devoir suivre la thèse Van Raemdonck, le premier moyen resterait fondé. En effet, la thèse Van Raemdonck n'enlève rien au fait que la section d'administration du Conseil d'État est appelée à examiner la légalité de la motivation, si la motivation est réellement incorrecte, par exemple parce que la section de législation a été induite en erreur et que les motifs invoqués ne sont absolument pas convaincants.

En ce qui concerne l'article 2 de l'arrêté attaqué, on a fait croire à la section de législation que cette réglementation comporterait une mesure d'économie, alors que l'État n'économise pas le moindre euro grâce à cette mesure. Le Conseil d'État a donc été clairement induit en erreur. Et sur l'article 3 de l'arrêté attaqué aussi, la section de législation a été incorrectement informée. En effet, le caractère urgent de l'économie n'a nulle part été justifié raisonnablement.

6. La première branche du premier moyen est fondée.

III.1.2. deuxième branche : la motivation de l'urgence ne concerne pas toutes les dispositions de l'arrêté attaqué.

1. Dans son argumentation sur la première branche, la partie requérante a déjà indiqué que l'article 2 de l'arrêté attaqué ne constituait en rien une mesure d'économie ! Cette mesure drastique n'implique pas pour le Roi un euro de plus ou de moins en termes de recettes ou de dépenses.

2. En d'autres termes, la motivation de l'urgence ne concerne que l'article 3 de l'A.R. (qui est effectivement une mesure d'économie) et ne peut pas justifier l'urgence invoquée pour l'article 2.

3. À titre de défense, la partie défenderesse ne peut que soutenir laconiquement qu'il n'existerait aucune "règle" prévoyant que les motifs invoqués pour justifier l'urgence devaient porter nécessairement sur toutes les dispositions d'un projet soumis pour avis.

4. Il va de soi que la jurisprudence et la doctrine vont dans un sens différent. La compétence d'avis de la section de législation et la compétence de contrôle de la section d'administration seraient bien grossièrement méconnues s'il était possible pour l'autorité de promulguer n'importe quelle réglementation non urgente dans un seul et même arrêté réglementaire (formel) où figurerait aussi fortuitement une seule disposition réellement urgente, "justifiant" ainsi le traitement dans l'urgence.

Pour avoir un sens, l'obligation de consulter la section de législation doit se concevoir pour chaque disposition isolément (...). Si un A.R. (formel) comporte des dispositions (matérielles) tout à fait distinctes qui sont entièrement dissociées et dissociables les unes des autres, comme en l'espèce, il y a lieu d'examiner chaque disposition séparément dans le cadre de l'obligation de consultation.

5. La deuxième branche est incontestablement fondée.

III.1.3. troisième branche : la partie défenderesse a elle-même créé la situation d'urgence

1. L'urgence invoquée est démentie par les faits. En effet, l'A.R. pourvoit à l'exécution des articles 37, § 17, et 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, alors que l'article 37, § 17, est inscrit depuis de longues années dans la loi et que l'article 165, dernier alinéa, a été ajouté par la loi-programme du 30 décembre 2001, publiée au Moniteur belge du 31 décembre 2001.

2. La partie défenderesse ne peut nier qu'elle n'a sollicité l'avis de la section de législation de votre Conseil que le 12 mars 2002, et ce alors que la loi à l'exécution de laquelle il était pourvu avait déjà été publiée depuis plus de deux mois.

3. La partie défenderesse se défend d'avoir tardé. Les faits parlent cependant d'eux-mêmes. L'avis n'a été demandé que près de deux mois et demi après la publication de la loi "fourre-tout". On ne comprend dès lors pas pour quelle raison un avis devait soudain être donné dans les trois jours et non, par exemple, dans un délai d'un mois.

La troisième branche du premier moyen est elle aussi fondée";

3.1.1.4. Considérant que dans son **dernier mémoire**, le **requérant** fait entre autres encore valoir ce qui suit :

"III.1.1. Première branche : la motivation de l'urgence est trop stérile et trop superficielle

(...)

2. L'Auditeur estime à tort que la motivation reproduite dans le préambule de l'A.R. attaqué suffit. La partie requérante précise son point de vue :

2.1. Pour que la motivation de l'urgence puisse passer pour pertinente, il importe que les motifs établissent que les mesures concernées devaient entrer en vigueur sans délai au risque d'hypothéquer l'efficacité des dispositions ou la concrétisation de l'objectif qu'elles visent.

Or, les dispositions contestées ne sont, en l'espèce, pas uniquement applicables à l'année 2002 mais aussi aux années suivantes. Rien ne justifie donc d'admettre que le texte ne pouvait pas attendre un mois, c'est-à-dire le délai qu'il faut à la section de législation du Conseil d'État pour rendre un avis 'circonstancié', avant d'entrer en vigueur.

2.2. Si l'intention était effectivement d'appliquer les 'mesures d'économie' dès 2002, il fallait faire adopter les dispositions légales plus tôt par le parlement; idem pour la décision du gouvernement.

La partie requérante relève à cet égard qu'en l'espèce, les mesures n'avaient aucun effet non plus pendant les mois de janvier, février et mars. Encore une fois, il est dès lors incompréhensible que l'entrée en vigueur de la réglementation n'ait pas pu être retardée d'un mois (dans le pire des cas)... d'autant que ni l'article 37, § 17, ni l'article 165, dernier alinéa, de la loi précitée relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 ne prévoient de date d'exécution. Rien n'indique que les mesures devaient entrer en vigueur dans un délai qui ne permettait pas à l'autorité de demander un avis plus approfondi à la section de législation.

3. La partie requérante souligne en outre que votre Conseil a déjà rejeté par le passé une motivation financière comparable.

Il peut encore être fait référence à M. VAN DAMME qui écrit :

'La motivation qui se limite par exemple à faire référence à une directive CE devant être transposée en droit interne avant une date précise ou à un décret prévoyant l'élaboration d'une réglementation déterminée, ne peut pas être réputée avoir le caractère particulier requis par l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.'

Comme nous l'avons écrit plus haut, la motivation de l'urgence consiste en l'espèce aussi en l'exécution d'autres dispositions. Elle ne peut donc en aucun cas être considérée comme d'extrême urgence.

4. La première branche est de ce fait fondée.

(...)

III.1.3. Troisième branche : la partie défenderesse a elle-même créé l'urgence

1. Dans son rapport, l'Auditeur estime que cette branche est dépourvue de tout fondement étant donné qu'il faudrait faire abstraction des différentes étapes de la procédure d'élaboration de l'arrêté attaqué.

2. Il ressort cependant de la jurisprudence de la section d'administration du Conseil d'État qu'il incombe à l'autorité d'organiser le processus décisionnel administratif de telle manière qu'il soit au moins possible de respecter l'obligation de consultation.

M. VAN DAMME écrit à ce sujet :

‘Le revirement observé dans la jurisprudence en ce qui concerne l’importance des actes préparatoires pour l’urgence invoquée appelle deux réflexions.

Premièrement, cette jurisprudence requiert que l’autorité soit suffisamment diligente pour veiller à ce que la procédure de préparation administrative des arrêtés ne soit pas inutilement retardée. L’autorité concernée ne peut à cet égard pas invoquer les retards imputés à certains de ses services.

Deuxièmement, la jurisprudence en question n’exclut nullement que l’urgence invoquée existe effectivement. Cette jurisprudence sanctionne toutefois l’autorité à cause de l’impossibilité de consulter la section de législation.’

Le requérant est donc d’avis qu’il n’y a pas du tout lieu de faire abstraction de la préparation administrative.

3. L’A.R. attaqué pourvoit à l’exécution des articles 37, § 17, et 165, dernier alinéa, de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. L’article 37, § 17, est inscrit depuis de longues années dans la loi et l’article 165, dernier alinéa, a été ajouté par la loi-programme du 30 décembre 2001, publiée au Moniteur belge du 31 décembre 2001.

4. Le rapport de l’auditorat confirme que les dernières formalités étaient déjà accomplies début mars 2002, alors que l’avis de la section de législation du Conseil d’État n’a été demandé que le 12 mars 2002. Cela constitue une différence de pas moins de dix jours (c’est-à-dire trois fois le délai auquel est tenu le Conseil d’État pour rendre un avis en cas d’extrême urgence), alors que le Conseil d’État n’a besoin que d’un délai d’un mois pour rendre un avis ‘circonstancié’”;

3.1.1.5. Considérant que dans son **dernier mémoire**, la **partie défenderesse** réplique comme suit :

"9. L’argumentation développée par la partie requérante dans son dernier mémoire n’est pas convaincante non plus. Le fait que les mesures d’économie seront également d’application pour les années suivantes n’empêche pas qu’elles devaient de toutes façons entrer en vigueur au plus vite. Ce souhait raisonnable de l’autorité a été suffisamment expliqué dans la motivation de l’urgence inscrite dans le préambule de l’acte attaqué. Le bien-fondé de la motivation de l’urgence ne ressort pas uniquement de l’acte attaqué lui-même mais aussi du délai relativement court dans lequel l’acte a été préparé, rédigé, discuté, soumis pour avis et finalement promulgué et publié. La référence à la doctrine qui énonce en termes généraux qu’un renvoi à un délai de mise en oeuvre n’est pas satisfaisant, n’est pas pertinente en l’espèce.

10. La réplique concernant la deuxième branche et l’absence alléguée de lien entre l’article 2 et l’article 3 de l’arrêté contesté ne convainquent pas davantage en l’espèce. Le seul fait que les deux dispositions portent sur

des mesures d'économie concernant des fournitures pharmaceutiques suffit à établir ce lien. En dépit de l'opinion de la partie requérante, on constatera en effet que la perception obligatoire du ticket modérateur constitue bel et bien une mesure d'économie. Cette obligation incite les patients à ne pas acheter des médicaments inutiles. En freinant l'achat de médicaments remboursables, la partie défenderesse entend naturellement réaliser des économies.

Pour le surplus, la partie défenderesse renvoie à son mémoire en réponse.

11. En ce qui concerne la troisième branche du premier moyen, la réplique de la partie requérante ne peut davantage convaincre. La référence à la doctrine de M. VAN DAMME n'y change rien. En effet, le délai relativement court dans lequel s'est déroulée toute la procédure de préparation parle de lui-même.

La troisième branche du premier moyen est infondée, comme les deux premières":

3.1.2. Discussion

3.1.2.1. Considérant que la motivation en question est formulée comme suit :

"Vu l'urgence notamment motivée par la circonstance que suite à la fixation des objectifs budgétaires, le gouvernement a décidé d'appliquer des mesures d'économie où un montant est perçu à charge des pharmaciens et de procéder à la perception obligatoire du ticket modérateur; que ces mesures doivent être prises le plus vite possible afin de réaliser complètement l'économie présumée dans l'année 2002 et d'échelonner le plus possible le montant qui est perçu à charge des pharmaciens sur l'année";

3.1.2.2. Considérant que la section de législation du Conseil d'État est le premier juge de la légalité de l'urgence "spécialement motivée" suivant l'article 84 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui est exposée dans la demande d'avis qui lui est soumise en vue de justifier l'urgence de cette demande; qu'il peut être admis que si elle ne formule pas d'observation à ce sujet, elle estime que la justification avancée est convaincante; que l'autorité qui a saisi la section de législation peut alors en principe faire avancer le texte soumis sans craindre de se heurter au grief d'irrégularité touchant à l'absence d'urgence; que ce principe n'est pas absolu; que l'autorité ne peut notamment pas l'invoquer s'il s'avère qu'elle a induit la section de

législation en erreur quant à la motivation spéciale qui l'a conduite à demander l'urgence ou si des éléments font apparaître *a posteriori* – après la demande d'avis – que cette "motivation spéciale" n'était pas convaincante, et ce contrairement aux apparences observées au moment de la demande; que dans de tels cas, l'autorité ne peut soutenir que sa confiance a été trahie;

Considérant que, contrairement à ce que soutient le requérant dans les différentes pièces de procédure, l'obligation de motivation formelle de l'urgence dans le but d'obtenir, sur la base de l'article 84, § 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, un avis de la section de législation du Conseil d'État dans un délai ne dépassant pas les cinq jours ouvrables, ne peut pas être purement et simplement assimilée à l'obligation de motivation formelle dans le but d'échapper totalement à cette obligation de consultation sur la base de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi; que dans le premier cas, un avis est en effet rendu, lequel, selon l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, examine au moins la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ainsi que l'accomplissement des formalités prescrites, c'est-à-dire les principaux éléments permettant d'apprécier la légalité d'un arrêté réglementaire; que la jurisprudence et la doctrine qui traitent de l'adéquation de la motivation de la décision de ne pas demander l'avis de la section de législation ne sont dès lors pas forcément pertinentes en l'espèce; que compte tenu des différences précitées en termes de conséquences, l'obligation de motivation est moins stricte dans un cas comme celui-ci que dans le cas où l'autorité veut tout à fait échapper à l'obligation de consulter la section de législation;

Considérant que lorsque la section de législation est saisie d'une demande d'avis dans un délai de trente jours (de calendrier) en application de l'article 84, § 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, elle ne dispose dans la pratique, vu le nombre très élevé de demandes de ce type, que d'un peu plus de temps à peine pour formuler son avis que lorsqu'il lui est demandé un "avis cinq jours ouvrables"; que dans ce dernier cas, la section de législation peut en outre concentrer son examen sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ainsi que l'accomplissement des formalités prescrites, c'est-à-dire, comme il a été dit ci-dessus,

précisément les éléments qui s'avèrent déterminants quand il s'agit de juger de la légalité d'un arrêté réglementaire; que lorsqu'un avis dans les cinq jours a été demandé, un requérant n'a dès lors aucun intérêt à argumenter qu'il ressort du déroulement de la procédure que la partie défenderesse avait suffisamment le temps de demander un avis dans les trente jours, puisqu'un avis émis dans ce dernier délai ne lui est en fait pas d'une plus grande utilité qu'un avis rendu dans les cinq jours ouvrables;

3.1.2.3. Considérant que rien n'indique que la partie défenderesse a induit la section de législation en erreur quant aux motifs spéciaux qui l'ont amenée à solliciter l'urgence; que l'article 2 contesté, qui concerne la perception obligatoire du ticket modérateur, entend également avoir des répercussions d'ordre budgétaire, étant donné que cette perception obligatoire vise entre autres clairement à restreindre la consommation médicale et, par conséquent, les coûts à la charge de l'assurance maladie-invalidité; qu'aucun élément apparu après la demande d'avis ne permet d'établir *post factum* que les motifs spéciaux invoqués ne sont pas convaincants ou que la partie défenderesse a elle-même créé l'urgence sciemment ou par négligence; qu'en outre, le moment auquel la base légale pour d'éventuelles mesures d'économie a été constituée et le moment où la loi ou les lois concernées ont été publiées, sont en soi indépendants de l'urgence de la mesure d'économie même; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches;

3.2. Deuxième moyen

3.2.1. Positions des parties

3.2.1.1. Considérant que le deuxième moyen ne concerne que l'article 2 de l'arrêté attaqué; qu'il est formulé comme suit dans la **requête** en annulation :

"A. (...) Violation du principe d'égalité et de non-discrimination. Violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Violation du principe général du droit de la liberté du commerce. Violation de la liberté du commerce, relevant de la constitution matérielle. Violation de l'article 7 du décret des 2-17 mars 1991 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes. Violation du principe général du droit selon lequel toutes les décisions de l'autorité doivent s'appuyer sur des motifs admissibles en droit et en fait.

1. Le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination peut se définir comme suit :

‘Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé’.

L'article 2 de l'arrêté attaqué rend obligatoire la perception de l'intervention personnelle des bénéficiaires dans les coûts des fournitures pharmaceutiques remboursables qui sont délivrées dans une officine ouverte au public.

2. Les pharmacies conventionnées perçoivent uniquement l'intervention personnelle du client. Selon le régime du tiers payant, elles ne perçoivent pas la part qui est à la charge de l'assurance maladie. Elles ne peuvent donc pas non plus accorder de ristourne sur la part qu'elles ne perçoivent pas. L'arrêté implique pour les pharmacies conventionnées qu'elles ne peuvent plus accorder de ristourne du tout à leurs clients lorsqu'elles délivrent des fournitures pharmaceutiques remboursables.

3. Les pharmacies non conventionnées perçoivent non seulement 'l'intervention personnelle', mais aussi la part remboursée par

l'assurance maladie. Cette dernière partie ne doit pas être perçue obligatoirement. Les pharmacies non conventionnées peuvent dès lors accorder des ristournes sur la part qui est remboursée par l'assurance maladie.

Par conséquent, les pharmacies non conventionnées peuvent, du moins *de facto*, octroyer des ristournes sur les fournitures pharmaceutiques remboursables, alors que les pharmacies conventionnées ne le peuvent pas.

4. Les pharmacies conventionnées subissent dès lors en raison de la décision contestée un désavantage concurrentiel par rapport aux pharmacies non conventionnées. Cela est d'autant plus vrai que les règles déontologiques strictes qui s'appliquent aux pharmacies n'offrent pas ou peu de possibilités de contrer ce désavantage concurrentiel en menant des actions publicitaires.

5. Rien ne justifie raisonnablement cette différence de traitement entre pharmacies conventionnées et non conventionnées. L'arrêté attaqué n'apporte à tout le moins aucune justification à cette inégalité de traitement.

6. La partie défenderesse pourrait relever que l'arrêté attaqué trouve son fondement juridique dans l'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. Cet article s'énonce comme suit :

'L'intervention personnelle du bénéficiaire dans le coût des soins, visée dans cet article, est exigible dans tous les cas. Cette intervention personnelle est perçue obligatoirement pour les prestations de biologie clinique pour lesquelles une telle intervention est prévue par le Roi. Le Roi peut étendre cette obligation à d'autres prestations, ou prévoir des dérogations à cette obligation. Il fixe les modalités d'application de cette disposition.'

7. Dans le cas où votre Conseil estimerait que la différence de traitement serait déjà – et seulement – incluse dans l'article 37, § 17, le requérant invite votre Conseil à poser la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage :

'L'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et partant les principes d'égalité et de non-discrimination, dans la mesure où le Roi, lorsqu'il exécute cet article, contraint toutes les pharmacies à percevoir intégralement l'intervention personnelle du bénéficiaire, de sorte que seules les pharmacies non conventionnées peuvent encore accorder des ristournes promotionnelles et que *de facto* la concurrence entre pharmacies conventionnées et non conventionnées est perturbée ?'

Si la Cour d'arbitrage devait décider que l'article 37, § 17, précité viole le principe d'égalité, le requérant invite votre Conseil à annuler également l'arrêté attaqué au motif qu'il est contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination";

3.2.1.2. Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse réplique ce qui suit :

"Nonobstant ce que laisse entendre l'intitulé du deuxième moyen, la partie requérante n'invoque dans le cadre de celui-ci que la violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

Dans sa requête en annulation, la partie requérante écrit à juste titre à ce propos que les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories différentes de personnes, pour autant que la différence et le critère de différenciation reposent sur une justification objective et raisonnable, l'existence d'une telle justification devant s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme en cause. Il est donc question d'une violation du principe d'égalité lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi ainsi que les effets de la mesure visée.

La partie requérante, tout d'abord, n'a aucun intérêt à invoquer ce moyen. Elle affirme – en toute logique – qu'elle ne peut pas octroyer de ristourne sur la part qu'elle ne perçoit pas et qui est payée par l'assurance maladie, alors que les pharmacies non conventionnées – qui perçoivent cette part elles-mêmes – peuvent en octroyer. Cet élément n'a rien de neuf et découle entièrement du choix personnel de la partie requérante de faire partie de l'ensemble des pharmacies conventionnées. Le fait que l'intervention personnelle doive être obligatoirement perçue intégralement ne peut pas non plus être tenu pour surprenant puisque le principe est inscrit à l'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. On n'aperçoit dès lors pas en quoi la disposition contestée peut faire grief. Il apparaît pour le moins clairement que la partie requérante est elle-même à l'origine de son désavantage concurrentiel, tel qu'il est formulé pour motiver le moyen. Elle ne justifie donc d'aucun intérêt (légitime) à cet égard. Le moyen est irrecevable.

Il est clair, en outre, qu'il n'est en aucun cas question d'une violation du principe d'égalité. Tout d'abord, la partie requérante ne démontre pas que les deux catégories de pharmacies qu'elle prend en considération (conventionnées et non conventionnées) sont des 'personnes' au sens du principe d'égalité et de non-discrimination. Ensuite, la partie requérante n'apporte pas la preuve qu'il s'agit de catégories de personnes comparables, auxquelles peut s'appliquer l'examen du respect du principe d'égalité et de non-discrimination. La partie requérante n'apporte de surcroît pas la preuve de ce que le critère de différenciation ne serait pas objectif et général. Enfin, la partie requérante n'établit nullement que l'article 2 visé de l'arrêté attaqué ne satisferait pas au critère de la proportionnalité. Il n'est aucunement démontré qu'il n'est pas question d'un objectif qui ne serait pas légitime. Il n'est pas démontré que la réglementation en question n'aurait pas été

nécessaire ou indiquée. Pas plus qu'il n'existerait pas de proportionnalité entre la norme et le but visé.

À ce stade de la procédure et au vu de (l'absence de) la motivation de la partie requérante, la partie défenderesse ne peut en tout état de cause que constater que le deuxième moyen n'est pas fondé.

De plus – et la partie requérante semble manifestement en avoir bien conscience –, la critique formulée par la partie requérante en l'espèce peut d'ailleurs être qualifiée de critique quant à la 'légalité' de la loi. Dans son argumentation, la partie requérante intègre en effet expressément cette supposition et suggère de ce point de vue que le Conseil d'État pose une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage à propos de la constitutionnalité de l'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

Selon la partie défenderesse, il ressort clairement du fait que la partie requérante avance cette hypothèse dans son argumentation, que sa critique envers l'arrêt attaqué, et plus précisément envers l'article 2 de celui-ci, n'est pas en substance dirigée contre cet arrêt ou, le cas échéant, cet article, mais plutôt contre la norme du droit du niveau supérieur qui, en fait, est simplement mise en oeuvre. Le Conseil d'État n'est évidemment pas compétent pour apprécier une telle critique.

En d'autres termes, le moyen n'est pas fondé. Il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage";

3.2.1.3. Considérant que dans son **mémoire en réplique**, le requérant soutient notamment ce qui suit :

"4. Votre Conseil constatera de prime abord que la partie défenderesse n'invoque aucun argument justifiant la différenciation illicite. La partie défenderesse ne tente même pas de la défendre. Dans son mémoire en réponse, elle développe une argumentation purement procédurale et formelle, mais évite soigneusement tout débat sur le fond. Cela n'est guère étonnant. Il n'existe qu'une seule réponse possible à la question centrale de savoir s'il se justifie d'opérer une différence de traitement entre les pharmacies conventionnées et non conventionnées quant à l'octroi de ristournes, et c'est non !

5. La partie défenderesse se focalise d'abord sur l'intérêt de la partie requérante quant au moyen. Elle allègue pour commencer que les pharmacies non conventionnées ont toujours pu accorder des ristournes, et pas uniquement sur l'intervention personnelle, alors que cela n'était pas le cas pour les pharmacies conventionnées. Cette constatation est exacte mais sans pertinence. Il est vrai que, pendant des années, la partie requérante a pu octroyer des ristournes à sa clientèle. Le fait que les pharmacies conventionnées ne pouvaient accorder ces ristournes que sur 'l'intervention personnelle' n'avait pas le moindre impact sur le porte-monnaie du client et était donc sans importance pour lui.

Consécutivement à l'arrêté attaqué, les pharmacies conventionnées, et donc la partie requérante, ne peuvent désormais plus octroyer de ristourne du tout, contrairement aux pharmacies non conventionnées.

6. La position prévisible de la partie défenderesse à propos de l'intérêt de la partie requérante est tout aussi peu pertinente lorsqu'elle prétend que le principe de la perception obligatoire serait inscrit dans l'article 37, § 17, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Cette thèse est d'ailleurs erronée. Cet article énonce seulement que l'intervention personnelle est exigible dans tous les cas. Cette perception obligatoire ne s'applique que pour les prestations de biologie clinique pour lesquelles une telle intervention est prévue par le Roi. Le Roi peut étendre cette obligation à d'autres prestations, mais n'y est pas obligé.

(...)

7. En ce qui concerne le fond de l'affaire, la partie défenderesse se contente d'affirmer que la partie requérante n'apporterait pas la preuve que les catégories concernées de pharmacies sont des 'personnes' au sens du principe d'égalité et de non-discrimination, qu'il s'agit de catégories de personnes comparables, qu'il n'est pas recouru à un critère de différenciation objectif et général, et qu'il n'est pas démontré que la mesure ne résisterait pas au contrôle de la proportionnalité.

Pourtant, la partie requérante a indiqué dans son recours en annulation quelles étaient les catégories de personnes faisant l'objet d'une inégalité de traitement (les pharmacies conventionnées et non conventionnées) et comment cette inégalité se traduisait (les pharmacies conventionnées ne peuvent plus être compétitives, du moins en termes de prix et subissent dès lors un sérieux désavantage concurrentiel). La partie requérante est effectivement convaincue qu'il n'existe pas de justification raisonnable pour cette différence de traitement (violation des principes d'égalité et de non-discrimination), et à tout le moins que cette justification ne figure pas dans la décision contestée ou dans les pièces y afférentes (violation de l'obligation de motivation).

Lorsqu'une inégalité de traitement d'une telle ampleur est dénoncée, il appartient par contre au législateur de prouver que la mesure se fonde effectivement sur un critère objectif, poursuit un objectif légitime et est proportionnée. Or, la partie défenderesse ne le démontre pas du tout.

Il est évident que ceux qui exploitent une pharmacie conventionnée sont comparables à ceux qui exploitent une pharmacie non conventionnée. Ces deux catégories de personnes exploitent en effet une pharmacie où le public peut acheter des médicaments";

3.2.1.4. Considérant que le **requérant** soulève encore dans son **dernier mémoire** :

"Avant d'aborder les autres moyens, la partie requérante doit reconnaître, dans le prolongement du rapport de l'auditorat, que les

pharmacies conventionnées ont le choix d'appliquer ou non le régime du tiers payant. Ce constat est toutefois sans aucune pertinence pour les moyens développés par la partie requérante dans le cadre de cette procédure. Les mêmes moyens restent en effet d'application, étant entendu qu'il ne s'agit pas de la distinction entre pharmacies conventionnées et non conventionnées, mais de la distinction entre les pharmacies qui appliquent le régime du tiers payant et celles qui ne l'appliquent pas.

La partie requérante propose dès lors de reformuler comme suit les questions préjudicielles suggérées dans la requête en annulation :

‘(...)’;

qu’il poursuit :

"2. La partie requérante estime que l’Auditeur abonde a tort dans le sens de la partie défenderesse quand celle-ci affirme que le moyen est irrecevable dans la mesure où il invoque également dans le titre la violation du ‘principe général du droit de la liberté du commerce, de la liberté du commerce, relevant de la constitution matérielle, de l’article 7 du décret des 2-17 mars 1991 (sic) portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, et du principe général du droit selon lequel toutes les décisions de l’autorité doivent s’appuyer sur des motifs admissibles en droit et en fait’. En vertu de la jurisprudence de votre Conseil, la partie requérante peut, dans ses autres mémoires, continuer à développer et à expliquer le moyen qu’elle invoque dans sa requête. Seuls les nouveaux moyens, c’est-à-dire les moyens qui ne figuraient pas du tout dans la requête, sont irrecevables.

En outre, il ne peut exister le moindre doute sur la nature exacte de l’infraction aux règles de droit précitées. La violation du principe général du droit de la liberté du commerce, de la liberté du commerce relevant de la constitution matérielle et de l’article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes a en effet été mentionnée également dans le deuxième moyen. La partie défenderesse ne peut dès lors feindre qu’elle n’a pu se défendre comme il se doit.

3. L’Auditeur avance par ailleurs dans son rapport que le fait d’être conventionné n’entraîne pas automatiquement l’application du régime du tiers payant.

Comme il a déjà été dit ci-dessus, la partie requérante se doit de donner raison à l’Auditeur sur ce point. Les pharmacies conventionnées sont libres d’accepter ou non le régime du tiers payant.

La ‘solution’ proposée dans le rapport de l’auditorat, à savoir ne pas opter pour le régime du tiers payant, implique que le justiciable change sa position juridique pour échapper à une discrimination. La discrimination, elle, demeure toutefois intacte!";

3.2.1.5. Considérant que dans son **dernier mémoire**, la **partie défenderesse** réplique comme suit :

"13. C'est à juste titre que l'auditeur note que le moyen n'est recevable que dans la mesure où les principes d'égalité et de non-discrimination sont invoqués.

14. Monsieur l'auditeur remarque tout aussi à bon droit que l'article 4, § 1^{er}, de la convention entre les pharmaciens et les organismes assureurs du 20 décembre 1995 énonce que 'le pharmacien adhérent à la présente convention doit préciser s'il/si elle accepte ou non le système du tiers payant'. L'auditeur estime dès lors qu'il convient de déclarer le moyen non fondé et de rejeter la question préjudicielle proposée.

(...)

16. On ne peut se rallier à la réplique de la partie requérante. Premièrement parce que la partie requérante soutient que le moyen serait également recevable dans la mesure où il est dirigé contre la prétendue violation du principe du droit de la liberté du commerce, de la liberté du commerce relevant de la constitution matérielle, de l'article 7 du décret des 2-17 mars 1991 (sic) portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, et du principe général du droit selon lequel toutes les décisions de l'autorité doivent s'appuyer sur des motifs admissibles en droit et en fait.

Le deuxième moyen, tel qu'il figure dans la requête, ne peut être regardé comme un moyen que dans la mesure où il indique comment ces règles ont été violées. Dès lors que la requête n'expose nulle part comment ces règles auraient été transgressées, ce moyen ne peut pas être considéré comme tel dans cette mesure. Lorsqu'à un stade ultérieur de la procédure, la partie requérante précise le moyen, elle invoque en fait et en droit un moyen nouveau. Ce moyen est tardif et par conséquent irrecevable.

17. Quoi qu'il en soit, la partie défenderesse souhaite rappeler que le secteur pharmaceutique ne peut en aucun cas être considéré comme un secteur commercial 'ordinaire'. Les pharmaciens ont demandé et obtenu que leur profession ne soit pas perçue comme une activité commerciale au sens du Code de commerce. Il faut en outre relever que pour diverses raisons et en vertu de règles différentes, l'activité pharmaceutique se distingue des autres secteurs commerciaux. L'un de ces éléments tient à la particularité du produit : le médicament n'est pas choisi par le consommateur mais, dans la grande majorité des cas, par un tiers, le prescripteur. Voilà déjà en soi une spécificité importante qui réduit quelque peu le caractère commercial de la pharmacie.

18. L'argumentation relative à la violation présumée du principe de l'égalité ne convainc pas non plus. La discrimination présumée découle indéniablement du choix des pharmaciens concernés. Ce choix pourrait, selon la partie requérante elle-même, déboucher sur une différence de fait.

Il n'y a toutefois pas pour autant violation du principe d'égalité dès lors que des situations égales font bien l'objet d'un traitement égal. L'éventuelle différence dépend uniquement d'un choix spécifique du pharmacien concerné. Une situation différente ne constitue pas encore en soi une situation discriminatoire. En l'espèce, la différence éventuelle est raisonnablement justifiée et repose sur des éléments raisonnables.

Pour le surplus, la partie défenderesse renvoie au mémoire en réponse. Le moyen n'est pas fondé";

3.2.2. Discussion

3.2.2.1. Considérant que le moyen n'a été développé, tant dans la requête que dans le mémoire en réplique, que dans la mesure où il porte sur la violation du principe d'égalité et de non-discrimination; que le requérant n'est pas recevable à exposer son moyen pour la première fois dans son dernier mémoire; que le moyen est dès lors irrecevable dans la mesure où il concerne la liberté du commerce;

3.2.2.2. Considérant que, pour les motifs exposés au point 2.2., le requérant justifie d'un intérêt à invoquer la violation du principe d'égalité et de non-discrimination;

3.2.2.3. Considérant que la différence de traitement en question ne se situe pas entre les pharmaciens conventionnés et ceux qui ne le sont pas, mais entre les pharmaciens qui appliquent le régime du tiers payant et ceux qui ne l'appliquent pas; que les pharmaciens conventionnés ne sont aucunement obligés d'accepter le système du tiers payant; que les pharmaciens conventionnés et les pharmaciens non conventionnés ne sont donc pas traités différemment dans la disposition contestée; que le requérant l'admet explicitement dans son dernier mémoire; qu'il n'est pas recevable à conférer un nouveau fondement au moyen dans ce mémoire; que l'hypothèse sur laquelle repose le moyen n'est donc pas correcte; que les questions préjudicielles suggérées ne présentent dès lors pas la moindre utilité dans la présente affaire et ne doivent donc pas être posées à la Cour d'arbitrage; que le moyen n'est pas fondé;

3.3. Troisième moyen

3.3.1. Positions des parties

3.3.1.1. Considérant que ce moyen aussi ne concerne que l'article 2 de l'arrêté attaqué; qu'il est formulé comme suit dans la **requête** en annulation :

"(...) Violation du principe général du droit de la liberté du commerce. Violation de la liberté du commerce relevant de la constitution matérielle. Violation de l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes.

1. L'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, s'énonce comme suit :

‘À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon...’

Traditionnellement, on infère de cet ancien décret français la liberté du commerce et la liberté d'exercer une profession.

2. Depuis, la liberté du commerce doit être considérée comme un principe général du droit.

3. Enfin, la liberté du commerce est regardée comme relevant de la Constitution au sens matériel en raison de son intégration dans l'article 6, par. 1^{er}, 6/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

4. Un arrêté royal ne peut en principe pas porter atteinte à la liberté du commerce consacrée par le décret portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes. Il est admis que des restrictions à la liberté du commerce ne peuvent être prévues que moyennant trois conditions cumulatives :

- ces restrictions doivent avoir un fondement légal;
- les mesures doivent être en rapport avec les compétences attribuées à l'autorité;
- les restrictions doivent être proportionnées aux buts légitimes visés.

4.1. La première condition est remplie à première vue. Il y a un fondement légal, à savoir l'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. Toutefois, l'article 37, § 17, précité viole le principe constitutionnel d'égalité.

Le requérant réitère à cet égard l'argumentation qu'il a exposée au moyen précédent et invite votre Conseil à poser à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle précitée dans le cadre du présent moyen.

Si la Cour d'arbitrage devait décider que l'article 37, § 17, précité viole le principe d'égalité et de non-discrimination, le requérant invite votre Conseil à annuler également l'arrêté attaqué au motif qu'il est contraire au principe d'égalité.

4.2. Même dans l'hypothèse où votre Conseil déciderait de ne pas poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, il y a lieu d'annuler l'article 12 de l'arrêté attaqué.

En effet, pour limiter régulièrement la liberté du commerce, il convient également de satisfaire à la deuxième et à la troisième condition. Tel n'est manifestement pas le cas.

La mesure vise en effet – ou implique – l'exclusion complète de toute concurrence au niveau des prix entre les pharmacies conventionnées en ce qui concerne les produits pour lesquels l'assurance maladie intervient. Pareille exclusion totale de la concurrence, qui, comme cela a été exposé ci-dessus, ne peut être mise en relation avec une quelconque mesure d'économie, est de toute évidence disproportionnée par rapport à un objectif inscrit depuis des années déjà dans la loi mais que le Roi n'a apparemment jamais mis en oeuvre.

Tel est d'autant plus le cas qu'il existe des règles strictes concernant d'autres possibilités de concurrence, comme la publicité par les pharmacies. Ainsi, le Conseil d'appel de l'Ordre des pharmaciens a encore infligé le 28 avril 1998 une sanction disciplinaire à un pharmacien parce qu'il avait distribué des sacs en plastique sur lesquels figurait le logo de sa pharmacie. Le conseil a jugé que ce comportement était de nature à porter préjudice à la dignité de la profession de pharmacien";

3.3.1.2. Considérant que dans son **mémoire en réponse**, la partie défenderesse réplique ce qui suit :

"La liberté de commerce et d'industrie ne peut pas être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Le législateur ne violerait la liberté de commerce et d'industrie que s'il limitait celle-ci sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi (voir, par exemple, la Cour d'arbitrage, arrêt n/ 52/2000, du 3 mai 2000; arrêt n/ 74/2000, du 14 juin 2000; arrêt n/ 88/2000, du 13 juillet 2000, et arrêt n/ 113/2000, du 8 novembre 2000).

Maintenant qu'il est clair – et qu'il n'est du reste pas contesté par la partie requérante, étant donné que la violation de l'article 108 de la Constitution coordonnée n'est pas invoquée – que (l'article 2 en question de) l'arrêté attaqué a été simplement pris en exécution de la disposition légale, supérieure dans la hiérarchie des normes, de l'article 137, § 17, de la loi coordonnée relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, il est également évident que la partie requérante émet tout simplement en substance une critique de légalité. Comme il a déjà été précisé ci-dessus, il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier (éventuellement par le détour d'un arrêté royal) la légalité de la loi.

En ce qui concerne ce deuxième moyen aussi, la partie requérante indique qu'une question préjudicielle doit être posée à la Cour

d'arbitrage. Comme la partie défenderesse l'a déjà expliqué et argumenté ci-dessus, il n'y a toutefois pas lieu de le faire.

Lorsque la partie requérante poursuit en affirmant que même s'il est décidé de ne pas poser de question préjudicielle à la Cour d'arbitrage quant à la régularité de la norme juridique supérieure – et donc dans l'hypothèse de la régularité de celle-ci –, il convient d'annuler l'article 2 en question, elle se contredit manifestement.

En effet, il ne peut être soutenu en l'espèce que l'exécution régulière opérée à l'article 2 (ce qui n'est pas établi par la partie requérante, comme on l'a déjà montré) de la disposition légale constitutionnelle de l'article 137, § 17 (ce qui ressort de l'hypothèse de départ du raisonnement), pourrait impliquer l'irrégularité de l'article 2 de l'arrêté attaqué. Il est en effet tout à fait impossible qu'un tel résultat découle des prémisses avancées.

Quoi qu'il en soit, il est clair qu'il n'y a pas violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La partie requérante ne démontre en effet pas valablement (que) la mesure serait – selon son raisonnement – disproportionnée, parce que pendant longtemps, la norme légale mise en oeuvre n'a pas été effectivement exécutée.

Cela n'est pas sérieux : la (dis)proportionnalité de l'arrêté attaqué – et en particulier de son article 3 – n'est évidemment pas examinée essentiellement par rapport à la période écoulée entre l'entrée en vigueur de la disposition légale et la disposition exécutoire. La partie requérante n'apporte pas la preuve qu'il existe des motifs qui laissent supposer que l'objectif poursuivi par le législateur à l'époque ne serait plus le même aujourd'hui, ni qu'il y aurait une disproportionnalité entre l'article 2 de l'arrêté attaqué et cet objectif prétendument modifié. Le fait que la disposition légale concernée soit encore d'application constitue d'ailleurs la meilleure preuve de ce que le but du législateur n'a pas changé. L'arrêté contesté n'est dès lors nullement 'disproportionné'. Le deuxième moyen visant l'annulation de l'article 2 de l'arrêté attaqué n'est pas fondé";

3.3.1.3. Considérant que dans son **mémoire en réplique**, le requérant affirme notamment ce qui suit :

"La mesure attaquée exclut complètement toute concurrence (en matière de prix) entre les pharmacies conventionnées en ce qui concerne les produits pour lesquels l'assurance maladie intervient et est par conséquent disproportionnée à quelque but que ce soit! Le (seul) objectif mentionné dans le préambule de l'arrêté attaqué, à savoir la mesure d'économie est incorrect dans les faits et cet élément entraîne à lui seul la violation de la liberté de commerce. Un contrôle de proportionnalité est donc superflu";

3.3.1.4. Considérant que dans son **dernier mémoire**, le **requérant** invoque encore ce qui suit :

"2. Première condition concernant le fondement juridique pour la restriction :

Le rapport de l'auditorat cite l'article 37, § 17, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 comme fondement juridique pour l'article 2 contesté de l'A.R. du 29 mars 2002.

Étant donné que l'Auditeur ne développe pas ce point, la partie requérante souhaiterait signaler à votre Conseil que la disposition précitée de l'article 37, § 17, ne peut être regardée comme base légale que dans la mesure où elle n'est pas elle-même illégale. La partie requérante estime en effet que cette disposition viole le principe d'égalité et de non-discrimination. À cet égard, le requérant renvoie à l'argumentation figurant dans sa requête en annulation et dans son mémoire en réplique, sous le premier moyen qui porte sur l'illégalité de l'article 2 de l'arrêté attaqué.

3. Deuxième condition concernant le caractère ciblé des mesures :

Il ressort des commentaires de l'A.R. que les mesures ont effectivement pour but de réaliser des économies afin de garder les dépenses de l'assurance maladie sous contrôle. On ne peut cependant pas nier que ces mesures excluent la concurrence en termes de prix entre pharmacies conventionnées. Cela est par ailleurs confirmé dans le rapport de l'auditorat :

‘L'arrêté attaqué pourrait tout au plus ‘avoir pour conséquence’ l'exclusion de la concurrence en matière de prix entre pharmacies conventionnées (...)’.

Or, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une ‘conséquence’ qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Toutes les restrictions – tant celles imposées explicitement que celles découlant implicitement des mesures adoptées – doivent être prises en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère proportionné (cf. troisième condition).

4. Troisième condition concernant le caractère proportionné des restrictions :

Ici aussi, l'Auditeur fait référence à la possibilité qui s'offre aux pharmacies conventionnées de choisir ou non d'appliquer le régime du tiers payant. Comme nous l'avons déjà écrit plus haut, ce choix n'élimine pas la discrimination.

La discrimination réside dans la différence opérée entre les pharmacies qui appliquent le système du tiers payant et celles qui ne l'appliquent pas. Le fait que les pharmacies qui l'appliquent ne peuvent pas se faire concurrence, alors que celles qui ne l'appliquent pas le peuvent, est discriminatoire.

Les restrictions, qui découlent de l'article 2 de l'A.R. attaqué, doivent dès lors être considérées comme manifestement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Tel est d'autant plus le cas qu'il existe

des réglementations strictes concernant d'autres possibilités de concurrence, comme la publicité effectuée par les pharmaciens par exemple";

3.3.1.5. Considérant que la **partie défenderesse** n'avance aucun nouvel argument dans son **dernier mémoire**;

3.2.2. Discussion

Considérant que la disposition contestée impose uniquement aux pharmaciens qui appliquent le régime du tiers payant, de percevoir le ticket modérateur; que cette disposition n'engendre nullement "l'exclusion complète de toute concurrence en termes de prix entre les pharmacies conventionnées en ce qui concerne les produits pour lesquels l'assurance maladie intervient"; que, comme il est apparu de ce qui précède, les pharmaciens conventionnés ne sont en effet pas obligés d'appliquer le système du tiers payant; que le requérant ne peut pas invoquer pour la première fois dans son dernier mémoire que l'on ne peut attendre des pharmaciens qu'ils abandonnent ce système; que du reste, ce dernier argument du requérant implique également que les avantages liés à l'application du tiers payant sont à ce point intéressants pour les pharmaciens que l'inconvénient qui va de pair avec l'obligation pour toutes les pharmacies concernées – et l'argumentation du requérant laisse aussi sous-entendre qu'il doit s'agir de la très grande majorité des pharmacies – de percevoir le ticket modérateur ne l'emporte pas; qu'il n'est par ailleurs pas démontré que toute concurrence en matière de prix est tout à fait exclue avec des pharmaciens qui appliquent ce régime, dès lors que cette obligation n'interdit par exemple pas d'accorder des ristournes annuelles sur des produits pour lesquels l'assurance maladie intervient; qu'il convient de constater de surcroît que le requérant prétend également à tort que la mesure en cause n'est pas une mesure d'économie, puisque la perception obligatoire du ticket modérateur entend freiner la consommation médicale et par conséquent réduire les coûts à la charge de l'assurance maladie-invalidité; que les prémisses sur lesquelles repose le moyen ne sont dès lors pas correctes, de sorte qu'il ne s'avère pas non plus nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage; que le moyen n'est pas fondé;

3.4. Quatrième moyen

3.4.1. Positions des parties

3.4.1.1. Considérant que le quatrième moyen porte exclusivement sur l'article 3 de l'arrêté attaqué; qu'il est formulé comme suit dans la **requête** en annulation :

"Violation du principe d'égalité. Violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

1. L'article 3 de la décision attaquée introduit une mesure qui, en bref, revient à ce que les pharmacies conventionnées cofinancent la sécurité sociale. Les pharmacies non conventionnées ne subissent pas cette contrainte. Seuls les pharmaciens conventionnés sont visés.

2. Comme il a été dit, le montant des honoraires pour les préparations magistrales et les honoraires de responsabilité pour la délivrance des spécialités pharmaceutiques sont fixés par des conventions d'honoraires.

3. Si le régime du tiers payant est appliqué aux coûts des fournitures par les pharmacies conventionnées, toutes les opérations de tarification et tous les paiements des organismes assureurs sont exécutés obligatoirement (...) par les offices de tarification reconnus par le Ministre.

Ces offices de tarification ne sont donc compétents que vis-à-vis des pharmacies conventionnées, le tiers payant n'étant en effet pas applicable aux pharmacies non conventionnées.

4. L'article 3 de l'arrêté attaqué impose aux offices de tarification – et uniquement à ceux-ci – de diminuer la base sur laquelle l'intervention de l'assurance est calculée de 10,15% (7,7% à l'avenir) du montant de l'intervention personnelle à la charge des bénéficiaires.

Cette mesure ne s'applique donc pas aux pharmacies non conventionnées, qui ne travaillent d'ailleurs pas avec les offices de tarification.

Si les pharmacies non conventionnées et les pharmacies conventionnées affichent le même prix pour un même médicament, le pharmacien conventionné recevra au bout du compte 10,15% de l'intervention personnelle du bénéficiaire en moins, étant donné que les offices de tarification retiennent ce pourcentage lors du paiement dans le cadre du régime du tiers payant.

En tout cas, toute pharmacie conventionnée se voit retenir sur la délivrance de fournitures pharmaceutiques remboursables un montant équivalant à 10,15% de l'intervention personnelle du bénéficiaire, et elle contribue ainsi au financement de la sécurité sociale. Et ce alors qu'il n'est demandé aucun montant d'une valeur de 10,15% de l'intervention personnelle aux pharmacies non conventionnées qui fournissent les mêmes prestations de fournitures pharmaceutiques et que celles-ci ne

doivent donc pas contribuer d'une manière équivalente au financement de la sécurité sociale.

Dans une même situation, les pharmacies conventionnées et celles qui ne le sont pas sont traitées de façon inégale en application de l'article 3 de l'A.R. du 30 mars 2002, sans que cela soit raisonnablement justifié.

Cet article 3 (...) de l'arrêté attaqué viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

5. Le fondement juridique de l'article 3 de l'arrêté attaqué figure à l'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 :

‘Le Roi peut déterminer par arrêté [délibéré] en conseil des Ministres que pour les fournitures visées à l'article 34, 65/, l'intervention de l'assurance due par les organismes assureurs aux pharmaciens tenant officines ouvertes au public et aux médecins autorisés à tenir un dépôt de médicaments, est diminuée de maximum 15% du montant de l'intervention personnelle qui est laissé à charge des bénéficiaires, telle que visée à l'article 37, § 2 et § 4.’

Si la partie défenderesse venait à objecter que la violation invoquée du principe d'égalité serait déjà contenue dans le fondement juridique de l'article 3 de l'arrêté attaqué, la partie requérante invite votre Conseil à poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, conformément à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Il est suggéré de poser la question suivante :

‘L'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 ne viole-t-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution et par là-même le principe d'égalité et de non-discrimination, en ce qu'il contraint, ou à tout le moins autorise, le Roi, s'il entend exécuter la loi, à prendre une mesure qui aurait pour conséquence que les pharmacies conventionnées perçoivent un montant déterminé en moins, exprimé par un pourcentage déterminé de l'intervention personnelle des bénéficiaires, lorsqu'elles délivrent des fournitures pharmaceutiques remboursables alors que l'on ne retire rien aux pharmacies non conventionnées qui délivrent les mêmes fournitures pharmaceutiques ?’

Si la Cour d'arbitrage devait se prononcer dans le sens d'une violation du principe d'égalité, le requérant invite votre Conseil à constater la violation du principe d'égalité par l'arrêté attaqué”;

3.4.1.2. Considérant que dans son **mémoire en réponse**, la partie défenderesse réplique ce qui suit :

"Dans un premier temps, la partie défenderesse souligne une nouvelle fois l'irrecevabilité du moyen pour cause de défaut d'intérêt (légitime) de la partie requérante. La motivation est la même que celle avancée ci-dessus : la partie requérante a elle-même choisi de faire partie du réseau des pharmacies conventionnées. Il est dès lors logique qu'elle doit en accepter les conséquences – qui en découlent légalement.

Il a également déjà été précisé ce qu'il y avait lieu de comprendre par principe d'égalité et de non-discrimination. Il convient de répéter que la partie requérante n'apporte aucunement la preuve d'une violation de ce principe. Les mêmes arguments demeurent.

En ce qui concerne ce moyen également, la partie requérante constate elle-même qu'il s'agit d'une critique formulée à l'encontre d'un élément qui ne découle pas en soi de l'arrêté attaqué, mais de la loi, à savoir de l'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994. Le Conseil n'est pas compétent pour apprécier la légalité de la loi. Il est dès lors suggéré par la partie requérante de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Comme il a été précisé ci-dessus, il n'y a cependant aucune raison de le faire";

3.4.1.3. Considérant que dans son **mémoire en réplique**, le requérant soutient notamment ce qui suit :

"2. Au chapitre II. (Recevabilité), la partie requérante a exposé à suffisance que le fait d'avoir choisi volontairement d'adhérer à la convention n'hypothèque en rien son intérêt au moyen.

3. Au vu des pages 12 et 13 de la requête, la remarque selon laquelle la partie requérante n'expose pas comment le principe d'égalité et de non-discrimination est violé doit être tenue pour particulièrement peu sérieuse.

4. Enfin, la partie requérante souhaite ici aussi insister sur le fait que même si elle est tout à fait confiante à ce sujet, elle considère que la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage est superflue et elle ne la demande dès lors qu'à titre accessoire. Le Roi n'était en effet pas dans l'obligation d'exécuter l'article 165, dernier alinéa, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Il était libre à cet égard et il a donc choisi délibérément de violer les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. À nouveau, la partie requérante se prévaut principalement de la doctrine Waleffe";

3.4.1.4. Considérant que dans son **dernier mémoire**, le **requérant** soutient encore ce qui suit :

"2. Le fait qu'il existe bien une inégalité entre les pharmacies qui appliquent le régime du tiers payant et celles qui ne l'appliquent pas est explicitement confirmé dans le rapport de l'auditorat :

‘De cette manière, l'intervention personnelle du bénéficiaire pour les spécialités pharmaceutiques remboursables délivrées par des pharmacies non conventionnées retourne aussi au budget de l'assurance maladie, si ce n'est que la pharmacie non conventionnée n'en ressent pas elle-même les effets puisqu'elle a perçu le ticket modérateur sans qu'une partie en soit réclamée ou retenue.

C'est cette inégalité entre pharmacies conventionnées et non conventionnées que la partie requérante attaque. Il faut toutefois rappeler ce qui a déjà été indiqué dans la discussion du deuxième moyen : la partie requérante se base sur la prémisse erronée selon laquelle les pharmacies conventionnées sont obligées d'appliquer le système du tiers payant. Il ressort de l'article 4 de la Convention entre les pharmaciens et les organismes assureurs du 20 décembre 1995 que tel n'est pas le cas (voir 2.4.2.). L'inégalité ne découle donc pas du fait que la pharmacie est conventionnée ou non, mais de l'application ou non du régime du tiers payant. En tant que pharmacie conventionnée, la partie requérante peut ne pas appliquer le système du tiers payant, auquel cas elle échappera aux conséquences de l'article 3 attaqué.

Le moyen ne repose par conséquent pas sur un fondement de fait correct dans la mesure où il situe l'inégalité sur le plan du rapport pharmacies conventionnées/non conventionnées. Pour le même motif, il n'y a pas lieu de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, étant donné que cette question se base également sur l'inégalité entre pharmacies conventionnées et non conventionnées (dans le même sens : Cass. 24.09.1997, A.C., n/ 366 : Lorsqu'un moyen invoquant la violation par une loi, un décret ou une ordonnance, des articles 10 et 11 de la Constitution repose sur une hypothèse erronée, la Cour de cassation n'est pas tenue de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage).’

3. Toutefois, ici aussi, l'Auditeur suggère tout à fait à tort que la partie requérante aurait elle-même créé l'inégalité en optant pour le régime du tiers payant et qu'elle peut échapper aux répercussions de l'article 3 contesté en n'appliquant plus ce régime.

Comme il a déjà été dit ci-dessus, il s'agit là d'une option qui n'est pas réalisable dans la pratique, et ce pour des motifs tant concurrentiels qu'administratifs. En outre, le fait d'avoir le choix n'empêche en rien qu'il puisse y avoir violation du principe d'égalité et de non-discrimination (voir *supra*).

4. En ce qui concerne l'obligation de poser une question préjudicielle, le concluant note que l'article 27 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage dispose expressément que la Cour d'arbitrage peut reformuler la question préjudicielle posée.

Or, ce qui est possible pendant la procédure devant la Cour d'arbitrage, l'est *a fortiori* aussi avant que la question préjudicielle soit posée.

La partie requérante demande dès lors à votre Conseil de poser la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage :

‘L’article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 ne viole-t-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution, et par là-même le principe d'égalité et de non-discrimination, en ce qu'il contraint, ou à tout le moins autorise, le Roi, s'il entend exécuter la loi, à prendre une mesure qui aurait pour conséquence que les pharmacies qui optent pour l'application du régime dit du tiers payant perçoivent un montant déterminé en moins, exprimé par un pourcentage déterminé de l'intervention personnelle des bénéficiaires, lorsqu'elles délivrent une fourniture pharmaceutique remboursable, alors que l'on ne retire rien aux pharmacies qui n'appliquent pas ce régime et qui délivrent la même fourniture pharmaceutique ?’

Dès lors que l'inégalité est également reconnue par l'Auditeur, il serait en effet inacceptable de refuser de soumettre cette question à la Cour d'arbitrage en raison d'une prétendue formulation incorrecte. En effet, cette attitude témoignerait uniquement d'une certaine 'légèreté', étant donné que l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage n'interdit pas du tout de poser une question préjudicielle en pareilles circonstances.

La partie requérante se doit, ici aussi, de faire référence à l'arrêt du 16 mai 2000 de votre Conseil d'où il ressort clairement que votre Conseil ne rejette '*a priori*' pas la possibilité de soumettre une question préjudicielle formulée dans un dernier mémoire. Il en est d'autant plus ainsi que la question avait déjà été posée dans la requête en annulation et que comme 'initiateur' de la mesure légale relative aux pharmacies, la partie défenderesse savait pertinemment ce que la partie requérante visait. Par ailleurs, les modifications précitées ne changent rien à la teneur des moyens (à l'exception du remplacement de la distinction conventionné/non conventionné par la distinction application du régime du tiers payant/non-application)";

3.4.1.5. Considérant que dans son **dernier mémoire**, la **partie défenderesse** rétorque ce qui suit :

"25. Elle souhaite, de plus, rappeler qu'il n'est question de violation du principe d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution que lorsque des situations identiques donnent lieu à des traitements différents et lorsque rien ne justifie raisonnablement cette inégalité de traitement.

En l'espèce, il y a lieu de constater que, quoi qu'il en soit, la situation d'un pharmacien conventionné qui applique le régime du tiers payant

diffère objectivement de celle du pharmacien non conventionné qui ne l'applique pas. Ce dernier ne peut pas bénéficier des divers avantages liés à l'adhésion à la convention entre les pharmaciens et les organismes assureurs.

Comme il a déjà été exposé dans le cadre de l'examen de la recevabilité de la requête, l'adhésion à la Convention entre les pharmaciens et les mutualités emporte à la fois des avantages et des inconvénients relatifs pour le pharmacien concerné. Cela est inhérent aux conventions passées entre les prestataires de soins et les mutualités. Le fait de ne pas souscrire à ces conventions entraîne d'autres avantages et inconvénients pour le prestataire de soins concerné, et en particulier pour le pharmacien.

La différence objective entre ces deux catégories justifie en tout état de cause les situations différentes et les traitements différents de leurs honoraires. Cette différence de traitement ne constitue donc en rien une discrimination.

26. Le fait que la partie requérante invoque dans son dernier mémoire qu'il existerait une inégalité entre les pharmacies qui appliquent le régime du tiers payant et celles qui ne l'appliquent pas est naturellement sans importance ici.

Premièrement, on notera qu'il s'agit ici d'une reformulation du moyen, et en fait d'un nouveau moyen. Ce dernier est dès lors irrecevable.

Deuxièmement, on notera, comme il a été exposé ci-dessus, qu'une différence de traitement ne constitue pas en soi une discrimination. Comme il a déjà été expliqué en détail dans le mémoire en réponse ainsi que dans les pièces de procédure ultérieures, il n'apparaît nulle part que l'éventuelle différence de traitement constituerait une discrimination";

3.4.2. Discussion

3.4.2.1. Considérant que pour les motifs exposés sous le point 2.2, le requérant justifie d'un intérêt à invoquer la violation du principe d'égalité et de non-discrimination;

3.4.2.2. Considérant que, comme il a déjà été constaté pour l'article 2 de l'arrêté attaqué, la différence de traitement en question ne concerne pas les pharmaciens conventionnés et ceux qui ne le sont pas, mais bien les pharmaciens qui appliquent le régime du tiers payant et ceux qui ne l'appliquent pas; que les pharmaciens conventionnés ne sont aucunement obligés d'accepter le régime du tiers payant; que les pharmaciens conventionnés et les pharmaciens non conventionnés ne sont donc pas traités différemment dans la disposition contestée; que le requérant le concède expressément dans son dernier mémoire; qu'il n'est pas recevable à conférer un nouveau fondement au moyen dans son dernier mémoire; que l'hypothèse sur laquelle le moyen repose n'est donc pas correcte; que les questions préjudicielles suggérées ne présentent dès lors pas la moindre utilité pour le règlement de la présente cause et ne doivent donc pas être posées à la Cour d'arbitrage; que le moyen n'est pas fondé,

DÉCIDE :

Article 1^{er}

Le recours est rejeté.

Article 2

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge du requérant.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le seize novembre
deux mille six, par la VII^e chambre, composée de :

Mme	M.-R. BRACKE,	président de chambre,
MM.	R. STEVENS,	conseiller d'État,
	E. BREWAEYS,	conseiller d'État,
Mme	A. WIJNANTS,	greffier.

Le greffier

Le président

A. WIJNANTS

M.-R. BRACKE

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1^{er}, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.