

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 223.321 du 30 avril 2013

A. 203.584/XV-1863

En cause : **1. COP** Caroline,
 2. DARDENNE Steve,
 3. VAN WEYENBERG Valérieane,
 4. SAUVAGE Jérémie,
 ayant tous élu domicile chez
 Mes L. MISSON
 et A. KETTELS, avocats,
 rue de Pitteurs 41
 4020 Liège,

contre :

1. **l'État belge**, représenté par :
 - a) la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,
 - b) le Bureau de sélection de l'administration fédérale (SELOR),ayant élu domicile chez
Me E. JACUBOWITZ, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,
2. **l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI)**,
ayant élu domicile chez
Mes P. SLEGGERS
et Br. FONTEYN, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT DE LA XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 6 février 2012 par COP Caroline, DARDENNE Steve, VAN WEYENBERG Valérieane et SAUVAGE Jérémie, qui demandent l'annulation de :

« 1) la décision notifiée respectivement à chacun [...] d'entre [eux] par le SELOR [les] informant de leur non-sélection au terme du concours organisé pour les kinésithérapeutes le 29 octobre 2011;

2) la décision leur notifiée par l'INAMI leur attribuant un numéro INAMI ne permettant pas d'attester des prestations au cabinet et au domicile du patient et les informant en conséquence de l'impossibilité de les attester»;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. D. DELVAX, auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire des requérants;

Vu la demande de M. D. DELVAX, auditeur, de mettre en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quinq} du règlement général de procédure;

Vu la lettre notifiée aux parties adverses le 15 novembre 2012, les avisant que la chambre va statuer sur l'annulation des actes attaqués à moins qu'elles ne demandent à être entendues;

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

Considérant que, le 5 octobre 2012, les parties adverses ont reçu le rapport de l'auditeur dans lequel l'annulation est proposée;

Considérant que dans son rapport l'auditeur cite l'arrêt n° 217.053 rendu par le Conseil d'État le 23 décembre 2011, dont il reproduit l'extrait suivant :

« Considérant que les requérants prennent un premier moyen de la violation des articles 35^{octies} à 35^{duodecies} de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 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; qu'ils soutiennent que la détermination du quota qui fonde leur non-sélection, et l'organisation du concours, ne reposent sur aucune donnée permettant d'établir qu'ils 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; que dans les développements du moyen les requérants critiquent 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; qu'ils critiquent 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; qu'ils estiment 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 35octies à 35duodécies de l'arrêté n° 78;

Considérant que la première partie adverse observe que les normes dont l'illégalité est invoquée à titre incident par le moyen sont réglementaires, et qu'en conséquence, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne s'applique pas à l'arrêté royal du 20 juin 2005 ni à ses arrêtés d'exécution; qu'elle fait valoir que l'article 35novies de l'arrêté royal n° 78, dans la version qu'en ont établie les loi du 29 avril 1996 et du 24 novembre 2004, permet au Roi de déterminer, après avis de la Commission de planification, le nombre de candidats, qui, après avoir obtenu leur diplôme ont annuellement accès à l'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé, pour les prestations visées de kinésithérapie, et L'habilite à fixer les critères et les modalités pour la sélection de ces candidats; qu'elle expose que les travaux préparatoires de la loi expliquent cette mesure par le nombre déjà trop élevé de kinésithérapeutes en Belgique et la crainte de voir cette situation s'aggraver dans les années à venir; qu'elle indique que, sur la base de cette habilitation, l'arrête royal du 20 juin 2005 a instauré une mesure de contingentement en fixant après avis de la Commission de planification à 180 pour la Communauté française le nombre global de kinésithérapeutes qui ont le droit d'accomplir des prestations remboursables par l'INAMI, pour les années 2005 à 2017 et que lorsque le nombre de 180 diplômés est dépassé de 10 %, un concours est organisé pour sélectionner les candidats qui pourront obtenir le droit d'accomplir des prestations remboursables; qu'elle expose que la détermination du quota global se fait "sur une base annuelle", mais que l'article 35novies n'exige pas que le Roi organise une mesure de contingentement qui soit réévaluée chaque année; qu'elle fait valoir que l'arrêté royal du 20 juin 2005 a été adopté après des avis de la Commission de planification-offre médicale, à savoir un avis élaboré le 23 mai 2003 à partir d'une étude de l'offre médicale effective et de mesures prévisionnelles portant sur plusieurs années, et un avis du 2 juin 2005, donné conformément à l'article 35novies de l'arrêté royal n° 78; qu'elle conteste que la réglementation n'ait pas été adaptée en fonction des nécessités, et indique que le système mis en place en 2005 a été revu en 2008, par l'instauration de la compensation des bénéficiaires d'un numéro INAMI qui ne le mettent pas en œuvre, et en 2009, par une remaniement de la formule de compensation en fixant le seuil d'activité à partir duquel un kinésithérapeute est considéré comme actif; qu'elle combat l'allégation qu'il n'a pas été tenu compte de l'avis de la Commission du 18 mai 2010 qui recommande une suppression du système d'examen pour la planification des kinésithérapeutes et de l'avis de l'Office national de l'Emploi plaçant les études de kinésithérapie dans la liste francophone des études qui préparent à une profession pour laquelle il existe une pénurie significative de main-d'œuvre; qu'elle fait valoir que l'avis du 18 mai

2010 recommande bien une suppression du système d'examen, sans toutefois la justifier par l'existence d'une pénurie des kinésithérapeutes indépendants, et qu'elle recommande aussi la définition de sous-quotas, et qu'un avis ultérieur, du 19 mai 2011 qui, après avoir exposé des alternatives au système du quota, a indiqué que "consciente que les divers éléments précités ne sont pas réalisables dans l'immédiat, la Commission de planification recommande, dans l'intervalle, au moyen des mesures transitoires, de poursuivre l'application de l'AR du 20 juin 2005, adapté par l'AR du 18 septembre 2008 et par l'AR du 14 octobre 2009"; qu'elle soutient que l'Etat dispose d'un pouvoir d'appréciation dans le choix de modifier la réglementation en vigueur et, le cas échéant, d'adopter ou non des mesures visant à supprimer l'organisation du concours, et qu'il n'appartient pas plus au Conseil d'Etat qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire de substituer son appréciation à celle du pouvoir réglementaire notamment quant à l'opportunité de maintenir ou non le concours dont l'organisation en 2011 résulte de l'application de la réglementation en vigueur; qu'elle expose qu'il ne peut être tiré argument de l'avis de l'ONEM qui considère que le métier de kinésithérapeute est en pénurie, parce que ce document ne distingue pas les kinésithérapeutes salariés des indépendants, qui sont seuls concernés par les décisions attaquées; qu'elle ajoute que l'AXXON, l'association représentative des kinésithérapeutes en Belgique, ne partage pas l'avis de l'ONEM et estime, pour sa part, qu'il n'y a pas de pénurie; qu'elle conclut sur ce point que ni l'arrêté royal du 20 juin 2005, ni les arrêtés ministériels des 24 août, 2 et 15 septembre 2011 ne sont entachés d'une erreur manifeste d'appréciation, et qu'aucune violation des principes du raisonnable et de proportionnalité, ni du principe de bonne administration n'est établie;

Considérant que la seconde partie adverse conteste la recevabilité du moyen au motif qu'il ne vise pas les actes attaqués, et qu'il ne tente pas même de justifier le lien qui pourrait exister entre les irrégularités vantées des multiples normes légales considérées comme irrégulières et des actes attaqués; que, quant au fond, outre une argumentation qui recoupe celle de la première partie adverse, elle soutient que la thèse des requérants repose sur le postulat erroné que le mécanisme du contingentement repose sur un double objectif, étant, d'une part, le souci de lutter contre une offre excédentaire, et, d'autre part, le risque de surconsommation des prestations de kinésithérapie; qu'elle indique que les actes attaqués ne s'inscrivent que dans le seul cadre de la sécurité sociale, qu'ils ne concernent pas le droit d'exercer la profession de kinésithérapeute, mais uniquement le remboursement des soins, prérogative de l'Etat fixée en toute liberté sur la base de choix politiques quant à l'ampleur et la nature des soins que la sécurité sociale entend prendre en charge; qu'elle y voit une mesure destinée à limiter le coût des prestations de kinésithérapie pour la sécurité sociale, et estime que cette mesure n'est pas en soi irrégulière, et ne nécessite pas, en soi, une obligation de rendre la mesure nécessaire pour des besoins de santé publique pour justifier une atteinte à ses objectifs fondateurs; qu'elle rappelle que l'arrêté du 20 juin 2005 a été adopté sur l'avis de la Commission de planification, soit après évaluation des besoins en kinésithérapie, et qu'il a été, ensuite, modifié à plusieurs reprises, et notamment le 18 juin 2008, toujours sur avis de la même Commission; qu'elle y voit la preuve qu'une évaluation du besoin en kinésithérapie que le Roi entend inclure dans la politique de remboursement de soins de santé, a été faite; qu'elle ajoute qu'au regard de l'enveloppe fermée allouée à la sécurité sociale, il n'est pas manifestement déraisonnable de limiter la possibilité de porter des prestations en compte; qu'elle expose que le législateur n'a pas imposé au Roi de mettre en œuvre, en marge de la détermination du quota, un mécanisme de révision spécifique de ce quota, de sorte que s'il devait y avoir là un vice, il se trouverait dans la loi du 24 novembre 2004 qui a inséré l'article 35novies dans l'arrêté royal n° 78, ce qui la

conduit à conclure que le Conseil d'État ne pourrait constater l'irrégularité sans interroger au préalable la Cour constitutionnelle; qu'elle rappelle qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de décider en opportunité, et à la place du législateur ou même du Roi, de ce que doit être le contenu précis d'une réglementation; qu'au sujet du mécanisme de compensation instauré en 2008 et revu en 2009, elle explique qu'il ne constitue pas une «petite correction» d'un chiffre qui aurait été sous-estimé, mais qu'il a fait passer le chiffre de 180 à 287 kinésithérapeutes; qu'à l'argumentation tirée de ce que le Roi n'aurait pas suivi les avis de la Commission de planification, elle oppose qu'il ne s'agit que d'un avis et que l'exercice du pouvoir en la matière est confié au Roi et aux ministres; qu'elle ajoute que les arrêtés visés ne peuvent contrevenir à l'arrêté royal du 20 juin 2005, qui en constitue le fondement légal, et que l'avis de la Commission de la planification recommande une suppression "du système d'examen" pour la planification des kinésithérapeutes, mais non l'abrogation de tout mécanisme de contingentement, et qu'elle ne contredit pas l'offre actuelle;

Considérant que le moyen déduit l'illégalité des actes attaqués de celle des dispositions réglementaires dont ils procèdent; que l'article 159 de la Constitution permet à tout moment de contester la légalité d'un acte administratif au motif qu'il reposerait sur une réglementation illégale dont il appartient en ce cas à toute juridiction d'écarter l'application; que le moyen est recevable;

Considérant que l'arrêté royal du 20 juin 2005, de l'exécution duquel participent les décisions attaquées, est de nature réglementaire, de sorte que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne s'y applique pas; que, s'il ne doit pas être motivé en la forme, il doit néanmoins reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles qui ressortent du dossier administratif et qui sont proportionnés à l'objectif poursuivi; que si, comme l'indiquent à juste titre les parties adverses, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité, il lui revient de vérifier l'exactitude et la pertinence des situations de fait en fonction desquelles les décisions attaquées ont été adoptées;

Considérant que le principe de la limitation du nombre de kinésithérapeutes habilités à effectuer des prestations qui sont remboursables par la sécurité sociale a été introduit en 2004 dans la législation en vue de faire face à un afflux jugé excessif de prestataires en ce domaine; que les mesures d'exécution ont été adoptées en 2005, et retouchées en 2008 et 2009 non pas en vue d'ajuster le nombre de praticiens dont les prestations sont remboursables, mais en vue d'éliminer la perturbation du système par le non-usage ou le faible usage par certains titulaires d'un numéro INAMI qui donne le droit au remboursement;

Considérant que déjà en 2005, lors de la première réglementation, il ne semble pas que le gouvernement ait eu une vue exacte du nombre de kinésithérapeutes exerçant les divers types d'activité professionnelle auxquelles leur diplôme ouvre la voie: la section de législation n'a pas été informée des chiffres sur lesquels se fondent les nombres maximum et elle a relevé que l'avis de la Commission de planification ne comportait aucune justification à cet égard; qu'ultérieurement, la revendication a été avancée à diverses reprises d'établir un "cadastre" des kinésithérapeutes, qui aurait permis de connaître et de quantifier les différentes activités professionnelles des kinésithérapeutes afin de se prononcer en connaissance de cause sur les mesures restrictives de la liberté d'établissement qu'il convenait d'apporter dans cette profession; que s'il a été effectivement affirmé dans les travaux parlementaires de la loi du 24 novembre 2004, ce propos n'a, à l'époque, pas été étayé; qu'il ne l'a pas été non plus lors

de l'adoption de l'arrêté royal du 20 juin 2005, ni lors de celles des arrêtés royaux du 18 septembre 2008 et du 14 octobre 2009; que la Commission de planification elle-même a, en 2009 et en 2010, recommandé de supprimer le système d'examen, et si, en 2011, elle a recommandé de poursuivre l'application de la réglementation en vigueur, c'est parce que les différentes alternatives qu'elle proposait par ailleurs (définition de sous-quotas, réalisation du cadastre des professionnels de la santé, enregistrement des activités prestées par des auxiliaires qualifiés, en lien avec le cadastre) n'étaient pas réalisables dans l'immédiat; que par ailleurs, l'ONEM place la kinésithérapie dans la «liste francophone des études qui préparent à une profession pour laquelle il existe une pénurie significative de main-d'œuvre», et ce tant pour l'enseignement supérieur professionnalisant que pour l'enseignement supérieur universitaire; que s'il est exact que ces informations de l'ONEM n'indiquent pas la source sur laquelle elles sont basées, cette circonstance ne suffit pas à dénier tout crédit aux indications données par l'organisme officiel chargé de la gestion des chômeurs et de promouvoir leur reclassement professionnel;

Considérant qu'il ressort de ces éléments que la situation de fait sur le marché de l'emploi dans le domaine de la kinésithérapie n'est pas connue avec précision et fait l'objet de controverses; que l'adéquation des mesures réglementaires sur lesquelles se fondent les décisions attaquées avec la situation qu'elles ont vocation à régir n'est pas établie; que dans ces conditions, la pertinence des motifs de fond sur lesquels reposent les décisions attaquées n'est pas établie, pas plus que ne l'est leur caractère proportionné à la situation à régir; qu'en tant qu'il est pris du défaut de motif adéquat et de la violation du principe de proportionnalité, le moyen est sérieux ».

Que dans son rapport, l'auditeur ajoute :

« En l'espèce, outre que les parties adverses ne répondent pas à tous les arguments retenus par le Conseil d'Etat dans son arrêté précité, il convient de constater qu'elles s'abstiennent toujours de communiquer au Conseil d'Etat les éléments permettant de vérifier que les données sur lesquelles est fondé l'arrêté royal du 20 juin 2005 sont exactes et pertinentes.

Le préambule de cet arrêté royal fait certes référence à un avis de la Commission de planification du 2 juin 2005 qui, lui-même, fait référence à un précédent avis du 23 mai 2003.

On notera, toutefois, que ces deux avis ne sont pas identiques – celui du 23 mai 2003 proposait un quota de 350 kinésithérapeutes pour les années 2008 et 2009, et celui du 2 juin 2005, un quota de 450 kinésithérapeutes pour les années 2005 à 2008 et à 350 pour les années 2009 à 2012 – et que cette différence n'est en rien expliquée.

Par ailleurs, si l'avis du 23 mai 2003 indique qu'il est fondé sur "[l]es résultats de l'enquête socioprofessionnelle menée auprès des diplômés en kinésithérapie, [le] modèle mathématique d'offre, [l]es prévisions du nombre de diplômés pour les années 2005, 2006 et 2007, [et] l'influence sur la force de travail de la diminution du budget du secteur de la kinésithérapie", force est de constater que ces informations ne font pas partie du dossier administratif et que leur pertinence ne peut donc pas être examinée par le Conseil d'Etat.

4. Le moyen est donc fondé. »

Considérant que l'article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'État dispose, en son § 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un tel rapport;

Considérant que les parties adverses n'ont pas réagi dans le délai imparti; qu'elles n'ont pas demandé à être entendues; que l'examen du dossier n'a pas fait apparaître d'éléments de nature à contredire la conclusion de l'auditeur; qu'il y a lieu de la suivre et d'annuler les actes attaqués,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulées, d'une part, les décisions du SELOR du 5 décembre 2011 informant les parties requérantes de leur non-sélection au terme du concours organisé le 29 octobre 2011 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 et d'autre part, les décisions du 12 décembre 2011 leur attribuant un numéro INAMI ne leur permettant pas d'attester les prestations au cabinet et au domicile du patient.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à charge l'État belge, représenté par la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le trente avril deux mille treize par:

M. M. LEROY,	président de chambre,
Mme N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
--------------	---------------

N. ROBA

M. LEROY