CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 217.001 du 22 décembre 2011

A. 202.845/XV-1793

En cause : **FAGNIART** Gaëlle,

ayant élu domicile chez
Mes L. MISSON et A. KETTELS, avocats,
rue de Pitteurs 41
4020 Liège,

contre :

1. **l'État belge**, représenté par le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,
2. **le Bureau de sélection de l'Administration fédérale (SELOR)**,

   ayant tous deux élu domicile chez
   Me E. JACUBOWITZ, avocat,
   avenue Tedesco 7
   1160 Bruxelles,
3. **l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI)**,

   ayant élu domicile chez
   Mes P. SLEGERS et B. FONTEYN, avocats,
   chaussée de La Hulpe 178
   1170 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la requête introduite par télécopie et par pli recommandé à la poste le 15 décembre 2011 par Gaëlle FAGNIART, qui demande la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence de:
- la décision lui notifiée par le SELOR le 6 décembre 2011 l'informant de sa non-sélection au terme du concours organisé pour les kinésithérapeutes le 29 octobre 2011;
- la décision lui notifiée par l'INAMI le 13 décembre 2011 lui attribuant un numéro INAMI ne lui permettant pas d'attester les prestations au cabinet ou au domicile du patient;

Vu la demande de mesures provisoires d'extrême urgence, introduite à la même date du 15 décembre 2011 et tendant à ce que le Conseil d'État «ordonne que

la prolongation des numéros provisoires INAMI accordés aux kinésithérapeutes non sélectionnés au terme du concours organisé le 29 octobre 2011 soit assurée dans l'attente d'une décision au fond quant à la validité des résultats du concours»;

Vu le dossier administratif et la note d'observations déposés par l'INAMI, troisième partie adverse;

Vu l'ordonnance du 15 décembre 2011 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître à l'audience du 20 décembre 2011 à 14 heures;

Entendu, en son rapport, M. Ph. QUERTAINMONT, conseiller d'État, président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me A. KETTELS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes E. JACUBOWITZ et Ph. SCHAFFNER, avocats, comparaissant pour les première et seconde parties adverses, et Mes P. SLEGERS et B. FONTEYN, avocats, comparaissant pour la troisième partie adverse;

Entendu, en son avis conforme sur la demande de suspension et contraire sur la demande de mesures provisoires, M. D. DELVAX, auditeur au Conseil d'État;

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

Le contexte juridique du «numerus clausus» imposé aux diplômés en kinésithérapie et les faits de la cause:

1. La loi du 24 novembre 2004 portant des mesures en matière de soins de santé a remplacé, dans l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et des commissions médicales, le paragraphe 1er de l'article 35*novies* en vue de limiter les remboursements de l'assurance obligatoire soins de santé aux prestations des kinésithérapeutes qui, outre qu'ils sont agréés pour l'exercice de la profession, satisfont également à certains critères de sélection. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, cette mesure de contingentement des kinésithérapeutes a été essentiellement justifiée et exposée comme suit:

> « Non seulement le nombre de kinésithérapeutes est déjà trop élevé en Belgique, mais les prévisions quant au nombre de diplômes délivrés dans les années à venir indiquent que la situation va encore s'aggraver.

Actuellement, l'agrément par le ministre de la Santé publique est une condition pour pouvoir exercer la profession de kinésithérapeute comme une condition pour l'accès au remboursement des soins dans le cadre de l'assurance maladie invalidité.

Le but est de permettre l'accès à la profession sans la détention d'un numéro INAMI.

Celui qui souhaite en outre avoir accès à la profession dans le cadre du remboursement par l'Inami, devra faire partie des quotas fixés en vertu de l'article 35*novies* de l'arrêté royal n° 78.

Le contingentement concernera les diplômés qui souhaitent obtenir à la fois l'agrément et l'accès à l'INAMI.

Les autres qui, par l'agrément, peuvent exercer la profession sans disposer d'un numéro INAMI, peuvent exercer dans le domaine professionnel de l'enseignement ou du secteur du bien-être comme par exemple les soins aux handicapés, les centres de revalidation ou les clubs de sport.» (*Doc. parl.* Chambre, 2003-2004, DOC 51-1016/001, p.5).

2. Dans ce sens, l'article 35*novies* de l'arrêté royal n° 78 instaure le principe du «numerus clausus», notamment à l'égard du nombre global de candidats qui, après avoir obtenu leur diplôme de kinésithérapie, pourront prester dans le cadre de l'assurance maladie-invalidité. Cette disposition est ainsi rédigée:

« § 1er. Sur la proposition conjointe des ministres qui ont respectivement la Santé publique et les Affaires sociales dans leurs attributions, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres:

1° le Roi peut déterminer, après avis de la Commission de planification, le nombre global de candidats, réparti par Communauté, qui, après avoir obtenu le diplôme visé aux articles 2, § 1er, alinéa 1er, et 3, alinéa 1er, ont annuellement accès à l'attribution des titres professionnels particuliers, faisant l'objet de l'agrément visé à l'article 35*quater*;

2° le Roi peut déterminer, après avis de la Commission de planification, le nombre global de candidats titulaires d'un diplôme délivré par une institution relevant de la Communauté française ou de la Communauté flamande, réparti par Communauté, qui, après avoir reçu l'agrément visé à l'article 21*bis*, § 1er, alinéa 1er, obtiennent annuellement accès à l'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé, pour les prestations visées à l'article 34, alinéa 1er, 1°, c), de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994;

3° Le Roi peut déterminer, après avis de la Commission de planification, le nombre global de candidats qui ont annuellement accès à l'obtention d'un agrément pour l'exercice d'une profession pour laquelle existe un agrément;

4° Le Roi peut fixer les critères et les modalités pour la sélection des candidats visés au 1°, au 2° et au 3°.

[…]

§ 3. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis de la Commission de planification, sur proposition du Ministre de la Santé publique et du Ministre des Affaires sociales, déterminer par Communauté le nombre de

candidats ayant accès aux différents titres professionnels ou groupes de titres professionnels particuliers.

[…].»

3. Un arrêté royal a ensuite été adopté, le 20 juin 2005, «fixant les critères et les modalités de sélection des kinésithérapeutes agréés qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités».

Cet arrêté détermine, pour l'ensemble de l'État fédéral, le nombre global de kinésithérapeutes pouvant accomplir des prestations bénéficiant d'une intervention de l'assurance soins de santé, ce nombre global étant réparti entre les Communautés flamande et française. Un mécanisme de compensation est également prévu pour rencontrer l'hypothèse dans laquelle un kinésithérapeute a obtenu le droit d'accomplir des prestations couvertes par l'assurance soins de santé mais ne l'a pas exploité.

Plus précisément, l'article 7 de l'arrêté royal du 20 juin 2005, tel que modifié en dernier lieu par un arrêté du 31 août 2011, est ainsi rédigé:

« § 1er. Le nombre global de kinésithérapeutes qui, après avoir obtenu le diplôme visé à l'article 21*bis*, § 2, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 (...), ont annuellement le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités visée à l'article 35*novies*, § 1er, 2°, ne peut être supérieur à 450 par an, pour les années 2005 jusqu'à 2017.

§ 2. Par Communauté, le nombre visé à l'article 1er est fixé comme suit:

1° en ce qui concerne le nombre de candidats possédant un diplôme de fin d'études délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur relevant de la compétence de la Communauté flamande: 270 par an pour les années 2005 jusqu'à 2017;

2° en ce qui concerne le nombre de candidats possédant un diplôme de fin d'études délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur relevant de la compétence de la Communauté française: 180 par an pour les années 2005 jusqu'à 2017.

§ 3. À partir de l'année 2008, les nombres fixés au § 2, sont augmentés par la compensation, par Communauté, des lauréats du concours qui ont obtenu le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités et qui ne le mettent pas en œuvre, conformément à la formule jointe en annexe au présent arrêté.»

4. Lorsque le quota attribué à chaque Communauté est dépassé, le droit d'accomplir des prestations dans le cadre de l'assurance soins de santé est accordé aux kinésithérapeutes sur la base d'un concours organisé en application de l'article 1er, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal précité du 20 juin 2005. Cette disposition prévoit ce qui suit:

« § 2. Les candidats qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance soins de santé et indemnités, sont sélectionnés par un concours. Ce droit est personnel et incessible.

§ 3. Le concours porte sur les connaissances, les aptitudes et les attitudes des candidats, qui apparaissent comme nécessaires au droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans le cadre de la gestion d'une pratique de kinésithérapie.»

5. Durant les années 2008 et 2009, aucun concours n'a été organisé, les quotas prévus pour les kinésithérapeutes francophones à l'article 7 de l'arrêté royal du 20 juin 2005 (et revus par deux fois à la hausse), et après application du mécanisme de compensation, n'étant pas dépassés.

Un concours a par contre été organisé en 2010 pour la Communauté française, son quota de 293 (180 + 113 en application du mécanisme de compensation) étant dépassé par le nombre de candidats. Il ressort à cet égard des différentes pièces du dossier soumis au Conseil d'État que les résultats de ce concours n'ont été publiés qu'au cours de l'année 2011 et que l'ensemble des participants qui n'avaient pas été lauréats en 2010 ont eu la possibilité de repasser le concours en 2011 et ont pu continuer à bénéficier de leur numéro provisoire INAMI jusqu'à la publication des résultats de l'épreuve organisée en 2011, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2011.

6. Pour l'année 2011, un arrêté ministériel du 15 septembre 2011, publié au *Moniteur belge* du 28 septembre, a fixé le quota à 348 kinésithérapeutes pour la Communauté flamande et à 287 pour la Communauté française.

Conformément à l'habilitation que lui ont conférée les articles 2 et suivants de l'arrêté royal précité du 20 juin 2005, la Ministre de la Santé publique et des Affaires sociales a fixé, par un arrêté daté du 24 août 2011 et publié au *Moniteur belge* du 2 septembre, pour l'année 2011 la date et les modalités du concours de sélection des kinésithérapeutes agréés qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités. Un second arrêté ministériel, daté du 2 septembre 2011 et paru au *Moniteur belge* du 29 septembre, a fixé pour l'année 2011 la matière du concours de sélection.

Le concours de sélection pour les francophones a été organisé par le SELOR le 29 octobre 2011 et a réuni 497 candidats. Le quota finalement retenu pour l'analyse de la sélection après concours est de 261 kinésithérapeutes.

Par contre, aucun concours n'a été organisé, ni en 2010 ni en 2011, pour les kinésithérapeutes relevant de la Communauté flamande.

7. À l'appui de son recours au Conseil d'État, la requérante expose qu'elle est diplômée en kinésithérapie, ayant obtenu ce diplôme au terme de l'année académique 2010-2011, qu'elle a reçu un numéro provisoire INAMI lui permettant de poser des prestations remboursées en faveur de ses patients, et notamment des prestations posées à domicile ou en cabinet, ou encore des prestations posées en hôpital, mais en médecine externe.

Elle expose ensuite qu'elle s'est inscrite à l'épreuve du 29 octobre dernier, et qu'elle a reçu le 6 décembre 2011 la décision du SELOR du 5 décembre, ainsi rédigée:

« Vu l'Arrêté Royal du 18 septembre 2008 paru dans le *Moniteur belge* du 19 septembre 2009 et 1'Arrêté Royal du 14 octobre 2009 paru dans le *Moniteur belge* du 21 octobre 2009 modifiant l'Arrêté Royal du 20 juin 2005 paru dans 1e *Moniteur belge* du 30 juin 2005, fixant les critères et les modalités de sélection des kinésithérapeutes agréés qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, le nombre de candidats a été fixé pour cette année à 261 par l'article 5, § 4, 1'article 7, § 2, 1°, et l'article 8, § 2, augmenté ou diminué du nombre reporté en crédit ou en débit en application de l'article 8, § 2, autorisés à attester des prestations en cabinet et au domicile du patient.

Vous avez participé au concours de la sélection susmentionnée.

Vous avez obtenu la cote de 28,57 points sur 100.

Vous êtes classé 338ème. Vous n'êtes donc pas lauréate de la présente sélection. L'INAMI est informé de votre non-sélection et vous informera prochainement concernant votre numéro provisoire.

Si vous avez des questions, nous vous invitons à prendre contact avec l'INAMI.

[…].»

Il s'agit du premier acte dont la suspension de l'exécution est demandée en extrême urgence au Conseil d'État.

8. Le 13 décembre 2011, la requérante a également reçu un courrier standardisé émanant du Service soins de santé de l'INAMI, daté du 12 décembre et ainsi libellé:

« Votre inscription en tant que kinésithérapeute par le Service des soins de santé.

(numéro se terminant par 507)

Kinésithérapeutes qui ne peuvent attester les prestations au cabinet et au domicile du patient.

Madame, Mademoiselle, Monsieur,

Diplômé(e)s après le 15 juin 2005, non sélectionné(e) au concours 2011 organisé par le SELOR, votre nouveau certificat se trouve en annexe de la présente.»

Cette décision n'indique pas les voies de recours, administrative ou juridictionnelle, qui s'ouvrent le cas échéant à son destinataire, comme l'imposent la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration, et l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Il s'agit du second acte attaqué par le recours au Conseil d'État.

La demande de mise hors cause formulée par l'INAMI:

Considérant que dans sa note d'observations, l'INAMI, troisième partie adverse, souligne que la partie requérante entend poursuivre la suspension de deux décisions distinctes, prises par des autorités distinctes et que la requête ayant été taxée en débet au montant de 175 euros, il s'en déduit que la demande de suspension de l'exécution de la seconde décision attaquée, celle de l'INAMI, n'est pas couverte par ce droit de greffe et est irrecevable; que la troisième partie adverse estime dès lors qu'elle doit être mise hors de la cause;

Considérant qu'il est de règle que plusieurs demandes ne peuvent être introduites de manière recevable dans une seule requête que si les actes visés par ces demandes sont à ce point liés entre eux qu'il s'indique, pour la facilité de l'instruction ou pour éviter la contradiction entre plusieurs décisions juridictionnelles, d'instruire ces demandes comme un tout et d'y statuer par une seule décision; qu'en l'espèce, les deux actes attaqués, qui donnent lieu dans la requête au développement des mêmes moyens, sont connexes, la décision de l'INAMI étant la suite logique de la décision du SELOR informant la requérante de sa non-sélection au terme du concours; qu'il s'ensuit que la demande de suspension est recevable en ses deux objets et qu'il n'y a pas lieu de mettre hors cause l'INAMI;

Le recours à la procédure de suspension en extrême urgence:

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir, et à la condition que la partie requérante ait fait toutes diligences pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'État dès que possible;

Considérant qu'en l'espèce, les actes attaqués ont été portés à la connaissance de la requérante par des courriers datés du lundi 5 décembre et du lundi 12 décembre 2011, reçus le lendemain; que ces actes ont pour effet le retrait du

numéro provisoire INAMI qui avait été accordé provisoirement à la requérante en vue d'accomplir des prestations de kinésithérapie au cabinet et au domicile du patient bénéficiant d'une intervention de l'assurance soins de santé; que la requérante souligne à l'appui de son recours que seul un arrêt prononcé selon la procédure d'extrême urgence pourrait lui permettre de ne pas perdre son numéro INAMI provisoire et en conséquence, de ne pas perdre l'essentiel de ses revenus dès le 1er janvier 2012; que sa requête en suspension, qui comporte 29 pages et à laquelle sont annexées 5 fardes d'annexes, a été introduite par télécopie dès le 15 décembre à 10 heures 48; qu'il s'ensuit que la requérante a introduit la présente demande avec toute la diligence requise et que l'extrême urgence est établie;

Exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande de suspension:

Considérant que cinq moyens sont soulevés dans la requête:

- un premier moyen est pris de la violation des articles 35*octies* à *duodecies* de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1978 (lire sans doute «*1967*») relatif à l'exercice des professions des soins de santé, insérés par la loi du 29 avril 1996, des principes du raisonnable, de proportionnalité et de bonne administration, du principe de la hiérarchie des normes et de l'article 159 de la Constitution, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que du défaut de base légale, du défaut de motifs adéquats, pertinents et légalement admissibles, et de l'erreur manifeste d'appréciation; la requérante soutient que la détermination du quota qui fonde sa non-sélection, et l'organisation du concours, ne reposent sur aucune donnée permettant d'établir qu'elles participent à une nécessité de limiter l'offre en kinésithérapie, alors que l'organisation de l'épreuve de sélection, la détermination du quota annuel et la détermination des résultats de l'épreuve constituent la mise en œuvre d'une politique de quota visant à limiter le nombre de kinésithérapeutes pour atteindre deux objectifs déterminés par le législateur; dans les développements du moyen la requérante critique le fait qu'un quota global des candidats qui obtiennent accès à l'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé a été déterminé pour toutes les années comprises entre 2005 et 2017 et que cette détermination du quota a été posée il y a plus de 6 années, sans qu'aucune mesure ne soit prévue qui permettrait de réévaluer chaque année les nécessités de contingentement en fonction des objectifs poursuivis par la loi du 29 avril 1996; elle critique aussi les mesures de compensation qui ont dû être insérées par la suite, pour empêcher l'organisation du concours en raison du constat de dépassement du quota annuel et l'insuffisance de cette mesure de compensation en 2010, puis en 2011; elle estime dès lors que l'arrêté royal du 20 juin

2005, en ce qu'il ne permet aucune réévaluation des besoins après la détermination du quota en 2005, sous réserve d'un simple mécanisme de compensation indépendant d'une approche globale des besoins de la population et de l'offre médicale effective, doit être considéré comme étant contraire aux articles 35*octies* à 35*duodecies* de l'arrêté n° 78;

- le deuxième moyen est pris de la violation de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1978 (lire sans doute «*1967*») relatif à l'exercice des professions des soins de santé, de l'arrêté royal du 25 juin 2005 (lire sans doute «*du 20 juin*», bien que son intitulé ne soit pas indiqué dans l'exposé du moyen), des principes du raisonnable, de la proportionnalité, de l'information préalable, de prévisibilité et de sécurité juridique, ainsi que de la violation du principe de la hiérarchie des normes et de l'article 159 de la Constitution; la requérante fait valoir que le contenu de l'examen de sélection doit porter sur «les connaissances, les aptitudes et les attitudes des candidats», qui apparaissent comme nécessaires au droit d'accomplir des «prestations» qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans le cadre de la gestion d'une pratique de kinésithérapie; elle argumente ensuite que le contenu de l'examen de sélection qui a pris place le 29 octobre 2011 n'a aucunement répondu à ce prescrit; elle souligne que l'épreuve se limitait aux connaissances de la réglementation, et de la nomenclature de l'INAMI d'une part, et à un test de personnalité tout à fait subjectif, d'autre part, et soutient que le fait, pour un kinésithérapeute, de connaître l'intégralité des normes légales qui entourent sa profession ainsi que la nomenclature précitée, ne fait pas de lui un bon praticien;

- un troisième moyen est pris de la violation de l'arrêté ministériel du 2 septembre 2011 fixant pour l'année 2011 la matière du concours de sélection des kinésithérapeutes agréés qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, des principes de bonne administration, de sécurité juridique, d'accessibilité et de clarté de la norme de droit, des principes des droits de la défense, et *patere legem ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation; la requérante souligne que le contenu de l'épreuve de sélection est déterminé par un arrêté ministériel du 2 septembre 2011, qui divise l'épreuve en trois parties: une épreuve de connaissance, un «test de situation» et «un test d'attitudes»; elle réitère ensuite une partie des critiques déjà développées à l'appui de son deuxième moyen, et conteste, dans l'épreuve de sélection qui a été organisée le 29 octobre dernier, la partie «test de situation», exclusivement constituée de questions liées à la nomenclature INAMI, le «test d'attitude», constitué de questions tout à fait

subjectives basées sur les préférences des candidats quant à leur mode de vie (organisation du temps de travail, des loisirs, ...), ainsi que le principe de cotation (+1,0 ou -1), qui n'a été explicité aux candidats qu'au début de l'épreuve;

- le quatrième moyen invoque une violation des principes de prévisibilité, de sécurité juridique et de confiance légitime, du principe *patere legem quam ipse fecisti,* des principes du raisonnable et de la proportionnalité, ainsi que l'erreur manifeste d'appréciation; dans une première branche, la requérante soutient que le concours a été organisé en 2011 alors que les mesures prises à l'issue du concours 2010 l'ont clairement été en vue d'une suppression du concours; dans une seconde branche de son moyen, la requérante estime que l'organisation du concours en 2011 n'a pas tenu compte des conséquences du cumul entre les candidats qui sortaient des études en 2011 et ceux qui n'avaient pas été retenus en 2010, alors que ce cumul n'a pu exister qu'en raison des mesures que le Conseil des ministres lui-même a adoptées; la requérante expose à ce sujet qu'en 2010, le Conseil des ministres avait envisagé la suppression du concours, notamment sur base de l'avis de la commission de planification, mais que cette suppression était impossible vu l'absence d'un gouvernement disposant de la plénitude de ses pouvoirs; elle souligne aussi que la déclaration récente de politique générale prévoit que le concours sera supprimé en 2012;

- un dernier moyen est pris de la violation de la liberté de commerce et d'industrie, consacrée notamment par le décret d'Allarde du 2 mars 1791, du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par l'article 23 de la Constitution et par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux, de l'article 35*novies* de l'arrêté royal n° 78, de l'article 86 du Traité CE (ancienne numérotation), de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 159 de la Constitution, de la violation des principes du raisonnable et de la proportionnalité, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation; en substance, la requérante argumente que la mesure de contingentement qui fonde les deux décisions attaquées porte atteinte aux droits et libertés visées au moyen, alors qu'il n'existe selon elle pas de justification, ou à tout le moins de rapport raisonnable de proportionnalité entre cette atteinte portée et les objectifs poursuivis par la mesure en cause;

Examen des deuxième et troisième moyens réunis:

Considérant que l'arrêté royal du 20 juin 2005 a instauré, en son article 1er, le principe selon lequel les kinésithérapeutes qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance soins de santé et indemnités, sont sélectionnés par un concours; que le paragraphe trois du même article précise que «*le concours porte sur les connaissances, les aptitudes et les attitudes des candidats, qui apparaissent comme nécessaires au droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans le cadre de la gestion d'une pratique de kinésithérapie*»; que l'article 2 dispose encore que «le Ministre des Affaires sociales et le Ministre de la Santé publique fixent, après avis de la commission [du concours en kinésithérapie] le contenu et les modalités d'organisation du concours»;

qu'en vertu de cette habilitation, la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, par un arrêté du 2 septembre 2011 paru au *Moniteur belge* du 29 septembre, a fixé pour l'année 2011 1a matière du concours de sélection; que cette matière, qui a fait l'objet d'une communication via le site internet de l'INAMI et a servi de base à l'épreuve de sélection organisée par le SELOR, se compose de trois parties («connaissance», «test de situation», «test d'attitudes») ainsi décrites dans l'arrêté ministériel:

« § 2. Partie connaissance:

1. Arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de santé (dernière mise à jour 22 décembre 2010):

-> Chapitre I*er bis*: L'exercice de la kinésithérapie.

-> Chapitre II*bis*: Qualifications professionnelles particulières, titres professionnels particuliers, maîtrise de l'offre, fin de carrière, évaluation, structure et organisation de la pratique, organes et banque de données fédérale des professionnels des soins de santé.

- Chapitre III: Les commissions médicales.

2. Arrêté royal du 15 avril 2002 relatif à l'agrément en qualité de kinésithérapeute et à l'agrément des titres particuliers et des qualifications particulières.

3. Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 (dernière mise à jour 19 juillet 2011):

-> Titres Ier: Généralistes.

-> Titres II: De l'institut national de d'assurance maladie-invalidité.

-> Titre III: De l'assurance soins de santé

o Chapitre 1er: Des institutions

* Section Ire: Du Services des soins de santé
* Section II: Du Conseil général de l'assurance soins de santé
* Section III: De la commission de contrôle budgétaire
* Section IV: Du Conseil scientifique
* Section V: Du Comité de l'assurance soins de santé
* Section VI: Du Conseil consultatif de la rééducation fonctionnelle
* Section VIII: Des commissions de conventions ou d'accords

* Section IX: Des Conseils techniques
* Section X: Des Commissions de profils
o Chapitre II: Du champ d'application
o Chapitre III: Des prestations de santé
* Articles 34, 35, 36*sexies* et 37, § 1er
o Chapitre III*bis*: Du maximum à facturer
o Chapitre V: Des rapports avec les dispensateurs de soins, les services et les établissements
* Section Ire: Des conventions (A, B, F)
* Section III: Dispositions communes aux sections Ire et II relatives à d'autres prestations de santé
* Section IV: Du statut social des médecins, des praticiens de l'art dentaires, des pharmaciens, des kinésithérapeutes et des autres avantages qui peuvent être accordés à certains médecins
* Section V*bis*: Indemnité de modification de l'offre de soins de kinésithérapeutes
* Section XVI: Des devoirs des dispensateurs de soins (articles 73 et 73*bis*)
* Section XVII: Des devoirs des kinésithérapeutes, des praticiens de l'art infirmier, des accoucheuses et des auxiliaires paramédicaux
- Titre VI: Des conditions d'octroi des prestations.
o Chapitre II: Dispositions particulières à l'assurance soins de santé.
* Article 127
- Titre VII: Du contrôle et du contentieux
o Chapitre Ier: Disposition commune au Service d'évaluation et de contrôle médicaux et au Service du contrôle administratif
o Chapitre II: Du contrôle médical
* Section Ire: Le Service d'évaluation et de contrôle médicaux et le Comité du Service d'évaluation et de contrôle médicaux
* Section Ire*bis*: Des contestations entre les dispensateurs de soins et le Service d'évaluation et de contrôle médicaux (articles 142, 143 et 144)
o Chapitre III: Du contrôle administratif
* Section Ire: Du Service du contrôle administratif (articles 159 et 160)
* Section II: De la récupération des prestations payées indûment
o Chapitre IV: Des juridictions et des sanctions (articles 168, 168*quater* et 170)
o Chapitre V: De la prescription

4. Arrêté royal du 15 juillet 2002 portant exécution du Chapitre III*bis* du Titre III de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (dernière mise à jour 2 avril 2010).

5. Convention nationale entre les kinésithérapeutes et les organismes assureurs.

-http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-information/circulars/2009/pdf/20094annexe1.pdf

-http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-information/circulars/2010/pdf/201001annexe1.pdf

-http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-information/circulars/2010/pdf/20103annexe1.pdf

6. Histoire et financement de la sécurité sociale en Belgique (page 1 à 15).

-> http://www.socialsecurity.fgov.be/docs/fr/publicaties/alwa/alwa2011_jul_fr.pdf

7. Les assurés sociaux et l'accessibilité aux soins:

- Arrêté royal du 10 octobre 1986 portant exécution de l'article 53, § 1er, alinéa 9, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (dernière mise à jour 3 mars 2011).

- Arrêté royal du 1er avril 2007 fixant les conditions d'octroi de l'intervention majorée de l'assurance visée à l'article 37, §§ 1er et 19 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, et instaurant le statut OMNIO (dernière mise à jour 4 avril 2011).

8. Arrêté royal du 7 décembre 1999 déterminant les conditions auxquelles les organisations professionnelles doivent répondre pour être considérées comme représentatives ainsi que les modalités de l'élection des représentants des kinésithérapeutes au sein de certains organes de gestion de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (dernière mise à jour 21 février 2008).

9. Arrêté royal du 10 juillet 2008 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles l'Institut national d'assurance maladie-invalidité octroie une intervention financière pour le fonctionnement des organisations professionnelles représentatives des kinésithérapeutes (dernière mise à jour 17 décembre 2008).

10. Arrêté ministériel du 17 décembre 1998 déterminant le modèle et l'usage du reçu-attestation de soins et du livre journal à utiliser par les accoucheuses, les infirmières, hospitalières et assimilées, les kinésithérapeutes, logopèdes et orthoptistes (dernière mise à jour 10 avril 2009) et ses annexes 1re et 3.

11. Commande d'attestations de soins:

-> https ://postbox.be/certipost-idp/SSO?shire=https%3A%2F%2Fwww.medattest.be%2FPost.sso%2FSAML%2FPOST&target=https%3A%2F%2Fwww.medattest.be%2FRizivApplication%2FAuthorise.do%3Fmethod%3Dauthorise%26language%3Dfr&providerId=https%3A%2F%2Fwww.medattest.be%2Fpost-sp&language=fr

12. Arrêté Royal du 14 septembre 1984 établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire soins de santé (Article 7):

-> http://inami.fgov.be/care/fr/nomenclature/pdf/art07.pdf (texte en vigueur depuis le 1er juillet 2011)

-> Formulaire de notification liste F aigüe:
http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-informtion/circulars/2009/pdf/20093annexe2.pdf

-> Formulaire de notification liste F chronique:
http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-informtion/circulars/2009/pdf/20091annexe5.pdf

-> Liste des pathologies lourdes - Liste E:
http://www.inami.fgov.be/care/fr/kines/general-information/nomenclature/article7/listeE.htm

13. Arrêté royal du 18 février 2005 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités accorde une intervention financière aux kinésithérapeutes pour l'utilisation de la télématique et pour la gestion électronique des dossiers (dernière mise à jour 11 février 2008).

14. Déontologie: Article 458 du Code pénal du 8 juin 1867 (dernière mise à jour 13 juillet 2011).

15. Arrêté royal du 23 janvier 2004 instituant un régime d'avantages sociaux pour certains kinésithérapeutes (dernière mise à jour 22 décembre 2010).

16. Loi relative du 22 août 2002 aux droits du patient (dernière mise à jour au 22 décembre 2006).

§ 3. Partie "test de situation":

Dans le test de situation les candidats reçoivent une description écrite d'une situation de travail, émanant de la pratique d'un kinésithérapeute indépendant (cas).

Sur base des informations qui sont données dans les cas, les candidats doivent, pour chaque cas, répondre à deux questions:

1. Que feriez-vous ?

2. Que ne feriez-vous pas ?

Ils doivent ici faire un choix entre un nombre limité de réponses possibles, et ce, tant pour la première question que pour la deuxième question.

Les cas ont été élaborés sur base des aptitudes qui sont importantes dans l'exercice de la profession de kinésithérapeute indépendant.

Au total, les candidats recevront une vingtaine de situations.

§ 4. Partie "test d'attitudes":

Lors de la complétion de ce questionnaire, les candidats seront confrontés à des paires d'attitudes. Pour chacune de ces paires, ils devront choisir, parmi les deux possibilités proposées, l'attitude qu'ils préfèrent, celle qui correspond le plus à leur manière habituelle d'être, de penser ou de se comporter dans la sphère professionnelle. Pour chacune des paires, le choix sera obligatoire; aucune non-réponse n'est permise»;

Considérant que cette énumération conduit à constater que la partie «connaissance» porte non pas sur l'art de la kinésithérapie, mais uniquement sur une connaissance véritablement encyclopédique de la réglementation, en particulier de toute la législation relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, du fonctionnement et de l'organisation de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité, et de la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire, que la partie «test de situation», qui paraît faire appel à des facultés de raisonnement du candidat qui a à choisir entre une action ou une inaction possible, consiste non pas à évaluer les prestations à poser en fonction d'un cas pratique, mais à classer une prestation en fonction de la nomenclature, et que le «test d'attitudes» paraît, tel que décrit, consister en un test de personnalité se rapportant à «la manière habituelle d'être et de se comporter dans la sphère professionnelle»; que l'évaluation ne paraît par contre pas liée à la connaissance ou à la pratique de l'art de la kinésithérapie, par exemple en rapport avec la pathologie, l'anatomie, la réadaptation, les sciences de la motricité, …, ou encore avec le profil spécifique du métier de kinésithérapeute dans sa pratique quotidienne;

Considérant que l'INAMI, troisième partie adverse, ne peut être suivi lorsqu'il argumente, dans sa note d'observations et à l'audience, que le mécanisme de la sélection concernerait exclusivement le droit, pour un kinésithérapeute agréé, de porter les actes qu'il pose à la charge de l'assurance obligatoire soins de santé, tandis

que la compétence technique et professionnelle quant à l'exercice de la kinésithérapie ne constituerait qu'un préalable à la participation au concours; qu'en effet, l'article 34 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé, coordonnée le 14 juillet 1994, précise que «les prestations de santé» portent tant sur les soins préventifs que sur les soins curatifs et comprennent notamment les soins donnés par des kinésithérapeutes; qu'il s'ensuit que le concours ne peut se borner à mesurer uniquement la technique ou la connaissance relatives à ce qui peut être porté en compte à l'assurance soins de santé, et ne peut faire l'impasse sur l'objectif tout aussi important, poursuivi par l'arrêt royal n° 78, de garantir une offre de soins de qualité dans le cadre de marges budgétaires maîtrisées; que par ailleurs, les première et deuxième parties adverses restent en défaut de démontrer en quoi, comme elles l'affirment à l'audience et à l'encontre du point de vue de la partie requérante, «les tests de situation et d'attitude ne devaient pas être nécessairement liés … à la connaissance de l'art de la kinésithérapie»;

Considérant en outre que la pondération à attribuer aux trois parties du concours ou la manière de noter les réponses ne sont aucunement précisées dans l'arrêté du 2 septembre, tandis que l'arrêté ministériel du 24 août 2011 fixant pour l'année 2011 la date et les modalités du concours, tout en prévoyant que «le concours consiste en une seule épreuve écrite», n'explicite pas davantage le mode de notation et l'importance respective des trois parties de la matière décrites dans l'arrêté du 2 septembre; que la réglementation paraît privilégier, sans doute sous l'influence de la commission du concours, présidée par l'administrateur général de l'INAMI ou son délégué, la connaissance des règles légales et réglementaires longuement énumérées dans la première partie, au détriment de la description plus que succincte de la portée de la deuxième partie, et surtout de la troisième partie; que l'on aperçoit dès lors malaisément en quoi la matière ainsi fixée de l'épreuve de sélection rencontre les objectifs déterminés par l'arrêté royal du 20 juin 2005, c'est-à-dire évaluer «*les connaissances, les aptitudes et les attitudes des candidats, qui apparaissent comme nécessaires au droit d'accomplir des prestations de kinésithérapie*»;

Considérant par ailleurs que le SELOR n'a pas produit le dossier administratif qui comporterait la copie du questionnaire de sélection qui a été soumis aux candidats inscrits à l'épreuve du 29 octobre, alors pourtant que la requérante critique directement le contenu et le déroulement de cette épreuve; que le Conseil d'État est ainsi dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité et d'apprécier si les questions posées étaient de celles qui pouvaient adéquatement et raisonnablement être soumises aux candidats; que n'a pas davantage été produit l'avis que la commission du concours a donné le 23 août 2011 à la ministre en vue de la

détermination du contenu et des modalités du concours pour 2011; que seul figure au dossier administratif produit par l'INAMI (pièce 6) un rapport général déjà ancien de la commission du concours, daté du 20 septembre 2005, mais qui ne concerne en rien les modalités du concours litigieux du 29 octobre 2011; qu'enfin, le procès-verbal de la sélection de kinésithérapeutes organisée par le SELOR à cette date du 29 octobre, et qui figure en pièce 13 du dossier administratif produit par l'État belge et le SELOR dans une affaire similaire examinée à l'audience du 20 décembre (A. 202.838/XV-1790), ne comporte que deux feuillets sur 35 et ne fournit aucune indication utile quant au contenu et au mode d'évaluation de l'épreuve; qu'il y a lieu d'en conclure que le mode d'évaluation qui a permis d'établir le classement des candidats lors du concours organisé par le SELOR le 29 octobre 2011, s'écarte des objectifs fixés par le Roi et doit être considéré comme ne permettant pas d'établir un classement valable et conforme aux exigences de l'arrêté du 20 juin 2005 et de l'article 35*novies* de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967; que l'irrégularité entachant le concours de sélection organisé par le SELOR rejaillit sur la décision subséquente de l'INAMI d'attribuer à la requérante un numéro ne lui permettant pas d'attester des prestations au cabinet ou au domicile du patient, décision qui s'en trouve dès lors également dépourvue de fondement légal;

Considérant qu'il ressort de cet examen, nécessairement sommaire compte tenu du bref délai pour statuer qu'impose au Conseil d'État une procédure de référé d'extrême urgence ainsi que du nombre élevé de recours similaires introduits par des diplômés en kinésithérapie non sélectionnés au terme du concours organisé le 29 octobre 2011, que les deuxième et troisième moyens doivent être *prima facie* considérés comme sérieux;

Examen du risque de préjudice grave et difficilement réparable:

Considérant que la requérante, qui est une des personnes non sélectionnées au terme du concours organisé le 29 octobre dernier par le SELOR, fait valoir que l'exécution des actes attaqués implique l'application immédiate et sans réserve du retrait du numéro provisoire INAMI au 31 décembre 2011, en sorte qu'elle ne pourra plus poser aucune prestation nécessitant l'emploi d'un numéro INAMI personnel en faveur de sa patientèle; que la requérante ajoute que dans l'état actuel des choses, l'activité professionnelle qu'elle a développée se fonde essentiellement voire exclusivement sur l'usage de ce numéro INAMI, et elle produit, en annexe à sa requête, des pièces en vue de démontrer qu'elle a développé de la patientèle propre et engagé des dépenses afin de développer cette activité; qu'elle présente notamment un contrat de kinésithérapeute conclu le 28 juin 2011 avec le Centre hospitalier régional

Clinique Saint Joseph/Hôpital de Warquignies à Mons, ainsi qu'un certificat d'engagement d'un médecin de cette institution exposant que «Mme FAGNIART exerce en qualité de kinésithérapeute dans le service de rééducation externe utilisant les codes propres à sa nomenclature …»; qu'elle expose encore qu'elle n'a pas d'alternative raisonnable d'exercer dans le domaine pour lequel elle est diplômée, étant donné que les perspectives professionnelles d'un kinésithérapeute lui permettant d'exercer sans numéro INAMI propre sont extrêmement limitées, de moins en moins d'hôpitaux engageant des kinésithérapeutes en qualité de salarié;

Considérant que la troisième partie adverse fait valoir que le risque de préjudice invoqué n'est nullement lié aux deux actes attaqués, mais au contraire à l'octroi à la requérante d'un numéro provisoire INAMI à l'issue de sa formation, en sorte que c'est la seule échéance de la période de validité qui entraîne le retrait du numéro;

Considérant que les première et deuxième parties adverses soulignent également que la fin d'une situation précaire ne saurait être constitutive d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable; qu'elles font également valoir que la requérante n'a obtenu son diplôme de kinésithérapeute que fin juin 2011 et que, si elle a traité des patients depuis, cela n'est pas de nature à démontrer que ces patients constitueront *ipso facto* une patientèle stable et pérenne qu'elle risque aujourd'hui de perdre;

Considérant que tel que décrit par la requérante, le risque de préjudice grave et difficilement réparable, qui s'assimile à une forme d'interdiction professionnelle, tout au moins pour une pratique de la kinésithérapie en tant qu'indépendante, doit être tenu pour établi; qu'en effet, la décision de retrait de son agrément provisoire lui cause indiscutablement un tel risque de préjudice, qui n'est pas exclusivement lié à la fin d'une situation précaire; que les conditions dans lesquelles l'agrément de la requérante est retiré lui causent directement un préjudice qui ne paraît pas susceptible d'être réparé par un éventuel arrêt d'annulation des actes attaqués;

Considérant, en conclusion, que les conditions prescrites par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que la suspension puisse être ordonnée sont réunies,

La demande de mesures provisoires d'extrême urgence:

Considérant qu'à titre de mesures provisoires, la requérante demande au Conseil d'État d'ordonner «que la prolongation des numéros provisoires INAMI accordés aux kinésithérapeutes non sélectionnés au terme du concours organisé le 29 octobre 2011 soit assurée dans l'attente d'une décision au fond quant à la validité des résultats du concours»; qu'elle fait valoir que les intérêts «de l'ensemble des kinésithérapeutes non retenus au terme du concours 2011, ne seront nullement préservés si aucune mesure n'est prise pour prolonger la validité des numéros provisoires INAMI dans l'attente d'une décision définitive quant à la légalité de l'acte attaqué (et des décisions similaires prises à l'égard de chacun des candidats non sélectionnés)»;

Considérant que l'attribution d'un numéro provisoire INAMI a pour but de permettre aux diplômés dont la situation au regard de la réglementation sur l'assurance maladie-invalidité n'est pas encore fixée définitivement, d'exercer leur profession dans les mêmes conditions que les kinésithérapeutes établis comme travailleurs indépendants; que la suspension prononcée par le présent arrêt a pour effet de prolonger la situation d'indétermination juridique qui a justifié l'attribution du numéro provisoire; qu'il s'ensuit qu'ordonner la prolongation de la durée de validité de ce numéro provisoire apparaît comme une mesure nécessaire afin de sauvegarder les intérêts de la partie requérante; que cette mesure porte sur la durée de validité d'un agrément administratif et non sur un droit civil pour lequel le Conseil d'État serait incompétent;

Considérant que la demande de mesures provisoires étant un accessoire de la demande de suspension, le Conseil d'État ne pourrait, sous peine de statuer *ultra petita*, accorder une mesure provisoire dont les effets dépasseraient sa saisine au contentieux de la suspension et s'étendraient à d'autres personnes que la requérante, laquelle ne dispose d'aucun mandat pour représenter les intérêts de l'ensemble des candidats non sélectionnés au terme du concours du 29 octobre 2011; qu'il y a lieu d'ordonner la prolongation de la validité du numéro provisoire INAMI accordé à la requérante, et uniquement à elle,

D É C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de:

- la décision du SELOR du 5 décembre 2011 informant Gaëlle FAGNIART de sa non-sélection au terme du concours organisé le 29 octobre pour les kinésithérapeutes agréés qui obtiennent le droit d'accomplir des prestations qui peuvent faire l'objet d'une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités;

- la décision de l'INAMI du 12 décembre 2011 attribuant à Gaëlle FAGNIART un numéro INAMI ne lui permettant pas d'attester les prestations au cabinet ou au domicile du patient.

Article 2.

La validité du numéro provisoire INAMI accordé à Gaëlle FAGNIART est prolongée jusqu'à ce que le Conseil d'État ait statué sur le recours en annulation à introduire par la requérante.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^{e} chambre siégeant en référé, le vingt-deux décembre deux mille onze, par:

M. Ph. QUERTAINMONT, président de chambre f.f.,
M. R. GHODS, greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

R. GHODS Ph. QUERTAINMONT