

Entre concurrence et santé : à la croisée des chemins

L'organisation des soins à l'épreuve de l'article 101 du traité FUE

Mémoire réalisé par
Antoine Grégoire

Promoteur
Paul Nihoul

Année académique 2016-2017
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Pour sa disponibilité et ses conseils avisés, ainsi que son implication dans la formation des étudiants, j'adresse mes profonds remerciements au Professeur Paul Nihoul, promoteur de ce mémoire.

Pour le temps qu'il a passé à relire ce travail, j'exprime ma gratitude à mon cher ami Gwenaël.

Je tiens également à remercier toutes celles et ceux qui ont eu la gentillesse de répondre à certaines questions spécifiques, en particulier les professeurs René Robaye, Alexia Autenne, Denise Delière et Etienne Declercq, les docteurs Benoit Guillaume, mon oncle, et Mathieu Delvaux, mon cousin, ainsi que mon ami Ilias Karavidas, étudiant en médecine.

Pour le soutien continu durant ces dernières semaines de travail, je remercie particulièrement mon compagnon de route, Kilian, ma famille et particulièrement ma Bonne-maman, mon amie Adèle Godrie et mes amis François-Xavier Lievens, Merlin Gevers, Romain Compère et Pablo Gonzalez.

Table des abréviations

- aff. : affaire
- art. : article
- C. : contre (versus)
- CASS : Cour de Cassation de Belgique
- C.E. : Conseil d'Etat de Belgique
- C.J.C.E. : Cour de justice des Communautés européennes
- COM. : (Rapport de) la Commission européenne
- ed. : édition
- Ibid. : Ibidem
- J.O. : Journal officiel de l'Union européenne
- M.B. : Moniteur belge
- n° : numéro
- O.C.D.E. : Organisation de coopération et de développement économiques
- op. cit. : opere citato
- p. : page
- pp : pages.
- pt. : point
- Rec. : Recueil
- svt. : suivant(s)
- sous la dir. de: sous la direction de
- v: versus (contre)
- Traité C.E. : Traité instituant la Communauté européenne
- Traité U.E. : Traité sur l'Union européenne
- Traité F.U.E. : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Introduction générale

Le droit européen de la concurrence constitue un pilier essentiel de la construction européenne. Dès ses origines, le choix fut en effet de réaliser l'intégration économique en posant les conditions d'un marché libre et concurrentiel, partant du postulat que la concurrence représente le meilleur garant de l'efficacité économique. Ainsi, en plus d'être un moyen d'intégration, les règles de la concurrence sont utilisées à dessein de promouvoir une économie de marché qui soit la plus compétitive possible, dans une perspective de progrès technique et de bien-être du consommateur.

En cinquante ans, les règles de concurrence n'ont cessé d'évoluer, et leur champ d'application s'en est trouvé toujours plus étendu, au point d'atteindre des contrées *a priori* inattendues telles que le domaine des soins de santé. La question de leur immixtion dans le secteur médical draine, au rythme de l'évolution de la dynamique européenne, un long sillage de discussions juridiques, économiques et éthiques, dans les cénacles intellectuels et de décisions.

La contradiction entre la logique concurrentielle, garantie par les Traités, et les politiques publiques nationales qui organisent les systèmes de soins suscite en effet des tensions palpables quant à leurs objectifs respectifs. Alors que la première tend à inscrire les services de soins dans un espace où les comportements des prestataires sont dictés par les choix des consommateurs, les secondes choisissent généralement d'encadrer par la loi les conditions de l'offre et de la demande, inspirées par des préoccupations de justice sociale.

Dans cette perspective, les mesures nationales peuvent être appréhendées par le droit européen de la concurrence comme autant de restrictions menaçant l'établissement d'un marché libre et compétitif. Ainsi, les politiques de planification mise en place par les Etats membres aux fins de garantir un nombre suffisant de médecins dans les limites budgétaires de la sécurité sociale peuvent-elles se traduire par la mise en place de barrières à l'entrée de la profession médicale, à l'instar des systèmes de contingentement ou de quotas de médecins autorisés à pratiquer. L'objectif de solidarité nationale a également conduit les autorités publiques à limiter les prix des prestations, en imposant aux praticiens des honoraires fixés par la loi ou par des conventions.

Pour autant, l'organisation des soins et les préoccupations qui la fondent sont-elles vouées à être sacrifiées sur l'autel d'une application aveugle des règles de concurrence ?

Ce travail ambitionne, modestement, de donner à cette question quelques éléments de réponse.

Dans un premier titre, nous opérons un détour par les fondamentaux, en se demandant si la relation entre le patient et son médecin permet de formaliser l'existence d'un marché. C'est que l'objet même du service de santé, tourné vers le bien-être du patient et de la collectivité, paraît incompatible avec un comportement concurrentiel. Par conséquent, nous détaillerons en première instance les caractéristiques spécifiques de l'offre et de la demande en matière de prestations de soins (chapitre 1), afin de démontrer qu'en tout état de cause, le secteur médical ne répond que rarement aux conditions d'un marché classique. En seconde instance, nous examinerons l'application du droit européen de la concurrence aux prestataires de services (chapitre 2).

Sur base de ces fondements, nous pourrons, dans un second titre, analyser dans quelle mesure les Etats membres peuvent eux-mêmes ressortir du champ d'application des dispositions du traité en matière de concurrence, et particulièrement de l'article 101 du Traité FUE. A cet effet, nous analyserons les conditions d'application de cette disposition aux mesures nationales, et concrétiserons les principes évoqués au travers de l'analyse de la compatibilité de deux dispositifs législatifs belges particuliers : la limitation du nombre de médecins autorisés à exercer dans le système de l'assurance maladie et la fixation des honoraires médicaux dans le système du conventionnement.

Notre travail poursuit deux objectifs. Le premier théorique, afin de mieux de comprendre le raisonnement de la Cour de justice lorsqu'il s'agit d'envisager le secteur de la santé comme un marché soumis au droit européen de la concurrence. Le second résolument pratique, par une application détaillée des principes dégagés par la Cour aux mesures étatiques en cause.

Tout au long des développements, nous verrons que l'intervention européenne tente d'atteindre un difficile équilibre entre les nécessités d'efficacité économique et les objectifs de qualité et d'accessibilité financière aux soins, loin des aspects dérégulant qui lui sont reprochés, souvent sous des traits caricaturaux.

Titre 1 : L'application du droit européen de la concurrence au marché médical

Le présent titre sera divisé en deux chapitres. D'une part, compte tenu de la variété des prestations de soins, nous veillerons à préciser ce que nous entendons par « marché des services de santé » (chapitre 1). Ensuite, nous examinerons les caractéristiques inhérentes à ce marché que les Etats membres ont, le plus souvent, traduit dans leurs politiques publiques sanitaires (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les marchés des services de soins de santé

Sous-chapitre 1 : Les services médicaux.

Les professions de santé recouvrent des réalités multiples, qui varient en fonction de décisions politiques et sociétales propres à chaque Etat membre. En outre, l'évolution constante des techniques médicales poussent les professions à se spécialiser, favorisant ainsi l'émergence de nouvelles branches d'activités, toujours plus pointues.¹

Ces professions peuvent être classées en fonction des domaines de santé qu'elles recouvrent. A cet égard, le professeur Jacques Perlek met en évidence trois catégories différentes.²

En premier lieu, figurent les professions médicales exerçant des activités liées au corps humain. Au titre de prestataires de services de santé, se retrouvent les médecins, les dentistes ou encore les sages-femmes.³ Au titre de distributeurs de produits médicaux, on trouve les pharmaciens.

En second lieu, on trouve les professions qui, pour l'essentiel, exercent habituellement des prestations techniques auxiliaires liées à l'établissement de diagnostics ou à l'exécution d'un traitement indiqué par un médecin. Il s'agit des professions paramédicales, telles que les assistants pharmaceutico-technique, les audiologues et audiciens, bandagistes, orthésistes et prothésistes, diététiciens, ergothérapeutes, logopèdes, orthoptistes, podologues, technologues de laboratoire

¹ J. PERTEK, « L'Europe des professionnels de la santé », in *L'Europe et les soins de santé*, ed. P. NIHOUL et A.-C. SIMON, De Boeck, 2005, p. 192.

² *Ibid.*

³ Une série de législations, en ce compris la loi belge relative à l'exercice des professions des soins de santé, coordonnée le 10 mai 2015 (ci-après, « *Loi sur les professions de santé* » ou « *LPS* ») en son article 3, §2, accorde une place à ce point particulière aux sages-femmes, à côté des médecins, que nous choisissons de les intégrer dans ce premier groupe.

médical, technologues en imagerie médicale et les kinésithérapeutes.⁴ On y range les infirmiers, les aides-soignants ou encore les ambulanciers.

En troisième et dernier lieu, viennent les médecins vétérinaires, dont l'activité consiste à apprécier, maintenir, modifier ou rétablir les structures anatomiques ou les fonctions physiologiques d'un animal.⁵

Dans la présente étude, nous entendrons par « services de soins de santé », ceux dispensés par les médecins en Belgique. Ces services constituent l'art médical, c'est-à-dire tout acte, accompli habituellement, « *ayant pour objet ou présenté comme ayant pour objet, à l'égard d'un être humain, soit l'examen de l'état de santé, soit le dépistage de maladies et déficiences, soit l'établissement du diagnostic, l'instauration ou l'exécution du traitement d'un état pathologique, physique ou psychique, réel ou supposé, soit la vaccination.* »⁶ Il s'agit également de « *tout acte technique médical* », à l'égard d'un être humain, « *comportant un passage à travers la peau ou les muqueuses, et visant principalement à modifier l'apparence corporelle du patient à des fins esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur.* »⁷ Conformément aux alinéas 3 et 5, de l'article 3, premier paragraphe, de loi sur les professions de santé, le Roi est venu précisé ces actes dans ce qu'il est convenu d'appeler la nomenclature des soins de santé, prévue à l'annexe 1 de l'arrêté royal du 14 septembre 1984 établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités⁸.

La prestation de ce type de services s'effectue, en Belgique, dans un cadre fortement réglementé. En synthèse, les médecins détiennent un monopole légal d'exercice. Celui-ci est assuré par des exigences de qualifications d'une part, et par une limitation numérique du nombre de médecins (*numerus clausus*) d'autre part. De surcroît, diverses réglementations restreignent le comportement des prestataires de service sur le marché, notamment en matière de fixation des prix. Le cadre juridique applicable sera évoqué ci-dessous.

Sous-chapitre 2 : Le marché des services médicaux.

⁴ <https://www.health.belgium.be/fr/sante/professions-de-sante/professions-paramedicales>, consulté en juillet 2017.

⁵ Article 2, Loi sur l'exercice de la médecine vétérinaire du 28 août 1991, *M.B.*, 15 octobre 1991, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.

⁶ Article 3, §1, al. 2, Loi sur les professions de santé.

⁷ Article 3, §1, al. 4, Loi sur les professions de santé.

⁸ Ci-après, la « *nomenclature des prestations de santé* ». Voir également articles 34 et 35, Loi sur les professions de santé.

En droit européen de la concurrence, la notion de « marché » recouvre une signification bien particulière, qui se définit selon des limites territoriales et des limites relatives aux produits ou services offerts. A cet égard, des lignes directrices ont été établies par la Commission européenne, qui établissent une méthodologie complexe.⁹

La Cour procède à cette analyse essentiellement lorsqu'elle est saisie d'affaires impliquant une ou plusieurs entreprises dont il convient d'apprécier le caractère dominant de leur position sur le marché et la mesure dans laquelle elles en abusent (article 102 du traité FUE).

Dans le cadre de l'article 101 du Traité FUE, bien que la détermination du marché pertinent lui soit également utile, notamment pour savoir s'il y a une restriction sensible au sein du marché intérieur, la Cour ne réalise pas tout le temps un tel examen détaillé.

Ainsi, la Cour de justice a-t-elle considéré que des médecins spécialistes, offraient leurs services sur le marché des services spécialisés.¹⁰ Dans le cadre de notre étude, nous nous limiterons à envisager le « marché des services médicaux » pour désigner le marché sur lequel sont prestés les actes qui relèvent de l'art médical.

Chapitre 2 : Les caractéristiques de l'offre et de la demande de soins médicaux.

Avant d'analyser la mesure dans laquelle les prestataires de soins peuvent ressortir du champ d'application du droit européen de la concurrence, il convient de constater qu'en tout état de cause, les services médicaux présentent, de manière générale, des caractéristiques spécifiques qui les distinguent des activités de biens et de services sur un marché concurrentiel « normal ». ¹¹ Ainsi, la demande ne remplit-elle pas pleinement sa fonction habituelle de pression sur l'offre, malgré le droit du patient au libre choix de son praticien. (Sous-chapitre 2) De son côté, l'offre répond à des finalités particulières, qui semblent, de prime abord, difficilement réductibles à celle poursuivies par des opérateurs commerciaux classiques. (Sous-chapitre 3)

⁹ COM (1997), C-372, 9 décembre 1997, « Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰ C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98 (aff. Pavlov e.a.), *op. cit.*

¹¹ Les caractéristiques propres au « marché » des soins médicaux ont été identifiées par l'économiste prix Nobel Kenneth J. Arrow, dans son article « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical care ». Voir K.J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », in *The American Economic Review*, vol. 53, livre 5, décembre 1963, pp. 941 à 973. ; Voir également D. FORNACIARI, S. CALLENS, E. SCHOKKAERT, *Ziekenhuizen, mededingingsrecht en recht op kwaliteitsvolle zorg*, *op. cit.*, pp. 27 à 31. ; Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 85 à 88.

L'ensemble de ces spécificités sont avancées par les autorités nationales pour justifier le haut degré de régulation caractéristique de ce marché.

Sous-chapitre 1 : La demande de services médicaux.

Le processus de formation de la demande sur le marché des services médicaux doit s'analyser à l'aune des caractéristiques spécifiques du demandeur sur ce marché.

Ainsi, la relation entre un dispensateur et un consommateur de soins de santé se fonde-t-elle avant tout sur la confiance entre les parties. Cette confiance découle, en tout premier lieu, de l'asymétrie d'information qui caractérise la relation entre un médecin et son patient, et qui place ce dernier dans une situation de particulière faiblesse, et, par conséquent, affecte l'élaboration de la demande. (Section 2) Ensuite, cette relation particulière s'explique non pas par une envie consumériste dans le chef du consommateur, mais bien par un besoin essentiel de santé, par nature, imprévisible. (Section 3) Enfin, en plus d'être instable, la demande se révèle insensible au prix, compte tenu de la couverture assurantielles des patients, leur garantissant un accès démocratique aux soins de santé. (Section 4) L'ensemble de ces caractéristiques sont de nature à altérer l'exercice par le patient de son droit au libre choix de son praticien. (Section 1)

Section 1 : Le droit au libre choix de son praticien

L'article 6 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient¹² reconnaît expressément au patient le « *droit au libre choix du praticien professionnel* » et « *le droit de modifier son choix* », sauf dans les limites imposées par la loi.¹³

A l'inverse, un praticien peut refuser de prendre en charge un patient, pour des raisons personnelles ou professionnelles (ex : infrastructures insuffisantes, absence de qualification, *etc.*), excepté en cas d'urgence¹⁴. Cependant, les médecins ne peuvent « *sciemment et sans motif légitime dans leur chef,*

¹² Loi du 2 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.

¹³ Ces cas d'exception concernent principalement la médecine du travail ou encore l'admission forcée de malades mentaux. Le patient peut également être limité lorsque l'organisation des soins de santé ne lui permet pas de choisir un praticien. Par exemple, il se peut qu'un hôpital ne dispose que d'un seul spécialiste dans le secteur concerné. Voir la brochure du Service Public Fédéral de la Santé Publique, de la Sécurité de la Chaîne Alimentaire et de l'Environnement, intitulée « *La loi relative aux droits du patient, partenaires pour une plus grande qualité des soins de santé* », p. 13, consultable sur <https://www.olvz.be>.

¹⁴ Article 6 et 7, Nouveau code de déontologie médicale, consultable sur <https://www.ordomedic.be>.

*interrompre un traitement d'un patient en cours sans avoir pris au préalable toutes dispositions en vue d'assurer la continuité des soins. »*¹⁵

L'existence et l'exercice de cette liberté traduisent l'idée que, contrairement à certaines affirmations, le marché médical est éminemment concurrentiel. L'offre de services de soins de santé connaît bel et bien une pression concurrentielle, singulièrement sur les marchés non-conventionnés, où le prix est librement fixé par les praticiens. Sur les marchés conventionnés, la mise en concurrence des médecins par les patients s'exercera avant tout sur la qualité des services offerts.

Cependant, cette pression par la qualité ne profitera aux patients que s'ils disposent d'une information utile et complète, qu'ils sont aptes à comprendre. Or, il convient de reconnaître que ces conditions font défaut sur le marché des soins de santé.

Section 2 : Une asymétrie d'information

L'allocation optimale des ressources sur un marché suppose que tant les offreurs que les demandeurs puissent bénéficier d'une information parfaite sur ce marché. Le consommateur doit ainsi pouvoir déterminer ses préférences, en fonction des prix et de la qualité des services qui lui sont offerts.¹⁶

Le marché des soins de santé se caractérise, comme pour beaucoup d'autres professions libérales, par une asymétrie d'information entre les patients, consommateurs de soins, et les médecins, fournisseurs des services de santé.¹⁷

Cette inégalité s'explique par l'absence de compétences techniques suffisantes dans le chef du consommateur afin de disposer des informations pertinentes,¹⁸ et de les comprendre sans explication de son médecin. Il en résulte que le patient est supposé ne pas être apte à juger de la

¹⁵ Article 27, §1, Loi sur les professions de santé.

¹⁶ Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 86.

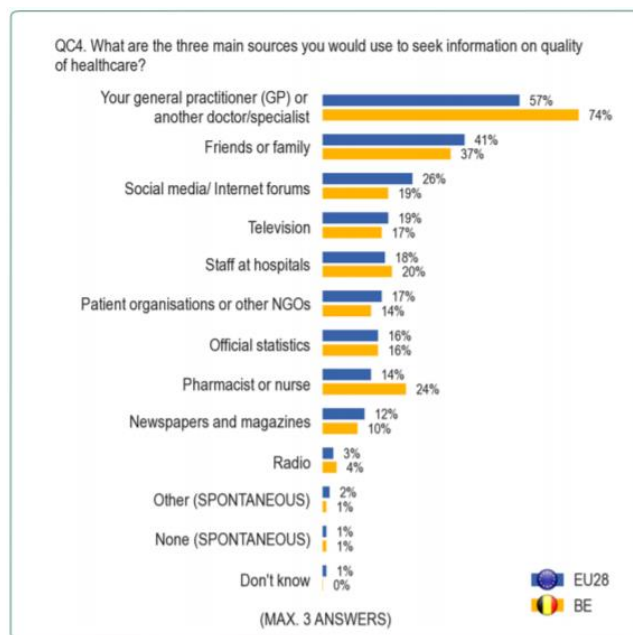
¹⁷ Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS dans l'affaire Pavlov, présentées le 23 mars 2000, C-180/98 à C-184/98 (*Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*), *Rec.*, p. I – 6457, pt. 86 ; K. J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *op. cit.*, pp. 951 et 952. ; Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸ A noter qu'il n'existe pas, à notre connaissance, de système institutionnalisé d'informations qui permettent aux patients d'opérer une comparaison de la qualité des services dispensées par les praticiens. Cette absence quasi-totale d'information comparable restreint d'autant plus le libre choix du patient. Voir à ce sujet l'enquête de Test-Achats, « Réputation des hôpitaux : le choix des médecins », consultable sur <https://www.test-achats.be/action/espace-presse/communiqués-de-presse/2012/reputation-des-hopitaux-le-choix-des-medecins-n1255193>.

qualité et du bien-fondé des services fournis. Il arrive même qu'il soit incapable, dans certaines situations, d'évaluer, *ex post*, l'évolution de son état et de la qualité des soins.¹⁹

De cette situation naît une relation de confiance, voire de « dépendance » vis-à-vis du praticien qui expose le patient aux risques de comportements opportunistes. Comme l'indique l'avocat général Jacobs, « *la tentation [serait] grande, [pour les professionnels de santé], de choisir délibérément une moindre qualité de service pour épargner du temps ou de l'argent ou amener les clients à avoir encore recours à leurs services alors que ce n'est pas nécessaire.* »²⁰ Le libre fonctionnement du marché n'est donc, sous cet angle, pas à même à lui seul d'assurer l'efficacité du système. Un certain niveau de régulation semble par conséquent nécessaire pour contrer les effets négatifs d'une information asymétrique.

Le graphique ci-dessous indique les sources privilégiées des citoyens belges en termes d'information médicale. Presque $\frac{3}{4}$ d'entre eux se tournent, en premier lieu, vers leur médecin traitant ou consultant.



Section 3 : Une demande incertaine et imprévisible

La demande sur le marché des soins se caractérise par son caractère instable. Kenneth J. Arrow pose le constat suivant :

¹⁹ Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS dans l'affaire Pavlov, *op. cit.*, pt. 86.

²⁰ *Ibid.*, pt. 86.

« *The most obvious distinguishing characteristics of an individual's demand for medical services is that it is not steady in origin as, for example, for food or clothing, but irregular and unpredictable. Medical services, apart from preventive services, afford satisfaction only in the event of illness, a departure from the normal state of affairs. It is hard, indeed, to think of another commodity of significance in the average budget of which this is true.* »²¹ (Nous soulignons).

Cet extrait traduit l'idée que la finalité des soins de santé est de corriger l'écart entre « *un état de santé constaté et un état de santé souhaité* »²². Plus simplement, ils visent à guérir le patient des maladies ou troubles qui l'affectent. Or, le consommateur sait difficilement déterminer son état de santé, la mesure dans laquelle des soins sont (toujours) nécessaires ou encore le moment pour les solliciter. Parce qu'il ne dispose pas nécessairement des compétences requises, mais aussi, et surtout, parce qu'une maladie est un événement, en partie voire totalement, imprévisible.²³

Il résulte de ceci que la demande de soins et, donc, l'utilité de l'achat de soins, sont elles-mêmes incertaines.²⁴ Le patient trouve ainsi l'information sur cette utilité auprès du médecin, qu'il « *achète sous forme de soins qualifiés* »²⁵. Les services de soins peuvent dès lors être considérées comme des marchandises de confiance (« *credence good* »), dont le contrôle de qualité justifie la mise en place de réglementations à priori exclues dans un modèle concurrentiel pur et parfait.

Section 4 : Une demande peu sensible aux prix

Dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne, les politiques de justice sociale ont conduit à la mise en œuvre d'une solidarité nationale, en vue de rendre les soins accessibles à tous.²⁶

²¹ K.J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *op. cit.*, p. 948. ; Voir également S. CHAMBARETAUD et L. HARTMANN, « Économie de la santé : avancées théoriques et opérationnelles », in *Revue de l'Observatoire français des conjonctures économiques*, livre 4, n°91, 2004, consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2004-4-page-235.htm>

²² *Ibid.*, p. 241.

²³ Un patient ne dispose pas nécessairement, non plus, des compétences pour pleinement comprendre, ex post, si les services fournis correspondent bien aux besoins entraînés par la maladie. Ceci est d'autant plus vrai pour les maladies graves. K.J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *op. cit.*, p. 951.

²⁴ S. CHAMBARETAUD et L. HARTMANN, « Économie de la santé : avancées théoriques et opérationnelles », *op. cit.*, p. 243.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ H. LEWALLE, « Système de santé et intégration européenne », in *L'Europe et les soins de santé*, ed. P. NIHOUL et A.-C. SIMON, De Boeck, 2005, p. 36 et sv.

Dans des régimes d'assurance maladie, les autorités publiques ont introduit des mécanismes assurantiels obligatoires, qui opèrent une socialisation des dépenses de santé. Par conséquent, le patient ne supporte, en général, qu'une partie limitée des coûts afférant à l'achat de soins.²⁷ En Belgique, par exemple, le patient doit être affilié à une assurance-maladie et invalidité, auprès d'un assureur individuel, afin de bénéficier d'un remboursement, partiel, voir total, des prestations reprises dans la nomenclature des prestations de santé et attestées par un médecin disposant d'un agrément particulier.

Cette couverture sociale rend le demandeur peu sensible aux prix pratiqués sur le marché, puisque la charge financière repose essentiellement sur la collectivité.²⁸

Un autre facteur explicatif de cette insensibilité réside dans le caractère fondamental des soins. Kenneth J. Arrow souligne que « *the demand of medical care is associated, with a considerable probability, with an assault of personal integrity. [...] The risks are not by themselves unique ; food is also a necessity, but avoidance of deprivation of food can be guaranteed with sufficient income, where the same cannot be said of avoidance of illness.* »²⁹.

Il en résulte que la demande de santé peut potentiellement être illimitée, car elle ne dépend pas uniquement d'un rapport économique, mais touche à une dimension fondamentale du consommateur, à savoir son état de santé. En outre, la relation de confiance vis-à-vis du praticien qui en découle expliquera généralement que, contrairement à un demandeur face à deux biens identiques d'une qualité et/ou d'un prix différents vendus par deux commerçants concurrents, un patient ne changera pas aussi facilement de médecin pour préférer les services d'un confrère dont on sait qu'ils sont meilleurs.³⁰

Sous-chapitre 2 : L'offre de soins médicaux.

Section 1 : Les acteurs

§1. Les médecins

²⁷ « En forçant le trait, le consommateur n'achète rien : il s'en remet à son médecin (décision d'achat), puis à ses assureurs (paiement des soins). [...] La responsabilisation financière du consommateur est donc embryonnaire et dépend de l'importance des sommes restant à sa charge. » Policy Roundtable, *Competition in the Provision of Hospital Services* 2005, p. 130.

²⁸ Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 87.

²⁹ K. J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *op. cit.*, p. 949.

³⁰ D. FORNACIARI, S. CALLENS, W. DEVROE, « Mededinging in de gezondheidszorg, gezondheidsrechtelijke aspecten », in *N.j.W.*, 2009, p. 50.

Les médecins exercent leurs activités sous des statuts qui diffèrent selon les Etats membres.³¹ En synthèse, deux systèmes se côtoient, voire s’imbriquent. D’une part, les services de soins peuvent être dispensés dans le cadre d’un système de médecine publique. Dans ce cas, le financement est entièrement pris en charge directement par l’Etat. D’autre part, ces services peuvent être fournis dans le cadre d’un système de médecine libérale. Il s’agit d’un système privé, où les médecins sont rémunérés par les patients, fussent-ils remboursés.³²

En Belgique, les services de soins de santé sont prestés dans le cadre du second modèle. Les médecins peuvent exercer leurs activités selon trois statuts : soit en mode indépendant, soit en mode salarié. Il arrive également que des médecins exercent à temps partiel des activités sous l’un ou l’autre mode.

La profession libérale de médecin, autrement qualifiée de profession indépendante, se définit comme « *une profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l’intérêt du client et du public* »³³. Elle regroupe ceux qui exercent en cabinet privé, et ceux qui travaillent au sein d’une structure hospitalière privée ou, dans certains cas, public, sous le statut d’indépendant. Les médecins libéraux constituent la grande majorité des prestataires belges. En médecine générale, à peu près 74% des médecins en droit de prêter en Belgique, au 31 décembre 2012, exercent sous un statut d’indépendant.³⁴ Un constat similaire s’observe dans les autres spécialités médicales.

Quant à la profession salariée de médecin, elle peut se définir comme une profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, en vue de fournir, pendant un certain temps et contre rémunération, un travail principalement d’ordre intellectuel en faveur d’une personne et sous son autorité. Dans ce groupe, figurent l’ensemble des médecins qui exercent sous un contrat de travail.³⁵ D’après les chiffres disponibles au 31 décembre 2012, le nombre de praticiens en

³¹ Voir page 38 du présent travail.

³² F. LOUCKX, “L’influence du droit européen de la concurrence sur l’organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d’intérêt économique général dans la recherche d’un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité”, *op. cit.*, pp. 355 et 356. ; « La médecine générale belge : une profession libérale ? » consultable sur www.le-gbo.be/sites/default/files/.../081008_la_medecine_generale_belge.pdf

³³ Directive 2005/36 du 7 septembre 2005 du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, J.O., L-255, 30 septembre 2005, p. 27, pt. 43.

³⁴ Sur un total de 16.144 médecins en droit de prêter au 31 décembre 2012, plus de 11.500 médecins sont indépendants. Ce dernier chiffre est repris sous les ETP globaux prestés à l’INAMI. Voir le Rapport de synthèse relatif aux médecins sur le marché du travail, 2004-2012 présentant les résultats du couplage des données PlanCAD SPF SPSCAE - Datawarehouse MT&PS – INAMI, publié en mai 2015, consultable sur www.health.belgium.be/hwtf. Ces chiffres donnent une estimation globale du volume réel d’activité des médecins. Voir les biais de ce couplage, tels qu’expliqués en page 13 et 14 du rapport.

³⁵ C.J.C.E., 3 juillet 1986, C-66/85 (aff. Lawrie-Blum), *Rec., I.*, p. 2121, pt. 17.

médecine générale exclusivement actifs comme employés représentaient à peu près 10% du contingent total.³⁶

§2. L'ordre professionnel des médecins

L'ensemble des médecins domiciliés en Belgique se regroupent au sein d'un organisme professionnel, appelé l'Ordre professionnel des médecins, composés de praticiens élus parmi leurs confrères.³⁷

Sur le marché médical, cet ordre dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'activité des médecins actifs sur ce marché.

D'une part, ce contrôle s'exerce au travers de l'obligation de tout médecin d'être inscrit au tableau de l'ordre.³⁸ L'Ordre détient la compétence autonome de dresser ce tableau. Il en découle qu'il peut refuser l'inscription d'un demandeur qui ne remplit pas les conditions de formation et/ou de visas, ou qui « *s'est rendu coupable d'un fait dont la gravité entraînerait pour un membre de l'Ordre la radiation du tableau ou d'une faute grave qui entache l'honneur ou la dignité de la profession. [...]* »³⁹. Cette décision de refus doit être motivée.⁴⁰

D'autre part, l'Ordre a autorité et juridiction sur les médecins qui sont inscrits au tableau.⁴¹ Il dispose d'un pouvoir disciplinaire visant à assurer, notamment, le respect des principes et règles relatifs à la moralité, à l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et au dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie médicale.⁴² Ce pouvoir disciplinaire permet à l'ordre de sanctionner, voire de radier un médecin qui ne remplit plus les conditions requises pour exercer l'art médical.⁴³ Cette radiation entraîne *de facto* le retrait du visa d'autorisation d'exercice.

Ces pouvoirs conférés par la loi à l'Ordre de médecin sont de nature à constituer, d'un point de vue concurrentiel, des restrictions à l'accès à la profession, afin de garantir un monopole sur le marché médical.⁴⁴ Cette situation sera exposée dans la sous-section 3. D'un autre côté, d'un point de vue

³⁶ *Ibid*, p. 21.

³⁷ Arrêté royal n° 79 relatif à l'Ordre des Médecins du 10 novembre 1967, *M.B.*, 14 novembre 1967, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be> (ci-après, *Arrêté royal n°79*).

³⁸ *Ibid*, article 2, al. 2.

³⁹ Article 6, 1°, al. 1, Arrêté royal n°79.

⁴⁰ *Ibid*, al. 4.

⁴¹ *Ibid*, art. 5, alinéa 1.

⁴² Ce code de déontologie est élaboré par l'ordre lui-même. Article 15, §1, Arrêté royal n°79.

⁴³ Article 6, 1°, al. 2 et article 16 et suivant, Arrêté royal n°79.

⁴⁴ O.C.D.E., *Politique de la concurrence et professions libérales*, 1985, p. 31.

sociétal, elles viseraient à garantir que les médecins adoptent des comportements conformes à la finalité de leurs services, c'est-à-dire la poursuite du bien-être des patients.

Section 2 : Les caractéristiques de l'offre

L'élaboration de l'offre doit, ainsi, tenir compte des particularités afférentes au comportement attendu des médecins (§1), ainsi que des effets externes que leurs services produisent vis-à-vis des tiers (§2).

§1. Le comportement attendu des médecins⁴⁵

Contrairement aux offreurs opérant sur un marché concurrentiel « classique », il est attendu des médecins qu'ils prestent des services à « *collectivity-orientation* », c'est-à-dire tourné vers le bien-être du patient. Selon la formule de Javier Trevino, sociologue :

« The doctor-patient relation is [...] likely to be collectivity-oriented in that the physician is concerned with his patient's physical well-being, rather than self-oriented in that he is not primarily concerned with making a profit from his patient's ill health. »⁴⁶

En cela, l'objectif non-patrimonial des professions de santé les distinguent des professions commerciales, tournées principalement vers un but de lucre. La recherche du bien-être du client, et la relation de confiance particulière qui en découle, devrait exclure, de la part du médecin, un comportement de pure négociation individuelle, caractéristique d'un marché classique.⁴⁷

§2. Le phénomène des externalités

Les services fournis par les médecins peuvent avoir des impacts positifs ou négatifs sur la société dans son ensemble.⁴⁸ Il s'agit du phénomène des externalités. La qualité des prestations servirait, outre les intérêts du patient, la collectivité elle-même, de par les avantages qu'elle lui procurerait en termes sanitaire et de développement scientifique. Pour citer le législateur européen, « *les systèmes*

⁴⁵ K. J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *op. cit.*, p. 949.

⁴⁶ A. J. TREVINO, « Introduction : the theory and legacy of Talcott Parsons », in *Talcott Parsons Today, his Theory and Legacy in Contemporary sociology*, Rowman & Littlefield, 2001, p. 42.

⁴⁷ Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 87. ; Nous verrons néanmoins *infra* que la négociation n'est pas totalement exempte du marché médical, notamment concernant la fixation des honoraires.

⁴⁸ Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS dans l'affaire Pavlov, *op. cit.*, pt. 85 ; COM (2004) 83 final, *op. cit.*, pt. 25.

*de santé de l'Union sont une composante essentielle des niveaux élevés de protection sociale dans l'Union et contribuent à la cohésion et à la justice sociales, ainsi qu'au développement durable ».*⁴⁹

L'article 8 du nouveau code de déontologie médicale belge illustre ce propos, en exigeant du médecin qu'il soit « *conscient de ses devoirs sociaux envers la collectivité.* »⁵⁰ Il transparait également dans l'idée de « permanence médicale », qui se définit comme « *la dispensation régulière et normale des soins de santé à la population, durant la période de permanence* ». ⁵¹ Dans les conditions reprises aux articles 28 et suivant, de la loi sur les professions de santé, tout médecin doit en principe assurer la continuité des services de soin, sous la forme de garde. Le rapprochement peut ainsi être aisément opéré entre cette obligation et le principe fondamental de droit public d'assurer la continuité du service public.

Le médecin, en tant qu'offreur, a donc une responsabilité particulière, souvent invoquée à l'appui des restrictions à la concurrence, notamment en matière d'accès à la profession.

Section 3 : Le cadre juridique

Les différentes caractéristiques liées à l'offre et la demande de soins de santé, ainsi que les politiques sociales menées par les Etats, expliqueraient que le marché soit fortement réglementé. Si ces réglementations peuvent être justifiées, elles constituent, dans un modèle concurrentiel, autant d'entraves susceptibles de perturber le fonctionnement libre et normal du marché.

Deux grands types d'interventions réglementaires sont distinguées par la Commission européenne : d'une part, les réglementations liées à l'accès aux professions, notamment l'octroi de licence et/ou la mise en place de quotas (§1) et, d'autre part, les règles relatives aux comportements des professionnels, au rang desquelles figurent la régulation des prix (§2). ⁵²

Un marché monopolistique...

§1. Généralités

Dans la plupart des Etats membres, les réglementations nationales créent des monopoles légaux de

⁴⁹ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.U.E.*, L-88, 4 avril 2011, considérant 3.

⁵⁰ Voir également le titre III « le médecin au service de la collectivité », du nouveau code de déontologie médicale belge.

⁵¹ Art. 26, 4°, Art. 28 et svt., Loi sur les professions de santé.

⁵² COM (2004) 83 final, 9 février 2004, « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », *op. cit.*, p. 16. On y retrouve également les restrictions en matière de publicité et de structure de l'entreprise. ; O.C.D.E., *Politique de la concurrence et professions libérales*, *op. cit.*, pp. 33 à 40.

dispense de service de soins de santé au profit de ceux qui répondent aux conditions déterminées par ces réglementations.⁵³

Trois préoccupations majeures sous-tendent l'instauration de tels monopoles. En premier lieu, il s'agirait d'un mode de contrôle de qualité des actes médicaux, visant à protéger le patient et, les intérêts de la collectivité elle-même, en vertu du phénomène des externalités (*voir supra*). La qualité d'information sur l'utilité de l'achat de soins, pour reprendre Arrow, serait dès lors protégée en excluant du marché ceux qui ne sont pas reconnus comme professionnels. Ensuite, il serait un outil de gestion responsable des dépenses de santé, en permettant la maîtrise des coûts qu'engendrent les interventions médicales à charge de la solidarité nationale.⁵⁴ Enfin, parmi les motivations sous-jacentes à une limitation de l'offre médicale, se retrouvent, souvent, des préoccupations corporatistes, qui tiennent, notamment, à la préservation d'un certain niveau de rentabilité des activités au profit des professionnels présents sur le marché.⁵⁵

Deux types de monopoles peuvent être distingués, selon qu'il a trait aux qualifications requises pour accéder à la profession (qualitatif), ou selon qu'il vise à réguler directement le nombre de médecins présents sur le marché (quantitatif).

§2. Types de monopole

A. Le monopole qualitatif

Dans son article « *La reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur* »⁵⁶, le professeur Jacques Pertek propose de distinguer deux types de monopole, selon que l'exclusivité porte sur les actes relevant de la profession, ou sur l'utilisation d'un titre professionnel.

Dans le cas d'un monopole d'actes, l'Etat réserve le droit d'accomplir une série d'actes déterminés au profit d'un groupe de professionnels, dont il a été vérifié qu'ils remplissent les conditions d'admission prévues à cet effet. L'autorité publique, voire l'organisme professionnel spécialement habilité,⁵⁷ prévoit ainsi des conditions de qualification, généralement attestées par l'obtention d'un

⁵³ Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS dans l'affaire Pavlov, *op. cit.*, pt.75.

⁵⁴ Comme nous l'examinerons ci-après, le législateur belge justifie l'instauration d'un contingentement des professions de santé en indiquant que « *il résulte de ce double point de vue d'une part, le contrôle de la qualité des actes médicaux et d'autre part, une gestion responsable des dépenses qu'une réglementation en matière de maîtrise de l'offre doit être envisagée.* » Projet de loi portant des dispositions sociales, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1, p. 64. ; H. LEWALLE, « Système de santé et intégration européenne », *op. cit.*, p. 52.

⁵⁵ J. PERTEK, « L'Europe des professionnels de la santé », *op. cit.*, p. 193.

⁵⁶ J. PERTEK, « la reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur », in *R.T.D.Eur.*, 1989, pp. 623 et s.

⁵⁷ Dans ce cas, les conditions à satisfaire pour être autorisé à pratiquer l'activité professionnelle sont déterminées, sur habilitation légale, par une organisation professionnelle, dans les limites posées par l'autorité publique. Dans le secteur médical, ces réglementations sont ordinales, car elles émanent de l'Ordre des médecins.

diplôme. Par conséquent, toute personne ne disposant pas du diplôme requis ne pourra se livrer à l'un des actes qui relèvent de la compétence de ce groupe professionnel.

Dans cette perspective, le législateur belge a prévu, à l'article 3 de la loi sur les professions de santé, que *« nul ne peut exercer l'art médical s'il n'est porteur du diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé et s'il ne réunit pas, en outre, les conditions imposées par l'article 25. »*

Les médecins disposent ainsi d'un monopole général sur l'ensemble des actes relatif à l'art médical, tel que défini par le législateur (voir le chapitre 1).

Ce monopole est protégé par une incrimination pénale condamnant l'exercice illégal de l'art médical.⁵⁸

Dans le cas d'un monopole de titre, l'Etat prévoit l'usage exclusif du titre professionnel prévu par la réglementation. Il convient de distinguer deux situations :

Le cas le plus fréquent se rencontre dans le cadre d'un monopole des actes. En effet, le plus souvent, ceux qui satisfont aux conditions leur permettant de prester les actes relevant du domaine protégé bénéficieront, par extension, du droit exclusif de porter et d'utiliser la dénomination officielle afférente au groupe professionnel. En d'autres termes, l'exclusivité portant sur le titre dérive de l'existence d'une exclusivité portant sur les actes.

Tel est le cas en Belgique, où les médecins bénéficient de l'utilisation exclusive, en fonction de leur formation, d'un titre prévu par l'arrêté royal établissant la liste des titres professionnels particuliers réservés aux praticiens de l'art médical, en ce compris l'art dentaire du 25 novembre 1991.⁵⁹

A l'inverse, il existe des réglementations accordant une exclusivité sur l'usage du titre professionnel, sans pour autant réglementer l'accès aux activités de cette profession. Dans cette hypothèse, seuls ceux qui remplissent les conditions d'utilisation du titre pourront s'en prévaloir, étant entendu qu'un autre mode d'exercice des actes du domaine considéré est possible, mais sans l'usage de la dénomination professionnelle faisant l'objet de l'exclusivité. Cette hypothèse est peu rencontrée.⁶⁰

⁵⁸ Articles 3 et 122, Loi coordonnée le 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé.

⁵⁹ Article 86, Loi sur les professions de santé.

⁶⁰ J. PERTEK, « L'Europe des professionnels de la santé », *op. cit.*, pp. 197 et 198.

B. Le monopole quantitatif

Outre les monopoles organisés afin de s'assurer *à priori* de la qualité des praticiens, les systèmes de soins de santé connaissent, généralement, des mesures destinées à limiter le nombre de médecins actifs sur le marché médical. Un des arguments soulignés ci-dessus sous-tend principalement ces restrictions : contenir les dépenses de santé. La préservation de la qualité des prestations peut également être poursuivies, de même que, en arrière-fond, des considérations davantage corporatistes, telles que l'intérêt économique des membres (limitation du nombre de professionnels en activités ou potentiels, de futurs professionnels en formation).

Ainsi, comme dans d'autres domaines, un contingent est prévu pour limiter le nombre de praticiens autorisés à exercer. De surcroît, dans certains systèmes, cette limitation est doublée d'une répartition géographique, justifiée par la nécessité d'assurer un niveau équivalent et suffisant de services dans l'ensemble des régions du pays.⁶¹

En Belgique, une telle limitation numérique a été introduite par la loi du 29 avril 1996, remplacée par la loi coordonnée du 10 mai 2015 précitée. Sous un titre évocateur – « Maitrise de l'offre » - les articles 91 et 92 de cette loi organise un *numerus clausus* pour l'entrée dans la profession en médecine curative.

...sur lequel les prix sont imposés.

§1. Généralités

La fixation collective par les pouvoirs publics ou les organisations professionnelles habilitées, des honoraires des médecins constituent une seconde caractéristique de la régulation du marché médical.⁶²

La Commission européenne estime que « *les prix imposés et les prix minimums sont les instruments de réglementation les plus néfastes pour la concurrence, dans la mesure où ils suppriment ou réduisent fortement les avantages que les marchés concurrentiels présentent pour les consommateurs.* »⁶³

⁶¹ O.C.D.E., *Politique de la concurrence et professions libérales*, op. cit., p. 88.

⁶² *Ibid.*, pp. 71 à 73.

⁶³ Ces mécanismes contreviennent au jeu de la concurrence, notamment en maintenant des prix supérieurs aux niveaux compétitifs. COM (2004) 83 final, 9 février 2004, « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », op. cit., pt 22.

A tout le moins, cette caractéristique du marché médical explique pourquoi la demande ne joue pas pleinement sa fonction de pression sur les prix, dans le secteur conventionné à tout le moins. Il s'agit du revers de la médaille du système de protection sociale.

§2. La fixation des prix sur un marché en Belgique

Le principe consacré par le code de droit économique belge voudrait que les prix des biens et des services soient fixés par le libre jeu de la concurrence.⁶⁴

Ce n'est que s'il s'avère urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un « *dommage grave, immédiat et difficilement réparable* » pour les entreprises concernées ou pour les consommateurs dont les intérêts sont affectés, ou de léser l'intérêt économique général, notamment en cas d'évolution anormale de prix, que les autorités publiques peuvent prendre des mesures provisoires perturbant la détermination des prix par les mécanismes du marché.⁶⁵ Des dispositions particulières sont également prévues en matière de fixation des prix des médicaments et assimilés, au sens des articles V.9 et suivant du Code.

En dehors de ces clous, des mécanismes de fixation collective des prix sur un marché sont rigoureusement interdites.

§3. La fixation des honoraires des médecins en Belgique

Le marché de la dispensation des soins de santé obéit, lui aussi, au principe de la libre fixation des prix.

L'article 35, alinéa 2, de la loi relative à l'exercice des professions des soins de santé coordonnée le 10 mai 2015, dispose : « *sans préjudice de l'application des taux éventuellement fixés par ou en vertu de la loi ou prévus par des statuts ou par des conventions auxquelles les praticiens ont adhéré, ceux-ci fixent librement le montant de leurs honoraires [...]* ». Le bénéfice du principe de la liberté des honoraires est donc garanti au profit des médecins.

Cette liberté est néanmoins encadrée par les articles 71 et suivant du nouveau Code de déontologie médicale, qui impose aux médecins la modération et la discrétion dans la fixation de leurs honoraires, sous peine de sanction disciplinaire.

Conformément à la disposition susvisée, la loi peut prévoir des cas d'exception, notamment en instaurant des régimes de fixation des prix. En droit belge, il y a lieu de distinguer selon que les

⁶⁴ Article V.2, Code de droit économique.

⁶⁵ Article V.3 et suivant, Code de droit économique.

honoraires sont libres ou réglementés. Le médecin sera soit conventionné, soit non-conventionné, soit conventionné-partiel

A. Marché réglementé (secteur conventionné)

Le secteur conventionné ne concerne que les prestations pouvant faire l'objet d'un remboursement, soit celles reprises dans la nomenclature des soins. Pour celles-ci, les médecins ont la possibilité d'adhérer à des *conventions*, négociées au niveau national, qui imposent les honoraires pouvant être réclamés aux patients. Le praticien n'a donc aucune liberté concernant la fixation des tarifs de prestation.

Deux éléments méritent d'être soulignés, qui tiennent à l'existence d'espaces de concurrence par les prix dans le secteur conventionné.

D'une part, il convient d'indiquer que, dans le secteur réglementé, il existe une possibilité pour certains médecins d'appliquer des honoraires différents. Ainsi, l'article 50, §6, d, al. 2 précise-t-il que les accords médico-mutualistes « *fixent les conditions de temps, de lieu et d'exigences particulières ou de situation économique des bénéficiaires dans lesquelles ces honoraires peuvent être dépassés.* »

D'autre part, comme l'indique le Conseil de la concurrence français, « *les modalités de fixation [des tarifs] ne sont pas étrangères à la logique de la rencontre de l'offre et de la demande* »⁶⁶. En effet, « *le prix n'est pas libre, car il ne peut varier, mais cela n'exclut pas que sa détermination puisse faire l'objet d'une négociation* ». ⁶⁷ En effet, comme rappelé ci-dessus, les prix sont déterminés par la négociation entre les professionnels médicaux et les organismes d'assurance-maladie.⁶⁸

B. Marché libre

Pour tous les actes non repris dans la nomenclature des soins de santé, la tarification des services offerts aux patients répond aux mécanismes du marché, et sont fixés par la confrontation individuelle de l'offre et de la demande.

⁶⁶ Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ La Cour de justice est arrivée au même constat dans le cadre de la fixation du prix des médicaments. Dans son arrêt *sot. Lélos kai Sia EE*, le juge européen a indiqué « *qu'il convient de relever, d'une part, que le contrôle exercé par les États membres sur les prix de vente ou de remboursement des médicaments ne soustrait pas entièrement les prix de ces produits à la loi de l'offre et de la demande.* » En effet, « *même [dans les États membres où] les autorités publiques fixent [...] le prix de vente des médicaments, il n'en résulte pas pour autant que les producteurs des médicaments concernés n'ont aucune influence sur le niveau auquel sont fixés les prix de vente ou les montants de remboursement de ceux-ci.* » Leur influence tient au fait qu'ils « *participent aux négociations qui, à [leur] demande, et en partant de prix proposés par ceux-ci, aboutissent à la fixation des prix et des montants à appliquer.* » C.J.U.E., 16 septembre 2008, C-468-06 et C-478/06 (aff. *sot. Lélos kai Sia EE*), pts. 61 à 63.

Par conséquent, le praticien peut fixer librement ses honoraires,⁶⁹ dans le respect des obligations ordinales. Ainsi, doit-il le faire avec tact, modération, en tenant compte, notamment, de l'importance des prestations fournies, de la situation économique du patient, de sa propre notoriété et des circonstances particulières éventuelles.⁷⁰ En cas d'honoraires « manifestement excessifs », une procédure d'arbitrage est prévue, sous l'égide d'un Conseil provincial.⁷¹ Ils peuvent, en outre, entraîner l'application d'une sanction disciplinaire.⁷²

C. Médecins « conventionnés-partiels »

Notons, pour terminer, qu'il existe un statut intermédiaire : les médecins conventionnés-partiels. Il s'agit de médecins qui ont précisé, dans les délais et suivant les modalités déterminées par le Roi, les moments et lieux où ils refusent d'adhérer aux accords médico-mutualistes. Ainsi, lorsque ces conditions temporelles et spatiales sont rencontrées, ils n'appliqueront pas les honoraires fixés et pourront bénéficier de la liberté de tarification, y compris pour les actes médicaux inscrits dans la nomenclature des soins de santé.⁷³

A l'instar des monopoles légaux, ces régimes d'imposition des prix posent d'importante question au regard des règles de concurrence.⁷⁴ Selon la Commission européenne, « *les prix imposés et les prix minimums sont vraisemblablement les instruments de réglementation les plus néfastes pour la concurrence, dans la mesure où ils suppriment ou réduisent fortement les avantages que les marchés concurrentiels présentent pour les consommateurs.* »⁷⁵

La contradiction de telles mesures réglementaires au regard du droit de la concurrence semble évidente. Et pourtant, elle soulève des réflexions aussi complexes que controversées. L'examen de leur compatibilité au regard du droit européen de la concurrence fera l'objet du Titre II.

⁶⁹ Article 50, §6, d), al. 2, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994.

⁷⁰ Article 71, al. 2, Nouveau code de déontologie médicale.

⁷¹ Article 6, 5°, Arrêté royal n° 79 relatif à l'Ordre des Médecins du 10 novembre 1967.

⁷² Article 78, al. 1, Nouveau code de déontologie médicale.

⁷³ Article 50, §3, al. 6, Loi. « [...] *sauf s'ils ont électroniquement et par l'application en ligne sécurisée visée au présent paragraphe, dans les délais et suivant les modalités à déterminer par le Roi, communiqué à l'Institut précité les conditions de temps et de lieu dans lesquelles ils n'appliqueront pas le montant des honoraires qui y sont fixés.* »

⁷⁴ D. FORNACIARI, S. CALLENS, E. SCHOKKAERT, *Ziekenhuizen, mededingingsrecht en recht op kwaliteitsvolle zorg*, op. cit.; F. LOUCKX, « Gezondheidszorg tussen interne markt en algemeen belang. De deregulerende werking van het Europese mededingingsrecht ten aanzien van de organisatie van de Belgische gezondheidszorg verkend. Krijtlijnen voor een beleid gericht op financiële toegankelijkheid », in *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers : enkele actuele thema's*, eds. A. VAN REGENMORTEL, H. VERSCHUEREN en V. VERVLIT, Brugge, die Keure, 2007, pp. 293 tot 432.

⁷⁵ COM (2004) 83 final, op. cit., pt. 33.

Chapitre 2 : L'application du droit européen de la concurrence aux médecins.

On ne pourrait ignorer que le marché médical est aussi, malgré les spécificités que nous venons d'étudier, le lieu où se confrontent une offre et une demande, en termes de services de soins. Les règles de concurrence ont, de ce fait, vocation à en régir les interactions. (Section 2).

Cela étant, la fonction régulatrice du commerce ne lui a pas toujours été reconnue dans le monde des professions libérales, et singulièrement dans le secteur de la santé. Au contraire, celles-ci ont été exclues du champ économique jusqu'à de récentes évolutions, qui s'inscrivent dans un contexte politique et idéologie déterminé. (Section1)

Sous-chapitre 1 : Un brin d'histoire.

Les professions libérales, en ce compris les médecins, se voient aujourd'hui imposer la discipline économique concurrentielle, garantie par les Traités européens. Pourtant, ces mêmes professions ont, longtemps, échappé aux considérations commerciales. C'est que leur caractère éminemment intellectuel rendait inconcevable qu'elles soient assimilées à une « vulgaire » activité de boutiquier.

76

Ainsi, en droit romain classique, les médecins libres exerçaient leur office dans une relation gratuite vis-à-vis des patients.⁷⁷ Cette relation ne se formalisait pas par la conclusion d'un contrat d'emploi (*locatio conductio operarum*) mais devait plutôt être analysée comme un mandat non rémunéré. Le *negocium* entre un médecin et son patient échappait de ce fait à la commercialité, et les honoraires perçus en contrepartie ne pouvaient être considérés comme une rémunération.⁷⁸

De cette conception particulière, il a résulté que la profession médicale, comme les autres professions libérales, ont été essentiellement régies par les règles du droit civil, et non par celles du droit commercial.⁷⁹

⁷⁶ A. AUTENNE ; E. BALATE ; N. THIRION, « L'avocat : un agent économique comme les autres ? », in *L'Avocat - Liber Amicorum Georges-Albert Dal*, Larcier, 2014, pp. 121 et 122.

⁷⁷ Les médecins à Rome étaient pour la plupart des esclaves ou des affranchis, souvent d'origine grecque et formés sur le tas.

⁷⁸ En réalité, les honoraires étaient une forme de remerciement, "honoraires" venant de "*honor*". Il ne s'agissait donc pas d'une rétribution correspondant à la contrepartie d'un travail effectué, mais bien de la reconnaissance du patient exprimé sous la forme d'honoraire.

⁷⁹ A. AUTENNE ; E. BALATE ; N. THIRION, « L'avocat : un agent économique comme les autres ? », *op. cit.*, p. 122. ; Le Code civil bavarois de 1756 indiquait dans son article 12, Livre I, Chapitre IV, que « *sont défendues les conventions [...] entre médecins et malades* ».

La seconde moitié du XX^e siècle a cependant connu un renversement majeur de perspective. Sous l'effet influent du dynamisme jurisprudentiel de la Cour de justice de l'Union – entre autres raisons – les frontières entre « droit civil » et « droit commercial » se sont progressivement effacées, jusqu'à la soumission des professions libérales aux règles de la commercialités.⁸⁰

Ce bouleversement s'explique avant tout par le contexte économique, politique et idéologique dans lequel celui-ci a été opéré. Les développements prétoriens en matière de concurrence n'ont été possibles que parce que des organes, dans une société déterminée, ont décidé d'imprimer une lecture économique des professions libérales. En d'autres termes, l'opération de qualification à laquelle la Cour procède lorsqu'elle assujetti une profession au droit de la concurrence, n'est jamais neutre car elle se fonde sur un discours économique particulier, par essence réfutable.⁸¹

Sans pour autant poursuivre notre propos par une analyse économique du droit positif, la conscience de cette idée que « *la qualification des titulaires de professions libérales en termes d'entreprises n'est pas un acte de pure connaissance [mais bien] un acte de volonté, une décision politique* »⁸², nous paraît particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'analyser le droit positif, à la recherche d'une synthèse équilibrée entre les multiples intérêts qui s'expriment dans une collectivité, singulièrement à propos d'un thème aussi délicat que la mise en concurrence des professionnels de santé.

Sous-chapitre 2 : La notion d'entreprise et les médecins.

La notion d'entreprise est centrale en droit européen de la concurrence, car elle en conditionne l'application. Malgré son caractère cardinal, ce concept n'est nullement défini par les règles du traité relatives à la concurrence, ni même dans les actes européens qui en ont découlés. Pour autant, sa définition n'a pas été abandonnée aux systèmes juridiques nationaux. Au travers d'une jurisprudence en constante évolution, la Cour a érigé des bases solides afin d'en garantir une interprétation européenne autonome.⁸³ (Section 1)

La question de savoir si les médecins relèvent de cette qualification, au sens des articles 101 et suivant du traité FUE, a été résolue dans les arrêts *Pavlov e.a.* et *Fenin*. (Sous-section 2)

⁸⁰ A. AUTENNE ; E. BALATE ; N. THIRION, « L'avocat : un agent économique comme les autres ? », *op. cit.*, p. 122.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ C.J.C.E., 2008, T-99/04 (aff. AC-Treuhand contre Commission), *Rec.*, II., p. 1501, pt. 144.

Section 1 : La notion d'entreprise

§1. Une approche fonctionnelle : le critère de l'activité économique

A. Le principe : l'arrêt Höfner et Elser

C'est au jour du 23 avril 1991 que la Cour de justice posa la première pierre. L'arrêt *Höfner et Elser* lui en donna l'occasion.⁸⁴ Cette affaire porte sur une réglementation allemande qui réservait à une administration publique, l'Office nationale pour l'emploi,⁸⁵ le monopole du placement des travailleurs sur le marché. En violation de celle-ci, Höfner et Elser, des conseillers en recrutement privés, avaient accompagné une entreprise dans le cadre du recrutement d'un cadre. Par la suite, ladite entreprise a refusé de payer les honoraires de conseils. La juridiction de renvoi a, dans ce cadre, posé une question préjudicielle aux fins de savoir si un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, pouvait être considéré comme une entreprise.

Aux termes d'un considérant remarquable, la Cour définit une *entreprise* comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.* »⁸⁶ Elle considère ensuite que « *la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques.* »⁸⁷

La messe est dite. Désormais, le critère pertinent pour qualifier une entité d'entreprise est celui de l'activité économique, peu importe le statut juridique ou le mode de financement de cette entité. De la sorte, la Cour évite qu'un opérateur économique puisse exciper de la seule forme juridique de son entreprise pour échapper à l'application des règles de concurrence.⁸⁸

Partant, il convient de préciser les caractéristiques d'une activité économique.

B. Les caractéristiques de l'activité économique

⁸⁴ C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90 (aff. Hoefner et Elser), *Rec. I.*, p. 1979.

⁸⁵ Le Bundesanstalt für Arbeit (BA)

⁸⁶ C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *op. cit.*, pt. 21. Ce considérant est répété sous une forme incantatoire, dans l'ensemble des arrêts postérieurs. Voir, entres autres : C.J.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94 (aff. Fédération française des sociétés d'assurance), *Rec., I.*, p. 4013, pt 17 ; C.J.C.E., 11 décembre 1997, C-55/96 (aff. Job Centre), *Rec., I.*, p. 7119, pt. 21 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96 (aff. Commission contre Italie), *Rec., I.*, p. 3886, pt. 36 ; C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180-184/98, *op. cit.*, pt. 74 ; C.J.C.E., 16 mars 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 (aff. AOK Bundesverband e.a.), *Rec., I.*, p. 2493, pt. 46 ; C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03P (aff. Fenin), *Rec., I.*, p. 6295, pt. 25.

⁸⁷ C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *op. cit.*, pt. 22.

⁸⁸ Conclusions de l'avocat général M. JACOBS dans l'affaire Pavlov e.a., présentées le 23 mars 2000, C-C-180/98 À C-184/98 (aff. Pavlov e.a.), *Rec., I.*, p. 6551., pt. 107.

1. Une offre de biens et de services – L'arrêt *Commission contre Italie*⁸⁹

L'affaire *Commission contre Italie* porte sur le refus, par la République italienne, de communiquer à la Commission européenne des données relatives aux relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques actives dans le secteur du tabac manufacturé, au motif que l'entité qui opérait dans ce secteur appartenait à la catégorie des pouvoirs publics.⁹⁰ La question consiste à savoir si cette entité, qui possède la même personnalité juridique que l'Etat, peut être qualifiée d'entreprise par le seul fait qu'elle offre des biens et des services sur le marché des cigarettes.

La Cour a saisi cette opportunité pour préciser ce qu'était une activité économique : il s'agit de « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ».⁹¹

De ceci, il découle que « l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques »⁹² et qu'il sera donc « nécessaire, dans chaque cas, d'examiner les activités exercées par l'État, et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent. »⁹³

Aux termes d'un arrêt bref, la Cour considère que l'entité italienne est bel et bien une entreprise, compte tenu de son activité, peu importe qu'elle « soit intégrée dans l'administration de l'État avec lequel elle se confond dans une même personne juridique »⁹⁴.

C'est donc sous l'angle de l'activité d'offreur qu'il importe de se placer pour apprécier le caractère économique d'une activité, et non sous celui de l'activité d'achat, en tant que tel. Une entité qui achèterait un bien aux fins de l'utiliser dans le cadre d'une activité non-économique ne sera pas qualifier d'entreprise, peu importe la puissance économique qu'elle exerce en tant qu'acheteur sur un marché donné.⁹⁵

2. Des « services » sur un marché donné

Il convient d'analyser de plus près la notion de « service » sur un marché donné. Sur pied de l'article 57 du traité FUE, les services sont considérés comme « les prestations fournies normalement contre rémunération », et comprennent, notamment, les activités des professions libérales.

⁸⁹ C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85 (aff. *Commission contre Italie*), *Rec.*, I., p. 2599.

⁹⁰ Conclusions de l'avocat général M. J. MISCHO dans l'affaire *Commission contre Italie*, présentées le 4 novembre 1986, C-118/85 (aff. *Commission contre Italie*), *Rec.*, I., p. 2609.

⁹¹ C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85, *op. cit.*, pt. 7 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt. 36 ; C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180-184/98, *op. cit.*, pt. 75 ; C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03 P, *op. cit.*, pt. 25.

⁹² C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85, *op. cit.*, pt. 7.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, pts. 13 et 15.

⁹⁵ C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03P, *op. cit.* ; Voir *infra* section 2, §3.

La rémunération, quant à elle, constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, laquelle se définit, en principe, entre le prestataire et le destinataire du service.⁹⁶

En outre, la prestation de services économiques implique des risques financiers, que le prestataire doit supporter. Tel est le cas, notamment, lorsque l'opérateur est appelé à supporter lui-même les déficits de son activité, en cas de déséquilibre entre dépenses et recettes.⁹⁷

En application de ces principes, la Cour considère, entre autres, que sont des services économiques, les services de placement de travailleurs prestés par l'Office national pour l'emploi allemand,⁹⁸ ou encore les services de transport en ambulance offerts par les organisations sanitaires allemandes.⁹⁹ Dans chacun des deux cas, les entités visées ont été considérées comme des entreprises, malgré le but non lucratif de leurs activités.

3. *L'indifférence du but de l'activité – l'arrêt Fédération française des sociétés d'assurance*¹⁰⁰

A l'occasion de l'arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance*, s'est posée la question de savoir si un organisme à but non lucratif (la CCMSA), qui détenait la gestion exclusive du régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse des exploitants agricoles, est une entreprise au sens des articles 101 et suivant du Traité FUE (85 et suivant du Traité CE).

Parmi les arguments avancés par le gouvernement français, en vue de faire échapper la CCMSA à cette qualification, figure le fait que l'organisme ne poursuivait pas de but de lucre. La Cour y répond en jugeant « *que le seul fait que la CCMSA ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique, dès lors que, compte tenu [de ses caractéristiques], elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer.* »¹⁰¹ De plus, « *la poursuite d'une finalité à caractère social, les exigences de solidarité [...] n'empêchent toutefois pas de considérer l'activité exercée par la CCMSA comme une activité économique.* »¹⁰²

⁹⁶ *Ibid.* ; Nous verrons que cette idée que la rémunération est fixée au terme d'une confrontation individuelle entre l'offre et la demande doit être tempérée concernant les services de santé.

⁹⁷ C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt. 37.

⁹⁸ C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *op. cit.*, pt. 21.

⁹⁹ C.J.C.E., 25 octobre 2001, C-475/99 (aff. Ambulanz Glöckner), *Rec., I.*, p. 8137, pts. 18 à 22.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, *op. cit.*

¹⁰¹ *Ibid.*, pt. 21.

¹⁰² *Ibid.*, pt. 20. ; Dans son arrêt Albany, la Cour indique également « *la poursuite d'une finalité à caractère social, les exigences de solidarité [...] ou le seul fait que l'opérateur ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique* » C.J.C.E., 21 septembre 1999, C-67/96 (aff. Albany), *Rec., I.*, p. 5751, pt. 85. ; Voir également C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99 (aff. Fenin), *Rec., II.*, p. 0357, pt. 27. ; C.J.C.E., 10 janvier 2006, C-222/04 (aff. Cassa di Risparmio di Firenze e.a.), *Rec., I.*, p. 0289, pt. 123.

Par conséquent, l'absence de but lucratif ou la poursuite d'une finalité à caractère social ne sont pas des éléments qui, en eux-mêmes, permettent d'exclure le caractère économique d'une activité.¹⁰³

§2. Les exceptions

Au fil des arrêts, la Cour a tempéré sa jurisprudence *Höfner et Elser* en consacrant deux types d'exemptions, l'une accordée aux activités relevant de l'exercice de la puissance publique (A), l'autre aux activités fondées sur le principe de solidarité. (B) Sans les analyser dans le détail, il importe d'en brosser les grands traits.

A. Le critère de l'exercice de la puissance publique – L'arrêt *Eurocontrol*

La première exemption concerne toutes les activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Ce critère a été dégagé par la Cour dans son arrêt *Eurocontrol*.¹⁰⁴ Eurocontrol, une organisation européenne instituée par plusieurs Etats membres en vue d'assurer le contrôle de la navigation aérienne, est compétente pour établir et percevoir des redevances de route que les compagnies aériennes devaient payer pour le survol d'un Etat membre de l'organisation. Jugeant ces taxes excessives, une compagnie aérienne de droit allemand entend faire reconnaître qu'Eurocontrol commet un abus de position dominante. La question centrale est celle de savoir si Eurocontrol est, ou non, une entreprise.

A cet égard, la Cour juge que « *prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité.* »¹⁰⁵

L'Etat pourra donc exciper de son *jus imperii* pour faire échapper ses activités qui relèvent du champ d'application du droit de la concurrence.¹⁰⁶ Il en ira de même pour l'activité économique exercée par une entité publique qui est indissociable de l'exercice de la puissance publique.¹⁰⁷

¹⁰³ Voir l'exemple des clubs de football dans l'arrêt *Laurent Piau* : C.J.C.E., 26 janvier 2005, T-193/02 (aff. Laurent Piau), *Rec.*, II., p. 0209, pts. 69 et 70. ; Cependant, l'avocat général F. Jacobs précise que, pour être considérée comme économique, l'activité doit « *être susceptible d'être exercée, du moins en principe, dans un but lucratif.* » Voir les explications de l'avocat général M. Jacob, dans ses conclusions présentées dans l'affaire Pavlov e.a., *op. cit.*, pt. 50.

¹⁰⁴ C.J.C.E., 19 janvier 1994, C-364/92 (aff. Eurocontrol), *Rec.*, I., p. 043.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pt. 30.

¹⁰⁶ Voir les arrêts C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85, précité (note 20), pts. 7 et 8. ; C.J.C.E., 4 mai 1988, C-30/87 (Bodson), *Rec.*, I., p. 2479, pt. 18. ; C.J.C.E., 19 février 2002, C-309/99 (aff. Wouters e.a.), *Rec.*, I., p. 1577, pts. 57, 64 et 65. ; pour les activités de surveillance anti-pollution, C.J.C.E., 12 juillet 2012, C-138/11 (aff. Compass-Datenbank),

B. Le critère du principe de solidarité

Cette exemption vise toutes les activités de gestion d'un régime de protection sociale fondé sur le principe de solidarité, par opposition à un régime économique.¹⁰⁸ Ces activités sont étrangères à la sphère économique, « *par leur nature, les règles auxquelles elles sont soumises et leur objet* ». ¹⁰⁹

Le concept de solidarité peut se définir comme « *l'acte intrinsèquement non commercial que constitue le subventionnement involontaire d'un groupe social par un autre*. » ¹¹⁰

Ce critère a été dégagé pour la première fois dans le célèbre arrêt *Poucet et Pistre*,¹¹¹ à propos de la gestion du régime de base et obligatoire d'assurance maladie et maternité des exploitants agricoles confiée exclusivement à un organisme public. Aux termes de cet arrêt, la Cour juge que les organismes qui gèrent de tel régime « *remplissent une fonction à caractère exclusivement social dès lors que [leurs] activités est fondée sur le principe de la solidarité nationale et est dépourvue de tout but lucratif, les prestations versées étant des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations*. » ¹¹²

Au fil des arrêts, la Cour va élaborer une série de critères qui, pris ensemble, permettent de déterminer qu'un régime de sécurité sociale échappe à l'application du droit européen de la concurrence. Parmi celles-ci, on retrouve :

« (1) *L'affiliation au régime est obligatoire ; (2) le régime a un objectif exclusivement social ; (3) le régime est à but non lucratif ; (4) les prestations versées sont indépendantes du*

pts. 40 et svt, publié au Recueil numérique (Recueil général) et disponible sur <http://curia.europa.eu> ; pour l'armée et la police, voir Décision de la Commission, du 7 décembre 2011, concernant l'aide d'État SA.32820 (2011/NN) — Royaume-Uni — Aid to Forensic Science Services, 2 février 2012, J.O., C. 29, considérant 8. ; etc.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 26 mars 2009, C-113/07P (aff. Selex Sistemi Integrati), *Rec.*, I., p. 2207, pts 72 et svt. ; Cet arrêt est venu précisé la théorie des « actes détachables » en vertu de laquelle, l'Etat pourra être considéré comme une entreprises pour ses activités ayant un caractère économique et étant dissociable - « détachable » - des prérogatives de puissance publique. Voir, à cet égard et notamment, C.J.C.E., 24 octobre 2002, C-82/01 (aff. Aéroports de Paris c. Commission), C-82/01, *Rec.*, I., p. 9297 ; J. LEAR, E. MOSSIALOS, B. KARL., « EU competition law and health policy », in *Health systems governance in Europe*, ed. E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. HERVEY, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 340 à 342.

¹⁰⁸ COM (2016), 262, « Communication de la Commission relative à la notion d' «aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>, pt. 19.

¹⁰⁹ C.J.C.E., 19 février 2002, C-309/99, *op. cit.*, pt. 57.

¹¹⁰ Conclusions de l'avocat général M. FENNELLY dans l'affaire Sodemare E.a., présentées le 6 février 1997, C-70/95 (aff. Sodemare E.a.), *Rec.*, I., p. 3395, pt. 29.

¹¹¹ C.J.C.E., 17 février 1993, C-159/91 et C-160/91 (aff. Poucet et Pistre), *Rec.*, I., p. 0637.

¹¹² Conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo dans l'affaire Smits et Peerbooms, présentées le 18 mai 2000, C-157/99 (aff. Smits et Peerbooms), *Rec.*, I., p. 5473, pt. 48.

montant des cotisations ; (5) le montant des prestations versées n'est pas nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré ; (6) le régime est soumis au contrôle de l'État »¹¹³

Sur base de ces enseignements, la jurisprudence s'est développée en fonction des caractéristiques inhérentes de chaque système qui lui ont été soumis, affinant toujours plus le spectre qui sépare le régime économique géré par des entreprises du régime de solidarité géré par l'Etat.¹¹⁴

Section 2 : L'assujettissement des médecins au droit de la concurrence

Il convient à présent de se demander si les prestataires de soins médicaux peuvent être qualifiés d'entreprise. Au terme de sa jurisprudence en matière de libre circulation, la Cour va affirmer que les services de soins sont des services économiques. (§1) L'assujettissement des médecins au droit de la concurrence sera, quant à lui, formellement consacré par l'arrêt *Pavlov* (§2), tandis qu'un tempérament sera apporté – rappelé – par l'arrêt *Fenin*. (§3)

§1. Les soins médicaux sont-ils des services économiques ?

Sur base des principes rappelés ci-dessus, un service est économique dès lors qu'il est presté contre rémunération et qu'il implique des risques que le prestataire supporte.

S'agissant du domaine de la santé, la Cour a solidement établi que les « *activités médicales fournies contre rémunération relèvent du champ d'application de l'article 60 du traité, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre* ». ¹¹⁵

Sur base de cette jurisprudence constante, la Cour a notamment considéré que le traitement en vue de pratiquer une interruption de grossesse est un service économique, aux motifs qu'il est

¹¹³ Communication de la Commission relative à la notion d' « aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pt. 20 ainsi que la jurisprudence qui y est citée. ; Voir particulièrement, C.J.C.E., 17 février 1993, C-159/91 et C-160/91, *op. cit.*, pts. 10 à 13 et 18 à 19.

¹¹⁴ Nous renvoyons le lecteur à la Communication de la Commission européenne précitée au point 45, ou encore à l'analyse détaillée de A. JACQUEMIN, « le droit de la concurrence et les systèmes de soins de santé », in *L'Europe et les soins de santé*, ed. P. NIHOUL et A.-C. SIMON, De Boeck, 2005, p. 263 et svt. ; J. LEAR, E. MOSSIALOS, B. KARL., « EU competition law and health policy », *op. cit.*, pp. 342 et svt. ; Études thématiques : Droit de la concurrence et santé, disponible sur :

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>, p. 102 et svt.

¹¹⁵ C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99 (aff. Smits et Peerbooms), *Rec., I.*, p. 5473, pt 53 ; Voir aussi C.J.C.E., 31 janvier 1984, C-286/82 et 26/83 (aff. Luisi et Carbone), *Rec., I.*, p. 377, pt. 16. ; C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99 (aff. Müller-Fauré et van Riet), *Rec., I.*, p. 4509, pt. 38 ; C.J.C.E., 16 mai 2006, C-372/04 (aff. Watts), *Rec., I.*, p. 4325, pt. 86.

généralement exercé contre rétribution et peut se pratiquer dans le cadre d'une profession libérale.¹¹⁶

Une difficulté majeure découlant des spécificités du marché médical a néanmoins dû être surmontée. En effet, dans la plupart des systèmes de santé, la rémunération payée par les patients est remboursée, en tout ou en partie, par les caisses de solidarité nationale. Ainsi en Belgique, un patient assuré pourra obtenir le remboursement partiel ou intégral d'un certain nombre de prestations attestées par un médecin conventionné. Cette spécificité était-elle de nature à faire échec à la jurisprudence de la Cour ?

En premier lieu, la Cour a énoncé que « *la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation* »¹¹⁷. Ainsi, poursuit-elle en estimant qu'une « *prestation médicale ne perd pas sa qualification de prestation de services au sens de l'article [57, TFUE] au motif que le patient, après avoir rétribué le prestataire [...] pour les soins reçus, sollicite ultérieurement la prise en charge de ces soins par un service national de santé* »¹¹⁸.

En second lieu, la Cour a précisé qu'il n'est pas nécessaire « *que le service soit payé par ceux qui en bénéficient* »¹¹⁹. Sur cette base, elle a jugé que la circonstance que les soins administrés aux patients soient directement financés par une caisse d'assurance maladie n'est pas de nature à remettre en cause le caractère économique de l'activité en cause.¹²⁰

Les services médicaux sont donc bien assujettis à la libre prestation des services. L'ensemble de ces acquis jurisprudentiels ont été repris par la Cour dans la détermination du champ d'application du droit de la concurrence, aux termes des arrêts Pavlov et Fenin.¹²¹

¹¹⁶ Voir C.J.C.E., 4 octobre 1991, C-159/90 (aff. Society for the Protection of Unborn Children Ireland), *Rec.*, I., p. 4685, pt. 18 et 21. ; Pour un traitement pratiqué par un orthodontiste, voir C.J.C.E., 28 avril 1998, C-158/96 (aff. Kohll), *Rec.*, I., p. 1931, pts 29 et 51. ; Dans ses conclusions relatives à l'affaire Doulamis, l'avocat général Bot précise : « *Un acte médical ou paramédical tel que des prestations de soins dentaires constitue une activité économique soumise aux règles du marché intérieur* » Conclusions de l'avocat général M. Y. BOT dans l'affaire Doulamis, présentée le 22 novembre 2007, C.J.C.E., 13 mars 2008 (aff. Doulamis), *Rec.*, I., p. 1377, pt. 58.

¹¹⁷ C.J.C.E., 17 décembre 1981, C-279/80 (aff. Webb), *Rec.*, I., p. 3305, pt. 10 ; C.J.C.E., 28 avril 1998, C-158/96, précité (note 48), pts. 20 et 21. ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *op. cit.*, pt. 54 ; C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99 *op. cit.*, point 39.

¹¹⁸ C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99, *op. cit.*, pt. 103 et pt 39 ; C.J.C.E., 16 mai 2006, C-372/04, *op. cit.*, pt. 89 ;

¹¹⁹ C.J.C.E., 26 avril 1988, C-352/85 (aff. Bond van Adverteerders e.a.), *Rec.*, I., p. 2085, pt. 16 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *op. cit.* pt. 57.

¹²⁰ C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *op. cit.*, pt. 56. Au point 58 de cet arrêt, la Cour poursuivi en expliquant que « *les paiements effectués par les caisses d'assurance [...] constituent la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunérateur dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique* ».

¹²¹ La Cour a rendu un autre arrêt célèbre en matière de services de santé, concernant les entreprises chargées du transport d'urgence de malades. Voy. C.J.C.E., 25 octobre 2001 (aff. Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz), C-475/99, *Rec.*, I., p. 08089.

A. Faits

L'affaire *Pavlov e.a.* a été portée en justice par cinq médecins spécialistes, dont le docteur Pavlov, qui refusaient de payer leurs cotisations au «Fond de pension des médecins spécialistes néerlandais» au motif notamment, que leur affiliation obligatoire à ce Fond, en vertu duquel les cotisations étaient réclamées, était contraire aux articles 85, 86 et 90 du traité CE (devenu les articles 101, 102 et 106 du traité FUE). Notons que cette affiliation avait été rendu obligatoire par l'Etat néerlandais, à la demande de l'Association nationale des spécialistes de la société royale néerlandaise de promotion de la médecine (LSV) et conformément à la législation en vigueur.

Entre autres questions, la juridiction de renvoi à interroger la Cour sur le point de savoir si l'Etat viole les articles 10 et 85 du traité CE (devenus 4, §3 du traité UE et 101, du traité FUE) en rendant obligatoire, à la demande d'une organisation représentative des membres d'une profession libérale, l'affiliation à un fond professionnel de pension. Dans le cadre du Titre 2 de la présente étude, nous verrons que la Cour accepte de contrôler la licéité d'une mesure nationale au regard de l'article 101 du traité FUE, alors même que cette disposition ne s'applique qu'aux entreprises. Pour ce faire, elle se base sur le devoir de coopération loyale, prévu à l'article 4, §3 du Traité UE, pour affirmer que les Etats membres doivent s'abstenir d'adopter des réglementations qui éliminent l'effet utile des dispositions du traité, notamment celles relatives à la concurrence.

B. Décision de la Cour

Dans son raisonnement, la Cour commence par vérifier si les conditions de l'article 101 sont remplies, avant de vérifier si l'Etat membre y porte atteinte en adoptant et maintenant sa réglementation. Pour ce faire, elle se demande, logiquement, si la décision prise par une organisation représentative des membres d'une profession libérale (en l'espèce, la LSV) d'instaurer, pour les membres de cette profession, un fond de pension chargé de la gestion d'un régime de pension complémentaire et de demander aux pouvoirs publics de rendre obligatoire l'affiliation à ce fond de tous les membres de cette profession, constitue une association d'entreprises contraires à l'article 101 du traité FUE. La LSV étant composée uniquement de médecins, il s'agit de voir s'ils constituent des entreprises.

¹²² C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*

La Cour applique, dans cet exercice, l'ensemble des principes rappelés *supra*. Elle rappelle sa jurisprudence antérieure concernant la notion d'entreprise : « *selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.* »¹²³ Elle considère ainsi que toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné est une activité économique.¹²⁴

Ensuite, elle souligne que les médecins spécialistes membres de la LSV fournissent bel et bien des services économiques sur le marché des services médicaux spécialisés, en tant qu'opérateurs économiques indépendants. En effet, ils reçoivent une rémunération de leurs patients en contrepartie des services prestés, d'une part, et assument les risques afférents à l'exercice de leurs activités, d'autre part.¹²⁵

En conséquence, les médecins libéraux, spécialistes en l'espèce, doivent être considérés comme des entreprises au sens des articles 101, 102 et 106 du traité FUE et doivent respecter, dans l'exercice de leurs activités économiques, les règles prescrites dans les dispositions précitées.¹²⁶

Enfin, la Cour résout deux questions importantes.

Premièrement, la Cour précise que la circonstance que l'activité de médecin spécialiste serait intellectuelle, qu'elle serait fortement réglementée et particulièrement technique n'est pas de nature à remettre en cause sa conclusion.¹²⁷

Deuxièmement, les médecins agissent-ils toujours en tant qu'entreprises lorsqu'ils contribuent à leur propre régime de pension complémentaire ? Dans la négative, les membres de la LSV ayant pris la décision de créer un fonds de pension complémentaire et de demander d'en rendre l'affiliation obligatoire n'auraient pas agi en qualité d'entreprises. La Cour va répondre à la question posée par l'affirmative. A cet égard, elle considère que « *le fait, pour un médecin spécialiste indépendant, de cotiser à un régime professionnel de pension complémentaire est étroitement lié à l'exercice de son activité professionnelle.* »¹²⁸ En d'autres termes, cette activité

¹²³ C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*, pt. 74.

¹²⁴ *Ibid.*, pt.75.

¹²⁵ *Ibid.*, pt.76.

¹²⁶ *Ibid.*, pt 77.

¹²⁷ *Ibid.* ; La Cour opère un renvoi au point 38 de l'arrêt Commission contre Italie, qui est libellé comme suit : « *La circonstance que l'activité d'expéditeur en douane serait intellectuelle, nécessiterait une autorisation et pourrait être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels, immatériels et humains n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE.* » C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt. 38.

¹²⁸ C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*, pts. 79 à 82.

n'est pas dissociable de leurs activités économiques et par conséquent, doit revêtir les mêmes couleurs économiques.¹²⁹

C. Enseignement

Cet arrêt Pavlov e.a. permet de clarifier l'assujettissement des médecins aux règles de la concurrence. La Cour y affirme que les médecins spécialistes *indépendants*,¹³⁰ peu importe la nature technique et complexe de leurs services ou le caractère réglementé de leur profession, prestent des services économiques sur le marché et, par conséquent, peuvent être qualifiés d'entreprises.¹³¹ Cette conclusion est néanmoins subordonnée à deux conditions : d'une part, ces services doivent être fournis contre rémunération, et, d'autre part, ils doivent impliquer des risques que les prestataires sont appelés à supporter.

C'est l'absence de ces deux conditions qui va amener la Cour à tempérer sa jurisprudence, aux termes de l'arrêt Fenin.

§3. Les prestataires de soins dans un système national – Arrêt Fenin¹³²

A. Faits

L'affaire Fenin porte sur l'achat de matériel sanitaire par les 26 entités publiques gérant le système national de santé espagnol (le « SNS »), dont des hôpitaux publics. Insatisfaite de la décision de la Commission de ne pas donner suite à sa plainte, Fenin, une association qui regroupe la majorité des entreprises commercialisant des produits sanitaires utilisés en milieu hospitalier en Espagne, a introduit une requête auprès du Tribunal de l'Union. En synthèse, elle visait à faire reconnaître que le SNS détenait une position dominante sur le marché espagnol des produits sanitaires, et en avait abusé en ne réglant ses factures à la Fenin qu'avec d'importants retards, alors qu'elle réglait ses dettes à l'égard d'autres entreprises dans des délais plus raisonnables.¹³³

¹²⁹ Voir les explications de l'avocat général M. Jacob, dans ses conclusions présentées dans l'affaire Pavlov e.a., *op. cit.*, pts. 114 à 121.

¹³⁰ La Cour ne vise que les médecins qui agissent en qualité d'opérateurs économiques *indépendants*. Elle ne traite pas de la question des médecins salariés. Voir *infra*, §4.

¹³¹ Cette conclusion est à *fortiori* valable pour les médecins généralistes, pratiquant sur le marché des soins généralistes.

¹³² C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, *op. cit.*, pt. 27. ; Voir D. FORNACIARI, S. CALLENS, E. SCHOKKAERT, *Ziekenhuizen, mededingingsrechten en recht op kwaliteitsvolle zorg*, intersentia, Antwerpen, 2010, pp. 105 et 106.

¹³³ Plus particulièrement, la Fenin estimait que cette position dominante lui donnait « la possibilité de retarder le paiement des dettes afférentes à ces produits sans que leurs créanciers puissent exercer une pression commerciale quelconque afin d'obliger les organismes en cause à renoncer à cette pratique. » C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, *op. cit.*, pt. 1.

Dans ses griefs, la requérante reproche à la Commission d'avoir considéré que ces entités publiques chargées de la gestion d'un système de santé fondé sur la solidarité n'étaient pas, dans leurs activités d'achat, des entreprises.¹³⁴ La Commission aurait, dès lors, commis droit ou d'une erreur manifeste d'appréciation dans l'application des articles 82 CE et 86 CE (devenu les articles 101 et 102 du traité FUE). La circonstance qu'il arriverait à ces hôpitaux publics de fournir occasionnellement des services privés facturés à des patients qui ne sont pas affiliés au SNS, notamment dans le cas de touristes étrangers, justifierait notamment leur assujettissement aux règles de la concurrence.¹³⁵

B. Décision de la Cour

Très classiquement, le Tribunal énonce en premier lieu sa jurisprudence constante quant à la notion d'entreprise. Compte tenu des arguments qui sont avancés par la Fenin, il insiste néanmoins sur le fait que l'activité économique s'apprécie sous la perspective de l'offre de biens ou de services, et non sous l'angle de l'activité d'achat en tant que telle. Pour autant, il n'est pas exclu que cette dernière ait un caractère économique. Tel sera le cas seulement si l'activité pour l'exercice de laquelle les biens ont été achetés revêt elle-même une nature économique.¹³⁶

Il résulte de ceci que « *dès lors qu'une entité achète un produit, quand bien même elle le ferait en grande quantité, non pas pour offrir des biens ou des services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité, par exemple une activité de nature purement sociale, elle n'agit pas en tant qu'entreprise du seul fait de sa qualité d'acheteur sur un marché.* »¹³⁷

Appliquant cet enseignement à l'espèce, le Tribunal analyse la nature de l'activité des organismes de gestion du SNS. A cet égard, elle souligne que ce système « *fonctionne conformément au principe de solidarité dans son mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans sa prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle.* »¹³⁸ En conséquence, les entités publiques gestionnaires bénéficient de l'exemption sur base du critère de la solidarité et, sur pied de la jurisprudence *Poucet et Pistre*, ne peuvent être qualifiées d'entreprises au sens du droit de la concurrence.¹³⁹

¹³⁴ C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, *op. cit.*, pt 14.

¹³⁵ *Ibid.*, pt 19.

¹³⁶ *Ibid.*, pt. 36.

¹³⁷ *Ibid.*, pt. 37. ; Nous soulignons.

¹³⁸ *Ibid.*, pt. 39.

¹³⁹ C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, *op. cit.*, pt. 40. Voir *supra*, page 35., point B.

Le Tribunal de l'Union confirme ainsi la décision de rejet de la Commission européenne. Saisie sur pourvoi par la Fenin, la Cour a approuvé l'analyse du Tribunal.

C. Enseignement

Aux termes de cet arrêt, la Cour de justice apporte un éclairage important sur l'application du droit européen de la concurrence aux médecins. Dans son arrêt, elle juge que les hôpitaux publics impliqués dans la gestion du SNS échappent à l'application du droit européen de la concurrence, faute de pouvoir être considérés comme des entreprises.

Dès lors, la Cour de justice opère une différenciation entre les soins médicaux offerts dans la cadre d'un système de médecine d'Etat, c'est-à-dire un système financé par le budget public et dont les prestations sont, en principe, gratuites, ou selon que ces soins sont dispensés dans un système de médecine libérale, c'est-à-dire par des médecins indépendants, rémunérés par les patients, fussent-ils remboursés. Pour rappel, dans cette seconde hypothèse, il importe peu que les médecins exercent leur activité en cabinet ou à l'hôpital.¹⁴⁰

Ce raisonnement nous paraît correspondre à celui adopté par la Cour dans sa jurisprudence relative à la libre prestation des services, en matière d'enseignement.

En conclusion, il nous semble que les prestataires de services médicaux qui fournissent des soins dans le cadre d'un système publique, tel qu'énoncé par le Tribunal au point 39 de son arrêt,¹⁴¹ ne peuvent être qualifiés d'entreprises.

Notons que ni le Tribunal, ni la Cour, ne se sont prononcés sur l'impact éventuel des services privés occasionnellement fournis par les hôpitaux publics du SNS. Constatant que cet élément n'avait pas été soumis au débat contradictoire, les juridictions ont considéré qu'il ne pouvait être pris en compte.¹⁴²

Sans pour autant s'y attarder et compte tenu des informations disponibles, il semble que la Cour aurait, à cet égard, considéré que ces activités revêtent un caractère rémunérateur et sont étrangères à toute notion de solidarité nationale.¹⁴³ Ainsi, dans leurs relations avec les non-affiliés au régime

¹⁴⁰ F. LOUCKX, "L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité", *C.D.E.*, volume 44, 2008, pp. 350 et 356.

¹⁴¹ C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, *op. cit.*, pt. 37.

¹⁴² *Ibid.*, pts. 41 et 44.

¹⁴³ Voir les conclusions de l'avocat général M. COSMAS dans l'affaire Ferlini, présentées le 21 septembre 1999, C-411/98, *Rec., I.*, p. 8081, pts. 110 et svt.

national de sécurité sociale, les hôpitaux publics auraient probablement été qualifiés d'entreprises. Ceci semble logique dans la mesure où la notion « d'entreprise » est un « *concept relatif en ce sens qu'une entité donnée peut être considérée comme une entreprise pour une partie de ses activités alors que, pour le reste, elle ne relève pas des règles de concurrence.* » ¹⁴⁴

§5. Conclusion

En conclusion des développements, il y a lieu d'indiquer que l'application des règles de concurrence aux médecins dépendra fortement des spécificités nationales de chaque système de soins.¹⁴⁵ Les prestataires qui dispensent des services de soins dans le cadre d'un service de santé national dont le fonctionnement repose sur le principe de solidarité, au travers d'un financement public et offrant des services gratuits sur la base d'une couverture universelle, ne peuvent être qualifiés d'entreprises.

Dans le cadre d'un système « libéral », les prestataires de soins indépendants offrent leurs services à leurs propres risques et contre une rémunération, payée par le patient ou directement par une caisse d'assurance. Il va de même pour les hôpitaux publics et privés. Dans cette perspective, ils doivent être qualifiés d'entreprises.

Section 3 : Application aux médecins belges

La Belgique ne connaît pas un système de médecine d'Etat, tel qu'énoncé précédemment. Au contraire, le système qui prévaut, pour l'essentiel, repose sur un exercice libre par les praticiens de leur profession, le cas échéant, au sein d'une structure hospitalière.¹⁴⁶

Ainsi, on peut inférer de la jurisprudence européenne que les médecins belges, en leur qualité d'opérateur économique indépendant, exercent des activités économiques au sens des articles 101, 102 et 106 du traité FUE. En conséquence, ceux-ci se trouvent être assujettis au droit européen de la concurrence.

¹⁴⁴ Conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire *Ambulanz Glöckner*, présentées le 17 mai 2011, C-475/99 (aff. *Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz*), *Rec.*, I., p. 8094, pt. 72. ; Voir également le point 45 de ses conclusions présentées le 22 mai 2003 sous C.J.C.E. 16 mars 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 (aff. *AOK Bundesverband e.a.*), *Rec.*, I., p. 2493.

¹⁴⁵ Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pt. 23.

¹⁴⁶ Selon le contrat qui lie le médecin à l'hôpital. F. LOUCKX, « L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité », *op. cit.*, p.356.

Une confirmation nationale peut être trouvée dans l'arrêt du 2 mai 2002 de la Cour de cassation belge, aux termes duquel la haute juridiction a jugé que :

« Geneesheren, ook al zijn zij geen kooplieden in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel en ook al hebben zij een maatschappelijke functie, oefenen een activiteit uit die gericht is op de uitwisseling van goederen of diensten. Zij streven op duurzame wijze een economisch doel na en zijn aldus in de regel ondernemingen in de zin van artikel 1 van de Mededingingswet. »¹⁴⁷

* *

*

¹⁴⁷ Traduction libre : « Bien qu'ils ne soient pas des commerçants au sens de l'article 1 du Code de commerce et qu'ils contribuent aussi à la poursuite de l'intérêt général, les médecins exercent une activité fondée sur l'échange de biens ou de services. Ils poursuivent de manière durable un but économique et constituent dès lors, en principe, des entreprises au sens de l'article 1 de la loi sur la protection de la concurrence ». Cass., 2 mai 2002, Pas., I, p. 1182.

Titre 2 : L'incidence de l'article 101 du Traité FUE sur le contingentement médical et sur la fixation des honoraires des médecins en Belgique.

Le présent titre propose d'illustrer la tension qui existe entre l'organisation actuelle du système de soins de santé belge et l'application du droit européen de la concurrence.

Il s'agira d'étudier la compatibilité avec les dispositions combinées des articles 4, §3, du traité UE et 101, §1 du traité FUE de deux législations belges emblématiques. La première permet au Roi de limiter, sur avis d'une commission de planification de l'offre médicale, le nombre de médecins qui, annuellement, pourront pratiquer dans le cadre du régime de conventionnement (*numerus clausus*). La seconde permet aux organisations professionnelles représentatives du corps médical et aux mutuelles de fixer les honoraires des médecins conventionnés (accords médico-mutualistes).

Après avoir exposé les mécanismes mis en place par ces réglementations (chapitre 1), nous procéderons à l'examen de leur licéité au regard des règles européennes relatives à l'interdiction des ententes (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le cadre réglementaire à l'examen

Sous-chapitre 1 : Le numerus clausus belge.

Section 1 : Introduction

En Belgique, le système de sécurité sociale en matière de santé repose sur un régime d'assurance maladie obligatoire. Toute personne résidant et/ou travaillant sur le territoire belge est, en principe, obligée de s'affilier à une mutualité.¹⁴⁸ En contrepartie du paiement de cotisations, un patient assuré peut obtenir le remboursement de tout ou partie des frais de soins de santé déboursés dans le cadre d'une prestation de soins pour autant que celle-ci soit reprise dans la nomenclature des soins et attestée par un médecin qui bénéficie de l'agrément nécessaire, appelé agrément « *INAMI* »¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Ce régime s'applique aux travailleurs salariés. Un régime parallèle s'applique, quant à lui, aux travailleurs indépendants.

¹⁴⁹ L'acronyme *INAMI* renvoie à l'Institut national d'assurance maladie-invalidité belge, institut public fédéral de sécurité sociale chargé d'organiser et de gérer l'assurance soins de santé. Plus d'informations sur : <http://www.inami.fgov.be/fr/inami/Pages/missions-inami.aspx#.WYC7vYjyb0>

On estime que plus de 99% de la population belge est assurée.¹⁵⁰

A l'origine, il n'existait aucune limitation du nombre de médecins agréés, en sorte que le détenteur d'un diplôme de docteur en médecine recevait automatiquement, au terme sa formation, un agrément INAMI, par le biais de son inscription au tableau de l'ordre des médecins.

Cependant, aux motifs qu'il fallait contenir l'augmentation des dépenses de santé induite par l'offre, et préserver la qualité des soins, l'Etat belge est intervenu en 1996 en limitant le nombre de médecins autorisés à accéder aux spécialisations en médecine curative couvertes par l'assurance maladie.

Sur la base de sa compétence en matière d'accès à la profession médicale,¹⁵¹ le législateur fédéral a adopté, le 29 avril 1996, une loi portant des dispositions sociales, dont les articles 144 à 146 entendent assurer la maîtrise de l'offre médicale. Cette loi modifie l'arrêté-royal n°78, aujourd'hui coordonné sous la loi sur les professions de santé du 10 mai 2005.

L'arrêté-royal du 12 juin 2008 relatif à la planification de l'offre médicale a été adopté en exécution de ce cadre législatif.

Section 2 : La formation des médecins et les conditions d'accès à la profession médicale

Aux fins d'une bonne compréhension, il semble important de retracer brièvement le cursus de formation des médecins (§1) et les conditions permettant d'exercer l'art médical. (§2)

§1. La formation des médecins

Avant de pouvoir pratiquer, un médecin doit réussir trois cycles de formation. Les deux premiers correspondent à la formation universitaire, tandis que le troisième est une formation postuniversitaire.

¹⁵⁰ Les membres de la familles considérées comme des personnes à charge (ceux qui ne perçoivent pas de revenu, ou qui n'ont pas l'obligation de s'affilier en leur nom propre), sont automatiquement assurés via l'assurance du travailleur. Voir « L'assurance soins de santé en Belgique, ce que vous voulez savoir... », consultable sur www.cm.be

¹⁵¹ Article 6, §1, VI, al. 5, 6° de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980. ; voir C. Const., 17décembre 1992, n° 78/92, considérant B.4.2. : « *La compétence ainsi attribuée au législateur national pour régler les conditions d'accès à la profession comprend notamment le pouvoir de fixer des règles en matière d'accès à certaines professions ou d'implantation d'établissements commerciaux, de fixer des règles générales ou des exigences de capacités propres à l'exercice de certaines professions, de protéger des titres professionnels.* »



Figure 2 : Schéma disponible sur <https://uclouvain.be/fr/facultes/mede/bac-master.html>

A. La formation universitaire (formation de base)

La formation de base permet à l'étudiant d'obtenir un diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements. Elle est organisée conformément aux législations communautaires en vigueur.¹⁵²

Suite à une harmonisation européenne, la formation de base est divisée en deux temps, répartis sur six ans.¹⁵³ D'une part, l'étudiant doit réaliser trois années de formation essentiellement théorique (Bachelier) et d'autre part, il doit réussir trois années de formation davantage pratique, incluant des stages cliniques (Master).

B. La formation postuniversitaire (formation de spécialisation)

Une fois diplômé, le docteur en médecine peut s'inscrire à l'Ordre des médecins : il devient alors pleinement « médecin ».

Cependant, pour pouvoir pratiquer dans le cadre de l'assurance-maladie, le professionnel va devoir obtenir un agrément « Inami définitif ». Cet agrément ne s'obtient qu'aux termes d'un troisième cycle de formation, d'une durée plus au moins longue, réalisé soit en médecine préventive, soit en médecine curative.

En Belgique, 42 spécialités sont reconnues. La médecine préventive comprend la gestion des données de santé, médecine d'assurance et expertise médicale, médecine légale et la médecine du

¹⁵² En Belgique, l'article 127, §1, 2° de la Constitution réserve aux Communautés la compétence en matière d'enseignement.

¹⁵³ Article 2 et 3, Loi du 12 mai 2011 réduisant la durée des études de médecine, *M.B.*, 8 juin 2011, p. 33272. Cette loi a été adoptée conformément à la directive n°36/2005 du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.U.E.*, L 255, 30 septembre 2005, p. 22.

travail. La médecine curative recouvre le reste des spécialités, en ce compris la médecine générale.¹⁵⁴

Contrairement aux deux premiers cycles de formation, régis par les législations communautaires idoines, le troisième cycle est réglementé par la législation fédérale. En médecine générale, il est organisé par l'arrêté ministériel du 01 mars 2010 fixant les critères d'agrément des médecins généralistes. Dans les autres spécialités, il est réglé par l'arrêté ministériel du 23 avril 2014 fixant les critères généraux d'agrément des médecins spécialistes, des maîtres de stage et des services de stage. Des critères spécifiques par spécialisation sont également prévus, dans des arrêtés royaux distincts.¹⁵⁵

Pour avoir accès à l'une des formations de spécialisation, le médecin doit obtenir une *attestation universitaire*, autrement dénommée agrément Inami provisoire, ou encore « Inami de base ». Schématiquement, il s'agit d'un laissez-passer. Ces précisions sont importantes, car c'est précisément ici que le législateur belge a mis en œuvre le *numerus clausus*. En effet, un candidat désirant entamer une formation de troisième cycle en médecine curative ne pourra obtenir un « Inami de base », que pour autant qu'il soit en possession d'un diplôme de base et qu'il ait été, au terme d'un concours, classé en ordre utile. Le législateur a donc contingenté le nombre de places disponibles. Une fois le sésame obtenu, et sa formation réussie, le candidat obtiendra son agrément « Inami définitif » et sera autorisé à pratiquer sous le titre propre à sa spécialité médicale.

§2. Les conditions d'accès au marché des soins de santé curatif dans le cadre du conventionnement

Le médecin doit donc disposer d'un agrément Inami définitif. A cet effet, le médecin doit satisfaire aux conditions suivantes :

- Disposer du diplôme de médecin ;
- Disposer d'un visa qui lui autorise à exercer la profession ;
- Être inscrit à l'Ordre des médecins ;
- Suivre une formation postuniversitaire propre à la spécialité choisie qui est approuvée et suivie par la commission d'agrément de cette spécialité.

¹⁵⁴ Arrêté royal du 25 novembre 1991 établissant la liste des titres professionnels particuliers réservés aux praticiens de l'art médical, en ce compris l'art dentaire.

¹⁵⁵ L'ensemble de la législation est repris sur le site internet du Service public fédéral Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement, consultable via ce lien : <https://www.health.belgium.be/fr/sante/professions-de-sante/medecins-dentistes-et-pharmaciens>

Pour rappel, cette dernière condition ne pourra être remplie, pour la médecine curative,¹⁵⁶ que pour autant que le candidat ait obtenu un agrément « Inami provisoire », dont le nombre est annuellement limité par la loi.

Section 3 : Le numerus clausus fédéral

§1. Le contexte de la planification médicale

La planification de l'offre médicale « *consiste à évaluer les effectifs de médecins nécessaires pour couvrir les besoins en soins et à développer les stratégies permettant de répondre à ces besoins* ». ¹⁵⁷

Le législateur belge explique la mise en place d'une politique de planification médicale par la croissance importante du nombre de médecins présents sur le marché médical, dans les années 1980 et 1990, et les risques qu'elle impliquerait d'un point de vue de la santé publique :

*« Une offre excédentaire comporte en effet des risques pour la qualité des soins de santé dispensés. Une expérience professionnelle trop réduite et trop peu de contacts avec les patients ne répondent pas, ou du moins de manière trop faible, aux standards de qualité nécessaires. En outre, une situation de surabondance présente le danger de mener à des prestations gonflées et inutiles, et donc une augmentation irraisonnée des coûts de santé. Il résulte de ce double point de vue d'une part, le contrôle de la qualité des actes médicaux et d'autre part, une gestion responsable des dépenses qu'une réglementation en matière de maîtrise de l'offre doit être envisagée. »*¹⁵⁸

Deux mesures vont être prises : la création d'une Commission de planification et la mise en place d'un contingentement sous la forme de *numerus clausus*.

§2. La Commission de planification

Afin d'estimer les besoins existants et futurs en matière de soins de santé et dans le but de fixer le nombre de praticiens qui, annuellement, pourront bénéficier d'un agrément INAMI, les articles 149 et suivant de la loi du 29 avril 1996 ont prévu la mise en place d'une Commission de planification.

¹⁵⁶ Les formations en médecine préventive échappent au numerus clausus (voir infra).

¹⁵⁷ KCE (Centre fédéral d'expertise des soins de santé), Rapport : « L'offre des médecins en Belgique. Situation actuelle et défis », Bruxelles 2008, p. 6.

¹⁵⁸ Projet de loi portant des dispositions sociales, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1, pt. 64.

Les dispositions légales actuellement en vigueur sont les articles 91 et 92 de la loi sur les professions de santé.

D'un point de vue fonctionnel, la Commission de planification a principalement pour mission de remettre un rapport « *aux ministres qui ont la Santé publique et les Affaires sociales dans leurs attributions [...] sur la relation entre les besoins, les études et le passage à l'accès aux stages requis afin d'obtenir les titres professionnels particuliers* »¹⁵⁹. A cette fin, elle est chargée d'« *examiner les besoins en matière d'offre médicale en ce qui concerne les professions [médicales et dentaires]* »¹⁶⁰, en prenant en compte plusieurs critères tels que « *l'évolution des besoins relatifs aux soins médicaux, de la qualité des prestations de soins et de l'évolution démographique et sociologique des professions concernées.* »¹⁶¹.

Sur base de ce rapport, le Roi fixe le total d'agréments disponibles.

D'un point de vue organique, les articles 2 et 3 de l'arrêté royal du 2 juillet 1996 règle sa composition et son fonctionnement.¹⁶²

§3. Le contingentement

A. Principe

Les médecins souhaitant exercer sous le régime du conventionnement en médecine curative sont soumis à un système de quotas.¹⁶³

Sur base d'un avis de la Commission de planification, le Roi, sur la proposition conjointe des ministres qui ont respectivement la Santé publique et les Affaires sociales dans leurs attributions, « *peut, [par arrêté délibéré en Conseil des ministres], déterminer le nombre global de candidats, répartis par communauté, qui, après avoir obtenu le diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements et le diplôme légal de licencié en science dentaire, ont annuellement accès à l'attribution des titres professionnels particuliers, faisant l'objet de l'agrément visé à l'article 86.* »¹⁶⁴

¹⁵⁹ Article 91, §2, 3°, Loi sur les professions de santé.

¹⁶⁰ Article 91, §2, 1°, Loi sur les professions de santé.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Voir *infra*.

¹⁶³ Les spécialisations en médecine préventive échappent aux quotas

¹⁶⁴ Article 92, §1, 1° et 3°, Loi sur les professions de santé. Notons que le texte prévoit une *faculté* dans le chef du Roi de limiter le nombre de médecins. Cependant, il importe de la comprendre comme une obligation. Les travaux préparatoires précisent en effet que « *le délégué du gouvernement a déclaré que l'intention n'est pas d'accorder au Roi une simple possibilité d'intervention : le Roi serait obligé de prendre des mesures, sauf si la situation est équilibrée au*

Si, originairement, le Roi avait opéré une limitation numérique directe des agréments « Inami définitif » disponibles, il a fait le choix, dans l'arrêté royal du 12 juin 2008 relatif à la planification de l'offre médicale, de réglementer l'accès à la formation postuniversitaire des médecins généralistes et spécialistes.¹⁶⁵

Concrètement, il fixe, pour chaque année et au minimum six ans à l'avance,¹⁶⁶ un nombre d'attestations universitaires maximum,¹⁶⁷ ainsi qu'une clé de répartition entre les Communautés. Celle-ci est de 60% du nombre total des attestations réservées à la Flandre, et 40% à la Wallonie.¹⁶⁸ L'arrêté royal de 2008 fixe également des quotas minimums pour certaines spécialités, c'est-à-dire un nombre minimum de diplômés qui doivent nécessairement s'inscrire à ces formations de spécialisation.¹⁶⁹ Sont exemptées des quotas, les spécialisations en médecine préventive.¹⁷⁰

Les Communautés, quant à elles, sont compétentes pour déterminer la répartition des quotas entre spécialités, dans le respect du nombre global arrêté par l'autorité fédérale.¹⁷¹

Dans le cadre de ce contingentement, peut-on toujours parler d'une limitation de l'accès à la profession médicale ?

Il convient d'apporter une réponse affirmative, dans le domaine de la médecine curative.

Il est vrai qu'un médecin ne disposant pas de l'agrément INAMI peut pratiquer la médecine en Belgique. Le Conseil d'Etat belge rappelle à ce propos que « *l'agrément sollicité par le requérant a pour seul objet, aux termes de l'article 2 de l'arrêté royal du 21 avril 1983 fixant les modalités de l'agrément des médecins spécialistes et des médecins généralistes, de permettre le remboursement par l'INAMI, en Belgique, des patients au taux prévu pour les prestations effectuées par des spécialistes; que [le refus d'agrément] n'interdit pas au requérant de poser tous les actes médicaux, notamment dans le domaine de la cardiologie* »¹⁷² De plus, le législateur lui réserve « *le droit de prescrire des produits pharmaceutiques, d'assister aux opérations chirurgicales, d'attester des honoraires de surveillance aux hospitalisés et d'attester des honoraires dans le cadre d'un service*

sens du paragraphe 2,20. Vu cette explication, le mot « peut » doit disparaître de la phrase introductive du paragraphe 1^{er} »

¹⁶⁵ Article 2, Arrêté royal du 12 juin 2008.

¹⁶⁶ Article 92, §2, 1°, Loi sur les professions de santé.

¹⁶⁷ Article 1, 1°, Arrêté royal du 12 juin 2008.

¹⁶⁸ *Ibid.*, article 3.

¹⁶⁹ Cette mesure a été adoptée dans les spécialités considérées en pénurie, telles que la médecine générale, la médecine spécialiste en psychiatrie infanto-juvénile, la médecine spécialiste en médecine aiguë, la médecine spécialiste en médecine d'urgence et la médecine spécialiste en médecine de gériatrie.

¹⁷⁰ Article 5, Arrêté royal de 2008.

¹⁷¹ Article 5, §1, I, 7°, b, Loi spéciale de réformes institutionnelles du 08 août 1980 ; Voir Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'Etat, *Doc. Parl.*, Sen., sess. Ord. 2013-2014, n°5-2232/5.

¹⁷² C.E., 10 juin 2011 (Daniel Lusadusu Nkiambi contre Etat belge), n° 213.826, p. 6.

de soins d'urgence avec SMUR »¹⁷³ (pour autant que, dans ce dernier cas, il dispose du brevet de médecine aigüe exigé).

Néanmoins, eu égard au fait que l'immense majorité de la population est assurée, il est en réalité impossible de pratiquer sans cet agrément INAMI. Après six ans d'étude et, le cas échéant, une spécialisation non reconnue, un médecin n'a, sinon aucune chance, à tout le moins peu d'espoir de constituer une patientèle.¹⁷⁴

En conclusion, si le Roi n'a plus entendu, à partir de 2008, réguler officiellement l'accès au marché du travail, dans la pratique, cette régulation conduit toujours à limiter l'entrée de la profession dans le secteur des soins curatifs.¹⁷⁵

B. L'exception européenne

Parmi les exemptions aux quotas fédéraux, il en figure trois particulièrement importantes.

Premièrement, seuls les docteurs en médecine ayant obtenu leur diplôme de base dans une université belge sont soumis aux quotas du contingentement. En d'autres termes, le nombre de diplômés par une université européenne qui ont accès à la formation postuniversitaire n'est pas limité.¹⁷⁶

Deuxièmement, l'article 5, 7° de l'arrêté royal du 12 juin 2008 exempte de quotas les « *candidats disposant d'un diplôme d'études secondaires octroyé par un état membre de l'Espace économique européen qui n'organise pas de formation complète menant au diplôme de docteur en médecine, chirurgie et accouchements* », à savoir, notamment, le Luxembourg.

Enfin, l'article 115 de la loi du 10 mai 2015 sur les professionnels de santé prévoit que « *le migrant, [pour l'essentiel, un ressortissant d'un État membre], dont les qualifications professionnelles ont été reconnues en Belgique conformément aux dispositions de la section 2 ou le prestataire de services qui a été autorisé à prester des services conformément aux dispositions de la section 3, a le*

¹⁷³ « Infobox INAMI : La réglementation décryptée pour le médecin spécialiste », Janvier, 2013, p. 47 (et références qui y sont citées), disponible sur <http://www.riziv.fgov.be/fr/publications>

¹⁷⁴ Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs reconnu à demi-mots : « *Toutefois, le fait de ne plus soumettre le médecin [...] au régime du remboursement aura évidemment un impact sur la façon dont l'intéressé pourra exercer sa profession.* ». Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi portant des dispositions sociales, *Doc. Parl.*, Cha. Repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1, p. 142.

¹⁷⁵ N. BENAHMED, S. ALEXANDER, A. DE WEVER, D. DELIEGE, « Focus sur la planification de l'offre médicale en Belgique », in *Rev. Med. Bru.*, 2013, p. 142, disponible sur <http://www.amub.be/revue-medicale-bruxelles>.

¹⁷⁶ Article 1, 1°, de l'arrêté royal du 12 juin 2008.

droit d'utiliser le titre de formation qui lui a été conféré dans l'État membre d'origine ou de provenance et, éventuellement de son abréviation, dans la langue originale. »¹⁷⁷

En conséquence, les titulaires d'un diplôme de base obtenu auprès d'une université d'un autre Etat membre, ainsi que les médecins en provenance d'un autre Etat membre et dont les qualifications professionnelles ont été reconnues équivalentes à celles nécessaires pour porter le titre de médecin agréé en Belgique, échappent aux quotas fédéraux.

Sous-chapitre 2 : Les modalités de fixation des honoraires des médecins en Belgique.

Section 1 : Introduction

Comme cela a été brièvement exposé, la liberté de fixation des prix est mise en échec par le système du conventionnement, dans le marché réglementé. Concrètement, une fois que le médecin est en droit de pratiquer en Belgique dans le cadre de l'assurance obligatoire, celui-ci doit choisir s'il adhère, ou non, aux accords médico-mutualistes qui fixent les honoraires pouvant être réclamés aux patients, pour toutes prestations reprises dans la nomenclature des soins.¹⁷⁸

S'il adhère aux conventions, le praticien devra s'en tenir au niveau de prix déterminé. Dans ce cas, le patient assuré ne supporte que le montant du ticket modérateur.¹⁷⁹

S'il refuse d'y adhérer, le praticien pourra fixer librement ses prix. Dans ce cas, le patient assuré devra supporter, en plus du ticket modérateur, les suppléments d'honoraires.¹⁸⁰

Section 2 : Les accords médico-mutualistes

Les tarifs de la convention sont fixés par les associations représentatives des médecins et des organismes assureurs, habilitées par le législateur à cet effet,¹⁸¹ dans des accords médico-

¹⁷⁷ La procédure reconnaissance est établie conformément à la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, modifiée en dernier lieu par la Directive 2013/55/UE du Parlement Européen et du Conseil du 20 novembre 2013

¹⁷⁸ Article 50, §6, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

¹⁷⁹ Le patient, quant à lui, pourra se faire rembourser d'une partie du montant payé, et supportera au final la différence, appelée « ticket modérateur ».

¹⁸⁰ En tout état de cause, le praticien pourra fixer lui-même le montant d'honoraire qu'il souhaite, pour les prestations non reprises dans la nomenclature. Article 50, §6, al. 2, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

¹⁸¹ Article 50, §1, a) et §2, b), Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

mutualistes conclus à l'échelle nationale.¹⁸² Il s'agit d'une fixation conventionnelle et obligatoire pour les médecins qui ont adhéré, totalement ou partiellement, à ces accords.¹⁸³ Ces prestataires ne pourront ni les dépasser, ni les réduire.¹⁸⁴

Le système belge conduit donc à déléguer aux représentants du corps médical et des mutuelles le soin de fixer le montant des services de soins de santé visés dans la nomenclature des soins. On parle d'un système d'honoraires à l'acte.¹⁸⁵

Ces représentants se regroupent au sein de la Commission nationale médico-mutualiste, organiquement située au sein du Service santé de l'INAMI.¹⁸⁶

HONORAIRES		
Tarif de la convention		Suppléments d'honoraires
Partie remboursée par la mutualité	Ticket modérateur = partie à charge du patient	Toujours à charge du patient

Figure 3, disponible sur <https://www.fmsb.be/consulter-un-medecin-conventionne>

¹⁸² Article 51, §2, al. 1, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

¹⁸³ Article 50, §3, al. 6 et §6, d) Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

¹⁸⁴ Article 78, al. 2, Nouveau code de déontologie médicale : « *Lorsqu'il existe des conventions auxquelles des praticiens ont adhéré ou des usages locaux, les médecins s'interdisent tout acte constituant un abus du droit de fixer leurs honoraires à un taux moins élevé et en particulier tout acte par lequel ils sollicitent la clientèle en faisant état, de quelque manière que ce soit, de la fixation de leurs honoraires à un taux systématiquement inférieur.* »

¹⁸⁵ Les frais peuvent être calculés sur une base horaire, sur la base d'un prix fixe par prestation déterminée, ou sur la base d'un pourcentage. Un système forfaitaire est également possible ; Voir article 52, al. 1, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

¹⁸⁶ Article 26, al. 1, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

Chapitre 2 : Appréciation juridique sur la conformité de ces législations au regard de l'article 101 du traité FUE.

Il convient à présent d'étudier la compatibilité de ces deux mesures, au regard de l'article 101, §1, du traité FUE. Celui-ci interdit « *tout accord entre entreprises, décision d'association d'entreprises ou pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.* » Pour souligner l'importance du principe, ses auteurs ont jugé opportun de préciser que « *les accords et décisions interdits en vertu de cette disposition sont nuls de plein droit.* »

L'application de cette disposition ne semble pas, de prime abord, évidente lorsqu'il s'agit d'analyser des mesures étatiques, qui, en l'espèce, organisent le secteur de la santé. En effet, d'une part, la compétence en matière d'organisation et de fourniture de services de santé revient exclusivement aux Etats membres. D'autre part, l'article 101, TFUE ne permet pas, de manière isolée, d'encadrer l'exercice de cette compétence.

En première instance, nous montrerons brièvement que les Etats membres sont néanmoins, malgré leur souveraineté, astreints au respect du droit européen de la concurrence (Sous-chapitre 1). En seconde instance, nous examinerons les grandes lignes jurisprudentielles quant à l'extension du champ d'application de l'article 101 du traité FUE aux mesures étatiques. En dernière instance, nous appliquerons celle-ci aux dispositions législatives belges prévoyant le *numerus clausus* et la fixation des honoraires des médecins. (Sous-chapitre 2)

Sous-chapitre 1 : La compétence des Etats membres en matière de santé.

Il importe de rappeler que les Etats membres sont souverains quant à l'organisation et le financement des systèmes de santé.¹⁸⁷ L'article 168 du Traité FUE leur réserve une importante marge de liberté pour définir le niveau de protection de la santé publique et les mesures nécessaires au moyen desquelles ce niveau doit être atteint.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, considérant 42. ; C.J.U.E, 1er juin 2010, C-570/07 et C-571/07 (aff. Blanco Pérez et Chao Gómez), *Rec.*, I., p. 4629, pts. 43 à 51.

¹⁸⁸ Article 168, Traité FUE.; Voir C.J.C.E., 11 septembre 2008, C-141/07 (aff. Commission contre Allemagne), *Rec.*, I., p. 6935, pt. 51. ; C.J.C.E., 19 mai 2009, C-531/06 (aff. Commission contre Italie), *Rec.*, I., p. 4103, pt. 36. ; C.J.U.E, 1er juin 2010, C-570/07 et C-571/07, *op. cit.*

De surcroît, les juges européens ont itérativement affirmé que le droit européen ne porte pas atteinte à cette compétence.¹⁸⁹

Pour autant, ces précisions ne conduisent pas à enserrer le secteur des soins de santé d'un filtre imperméable à l'influence du droit européen. Rappelons que ce secteur s'inscrit avant tout dans le cadre d'un espace intégré, au sein duquel les libertés économiques sont garanties par le traité.

C'est au titre des règles de fonctionnement du marché intérieur que cette influence a été la plus remarquable.¹⁹⁰ En estimant que tant les soins ambulatoires qu'hospitaliers sont des services au sens des traités¹⁹¹, la Cour de justice va influencer sur la manière dont les systèmes de santé sont organisés, en limitant l'action des Etats membres. Elle pose le principe selon lequel « *les États membres doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire.* »¹⁹² En conséquence, une mesure nationale entravant la libre circulation des patients et des professionnels de santé ne sera acceptée que pour autant qu'elle puisse être justifiée et proportionnée.

Forte de ces principes, la Cour reconnaitra le droit des patients européens à obtenir le remboursement de soins prestés dans un autre Etat membre que l'Etat membre d'affiliation, selon les modalités en vigueur dans ce dernier. Elle limitera également la possibilité pour les Etats membres de subordonner le remboursement des soins hospitaliers à des régimes d'autorisations préalables.¹⁹³ S'agissant des professionnels de santé, un pas important fût franchi en vue de faciliter leur liberté de prestation de services et leur liberté d'établissement au travers de l'Union, lorsque la

¹⁸⁹ En matière de régime de sécurité sociale, voir C.J.C.E., 7 février 1984, C-238/82 (aff. Duphar Bv et autres contre Etat Néerlandais), *Rec.*, I., p. 540, pt. 16. ; C.J.C.E., 17 juin 1997, C-70/95 (aff. Sodemare, Anni Azzurri Holding SpA et Anni Azzurri Rezzato Srl contre Regione Lombardia), *Rec.*, I., p. 3433, pt. 27. ; C.J.C.E., 28 avril 1998, C-120/95 (aff. Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés), *Rec.*, I., p. 1180, pt. 21. ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *op. cit.*, pt. 44. ; C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99 (aff. Müller-Fauré et van Riet), *Rec.*, I., p. 4574, pt. 100. ; C.J.C.E., C-570/07 et C-571/07, *op. cit.*, pt. 43.

¹⁹⁰ Voir sur cette question, A.-C. SIMON, « La mobilité des patients en droit européen », in *L'Europe et les soins de santé*, ed. P. NIHOUL et A.-C. SIMON, De Boeck, 2005, pp. 147 à 185. ; T. HERVEY, J.-V. MACHALE, « European Union Health Law : Themes and implications », Cambridge, 2015, pp. 73 à 96 ; Rapport d'information n° 186 (2006-2007) de M. R. RIES, fait au nom de la délégation française pour l'Union européenne, déposé le 30 janvier 2007 et intitulé « L'Union européenne et les services de santé », consultable sur <https://www.senat.fr/rap/r06-186/r06-186.html>.

¹⁹¹ C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *op. cit.*, pt. 53.

¹⁹² Dans son arrêt Müller-Fauré et Van Riet, la Cour a ainsi indiqué, à propos du système de conventionnement néerlandais, que « *la réalisation des libertés fondamentales garanties par le traité oblige inévitablement les États membres à apporter quelques adaptations à leur système national de sécurité sociale, sans pour autant que l'on puisse considérer qu'il y aurait de ce fait atteinte à leur compétence souveraine en la matière.* » C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99, *op. cit.*, pt. 102.

¹⁹³ C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99, *op. cit.*, pt. 100. ; Voir à ce propos, Willy Palm and Irene A. Glinos, « Enabling patient mobility in the EU : between free movement and coordination », in *Health systems, Governance in Europe : the Role of the European Union law and Policy* ; University Press Cambridge, Cambridge, 2010, pp. 509 à 560.

Cour consacra le principe de reconnaissance automatique par l'Etat membre d'accueil des qualifications professionnelles et formations dispensées dans l'Etat membre d'origine.¹⁹⁴

Au titre des règles de concurrence, l'influence sur l'organisation nationale des systèmes de soins s'est déclinée plus difficilement, en se heurtant frontalement aux caractéristiques inhérentes du domaine des soins de santé.¹⁹⁵ De manière générale, la Cour reprend le principe énoncé en matière de libre circulation, selon lequel les Etats membres sont tenus de respecter, dans l'exercice de leurs compétences, le droit européen de la concurrence.¹⁹⁶

Toutefois, ce principe trouve à s'appliquer à la seule condition que ces systèmes de santé, ou certains aspects de ceux-ci, impliquent des entreprises, c'est-à-dire des entités exerçant des activités économiques. Dans cette perspective, la Cour considère, comme cela a été exposé *supra*, que les services de santé national dont le fonctionnement repose sur le principe de solidarité et qui poursuivent un objectif social échappent à l'application des dispositions du traité en matière de concurrence.¹⁹⁷ Il en va de même pour les régimes de sécurités sociales de bases et obligatoires.¹⁹⁸ Dans de tels cas, l'Etat est libre de les organiser comme il l'entend.

Là où le droit européen s'applique, se pose la question de savoir à l'aune de quelles dispositions la Cour va-t-elle analyser la légalité des mesures étatiques.

Tout d'abord, il paraît plutôt évident de voir la licéité de ces actes mise à l'épreuve de l'article 107 du Traité FUE. Cet article s'adresse directement aux Etats, en interdisant « *les aides accordées [par ceux-ci] ou au moyen de [leurs] ressources [...] sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, [dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres].* »

Bien moins intuitive est l'application de l'article 101 du traité, en raison du fait que, par lui-même, il s'adresse uniquement aux comportements d'entreprises.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ; T. HERVEY, J.-V. MACHALE, « European Union Health Law : Themes and implications », *op. cit.*, pp. 127 à 154. ;

¹⁹⁵ Voir à ce sujet, le Titre 1, chapitre 2 du présent travail.

¹⁹⁶ Dans son arrêt Commission contre Espagne du 24 avril 1999, la Cour considère que la reconnaissance, par la Commission de l'incompatibilité d'une aide d'Etat avec l'article 107 du TFUE, « *ne remet [...] pas en cause la compétence des États membres dans le domaine social, ceux-ci devant toutefois respecter les règles communautaires sur la concurrence.* »

¹⁹⁷ C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99, précité (note 34), point 39, C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03P, *op. cit.*, pts. 25 à 28.

¹⁹⁸ Nous renvoyons le lecteur à la page 35, point B. du présent travail.

¹⁹⁹ Article 101 du Traité FUE ; Voir, par exemple, C.J.C.E., 5 décembre 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a), *Rec., I.*, p. 11421, point 46 ; Notons qu'un Etat peut se retrouver directement astreint au respect de l'article 101 du Traité FUE, dans l'hypothèse d'une entreprise publique chargée d'offrir des biens et des services sur un marché donné.

Cependant, se fondant sur le devoir de coopération loyale prévu à l'article 4, §3 du TUE, la Cour a affirmé, de manière inédite dans son arrêt *G.B.-INNO-B.M.* du 16 novembre 1997, que les Etats membres devaient s'abstenir de prendre des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des articles 101 et 102 du Traité. La Cour inaugure ainsi sa jurisprudence « *Inno* », dont il convient de dresser les contours, à la lumière des récentes évolutions jurisprudentielles.²⁰⁰

Sous-chapitre 2 : L'application de l'article 101, TFUE aux mesures législatives et réglementaires.

Section 1 : La consécration du principe : l'arrêt INNO c. ATAB²⁰¹

§1. Faits

Cette affaire oppose la société « *G.B. Entreprises* », exploitant en Belgique plusieurs magasins à grande surface, à l'association des détaillants en tabac (ATAB) à propos de l'application de l'article 58 de la loi belge du 3 juillet 1969 (Code TVA). Cette disposition prévoyait, entre autres, que les prix des ventes de cigarettes nationales et importées à destination des consommateurs, étaient fixés par les fabricants ou les importateurs eux-mêmes, en manière telle que les détaillants ne pouvaient prévoir un prix moins élevé. Cette réglementation venait rendre inutiles des accords conclus antérieurement entre les producteurs et importateurs de cigarettes (Fedetab) et les grossistes en tabacs manufacturés (FNCG), par lesquels ceux-ci se seraient efforcés de réglementer la distribution de cigarettes en Belgique.²⁰²

La société *G.B.* ayant pratiqué des ventes au rabais, elle fut condamnée à cesser ce comportement jugé illégal.

La juridiction de renvoi s'interroge, notamment, sur la question de savoir si un État membre, en introduisant ou en maintenant une telle législation, viole les articles 3 f), 5, alinéa 2, et 86 du traité CEE (aujourd'hui devenus les articles 5, §3, alinéa 2 et 102 du Traité FUE).

Dans cette hypothèse, l'Etat agit en acteur privé, et n'est pas dans l'exercice de son *jus imperii*. J. LEAR, E. MOSSIALOS, B. KARL., « EU competition law and health policy », in *Health systems governance in Europe*, op. cit., p. 341.

²⁰⁰ Voir R. WHISH, D. BAILLEY, *European Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 229 et svt.

²⁰¹ C.J.C.E., 16 Novembre 1977, C- 13/77 (aff. INNO c. ATAB), *Rec.*, I., p. 2115.

²⁰² *Ibid*, pp. 2120 à 2122.

§2. Décision de la Cour

La Cour commence par indiquer que l'Union poursuit, au rang de ses objectifs, l'établissement d'un espace de concurrence libre et non faussée, tel qu'il est précisé à l'article 3, f) du Traité CEE et dans diverses autres dispositions de droit primaire. A cet égard, elle rappelle que les Etats membres ont un devoir de coopération loyale, en ce qu'ils doivent s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité, conformément à l'article 5, alinéa 2 du traité CE.²⁰³

Ensuite, compte tenu de ces deux éléments, la Cour admet que *« s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition »*²⁰⁴.

Enfin, elle veille à préciser que, pour en arriver à la conclusion que la mesure nationale en cause élimine l'effet utile de la disposition, la juridiction doit déterminer, au préalable, si les conditions de l'article 86 sont remplies et notamment, si le système de fixation des prix est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres.²⁰⁵

La Cour n'a pas été jusqu'à appliquer ces principes généraux. En effet, elle s'est contentée de répondre à la première question de la juridiction de renvoi qui portait sur la libre circulation de marchandises, et conclut à l'incompatibilité de la réglementation belge au regard des articles 30 et 34 du traité de Rome (aujourd'hui, les articles 34 et 35 du traité FUE).

§3. Enseignement de la Cour

Justifiant sa position sur pied des objectifs du traité et de l'obligation des Etats membre de ne pas éliminer l'effet utile des dispositions européennes concourant à leur réalisation, la Cour pose le premier jalon de l'application aux mesures étatiques des règles de concurrence applicables aux entreprises.

²⁰³ *Ibid.*, pts. 29 et 30. ; devenu aujourd'hui, l'article 4, §3, du Traité UE.

²⁰⁴ C.J.C.E., 16 Novembre 1977, C- 13/77, précité (note 193), pt. 31 ; Cette formule est rentrée dans les litanies de la Cour. Voir C.J.C.E., 21 septembre 1988, C-267/86 (aff. Van Eycke), *Rec.*, I., p. 4769, pt. 16. ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-185/91 (aff. Reiff), *Rec.*, I., p. 5801, pt. 14 ; C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93 (aff. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft), *Rec.*, I., p. 2517, pt. 14. ; C.J.C.E., 5 octobre 1995, C-96/94 (aff. Centro Servizi Spediporto), *Rec.*, I., p. 2883, pt. 20 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt. 53.

²⁰⁵ C.J.C.E., 16 Novembre 1977, C- 13/77, *op. cit.*, pts. 35 et 38.

Enoncé de cette manière, la jurisprudence *Inno* semble avoir une portée extrêmement large.²⁰⁶ La jurisprudence postérieure va venir en délimiter les contours.

Section 2 : L'encadrement du principe : L'arrêt Van Eycke c. ASPA²⁰⁷

§1. *Faits*

Cette affaire a été portée en justice par Pascal Van Eycke, habitant d'une commune belge, à propos de l'arrêté royal réservant le bénéfice d'une exonération fiscale, en matière d'impôt sur le revenu, à une certaine catégorie de dépôt d'épargne dont l'intérêt créditeur respecte les taux maximaux fixés par ce même arrêté.²⁰⁸

En substance, Monsieur Van Eycke a décidé d'ouvrir un tel compte d'épargne auprès de la banque ASPA, suite à ses offres avantageuses en matière d'intérêts créditeurs. Cependant, entre temps, les institutions privées et publiques de crédit du secteur, sur recommandations des autorités belges, ont conclu un accord limitant la rémunération de l'épargne collectée. Pour en garantir l'application à l'ensemble du territoire belge, le Roi a intégré cette limitation dans l'arrêté royal du 13 mars 1986 précité. Suite à quoi, l'ASPA a signifié à Monsieur Van Eycke qu'elle était obligée de lui appliquer des taux rémunérateurs moins favorables.

La juridiction de renvoi belge interroge la Cour sur le point savoir si l'arrêté royal est compatible aux articles 101 et suivant du Traité FUE, en ce qu'il « *prolonge sous la forme réglementaire les accords interbancaires préexistants ou pratiques parallèles destinés à limiter la rémunération des dépôts d'épargne* ». ²⁰⁹

§2. *Décision de la Cour*

Tout d'abord, la Cour rappelle sa jurisprudence *Inno*, en indiquant que, si l'article 101 du Traité FUE ne concerne que les comportements des entreprises, les Etats membres ne peuvent prendre des mesures qui en élimineraient l'effet utile.²¹⁰

²⁰⁶ Conclusions de M. P. MADURO dans l'affaire Cipolla e.a., présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *Rec.*, I., p. 11421, pt. 31.

²⁰⁷ C.J.C.E., 21 Septembre 1988, C-267/86 (aff. Van Eycke c. ASPA), *Rec.*, I., p. 4769.

²⁰⁸ *Ibid.*, pts. 3 à 5.

²⁰⁹ *Ibid.*, pt. 9.

²¹⁰ *Ibid.*, pt. 16.

La Cour énonce, ensuite, dans un considérant remarquable, que tel sera le cas lorsqu'un Etat membre :

*« soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article [101, TFUE] ou renforce les effets de telles ententes [(première branche)], soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique [(deuxième branche)]. »*²¹¹

S'agissant de la première branche, la Cour estime que la réglementation belge n'a pas pu viser à imposer ou favoriser la conclusion d'une entente, puisque des accords interbancaires préexistaient. Elle ajoute que *« pour être regardée comme visant à renforcer les effets d'ententes préexistantes, [la mesure nationale] doit se borner à reprendre totalement ou partiellement à son compte les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou incitant ces opérateurs à en assurer le respect »*.²¹² Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Concernant la seconde branche, la Cour conclut que la circonstance *« que les autorités publiques se [soient] réservé le pouvoir de fixer elles-mêmes les taux maximaux de rémunération des dépôts d'épargne »* exclut que ces mêmes autorités aient délégué leur pouvoir de décision à des opérateurs privés.²¹³

§3. Enseignement

Cet arrêt donne à la Cour l'occasion d'encadrer la jurisprudence *Inno*. Seules les réglementations nationales qui imposent, facilitent ou renforcent les effets d'une entente préexistante, ou celles qui donnent aux opérateurs privés le pouvoir de mener leur propre politique dans leur secteur économique, tombent sous l'interdiction des Etats membres de porter atteinte à l'effet utile à l'article 101, §1 du traité FUE.²¹⁴ L'extension du champ d'application de cette disposition

²¹¹ C.J.C.E., 21 Septembre 1988, C-267/86, *op. cit.*, pt.16..

²¹² *Ibid.*, pts. 17 et 18.

²¹³ *Ibid.*, pt. 19.

²¹⁴ Comme le résumait avec finesse David Bosco et Catherine Prieto, *« Les deux hypothèses révèlent une défaillance de l'Etat. Il n'est pas admissible qu'il place les entreprises en situation anticoncurrentielle, ou qu'il conforte de manière délibérée leur comportement anticoncurrentielle. Il est tout aussi choquant que, par complaisance, l'Etat renonce à ces prérogatives au profit des entreprises qui se substituent à lui et peuvent ainsi abriter leurs comportements anticoncurrentiels derrière une apparente légitimité »*. D. BOSCO ; C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence : entente et abus de position dominante*, pt. 456.

n’embrasse donc pas toutes les mesures susceptibles de restreindre la concurrence, sous peine de porter atteinte à la souveraineté des Etats en matière d’intervention économique.²¹⁵

Autrement dit, ce n’est « *qu’à titre exceptionnel que les mesures nationales sont visées par [les articles 101 et 102], et seulement dans le cadre du devoir de coopération loyale des États membres pour l’application du droit communautaire.* »²¹⁶ Cette interprétation, certes restrictive, permet néanmoins d’éviter qu’une mesure cachetée du seau législatif puisse réduire, voire annihiler, la portée des interdictions posées par les articles précités à l’égard des entreprises.²¹⁷

Section 3 : Une jurisprudence à deux branches

§1. L’idée sous-jacente de la jurisprudence

La philosophie qui sous-tend la jurisprudence en cette matière tient à la préservation de l’intérêt général. Lorsque l’Etat agit dans ses compétences de régulation du secteur économique, son action est soumise au contrôle politique et démocratique.²¹⁸

En revanche, s’il fait le choix de déléguer aux opérateurs privés la responsabilité *d’exercer des fonctions d’intérêt public de réglementation de l’économie* »²¹⁹, ceux-ci devront assumer leurs décisions au regard des règles de contrôle du marché, à savoir les règles de concurrence.²²⁰

L’on veut ainsi éviter que des entités privées, qui ne sont mues que par leurs seuls intérêts individuels, ne puissent se parer des vertus publiques qui s’attachent, en apparence, au rôle qui leur a été reconnu dans le processus décisionnel, pour contourner impunément les interdits de l’article 101, §1 du TFUE et asseoir leurs propres politiques économiques au détriment de la collectivité. Dans une telle hypothèse, le caractère étatique de la mesure en cause ne serait qu’un paravent, que la Cour de justice a décidé de renverser dans les deux hypothèses de la jurisprudence *Van Eycke*.

²¹⁵ Conclusions de l’avocat général M. Y. BOT dans l’affaire Doulamis, présentée le 22 novembre 2007, C.J.C.E., 13 mars 2008 (aff. Doulamis), *Rec., I.*, p. 1377, pt 65 ; Conclusions de l’avocat général M. G. TESAURO dans l’affaire Meng, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-2/91 (aff. Meng), *Rec., I.*, p. 5751, pt. 33.

²¹⁶ Conclusions de l’avocat général M. P. MADURO dans l’affaire Cipolla e.a., présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *Rec., I.*, p. 11421, pt. 31.

²¹⁷ Conclusions de l’avocat général M. Y. BOT dans l’affaire Doulamis, présentée le 22 novembre 2007, C.J.C.E., 13 mars 2008 (aff. Doulamis), *Rec., I.*, p. 1377, pt 67.

²¹⁸ I. WENDT, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, Martinus Nijhoff, Maastricht, 2012, p. 212.

²¹⁹ Conclusions de l’avocat général M. F. CAPOTORTI dans l’affaire Van Tiggele, présentées le 13 décembre 1977, C.J.C.E., 24 Janvier 1978, C-82/77 (Van Tiggele), *Rec., I.*, p. 48.

²²⁰ Conclusions de l’avocat général M. P. MADURO dans l’affaire Cipolla e.a., présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *Rec., I.*, p. 11421, pt. 32.

Il importe, à présent, de les préciser.

§2 : Les deux hypothèses d'application

A. Première hypothèse : La réglementation perd son caractère étatique car l'Etat a imposé, facilité ou renforcé les effets d'une entente préexistante

Cette première branche de la jurisprudence *Van Eycke* implique l'interdiction des Etats membres d'imposer, de faciliter ou de renforcer les effets d'une entente préexistante.

De ceci, il découle que « *la responsabilité de l'État naît de ce qu'il aggrave par son action un comportement déjà anticoncurrentiel.* »²²¹ Il y a donc lieu de vérifier l'existence d'un lien effectif entre l'acte national et les comportements restrictifs de concurrence adoptés par les opérateurs économiques. Sans ce lien, la mesure en cause ne pourra être regardée comme illicite.²²²

Sur base de ces principes, se pose la question des critères qui permettent à la Cour d'établir qu'une mesure nationale impose, favorise ou renforce les effets d'une entente. Répondre à cette question semble à première vue compliqué tant les affaires dans lesquelles cette jurisprudence s'est construite sont « *very fact-specific* ».

De manière générale, la Cour a indiqué que pour qu'une mesure soit regardée comme renforçant les effets d'une entente prohibée, il suffit qu'elle reprenne en tout ou en partie, à son compte, les éléments de cet accord conclu entre les opérateurs économiques, en les incitant, voire en les obligeant, à en assurer le respect.²²³

Ainsi, dans son arrêt *BNIC contre Auber*, la Cour a considéré que tel est le cas lorsqu'un décret ministériel français reprend, dans sa réglementation, les quotas de production de cognac fixés par un accord interprofessionnel conclu entre viticulteurs et négociants, en vue de les rendre obligatoires à tout le secteur du cognac, et prévoit des amendes en cas de non-respect de ces quotas.²²⁴ Il en va également ainsi lorsqu'un arrêté royal belge reprend le contenu d'un système d'accords qui existait entre agents de voyage et tour-operators, et interdisait aux agents de voyage installés en Belgique de renoncer en faveur de leurs clients à une partie plus ou moins importante de la commission qu'ils recevaient en contrepartie de leurs services. Le respect de cette interdiction était assuré par la

²²¹ Conclusions de l'avocat général M. P. MADURO dans l'affaire *Cipolla e.a.*, présentées le 1^{er} février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. *Cipolla e.a.*), *Rec.*, I., p. 11421, pt. 32.

²²² Voir, par exemple, l'arrêt *Doulamis* : C.J.C.E., 13 mars 2008 (aff. *Doulamis*), *Rec.*, I., p. 1377, pts. 22 et 23. Encore faudra-t-il vérifier la seconde hypothèse *Van Eycke*.

²²³ C.J.C.E., 21 Septembre 1988, C-267/86, précité (note 199), pt. 17.

²²⁴ C.J.C.E., 3 décembre 1987, C-136/86 (aff. *Bnic c. Aubert*), *Rec.*, I., p. 4789.

possibilité d'action en cessation à l'égard d'agents de voyages extérieurs à l'entente, qui ne se seraient pliés à cette interdiction, ou par la possibilité de retirer leur autorisation d'exercer.²²⁵

Concernant le point de savoir si une mesure impose ou facilite une entente, la Cour estime que lorsque la mesure étatique en cause se suffit à elle-même et ne prescrit aucun comportement supplémentaire des opérateurs économiques, elle ne sera pas considérée comme illicite sous cet angle.²²⁶ Son arrêt *Commission contre Italie* lui a permis de sanctionner une réglementation italienne qui contraignait un organisme professionnel composé exclusivement d'expéditeurs en douane de fixer un tarif obligatoire et uniforme applicable à l'ensemble du secteur, sans intervention de l'Etat autre que celle visant à approuver ce tarif et à en assurer le respect par sa publication au journal officiel et par l'adoption de sanctions en cas de violation du tarif.²²⁷

B. Deuxième hypothèse : La réglementation perd son caractère étatique car l'Etat a abandonné aux opérateurs privés son pouvoir de régulation.

Ce second volet de la jurisprudence *Van Eycke* vise la situation où l'Etat a retiré à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.²²⁸

Il s'agit pour l'Etat de confier à un organisme composé d'opérateurs privés le pouvoir de prendre des décisions qui affectent le domaine économique d'une manière, par définition, anti-concurrentielle.²²⁹ Comme le résume le professeur Joliet :

« [The Court] raised an objection in principle to the adoption of legislation in which the State gives up its role and confers on undertakings the powers required to give effect to their policy. In other words, undertakings must either operate under the supervision of the public authorities or be subject to market

²²⁵ C.J.C.E., 1 octobre 1987, C-311/85 (aff. *Vlaamse Reisbureaus c. Sociale Dienst*), *Rec., I.*, p. 3801, spécifiquement le point 18.

²²⁶ C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-245/91 (aff. *Ohra*), *Rec., I.*, p. 5851, pts. 11 et 13. ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-2/91 (aff. *Meng*), *Rec., I.*, p. 5751, pt. 13. ; D. FORNACIARI, S. CALLENS, E. SCHOKKAERT, *Ziekenhuizen, mededingingsrechten en recht op kwaliteitsvolle zorg*, *op. cit.*, p. 55.

²²⁷ C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, précité (note 18), spécifiquement les points 54 à 60. ; Pour un autre exemple concernant l'homologation de tarifs aériens, voir l'arrêt *Asjes* : C.J.C.E., 30 avril 1986, C-209 à 213/84 (aff. *Ministère public c. Asjes*), *Rec., I.*, p. 1425, pts. 75 à 77.

²²⁸ C.J.C.E., 21 Septembre 1988, C-267/86, précité (note 199), pt. 16.

²²⁹ Selon l'avocat général Maduro, il y a lieu d'identifier deux situations. Dans la première, l'Etat a purement et simplement délégué le pouvoir à des opérateurs privés d'adopter un acte d'intervention en matière économique. Dans la seconde, l'Etat a confié à ces opérateurs le pouvoir de contrôler le processus de décision menant à l'adoption de cet acte. Conclusions de l'avocat général M. P. MADURO dans l'affaire *Cipolla e.a.*, présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. *Cipolla e.a.*), *op. cit.*, pt. 32.

rules, but they must not be entrusted with the powers of a public authority, since they only represent specific interests. »²³⁰

Dans cette seconde branche, la délégation de compétence suffit, par elle-même, à retirer à la mesure en cause son caractère étatique. Dès lors, la démonstration d'un lien entre une entente et la réglementation en cause ne serait théoriquement plus nécessaire, à partir du moment où l'on considère que, par cette délégation, l'Etat rend inutile tout accord anticoncurrentiel de la part des entreprises.²³¹

Aux fins d'apprécier une telle hypothèse, la Cour considère qu'une réglementation conserve son caractère étatique lorsque les autorités publiques se sont réservées « *le pouvoir de fixer [elles-mêmes] les termes essentiels de la décision économique* ». ²³² En conséquence, la juridiction devra examiner le rôle de l'Etat dans le processus décisionnel et, en particulier, s'il a conservé son pouvoir final de décision.²³³ Il en va ainsi, par exemple, d'un Etat qui, sans pour autant intervenir dans le processus délibératif, peut imposer sa propre décision afin de préserver l'intérêt général.²³⁴

Section 4 : L'application des hypothèses Van Eycke

Les applications jurisprudentielles ultérieures de l'arrêt *Van Eycke* ne permettent pas de dégager un test de compatibilité unique.²³⁵ Il convient de formuler une observation, de laquelle découle un schéma d'analyse.

§1. Nécessité d'un accord anticoncurrentiel

La seconde branche *Van Eycke*, soit l'hypothèse de délégation, est restée, jusqu'à présent, au stade théorique.

²³⁰ R. JOLIET, « National Anti-Competitive Legislation and Community Law », in *Fordham international law journal*, Vol. 12, 1989, p. 172.

²³¹ Conclusions de l'avocat général M. G. TESAURO dans l'affaire Meng, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-2/91 (aff. Meng), *Rec., I.*, p. 5751, pts. 15 à 17.

²³² Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire Arduino, présentées le 10 juillet 2001, C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99 (aff. Arduino), *Rec., I.*, p. 1529, pt. 121. ; Conclusions de l'avocat général M. P. MADURO dans l'affaire Cipolla e.a., présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *op. cit.*, pt. 45. ; voir aussi C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (Librandi), *Rec., I.*, p. 5955, pts. 34 et svt.

²³³ F. LOUCKX, "L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité", *op. cit.*, p.380.

²³⁴ Voir, par exemple, C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93, précité (note 196), pt. 21.

²³⁵ D. GERARD, « EU Competition Policy after Lisbon: time for a review of the "state action doctrine"? », in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, issue 3., 2010, p. 207.

En effet, la Cour subordonne invariablement l'illicéité de la mesure en cause à la démonstration d'un accord contraire à l'article 101, §1 et d'un lien substantiel entre celui-ci et ladite mesure.²³⁶ En d'autres termes, une réglementation ne saurait être remise en cause, sous cet angle, pour le seul fait que celle-ci a des objectifs anticoncurrentiels ou produit des effets restrictifs sur la concurrence, similaires à ceux d'une entente prohibée.

C'est ainsi qu'à propos des réglementations allemandes et néerlandaises interdisant aux compagnies d'assurance le droit d'accorder des avantages sous forme de remises à leurs clients,²³⁷ ou à propos d'une réglementation belge interdisant aux dentistes de faire de la publicité pour leurs services,²³⁸ la Cour a jugé qu'elles n'étaient pas illicites vu l'absence d'accord prohibé dans le chef des opérateurs privés.

§2. Schéma d'analyse

La Cour applique sa jurisprudence *Van Eycke* de manière désordonnée. Tantôt, elle procède à l'analyse complète des deux branches, tantôt, elle omet de vérifier l'hypothèse selon laquelle l'Etat a renforcé les effets d'une entente, tantôt elle centre son test sur le pouvoir que l'Etat s'est réservé dans le processus décisionnel impliquant des opérateurs privés.²³⁹

Pour répondre à la question de la compatibilité des réglementations belges en matière de planification médicale et de fixation des honoraires des médecins, nous suivrons un raisonnement en deux questions.

Première question : L'Etat impose-t-il ou favorise-t-il l'adoption de cette entente ou en renforce-t-il les effets ?

Dans cette première question, il faudra vérifier si la fixation des quotas Inami et des honoraires des médecins conventionnés, par des Commissions comprenant des représentants du corps médical, doivent-elles s'analyser comme des décisions d'association d'entreprises prohibées ?

²³⁶ Conclusions de l'avocat général M. G. TESAURO dans l'affaire Meng, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-2/91 (aff. Meng), *Rec., I.*, p. 5751, pts. 18 et 33. ; Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Reiff, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-185/91 (aff. Reiff), *Rec., I.*, p. 5801, pt. 54 et svt. ; Conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire Pavlov e.a., présentées le 23 mars 2000, C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98 (aff. Pavlov e.a.), *Rec., I.*, p. 6551, pt. 158. ; R. WHISH, D. BAILLEY, *European Competition Law*, *op. cit.*, p. 232. ; D. GERARD, « EU Competition Policy after Lisbon: time for a review of the "state action doctrine"? », *op. cit.*, p. 208.

²³⁷ C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-2/91, *op. cit.* ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-245/91, *op. cit.*

²³⁸ C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93, *op. cit.*

²³⁹ D. GERARD, « EU Competition Policy after Lisbon: time for a review of the "state action doctrine"? », *op. cit.*, p. 208.

Il conviendra d'examiner quatre questions successives :

1. Les médecins sont-ils des entreprises ?
2. La Commission de planification peut-elle être considérée comme une association d'entreprises ?
3. Ces décisions ont-elles pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ?
4. Ces décisions sont-elles susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres ?

Deuxième question : L'Etat a-t-il retiré à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.

Sous-chapitre 3 : Application au système belge

Section 1 : Application aux arrêtés royaux de planification médicale

A titre liminaire, il convient de préciser qu'en l'absence d'harmonisation des activités de médecins, les États membres demeurent, en principe, compétents pour définir les conditions d'accès auxdites activités.²⁴⁰

§1. L'Etat impose ou facilite-t-il la conclusion d'entente, ou en renforce-t-il les effets ?

A. Les médecins sont-ils des entreprises ?

Il peut être déduit de la jurisprudence de la Cour qu'en Belgique, les médecins, dans le cadre d'un système de soins de santé libéral, sont des entreprises, en ce qu'ils exercent une activité économique rémunératoire qui implique des risques qu'ils supportent.²⁴¹ L'arrêt *Pavlov e.a.* consacre ce raisonnement.²⁴²

B. Les représentants du corps médical, lorsqu'ils participent à la fixation du nombre d'attestations universitaires, et leur répartition entre les Communautés, agissent-ils en tant qu'association d'entreprises, dans l'intérêt de celles-ci ?

²⁴⁰ C.J.C.E., 6 décembre 2007, C-456/05 (aff. Commission contre Allemagne), *Rec.*, I., p. 10517, pt. 48.

²⁴¹ Voir page 38 et svts du présent travail.

²⁴² Voir page 36 et svts du présent travail.

1. La notion d'association d'entreprise

La Cour considère, aux termes d'une jurisprudence constante, qu'un organisme n'est pas une association d'entreprises lorsqu'il est composé d'une majorité de représentants de la puissance publique ou lorsque les opérateurs privés qui y siègent peuvent être qualifiés d'experts indépendants et lorsqu'il est tenu de prendre en considération, aux fins de ses délibérations, un certain nombre de critères d'intérêt général.²⁴³

L'Etat doit donc avoir expressément prévu, dans sa législation, des « *modalités procédurales [et des] prescriptions de fond susceptibles d'assurer, avec une probabilité raisonnable, que [les opérateurs] se comportent, dans l'élaboration de [la réglementation en cause], comme un démembrement de la puissance publique œuvrant à des fins d'intérêt général.* »²⁴⁴

Ces deux obligations (« modalités », « prescriptions ») sont cumulatives, bien que la Cour attache une importance prépondérante aux obligations substantielles, c'est-à-dire aux critères d'intérêt général.

2. Obligations procédurales : le critère de la composition de la Commission

Les obligations procédurales s'attachent, entre autres, à la composition de l'organisme en cause, en l'espèce, la Commission de planification.

La Cour estime que les opérateurs privés ne représentent pas leurs intérêts catégoriels dès lors qu'ils sont appelés à siéger à titre d'experts, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas liés aux organisations professionnelles qui les ont élus ou proposés,²⁴⁵ ou, à défaut, que la majorité des membres de l'organisme en question sont des représentants de l'autorité publique.²⁴⁶

Il convient de vérifier ces éléments en l'espèce.

La Commission de planification élargie est composée de septante-quatre membres. Parmi ceux-ci, trente-six sont effectifs, et chacun est doté d'un suppléant. A cela, s'ajoute le président et un

²⁴³ Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire Arduino, *op. cit.*, pt. 53 ; Voir par exemple, C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*, pts. 87.

²⁴⁴ Nous soulignons. C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 37.

²⁴⁵ Voir par exemple C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-185/91, *op. cit.*, pts. 17 et 24 ; C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93, *op. cit.*, pts. 16 et 18.

²⁴⁶ *Ibid.*, ou encore C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*, pt. 87.

fonctionnaire du Ministère des Affaires sociales et de la Santé publique, qui assure le rôle de secrétaire. A l'exception de ce dernier, tous les membres, ainsi que le président, sont nommés par le Roi.

Cependant, lorsqu'elle délibère sur les avis recommandant les quotas en médecine et en dentisterie, la Commission est restreinte à un total de trente-huit membres.²⁴⁷ Ainsi, elle se compose :

- Des quatre représentants du corps médical, proposés par les organisations professionnelles représentatives des médecins, ainsi que leurs suppléants.
- Des deux représentants des dentistes, proposés par les organisations professionnelles représentatives des dentistes, ainsi que leurs suppléants.
- Des trois représentants des mutuelles, proposés par elles.
- Des quatre experts notoirement réputés comme compétents pour les problèmes de planification des professions de santé, désignés par les Universités, ainsi que leurs suppléants.
- Des trois experts notoirement réputés comme compétents pour les problèmes de planification des professions de santé, proposés par les départements fédéraux, ainsi que leurs suppléants.
- Des trois experts proposés par les Communautés, ainsi que leurs suppléants.
- D'un représentant proposé par l'INAMI, ainsi que de son suppléant.
- D'un fonctionnaire du Ministère des Affaires sociales et de la Santé publique, qui assure le rôle de secrétaire.
- Du président de la Commission proposé par le Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions.

Parmi ceux-ci, les représentants des Communautés, de l'INAMI, ainsi que le secrétaire et le président n'ont qu'une voix consultative.²⁴⁸ En conséquence, le nombre total de personnes disposant d'une voix lors de la délibération sur les avis de planification correspond à seize. Il convient également de préciser que les avis soumis au vote lors de la séance plénière sont préalablement élaborés au sein d'un groupe de travail, qui adopte, au consensus, un pré-avis. La composition de ce

²⁴⁷ Cette composition correspond au noyau dur de la Commission, c'est-à-dire aux membres qui participeront à toutes les délibérations, peu importe la profession qu'elles concernent. Les représentants des kinésithérapeutes, des praticiens de l'art infirmier, des accoucheuses et des logopédistes seront, quant à eux, appelés à se joindre aux délibérations sur les dossiers qui les concernent. Pour les autres dossiers, ils peuvent assister aux séances plénières, mais seulement avec une voix consultative. Par exemple, lorsque les réunions plénières nécessiteront un vote sur des dossiers liés à la kinésithérapie, les représentants de la profession disposeront d'un droit de vote. Il en va de même pour les autres professions. Article 10, §§ 2 et 3, l'arrêté royal du 2 juillet 1996 fixant les règles relatives à la composition et au fonctionnement de la Commission de planification-offre médicale, modifié par l'arrêté royal du 3 mai 1999 (*ci-après, Arrêté royal du 2 juillet 1996*). La composition actuelle de la Commission est disponible sur <http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr>.

²⁴⁸ Articles 3, §3 et 4, §2, alinéa 2 de l'arrêté royal du 2 juillet 1996.

groupe de travail n'est cependant pas fixe, puisque tous les membres de la Commission élargie peuvent y participer.

Que penser de cette composition ?

Tout d'abord, il y a lieu de constater qu'à défaut d'indication quelconque en ce sens, ni l'arrêté royal du 2 juillet 1996, ni les critères de sélection ne permettent de conclure que les représentants des médecins – ni d'ailleurs les représentants des mutuelles ou des dentistes – assurent un rôle d'experts des problèmes de planification médicale ou qu'ils ne sont pas liés par des ordres ou des instructions de la part des syndicats qui les ont proposés.²⁴⁹ La circonstance qu'ils soient formellement nommés par l'autorité publique ne fait pas échec à cette conclusion.²⁵⁰

Ensuite, il convient de reconnaître que, d'un point de vue arithmétique, les représentants du corps médical sont, à n'en point douter, en minorité. Au regard de la jurisprudence actuelle, ceci est une considération très importante, si l'on veut contester que ces représentants se comportent, au sein de la Commission, comme une association d'entreprises.²⁵¹

Néanmoins, trois éléments nous amènent à tempérer cette conclusion.

En premier lieu, lorsque l'on s'intéresse aux experts proposés par les universités et par les départements fédéraux, on s'aperçoit qu'à l'exception de deux membres, ils portent tous le titre de médecin. Au total, onze membres de la Commission restreinte disposant du droit de vote sont médecins.

En second lieu, lorsque l'on évalue les rapports de force entre les différents acteurs, on ne peut qu'être interpellé par les affirmations d'un membre de la Commission qui, en 2002, estimait que « *les universités sont de toute façon totalement minorisées dans la Commission de planification de*

²⁴⁹ C.J.C.E., 17 Octobre 1995, C-140/94 (aff. DIP and Others v Comune di Bassano del Grappa and Others), *Rec.*, I., p. 3257, pt 18. ; Dans ses conclusions sous l'affaire AOK, l'avocat général Jacobs indique que « *si les membres sont choisis pour leur expertise indépendante, on peut normalement présumer que leurs déterminations ne sont pas des décisions au sens de l'article 81 CE.* ». Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS, dans l'affaire AOK Bundesverband e.a., présentées le 22 mai 2013, C.J.C.E., 16 mars 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 (aff. AOK Bundesverband e.a.), *Rec.*, I., p. 2493, pt. 53.

²⁵⁰ C.J.C.E., 30 janvier 1985, C-123/83 (Bnic c. Clair), *Rec.*, I., p. 391, pt. 19. La BNIC désigne le Bureau national interprofessionnel du cognac, qui constituait une organisation interprofessionnelle dans le secteur des eaux-de-vie de cognac, dont les membres étaient nommés par le ministre de l'Agriculture et qui fixait, par décision, les prix des eaux-de-vie de cognac. La Cour avait qualifié cet organisme d'association professionnelle, malgré le fait que ses membres étaient nommés par l'autorité publique : « *des personnes qui, bien que nommées par l'autorité publique, avaient fait l'objet, à l'exception des deux nommées directement par le ministre, de propositions de désignation par les organisations professionnelles directement concernées et qui, par suite, devaient être regardées, en fait, comme représentant ces organisations lors de la négociation et de la conclusion de cet accord* ».

²⁵¹ C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-185/91, *op. cit.* ; C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93, *op. cit.* ; C.J.C.E., 5 octobre 1995, C-96/94, *op. cit.* ; etc.

l'offre médicale. Il semble y avoir une résignation de la part de certains et là où nous devrions être écoutés, nous sommes nettement en minorité. »²⁵² En effet, à y regarder de plus près, les intérêts de trois groupes, au moins, convergent. On peut supposer, d'une part, que les représentants des médecins et des dentistes, poursuivant leurs intérêts catégoriels, ont intérêt à voir la concurrence entre praticiens limitée. D'autre part, il faut relever que les mutuelles, ont également intérêt à n'autoriser qu'un nombre limité de professionnels à pratiquer dans le régime d'assurance maladie. C'est qu'il ne leur serait pas intéressant de voir les montants à rembourser grimper en raison d'une augmentation des prestations, compte tenu du cadre budgétaire qui leur est imposé par l'Etat.²⁵³

En troisième lieu, les décisions de la Commission de planification sont approuvées à la majorité de ses membres, sans qu'un représentant de l'Etat ne dispose d'une voix prépondérante, voire d'un droit de veto, susceptibles de rééquilibrer les rapports de force entre l'administration et le secteur privé.²⁵⁴

Pour ces trois considérations, il ne nous paraît pas totalement exclu que la composition de la Commission restreinte, lorsqu'elle adopte les avis recommandant les quotas Inami et leur répartition entre Communautés, permet d'éviter que les médecins puissent se comporter comme une association d'entreprises dans l'intérêt de celles-ci.

Cependant, la Cour semble se contenter de la qualité des représentants. Dans son arrêt *DIP E.A.*, elle a indiqué que, parmi les éléments fondant la licéité de la mesure nationale en cause, figurait le fait que « *les commissions municipales [, chargées d'autoriser l'ouverture de nouveaux commerces de détails,] ne comportent qu'une minorité de membres désignés ou proposés par les organisations des opérateurs économiques, à côté de représentants des travailleurs, de représentants des pouvoirs publics et d'experts désignés par ces derniers.* »²⁵⁵

Pour autant, quand bien même on conclurait, sous l'angle du rapport de majorité, que les représentants des médecins soient en mesure de faire prévaloir leurs intérêts privés, cette caractéristique n'est pas de nature, seule, à rendre la réglementation à l'examen illicite. En effet, dans son arrêt *Librandi*, la Cour a considéré qu'une « *réglementation nationale qui prévoit que les tarifs des transports routiers de marchandises sont approuvés et rendus exécutoires par l'autorité publique, sur la base de propositions d'un comité central, composé majoritairement de*

²⁵² Interview du Professeur Elie Cogan, in *Journal du Médecin*, n° 1464, 2002.

²⁵³ Il importe de préciser que les mutuelles, dans ce cas-ci, ne peuvent être qualifiées d'entreprises. En effet, il semble certain qu'elles puissent bénéficier de l'exemption au titre du critère de solidarité, en application de la jurisprudence *Poucet et Pistre*. Néanmoins, elles évoluent dans un cadre budgétaire déterminé au niveau de l'INAMI et qui est limité.

²⁵⁴ Article 10, §1, Arrêté royal du 2 juillet 1996. ; Voir C.J.C.E., 4 septembre 2014, C-184/13 (aff. API e.a.), publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), consultable sur <http://curia.europa.eu>

²⁵⁵ C.J.C.E., 17 Octobre 1995 C-140/94, *op. cit.*, pt. 17.

représentants des opérateurs économiques intéressés, [...] »²⁵⁶ n'est pas contraire aux articles 4, §3, du traité UE et 101, §1, du traité FUE, « à condition que les tarifs soient fixés dans le respect des critères d'intérêt public définis par la loi et que les pouvoirs publics n'abandonnent pas leurs prérogatives à des opérateurs économiques privés en tenant compte, avant l'approbation des propositions, des observations d'autres organismes publics et privés, voire en fixant les tarifs d'office. »²⁵⁷

Cette affirmation nous semble devoir considérer le second critère, i.e. celui de la prise en compte de l'intérêt public, comme un élément décisif. Il s'agit dès lors de vérifier si les membres de la Commission doivent, dans leurs délibérations, aussi prendre en compte « *l'intérêt général et les intérêts des entreprises des autres secteurs ou des usagers des services en question.* »²⁵⁸

3. Obligations procédurales et matérielles : la prise en considération de l'intérêt public.

La Cour attend de l'Etat qu'il ait prévu, dans sa législation, un certain nombre de critères d'intérêt public que l'organisme considéré doit prendre en compte dans sa décision.

Il est difficile d'apporter une définition précise de « certain nombre de critères d'intérêt public », au regard de la jurisprudence actuelle. Ce qui est clair, c'est qu'il s'agit de trouver une « base » de critères législatifs visant à garantir la prééminence des intérêts de la collectivité sur les intérêts individuels des opérateurs privés.²⁵⁹

De ceci, il découle trois observations.

Tout d'abord, la Cour n'interdit pas que des intérêts privés puissent également être pris en compte.

Ensuite, les critères d'intérêt général doivent nécessairement être prévus par la loi, et précisés, le cas échéant, dans des actes d'exécution (arrêtés royaux, décrets ministériels, etc).²⁶⁰ L'Etat a donc l'obligation de préciser les critères à prendre en considération qui permettront de sauvegarder l'intérêt général. A cet égard, aux termes de son arrêt Commission contre Italie, la Cour a jugé

²⁵⁶ C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (aff. Librandi), *Rec., I.*, p. 5955, pt. 37.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Voir C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-185/91, *op. cit.*, pts. 17 à 19. ; C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93, *op. cit.*, pts. 16 à 18 et 23 ; C.J.C.E., 17 Octobre 1995, C-140/94, pts. 18, 19 et 31 ; C.J.C.E., 5 octobre 1995, C-96/94, *op. cit.*, pts 24 et 42 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, point 44 ; C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99 (aff. Arduino), *Rec., I.*, p. 1529, pt. 37 ; C.J.C.E., 4 septembre 2014, C-184/13, *op. cit.*, pt. 34. ; C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *op. cit.*, pt. 87 ; Voir, conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire CIF, présentées le 30 janvier 2003, C.J.C.E., 9 septembre 2003, C-198/01 (CIF), *Rec., I.*, pt. 70.

²⁵⁹ Conclusions de l'avocat général M. S. ALBER dans l'affaire Librandi, présentées le 5 mars 1998, C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (Librandi), *Rec., I.*, p. 5955, pt. 40. A noter que la Cour utilise indistinctement les notions d'intérêt général et d'intérêt public. Voir, C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97, *op. cit.*, pt. 41.

²⁶⁰ I. WENDT, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, *op. cit.*, pp. 217, 219 à 221.

qu'une entité chargée de fixer le prix des prestations d'expédition en douane et composée exclusivement de professionnels était une association d'entreprises au motif « *qu'aucune règle dans la législation nationale en cause n'[obligeait] ni même [n'incitait] les membres tant du CNSD que des conseils départementaux à tenir compte de critères d'intérêt public.* »²⁶¹

Enfin, il faut souligner que la Cour a adopté une approche relativement formelle tout au long de sa jurisprudence, se limitant à vérifier si la législation prescrivait des objectifs d'intérêt public. Pour le surplus, elle renvoie systématiquement aux juridictions nationales la tâche de vérifier si dans les faits, ces critères sont réellement pris en compte, ainsi que le contrôle de leur caractère légitime.²⁶²

La jurisprudence ne fixe donc pas de lignes précises permettant d'opérer un tel contrôle. A tout le moins, pour reprendre l'avocat général Albert, « *la notion de l'intérêt général ne peut se référer qu'aux intérêts de tous, y compris en particulier ceux d'autres opérateurs économiques que les [opérateurs privés concernés]* »²⁶³.

En synthèse, tout dépendra de l'espèce.²⁶⁴ Appelée à statuer sur une question préjudicielle, à propos de la compatibilité d'une réglementation italienne qui confie la fixation des coûts minimaux d'exploitation dans le secteur du transport par route à un organisme composé en majorité de représentants des opérateurs privés du secteur, la Cour a, par exemple, estimé que cette réglementation laissait aux membres de cet organisme « *une très grande marge de discrétion et d'autonomie [...] dans l'intérêt des organisations professionnelles qui les ont désignés.* »²⁶⁵

Tel ne semble pas être le cas, concernant la réglementation qui nous occupe.

A titre liminaire, il faut rappeler que l'objectif du système belge de planification est « *d'organiser une offre en prestataires de soins de grande qualité, envisagée pour l'ensemble du pays et au regard de chaque Communauté, et par la même occasion d'éviter les distorsions en ce domaine.* »²⁶⁶ Il s'agit de garantir un nombre de prestataires correspondant aux besoins de la population belge, « *une offre excédentaire [comportant] des risques pour la qualité des soins de*

²⁶¹ C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt. 43.

²⁶² Cour est souvent saisie à titre préjudiciel. Dans son arrêt Librandi, elle indique à cet égard : « *Il appartient toutefois à la juridiction nationale de contrôler, dans le cadre de sa compétence, que, dans la pratique, les tarifs sont fixés dans le respect des critères d'intérêt public définis par la loi et que les pouvoirs publics n'abandonnent pas leurs prérogatives à des opérateurs économiques privés* ». C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (aff. Librandi), *op. cit.*, pt. 36.

²⁶³ Conclusions de l'avocat général M. S. ALBER dans l'affaire Librandi, *op. cit.*

²⁶⁴ Par exemple, dans son arrêt Arduino, la Cour a considéré qu'un décret-loi royal, qui prévoit que les honoraires d'avocats sont fixés en fonction de « *la valeur des litiges, du degré de l'autorité saisie et, en matière pénale, de la durée des procédures* [...] *n'énonce pas, à proprement parler, des critères d'intérêt général dont devrait tenir compte [l'organisation professionnelle habilitée à déterminer les tarifs].* » Cette organisation professionnelle, le CNF, était exclusivement composée d'avocats. C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 38.

²⁶⁵ C.J.C.E., 4 septembre 2014, C-184/13, *op. cit.*, pt. 37.

²⁶⁶ Projet de loi portant des dispositions sociales, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1, p. 65.

santé dispensés »²⁶⁷ et présentant « le danger de mener à des prestations gonflées et inutiles, et donc une augmentation irraisonnée des coûts de santé. »²⁶⁸

Dans cette perspective, les travaux préparatoires indiquent qu'il y a lieu « de déterminer, de manière scientifiquement responsable, les besoins en médecins et dentistes et ce dans le cadre d'une politique de santé bien conçue. »²⁶⁹

La loi précise qu'aux fins de remettre son avis, la Commission doit « examiner les besoins en matière d'offre médicale [en tenant] compte de l'évolution des besoins relatifs aux soins médicaux, de la qualité des prestations de soins et de l'évolution démographique [(vieillesse)] et sociologique [(notamment, la féminisation)] des professions concernées. »²⁷⁰ Il faudra qu'il soit également tenu compte « du nombre de diplômés nécessaires pour la recherche et/ou l'emploi dans les entreprises et/ou institutions »²⁷¹ et des répercussions de la planification sur les Communautés.²⁷²

Enfin, les travaux préparatoires soulignent que « l'application des présentes mesures [, i.e. le contingentement,] doit s'accompagner de toute la prudence nécessaire. »²⁷³

On ne peut s'empêcher d'observer que la formulation de ces critères a un caractère plutôt vague. A cet égard, l'avocat général Fennelly enseigne que « l'ambiguïté peut être l'ennemie d'un vrai contrôle public. »²⁷⁴ Cependant, il n'apparaît pas que les membres du corps médical jouissent, en droit comme dans les faits, d'une marge de liberté dans la détermination des quotas telle qu'elle leur permettrait de poursuivre leurs intérêts privés, sans devoir tenir compte de l'intérêt général et de l'intérêt d'autres acteurs.

Tout d'abord, soulignons qu'ils sont tenus, dans la recherche d'un difficile équilibre entre l'offre et la demande, de prendre en considération, avant tout, l'intérêt de la population à obtenir une couverture médicale suffisante et accessible, compte tenu de l'évolution de certains paramètres, telles que l'évolution sociologique ou démographique. Ces paramètres, ainsi que de ceux que le développement de la profession impose (mobilité européenne des nouveaux médecins, nouvelles

²⁶⁷ Ibid., p. 64. « Une expérience professionnelle trop réduite et trop peu de contacts avec les patients ne répondent pas, ou du moins de manière trop faible, aux standards de qualité nécessaires. » Ibid., p. 64.

²⁶⁸ Ibid., p. 65.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Article 92, Loi sur les professions de santé ; Voir le projet de loi portant des dispositions sociales, exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1, p. 65.

²⁷¹ Ibid., p. 66.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid., p. 67.

²⁷⁴ Conclusions de l'avocat général M. N. FENNELLY dans l'affaire DIP. e.a., op. cit., pt. 60.

pratiques médicales, etc.), sont intégrés dans un modèle mathématique de projection des effectifs médicaux, utilisé par la Commission. Ses décisions reposent donc sur des données objectives.

Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que les décisions de la Commission sont elles-mêmes objectives. D'une part, comme le rappelle le Centre fédéral d'Expertise des Soins de santé, « *dans l'absolu, il n'existe pas 'un' nombre idéal de médecins à atteindre. Les besoins en médecins dépendent de décisions politiques et sociétales* »²⁷⁵. D'autre part, le choix des paramètres précis, les conclusions qui en découlent et les critères de références sur bases desquelles elles sont tirées (nombre de médecins par habitant, etc), revient aux membres de la Commission de planification.

Cependant, le législateur a entendu contrôler l'application des intérêts publics par au moins trois mécanismes :

- Premièrement, en exigeant que le Roi ne puisse prévoir une limitation du nombre de médecins que sur « *une proposition conjointe des Ministres de la Santé publique et des Affaires sociales et un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres* »²⁷⁶.
- Deuxièmement, en prévoyant une procédure de suivi des données relatives à la planification médicale à charge du SPF Santé publique.²⁷⁷ Ainsi, le modèle mathématique de projection des effectifs médicaux utilisé par la Commission fait l'objet d'une évaluation périodique par le Centre fédéral d'Expertise des Soins de santé.²⁷⁸
- Enfin, en prévoyant une publicité de ces données.²⁷⁹ La transparence du système de planification nous paraît un élément important dans le contrôle démocratique du respect de l'intérêt général.

Au vu de la jurisprudence actuelle, l'ensemble de ces éléments nous permettent de conclure que l'Etat s'est effectivement assuré du respect d'un certain nombre de critères d'intérêt général par les membres de la Commission de planification, lorsqu'ils fixent le nombre de médecins admis et leur répartition entre les Communautés.

Si nous avons conclus l'inverse, encore aurait-il fallu déterminer l'impact de ces décisions sur jeu de la concurrence.

²⁷⁵ Communiqué de presse du Centre Fédéral d'Expertise des Soins de Santé (KCE), « Planifier l'offre de médecins en Belgique : modélisation mathématique ou décision stratégique ? », disponible sur <https://kce.fgov.be/fr>.

²⁷⁶ Article 92, §1, Loi sur les professions de santé.

²⁷⁷ Article 9, Arrêt royal du 12 juin 2008.

²⁷⁸ Article 259 et suivant, Loi-programme du 24 décembre 2002, M.B., 31 décembre 2012. ; Voir le rapport d'évaluation en date du 06 juillet 2017, consultable sur <https://kce.fgov.be/fr/content/a-propos-du-kce>.

²⁷⁹ Article 9, Arrêt royal du 12 juin 2008.

C. Les décisions de la Commission de planification ont-elles pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence ?

1. *Principes*

En cette matière, les indications fournies par l'avocat général Léger à l'occasion de l'affaire *Arduino* présentent un intérêt particulier. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour était amenée à se prononcer sur la compatibilité d'une réglementation italienne qui fixait, sur base d'un projet établi par le CNF, un ordre professionnel composé exclusivement d'avocats, des minimums et des maximums pour les honoraires de leurs confrères.

Dans ses conclusions, l'avocat général y rappelle que selon la jurisprudence, un accord peut restreindre le jeu de la concurrence, tantôt par son objet, tantôt par ses effets.²⁸⁰

Concernant une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire de démontrer les effets concrets de l'accord sur la concurrence. Sur base des « *buts poursuivis par l'accord, à la lumière du contexte économique dans lequel il doit être appliqué* »²⁸¹, la Cour déterminera si l'accord en cause a pour seul objectif de restreindre la concurrence sur le marché concerné.

Quant à la restriction par effet, il s'agit d'accords qui, sans avoir pour objet spécifique de porter atteinte aux conditions normales de concurrence, ont pourtant un tel effet, réel ou potentiel, mais à tout le moins suffisamment sensible.²⁸²

En application de ces principes, il conclut que ni l'objet, ni les effets du projet de tarif ne portent atteinte à la concurrence, eu égard au fait que ce tarif ne s'impose aux professionnels du secteur qu'à partir du moment où il a fait l'objet d'une approbation par le Ministre compétent, qui doit avoir au préalable sollicité l'avis de deux organismes publics désignés à cet effet.²⁸³ La Cour va suivre, en ce point, son avocat général en estimant que « *le CNF n'est chargé que d'établir un projet de tarif qui, en tant que tel, est dénué de force obligatoire. À défaut d'approbation par le ministre, le projet de tarif n'entre pas en vigueur, l'ancien tarif approuvé restant en application.* »²⁸⁴

2. *Application aux décisions de la Commission de planification*

La conclusion de la Cour nous paraît pouvoir être transposée en l'espèce.

²⁸⁰ Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire *Arduino*, présentées le 10 juillet 2001, C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pts. 58 et svt.

²⁸¹ *Ibid.*, pt. 60.

²⁸² *Ibid.*, pt. 61.

²⁸³ *Ibid.*, pt. 80.

²⁸⁴ C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 41.

En effet, il convient de rappeler que l'article 92, §1, 1° de la loi du 15 mai 2015 sur les professions de santé, charge le Roi (et lui seul) de déterminer le nombre d'attestations *Inami* annuellement disponibles, aux termes d'un arrêté délibéré en conseil des ministres.

A cet égard, la Commission ne remet qu'un avis qui n'a pas, « en tant que tel », valeur obligatoire. La fixation des quotas est le fruit d'une action postérieure des autorités belges, par le biais d'un arrêté royal qui reprendra ou modifiera le contenu de la proposition de la Commission.

Il nous semble néanmoins important que cette affirmation soit aussi vérifiée en pratique. Le simple fait que l'Etat soit compétent pour homologuer une décision, au vu de la jurisprudence, ne saurait certainement suffire. Cependant, la Cour ne donne pas de ligne directrice quant à ce contrôle. En d'autres termes, à partir de quel pourcentage de cas dans lesquels le Roi s'est déporté de l'avis initialement soumis peut-on conclure qu'il assume la responsabilité de ses décisions ? La Cour ne répond pas clairement à cette question, et semble maintenir une approche formelle.

Dans son arrêt *Bnic c. Clair*,²⁸⁵ elle estime qu'un accord qui fixe des prix minimaux pour du cognac et soumis à l'autorité pour être homologué, a pour objet de fausser la concurrence, et qu'il n'y a pas lieu, par conséquent, de vérifier ses effets concrets, quand bien même c'est à l'autorité qu'il revient de décider *in fine*.²⁸⁶ Cette affaire était caractéristique dans la mesure où la législation se bornait à créer un cadre légal de concertation pour les entreprises des secteurs concernés qui s'étaient vus conférer le pouvoir d'adopter des mesures anti-concurrentielles, sans aucun garde-fou. Les autorités publiques n'avaient qu'une compétence d'homologation de ces mesures.

Par contre, aux termes de son arrêt *Reiff*, la Cour s'est contentée du fait que le ministre des transports italien détenait le droit de refuser d'homologuer les tarifs déterminés par une commission reprenant des opérateurs économiques, tout comme il avait le droit de fixer lui-même les tarifs pour des raisons d'intérêt général. En cela, elle n'a pas tenu compte des observations de la Commission européenne qui indiquait que le ministre n'avait refusé l'homologation que dans cinq cas sur cinq cents, et qu'il n'avait jamais fait usage de son droit de fixer lui-même les tarifs pour des raisons d'intérêt général.

En tout état de cause, nous rejoignons l'idée développée par les avocats généraux Léger et Jacobs selon laquelle :

²⁸⁵ C.J.C.E., 30 janvier 1985, C-123/83 (aff. *BNIC c. Clair*), *Rec.*, I., p. 391.

²⁸⁶ *Ibid.* ; Voir les conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire CIF, présentées le 30 janvier 2003, C.J.C.E., 9 septembre 2003, C-198/01 (CIF), *Rec.*, I., p. 8055, pt. 71.

*« Il est constant que la plupart des secteurs économiques sont caractérisés par la nature complexe des produits ou des services en cause ainsi que par une évolution permanente due aux modifications qui interviennent dans les connaissances et les développements technologiques. En raison de ces caractéristiques, les autorités étatiques peuvent éprouver des difficultés majeures à adopter, seules, des mesures législatives détaillées, actualisées et adaptées aux différents secteurs concernés. Il est donc nécessaire de permettre aux autorités étatiques de mettre en place, d'une manière ou d'une autre, des mécanismes de concertation avec les représentants des secteurs économiques susceptibles d'être concernés par une réglementation donnée ».*²⁸⁷

Concernant la réglementation qui nous occupe, et au vu de la jurisprudence actuelle, nous pensons que l'Etat a entendu conserver, dans les faits, sa compétence d'intervention. Une confirmation peut être trouvée dans la circonstance que le Roi a, pour les quotas 2020, décidé de maintenir leur répartition entre Communautés au même niveau que pour les quotas de 2019, contrairement aux recommandations de la Commission.

D. Les décisions de la Commission de planification sont-elles susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ?

1. *Principes*

Selon une jurisprudence constante, une décision d'associations d'entreprise, *« pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États. »*²⁸⁸

La Cour a notamment considéré, sous une formule devenue incantatoire, *« qu'une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de*

²⁸⁷ Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire Arduino, présentées le 10 juillet 2001, C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 79.

²⁸⁸ C.J.C.E., 11 juillet 1985, C-42/84 (aff. Remia), *Rec.*, I., p. 2545, pt. 22 ; voir, également C.J.C.E., 17 octobre 1972, C- 8/72 (aff. Vereniging van Cementhandelaren/Commission), *Rec.*, I., p. 977, pts. 29 et 30 et les conclusions de l'avocat général M. H. MAYRAS, présentées sous cette affaire, p. 1002 ; C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, précité (note 260), pt. 33.

*consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité FUE »*²⁸⁹.

2. Application aux décisions de la Commission de planification

En l'occurrence, il apparaît de manière manifeste que les décisions de la Commission de planification, à supposer qu'elles soient des décisions d'association d'entreprises susceptibles de restreindre la concurrence, ne sauraient rendre plus difficile l'action ou la pénétration des médecins titulaires de qualifications obtenues dans un autre Etat membre de l'Union.

Bien que la limitation *Inami* s'étende à tout le territoire belge, seuls les titulaires d'un diplôme de base en médecine obtenu en Belgique sont concernés. En d'autres termes, les propositions de la Commission, pas plus que les arrêtés royaux de planification, n'influencent les courants d'échange dans un sens qui contribue à cloisonner le marché national.

E. Conclusion

Compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, il ne nous apparaît pas que les décisions de la Commission de planification puissent s'analyser comme des décisions d'association d'entreprises interdites par l'article 101, §1 du traité FUE. En conséquence, l'Etat n'a pas imposé, facilité la conclusion d'une entente, ni n'a renforcé les effets d'une entente préexistante.

La conclusion aurait-elle été la même si nous avions conclu à l'existence d'une concertation entre entreprise ? Assurément, puisque l'avis portant sur le nombre de médecins autorisés à recevoir une attestation INAMI n'est pas de nature à restreindre le jeu de la concurrence et est dès lors compatible avec l'article 101, §1 du traité FUE.

En effet, la Cour « établit un parallélisme entre la légalité du comportement privé et la licéité de la mesure étatique. [Dès lors] qu'un accord [ou] une décision d'association d'entreprises n'est pas contraire à l'article [101, §1], la mesure étatique qui en renforce les effets est automatiquement compatible avec les dispositions des articles [4, §3 du traité UE et 101 du traité FUE]. »²⁹⁰ Bien que

²⁸⁹ C.J.C.E., 4 septembre 2014, C-184/13, *op. cit.*, pt 44 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *op. cit.*, pt 48 ; C.J.C.E., 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04 (aff. Manfredi e.a.), *Rec., I.*, p. 6619, point 45.

²⁹⁰ Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire Arduino, présentées le 10 juillet 2001, C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 84.

cette position ait été remise en cause par les avocats généraux Léger et Jacobs, la Cour semble avoir a maintenu sa jurisprudence.²⁹¹

§2. L'Etat a-t-il retiré à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.

Pour les raisons développées aux pages 72 et 73, il importe de conclure que les autorités publiques ont entendu garder le pouvoir du dernier mot.

§3. Conclusion

En l'état actuel de la jurisprudence, et compte tenu des éléments développés dans cette section, il ne nous paraît pas possible de soutenir utilement que l'Etat belge a, par l'intermédiaire de la loi, imposé, facilité ou renforcé les effets d'une entente, ni n'a délégué illégalement ses pouvoirs réglementaires à des représentants du corps médical dans la commission instituée à l'article 92 de la loi sur les professions de santé, en violation de l'article 101, §1 du Traité FUE.

Section 2 : Application aux accords médico-mutualistes

Une réglementation qui prévoit la fixation des tarifs que pourront réclamer les professionnels, soit sur la base d'une proposition provenant d'un comité composé, entre autres, de membres représentant la profession concernée, soit par le biais d'un accord entre les opérateurs privés eux-mêmes, constitue l'exemple par excellence de mesures étatiques dont la Cour a eu à évaluer la comptabilité au regard de l'article 101, §1 du TFUE.

A ce titre, nous pouvons citer l'arrêt *Aok-Bundesverband e.a.*, qui portait sur un système allemand de fixation, par les fédérations nationales des caisses de maladie, des montants payés par ces caisses de maladie pour la prise en charge de certains types de produits pharmaceutiques.²⁹²

Concernant la réglementation belge fixant les honoraires des médecins, Freek Louckx défend l'idée que les médecins n'agissent pas comme une association d'entreprises, au motif qu'ils seraient tenus de décider des tarifs dans le respect d'un certain nombre de critères d'intérêt public définis dans la

²⁹¹ Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS dans l'affaire Pavlov, présentées le 23 mars 2000, C-180/98 à C-184/98 (*Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*), *Rec.*, p. I – 6457, pts. 163 et svt. ; Conclusions de l'avocat général M. P. LEGER dans l'affaire Arduino, présentées le 10 juillet 2001, C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *op. cit.*, pt. 88 et svt.

²⁹² C.J.C.E., 16 mars 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *op. cit.*

loi.²⁹³ Il convient de vérifier cette affirmation, en utilisant le même schéma d'analyse que celui utilisé précédemment.

§1. La réglementation belge impose ou facilite-t-elle la conclusion d'une entente, ou renforce-t-elle les effets d'une entente préexistante ?

La question qui se pose est celle de savoir si les représentants du corps médical, lorsqu'ils participent à la fixation des honoraires de leurs confrères, agissent-ils en tant qu'association d'entreprises, dans l'intérêt de celles-ci ?

A. Obligations procédurales : le critère de la composition de la CNMM

La Commission nationale médico-mutualiste (CNMM) est composée « *d'un nombre égal de représentants des organismes assureurs et de représentants des organisations représentatives [des médecins]* »²⁹⁴ Concrètement, douze médecins effectifs et douze médecins suppléants, désignés par les organisations représentatives du corps médical, siègent aux côtés de douze membres effectifs et leurs suppléants représentant les organismes assureurs et désignés et désignés par ceux-ci.²⁹⁵ La CNMM est présidée par un président nommé par le Roi, qui n'a pas de voix délibérative.²⁹⁶ Le secrétariat est quant à lui assumé par un fonctionnaire de l'INAM.²⁹⁷

Cette composition permet-elle de garantir la préservation de l'intérêt public ? Il y a lieu de répondre par la négative.

En premier lieu, il est certain que les représentants du corps médical ne peuvent être qualifiés d'experts indépendants.²⁹⁸ D'une part, ils sont simplement désignés par les organisations professionnelles des médecins, aux termes d'une élection organisée en leur sein conformément à l'article 211, §1 de la loi du 14 juillet 1994. D'autre part, la loi ne prescrit nullement qu'ils doivent être des experts indépendants.

En second lieu, il apparaît que l'autorité publique n'est présente, au sein de la CNMM, qu'à travers de son président et de son secrétaire. Ceux-ci étant en minorité, et n'ayant qu'une voix

²⁹³ F. LOUCKX, "L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité", *op. cit.*, pp. 377 à 379.

²⁹⁴ Article 26, al. 1., Arrêté royal du 3 juillet 1996, portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (ci-après, *Arrêté royal du 3 juillet 1996*).

²⁹⁵ Article 29, Arrêté royal du 3 juillet 1996.

²⁹⁶ Article 50, §2, al. 3 et 5, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

²⁹⁷ Article 26, al. 5, Arrêté royal du 3 juillet 1996.

²⁹⁸ Ils ne sont pas choisis pour leur expertise indépendante.

consultative, il convient de conclure que la CNMM, sous cet angle, est susceptible de s'apparenter à une association d'entreprises.

B. Obligations procédurales et matérielles : les critères d'intérêt public

Dans le cadre des délibérations de la CNMM, ses membres doivent-ils prendre en compte des critères d'intérêt public ?

A cette question, Freek Loucks répond par l'affirmative.²⁹⁹ Il avance trois raisons.

Premièrement, les médecins ne peuvent tenir compte de leur seul intérêt mais doivent prendre en considération, également et à tout le moins, celui des membres représentant les mutuelles. Nous souscrivons à cet argument, car, contrairement à notre analyse liée la Commission de planification, il s'avère qu'à l'occasion de la détermination des honoraires médicaux, les organisations professionnelles des médecins sont présumées défendre un intérêt privé, i.e la fixation d'un montant d'honoraires le plus élevé, qui est contraire à celui poursuivi par les organismes assureurs, à savoir contenir les dépenses en matière de santé.

Deuxièmement, les accords médicomut doivent tenir compte de l'équilibre financier de l'assurance soins de santé, sous l'angle des dépenses et des volumes de prestations. En outre, en cas de déséquilibre, ces accords doivent nécessairement contenir une série de mécanismes de correction, consistant en des « *adaptations des tarifs d'honoraires, des prix ou autres montants, des modifications de la nomenclature des prestations de santé visée à l'article 35, § 1er, et des nouvelles techniques de financement des prestations de santé* »³⁰⁰ susceptibles de s'enclencher à partir du moment où il est constaté « *que la croissance en volume de certaines prestations ou groupes de prestations dépasse ou risque de dépasser les normes en matière de volume incorporées dans la convention ou dans l'accord* »³⁰¹ et/ou « *que l'objectif budgétaire annuel partiel est dépassé ou risque d'être dépassé* »³⁰².

Enfin, les accords décidés par la CNMM n'entreront en vigueur que pour autant qu'ils aient reçu l'approbation du Comité de l'assurance, qui vérifiera que l'objectif budgétaire annuel global est respecté.³⁰³ Cette approbation nécessite au préalable une décision positive du Conseil général du

²⁹⁹ F. LOUCKX, "L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité", *op. cit.*, pp. 377 à 379.

³⁰⁰ Article 51, §2, al. 3, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

³⁰¹ *Ibid.*, article 51, §2, al. 2.

³⁰² *Ibid.*, article 51, §2, al. 4, 2°.

³⁰³ *Ibid.*, article 22, 3°.

Service soins de santé de l'INAMI sur la compatibilité budgétaire des accords, rendu après avis de la Commission de contrôle budgétaire.³⁰⁴

Freek Loucks n'évoque cependant pas explicitement la question de savoir si dans la pratique, ces critères sont bien pris en compte. On pourrait légitimement se le demander, d'autant que la composition du Comité de l'assurance, du Conseil général et de la Commission de contrôle budgétaire intègre également des représentants du corps médical. Cependant, il importe de relever que la composition de ces différents organismes place les médecins en large minorité.

En conclusion, nous pensons que la multiplication des niveaux de contrôle, et l'existence de multiples garde-fous, rendent raisonnable de penser que l'intérêt public se trouve être véritablement au centre des délibérations de la CNMM.

Il résulte de ces diverses considérations que les prescriptions procédurales et substantielles permettent de s'assurer, avec une probabilité raisonnable, que les représentants du corps médical se comportent, dans l'élaboration des honoraires de leurs confrères, comme un démembrement de la puissance publique œuvre à des fins d'intérêt général.

§2. L'Etat a-t-il retiré à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.

La conclusion du point précédent est confortée par le fait que l'Etat n'a pas, en tout état de cause, délégué aux opérateurs privés ses pouvoirs de décision. En effet, le Ministre de la Santé publique peut s'opposer à la décision de du Comité de l'assurance et peut, le cas échéant, fixer les honoraires des prestations de santé qui serviront de base aux remboursements de l'assurance.³⁰⁵

Cette compétence d'intervention est capitale, compte tenu du poids que lui accorde la Cour dans sa jurisprudence. Dans son arrêt Arduino, la Cour semble avoir décidé qu'à elle seule, elle permettait de conclure que l'Etat membre n'avait pas enfreint l'article 101, §1 du Traité FUE, quand bien même l'organisme auquel il avait confié la tâche de lui fournir un projet de tarif était composé exclusivement d'avocats qui n'étaient pas tenus de prendre en compte des critères d'intérêt public dans leurs délibérations.³⁰⁶

³⁰⁴ Article 22, 3°, Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

³⁰⁵ *Ibid.* et 51, §1, al. 6, 2°, Loi sur l'assurance maladie et invalidité.

³⁰⁶ C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99 (aff. Arduino), *Rec.*, I., p. 1529, pts. 40 à 44.

Section 3 : Observations quant à la jurisprudence de la Cour

Il nous semble intéressant de formuler quelques observations finales quant à l'application jurisprudentielle des articles 4, §3 et 101, §1. Pour autant que de besoin, rappelons que la Cour n'accepte d'utiliser ces dispositions combinées pour limiter l'intervention des Etats membres que lorsque ceux-ci permettent, légitiment ou renforcent le comportement anti-concurrentiel des entreprises.

Tout d'abord, on ne peut que remarquer l'extrême prudence affichée par la Cour. Force est de constater que le spectre qu'elle a développé au fur et à mesure des années est restreint, en manière telle que seules sont censurées les mesures étatiques dont le caractère illicite est flagrant. Tel était le cas, par exemple, dans l'arrêt *Commission contre Italie*.³⁰⁷

Cette prudence se traduit par une approche pour le moins formaliste des critères permettant de déterminer si l'intérêt public est préservé. Concernant les obligations procédurales en matière de composition de l'entité concernée,³⁰⁸ la Cour a construit sa jurisprudence sur base de présomptions naïves qui font fi des véritables rapports de force. Elle parie en effet que lorsque la majorité des membres sont nommés pour leur expertise indépendante, ou siègent en qualité de représentants de l'Etat, l'entité en cause agira dans l'intérêt public. La circonstance que ces membres exerceraient la même profession que les opérateurs privés représentant leurs confrères ne change rien au fait que, portant la casquette publique ou d'expert, ils sont présumés indépendants.³⁰⁹ En outre, comme le souligne Damien Gérard, la Cour est indifférente au fait « *that the natural asymmetry in information allows those industry actors to retain a preponderant influence in spite of their mathematical representation* ». ³¹⁰

La Cour a néanmoins précisé, dans son arrêt *Librandi*, que l'élément décisif résidait plutôt dans le second critère, celui de la prise en compte de critères d'intérêt public. Mais ici encore, la Cour reste au milieu du guai. En effet, elle se limite à s'assurer de l'existence de tels critères dans la réglementation en cause, abandonnant aux juridictions nationales le soin d'en vérifier la légitimité

³⁰⁷ C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96 (aff. *Commission contre Italie*), *Rec.*, I., p. 3886

³⁰⁸ En l'espèce, la Commission de planification et la Commission nationale médico-mutualiste.

³⁰⁹ Ina Wend précise l'idée en indiquant « *in its deferential attitude the Court grants professionals to be experts in their fields and thus « independent experts », who cannot be biased by their professional background. However, whether someone is independent is a personal or subjective quality the presence of which can hardly be inferred from the function that the person holds* ». I. WENDT, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, précité (note 219), p. 222. ; Voir la problématique au niveau de la composition de la Commission de planification de l'offre-médicale, au point 2 « *obligations procédurales : le critère de la composition* », pp. 70 et svu du présent travail.

³¹⁰ D. GERARD, « EU Competition Policy after Lisbon: time for a review of the “state action doctrine”? », *op. cit.*, p. 209.

et l'application effective.³¹¹ Par conséquent, la Cour ne donne, à quelques exceptions près,³¹² aucun paramètre clair pour déterminer ce qu'est un critère « d'intérêt public », pas plus qu'elle ne livre d'indications permettant de vérifier qu'ils soient concrètement suivis. Ceci s'expliquerait, selon l'avocat général Fennelly, en ce qu'il ne revient pas à la Cour « *d'imposer sa propre conception de la notion d'intérêt public (national) légitime et « de se faire en quelque sorte législateur » dans des domaines de politique sociale économique ou monétaire* ». ³¹³ Sans pour autant remettre en cause le bien-fondé de cette affirmation, l'attitude de la Cour nous paraît paradoxale, à partir du moment où elle tente de protéger l'effet utile de l'article 101, §1 en se basant sur l'intérêt général. Ne pas en donner une définition européenne, c'est accepter que chaque Etat membre puisse se parer de sa propre conception de l'intérêt public pour faire échapper toutes ces mesures nationales au champ d'application du droit européen de la concurrence.³¹⁴

Quant au troisième critère utilisé par la Cour, *i.e.* le pouvoir du « dernier mot » dans le chef de l'autorité publique compétente, il n'échappe pas non plus à cette dynamique jurisprudentielle prudente. A nouveau, la Cour n'examine pas elle-même si les pouvoirs publics exercent effectivement leur compétence d'intervention.³¹⁵

Ces observations permettent de conclure que la jurisprudence actuelle de la Cour ne permet pas d'embrasser une série de mesures étatiques qui, pourtant, menaceraient l'effet utile de l'article 101 du traité FUE. On peut légitimement se demander si la Cour va suffisamment loin, à l'heure où les Etats recourent de plus en plus à des structures para-légales de concertation avec les représentants des opérateurs économiques concernés pour prendre les décisions d'intervention économique les plus détaillées et les mieux adaptées aux particularités de chaque secteur.

³¹¹ Voir notre analyse au point 3 « *Obligations matérielles et procédurales : la prise en compte de l'intérêt public* », page 74 et svt du présent travail.

³¹² Voir la note 268 concernant l'arrêt *Arduino*. Le professeur Wendt estime que l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Arduino* « *helps to ensure that a certain level of standards is put in place, and that the competent national competition authorities and/or Courts thus have a yardstick to control self-regulatory bodies and their measures* ». I. WENDT, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, *op. cit.*, p. 223. Nous rejoignons l'auteur sur le fait que la Cour a été un pas plus loin. Cependant, la Cour se limite à observer que les critères prévus par la réglementation italienne ne sont pas à proprement parlé d'intérêt général, sans élaborer des paramètres objectifs permettant d'arriver à une telle conclusion. Le pas est donc franchi, mais il nous semble loin d'être suffisant.

³¹³ Conclusions de l'avocat général M. N. FENNELLY dans l'affaire *DIP. e.a.*, présentées le 6 juillet 1995, C.J.C.E., 17 Octobre 1995C-140/94 (aff. *DIP and Others v Comune di Bassano del Grappa and Others*), *Rec., I.*, p. 3257, pt. 40.

³¹⁴ I. WENDT, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, *op. cit.*, p. 223.

³¹⁵ Voir notre analyse au point 2 « *Application aux décisions de la Commission de planification* », page 79 et 80 du présent travail.

Conclusions générales

L'application des articles 4, §3 du traité UE et 101, §1 du traité FUE aux mesures législatives de limitation de l'offre médicale et de fixation des honoraires des médecins conventionnés nous autorise à conclure que l'Etat belge, sous cet angle, n'a pas commis d'infraction au droit européen. Notre second titre a été consacré à ces développements.

Cet examen n'a été possible que parce que la Cour a décidé, à un moment précis de l'Histoire, de qualifier les médecins libéraux d'entreprises. Dans notre premier titre, nous avons tenté de mettre face-à-face les caractéristiques inhérentes à la relation médicale entre un patient et son médecin et le raisonnement de la Cour en matière de concurrence. Nous avons vu que le modèle concurrentiel est observé tantôt comme une force extérieure dérégulatrice, menaçant l'équilibre délicat atteint par nos systèmes de protection sociale, tantôt comme l'instrument d'une politique de santé efficace qui tend à assurer la qualité des prestations tout en évitant des gaspillages inutiles liés à la socialisation des dépenses de santé.

Ce diptyque semble nous vouer à une éternelle exclusion. Et pourtant, nous pensons que ces deux prismes présentent des objectifs complémentaires, à partir du moment où l'on conçoit l'idée qu'un système de santé, même fondé sur la socialisation des dépenses et la solidarité nationale, doit démontrer une certaine efficacité économique.

Toutefois, nous souscrivons pleinement à l'opinion selon lequel les doses de concurrences injectées au secteur de la santé doivent être appliquées de manière délicate, en gardant à l'esprit que les services de santé portent sur un objet particulièrement précieux : la vie et le bien-être.

Si la santé a un coût, elle n'a, pour beaucoup, pas de prix. Il s'agit de trouver l'équilibre.

Bibliographie

1. Législation.

a. Législation européenne.

- Articles 10, 85, 86 et 90, Traité sur les Communautés européennes, *J.O.*, C-325, 24 décembre 2002.
- Article 4, §3, Traité sur l'Union européenne, *J.O.*, C-326, 26 octobre 2012.
- Article 101 et 102, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C-326, 26 octobre 2012.
- Directive 2005/36 du 7 septembre 2005 du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.*, L-255, 30 septembre 2005.
- Directive 2011/24 du 9 mars 2011 du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontalier, *J.O.*, L-88, 4 avril 2011.

b. Législation belge.

- Article 127, §1, 2°, Constitution belge, coordonnée le 17 février 1994, *M.B.*, 17 février 1994, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi sur l'exercice de la médecine vétérinaire du 28 août 1991, *M.B.*, 15 octobre 1991, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 27 août 1994, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi du 2 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi-programme du 24 décembre 2002, *M.B.*, 31 décembre 2002, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Loi du 12 mai 2011 réduisant la durée des études de médecine, *M.B.*, 8 juin 2011, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.

- Loi relative à l'exercice des professions des soins de santé, coordonnée le 10 mai 2015, *M.B.*, 1 juin 2015, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté royal n° 79 relatif à l'Ordre des Médecins du 10 novembre 1967, *M.B.*, 14 novembre 1967, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté royal du 25 novembre 1991 établissant la liste des titres professionnels particuliers réservés aux praticiens de l'art médical, *M.B.*, 14 mars 1992, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté royal du 3 juillet 1996, portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 31 juillet 1996, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté royal n° 79 relatif à l'Ordre des Médecins du 10 novembre 1967, *M.B.*, 14 novembre 1967, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté royal du 12 juin 2008 relatif à la planification de l'offre médicale, *M.B.*, 18 juin 2008, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté ministériel du 01 mars 2010 fixant les critères d'agrément des médecins généralistes, *M.B.*, 4 mars 2010, consultable sur <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Arrêté ministériel du 23 avril 2014 fixant les critères généraux d'agrément des médecins spécialistes, des maîtres de stage et des services de stage, *M.B.*, 27 mai 2014, <http://www.ejustice.just.fgov.be>.
- Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'Etat, *Doc. Parl.*, Sen., sess. Ord. 2013-2014, n°5-2232/5.
- Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi portant des dispositions sociales, *Doc. Parl.*, Cha. Repr., sess. ord. 1995-1996, 352-1.

2. Jurisprudence.

a. Jurisprudence européenne.

- C.J.C.E., 16 Novembre 1977, C- 13/77 (aff. INNO c. ATAB), *Rec.*, I., p. 2115.
- C.J.C.E., 17 décembre 1981, C-279/80 (aff. Webb), *Rec.*, I., p. 3305.
- C.J.C.E., 31 janvier 1984, C-286/82 et 26/83 (aff. Luisi et Carbone), *Rec.*, I., p. 0377.

- C.J.C.E., 7 février 1984, C-238/82 (aff. Duphar Bv et autres contre Etat Néerlandais), *Rec., I.*, p. 0540.
- C.J.C.E., 30 janvier 1985, C-123/83 (aff. BNIC c. Clair), *Rec., I.*, p. 391.
- C.J.C.E., 11 juillet 1985, C-42/84 (aff. Remia), *Rec., I.*, p. 2545
- C.J.C.E., 30 avril 1986, C-209 à 213/84 (aff. Ministère public c. Asjes), *Rec., I.*, p. 1425.
- C.J.C.E., 3 juillet 1986, C-66/85 (aff. Lawrie-Blum), *Rec., I.*, p. 2121.
- C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85 (aff. Commission contre Italie), *Rec., I.*, p. 2599.
- C.J.C.E., 1 octobre 1987, C-311/85 (aff. Vlaamse Reisbureaus c. Sociale Dienst), *Rec., I.*, p. 3801.
- C.J.C.E., 3 décembre 1987, C-136/86 (aff. Bnic c. Aubert), *Rec., I.*, p. 4789.
- C.J.C.E., 26 avril 1988, C-352/85 (aff. Bond van Adverteerders e.a.), *Rec., I.*, p. 2085.
- C.J.C.E., 4 mai 1988, C-30/87 (Bodson), *Rec., I.*, p. 2479.
- C.J.C.E., 21 septembre 1988, C-267/86 (aff. Van Eycke), *Rec., I.*, p. 4769.
- C.J.C.E., 27 septembre 1988, C-263/86 (aff. Etat belge contre Humbel), *Rec., I.*, p. 5365.
- C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90 (aff. Hoefner et Elser), *Rec. I.*, p. 1979.
- C.J.C.E., 4 octobre 1991, C-159/90 (aff. Society for the Protection of Unborn Children Ireland), *Rec., I.*, p. 4685.
- C.J.C.E., 17 février 1993, C-159/91 et C-160/91 (aff. Poucet et Pistre), *Rec., I.*, p. 0637.
- C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-185/91 (aff. Reiff), *Rec., I.*, p. 5801.
- C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-245/91 (aff. Ohra), *Rec., I.*, p. 5851.
- C.J.C.E., 17 novembre 1993, C-2/91 (aff. Meng), *Rec., I.*, p. 5751.
- C.J.C.E., 19 janvier 1994, C-364/92 (aff. Eurocontrol), *Rec., I.*, p. 043.
- C.J.C.E., 9 juin 1994, C-153/93 (aff. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft), *Rec., I.*, p. 2517.
- C.J.C.E., 5 octobre 1995, C-96/94 (aff. Centro Servizi Spediporto), *Rec., I.*, p. 2883.
- C.J.C.E., 17 Octobre 1995, C-140/94 (aff. DIP and Others v Comune di Bassano del Grappa and Others), *Rec., I.*, p. 3257.
- C.J.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94 (aff. Fédération française des sociétés d'assurance), *Rec., I.*, p. 4013.
- C.J.C.E., 17 juin 1997, C-70/95 (aff. Sodemare, Anni Azzurri Holding SpA et Anni Azzurri Rezzato Srl contre Regione Lombardia), *Rec., I.*, p. 3433.
- C.J.C.E., 11 décembre 1997, C-55/96 (aff. Job Centre), *Rec., I.*, p. 7119.
- C.J.C.E., 28 avril 1998, C-120/95 (aff. Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés), *Rec., I.*, p. 1180.

- C.J.C.E., 28 avril 1998, C-158/96 (aff. Kohll), *Rec., I.*, p. 1931.
- C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (aff. Librandi), *Rec., I.*, p. 5955
- C.J.C.E., 21 septembre 1999, C-67/96 (aff. Albany), *Rec., I.*, p. 5751.
- C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98 (aff. Pavlov e.a.), *Rec., I.*, p. 6551.
- C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99 (aff. Smits et Peerbooms), *Rec., I.*, p. 5473.
- C.J.C.E., 25 octobre 2001, C-475/99 (aff. Ambulanz Glöckner), *Rec., I.*, p. 8137.
- C.J.C.E., 19 février 2002, C-309/99 (aff. Wouters e.a.), *Rec., I.*, p. 1577.
- C.J.C.E., 24 octobre 2002, C-82/01 (aff. Aéroports de Paris c. Commission), C-82/01, *Rec., I.* p. 9297.
- C.J.C.E., 4 mars 2003, T-319/99 (aff. Fenin), *Rec., II.*, p. 0357.
- C.J.C.E., 13 mai 2003, C-385/99 (aff. Müller-Fauré et van Riet), *Rec., I.*, p. 4509.
- C.J.C.E., 16 mars 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 (aff. AOKBundesverband e.a.), *Rec., I.*, p. 2493.
- C.J.C.E., 26 janvier 2005, T-193/02 (aff. Laurent Piau), *Rec., II.*, p. 0209.
- C.J.C.E., 10 janvier 2006, C-222/04 (aff. Cassa di Risparmio di Firenze e.a.), *Rec., I.*, p. 0289
- C.J.C.E., 16 mai 2006, C-372/04 (aff. Watts), *Rec., I.*, p. 4325.
- C.J.C.E., 13 juillet 2006, C 295/04 à C 298/04 (aff. Manfredi e.a.), *Rec., I.*, p. 6619.
- C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03P (aff. Fenin), *Rec., I.*, p. 6295.
- C.J.C.E., 5 décembre 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *Rec., I.*, p. 11421.
- C.J.C.E., 6 décembre 2007, C-456/05 (aff. Commission contre Allemagne), *Rec., I.*, p. 10517.
- C.J.C.E., 8 juillet 2008, T-99/04 (aff. AC-Treuhand contre Commission), *Rec., II.*, p. 1501.
- C.J.C.E., 11 septembre 2008, C-141/07 (aff. Commission contre Allemagne), *Rec., I.*, p. 6935.
- C.J.U.E., 16 septembre 2008, C-468/06 et C-478/06, (aff. Sot. Lélos kai Sia EE), *Rec., I.*, p. 7139.
- C.J.C.E., 26 mars 2009, C-113/07P (aff. Selex Sistemi Integrati), *Rec., I.*, p. 2207.
- C.J.C.E., 19 mai 2009, C-531/06 (aff. Commission contre Italie), *Rec., I.*, p. 4103.
- C.J.U.E., 1er juin 2010, C-570/07 et C-571/07 (aff. Blanco Pérez et Chao Gómez), *Rec., I.*, p. 4629.
- C.J.C.E., 12 juillet 2012, C-138/11 (aff. Compass-Datenbank), publié au Recueil numérique (Recueil général) et disponible sur <http://curia.europa.eu>.

- C.J.C.E., 4 septembre 2014, C-184/13 (aff. API e.a.), publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), consultable sur <http://curia.europa.eu>.

b. Jurisprudence belge.

- Cass., 2 mei 2002, *Pas.*, I, p. 1182.
- C. Const., 17décembre 1992, n° 78/92, considérant B.4.2.
- C.E., 10 juin 2011 (Daniel Lusadusu Nkiambi contre Etat belge), n° 213.826.

3. Doctrine.

a. Monographies, ouvrages collectifs, articles

- Autorité de la concurrence française, *Études thématiques : Droit de la concurrence et santé*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.
- ARROW, K. J., « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », in *The American Economic Review*, vol. 53, livre 5, décembre 1963, pp. 941 à 973.
- AUTENNE, A. ; BALATE, E. ; THIRION, N., « L’avocat : un agent économique comme les autres ? », in *L'Avocat - Liber Amicorum Georges-Albert Dal*, Larcier, 2014.
- BENAHMED, N. ; ALEXANDER, S. ; DE WEVER, A ; DELIEGE D., « Focus sur la planification de l’offre médicale en Belgique », in *Rev. Med. Bru.*, 2013, pp. 141 à 153, disponible sur <http://www.amub.be/revue-medicale-bruxelles>.
- BOSCO, D. ; PRIETO, C., *Droit européen de la concurrence : entente et abus de position dominante*, Larcier, Bruxelles, 2013.
- CHAMBARETAUD, S. et HARTMANN, L., « Économie de la santé : avancées théoriques et opérationnelles », in *Revue de l’Observatoire français des conjonctures économiques*, livre 4, n°91, 2004, consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2004-4-page-235.htm>.
- FORNACIARI, D. ; CALLENS, S. ; SCHOKKAERT, E., *Ziekenhuizen, mededingingsrechten en recht op kwaliteitsvolle zorg*, Intersentia, Antwerpen, 2010.
- GERARD, D., « EU Competition Policy after Lisbon: time for a review of the “state action doctrine”? », in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, issue 3., 2010
- HERVEY T., MACHALE J.-V., *European Union Health Law : Themes and implications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

- JOLIET, R., « National Anti-Competitive Legislation and Community Law », in *Fordham international law journal*, Vol. 12, 1989, pp. 163 à 188.
- LOUCKX F., « L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des soins de santé nationaux : le rôle des services (sociaux) d'intérêt économique général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité », *C.D.E.*, volume 44, 2008, pp. 340 à 405.
- MOSSIALOS, E. ; PERMANAND, G. ; BAETEN R. et HERVEY T. (eds), *Health systems governance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 315 à 376 et 509 à 561.
- O.C.D.E., *Politique de la concurrence et professions libérales*, 1985
- O.C.D.E., *Policy Roundtable, Competition in the Provision of Hospital Services*, 2005.
- VAN REGENMORTEL, A. ; VERSCHUEREN, H. et VERVLIET, V. (eds.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers : enkele actuele thema's*, Brugge, die Keure, 2007, pp. 293 à 432.
- NIHOUL P. et SIMON A.-C. (sous la dir. de), *L'Europe et les soins de santé*, De Boeck, Bruxelles, 2005, pp. 7 et svt. ; 145 et svt. ; 189 et svt et 263 et svt.
- TREVINO A.-J., *Talcott Parsons Today: His Theory and Legacy in Contemporary Sociology*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2001.
- WENDT, I., *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?*, Martinus Nijhoff, Maastricht, 2012, p. 212.
- WHISH R., BAILLEY, D., *European Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

b. Conclusions d'avocats généraux.

- Conclusions de l'avocat général M. F. CAPOTORTI dans l'affaire *Van Tiggele*, présentées le 13 décembre 1977, C.J.C.E., 24 Janvier 1978, C-82/77 (*Van Tiggele*), *Rec., I.*, p. 025.
- Conclusions de l'avocat général M. J. MISCHO dans l'affaire *Commission contre Italie*, présentées le 4 novembre 1986, C-118/85 (aff. *Commission contre Italie*), *Rec., I.*, p. 2609.
- Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Reiff*, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-185/91 (aff. *Reiff*), *Rec., I.*, p. 5801, pt. 54 et svt

- Conclusions de l'avocat général M. G. TESAURO dans l'affaire *Meng*, présentées le 14 juillet 1993, C.J.C.E., 17 Novembre 1993, C-2/91 (aff. Meng), *Rec., I.*, p. 5751.
- Conclusions de l'avocat général M. N. FENNELLY dans l'affaire *DIP. e.a.*, présentées le 6 juillet 1995, C.J.C.E., 17 Octobre 1995, C-140/94 (aff. DIP and Others v Comune di Bassano del Grappa and Others), *Rec., I.*, p. 3257.
- Conclusions de l'avocat général M. FENNELLY dans l'affaire *Sodemare e.a.*, présentées le 6 février 1997, C-70/95 (aff. Sodemare E.a.), *Rec., I.*, p. 3395.
- Conclusions de l'avocat général M. S. ALBER dans l'affaire *Librandi*, présentées le 5 mars 1998, C.J.C.E., 1er octobre 1998, C-38/97 (Librandi), *Rec., I.*, p. 5955
- Conclusions de l'avocat général M. COSMAS dans l'affaire *Ferlini*, présentées le 21 septembre 1999, C-411/98 (aff. Ferlini), *Rec., I.*, p. 8081.
- Conclusions de l'avocat général M. JACOBS dans l'affaire *Pavlov e.a.*, présentées le 23 mars 2000, C-C-180/98 À C-184/98 (aff. Pavlov e.a.), *Rec., I.*, p. 6551.
- Conclusions de l'avocat général M. RUIZ-JARABO dans l'affaire *Smits et Peerbooms*, présentées le 18 mai 2000, C-157/99 (aff. Smits et Peerbooms), *Rec., I.*, p. 5473.
- Conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire *Ambulanz Glöckner*, présentées le 17 mai 2001, C-475/99 (aff. Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz), *Rec., I.*, p. 8094
- Conclusions de l'avocat général M. F. JACOBS dans l'affaire *CIF*, présentées le 30 janvier 2003, C.J.C.E., 9 septembre 2003, C-198/01 (CIF), *Rec., I.*, p. 8055, pt. 71.
- Conclusions de M. P. MADURO dans l'affaire *Cipolla e.a.*, présentées le 1er février 2006, C-94/04 et C-202/04 (aff. Cipolla e.a.), *Rec., I.*, p. 11421.
- Conclusions de l'avocat général M. Y. BOT dans l'affaire *Doulamis*, présentée le 22 novembre 2007, C.J.C.E., 13 mars 2008 (aff. Doulamis), *Rec., I.*, p. 1377.

c. Sites internet

- www.health.belgium.be (consultation, juillet et août 2017).
- www.inami.fgov.be (consultation, juillet et août 2017).
- www.organedesconcertation.sante.belgique.be (consultation, juillet et août 2017)
- www.le-gbo.be (consultation, juillet et août 2017)
- www.armb.be (consultation, juillet et août 2017).
- www.curia.europa.eu (consultation, juillet et août 2017).
- www.eur-lex.europa.eu (consultation, juillet et août 2017).

4. Autres :

a. Communications et décisions de la Commission européenne.

- COM (2004) 83 final, 9 février 2004, « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.
- COM (2016), 262, « Communication de la Commission relative à la notion d' «aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.
- COM (1997), C-372, 9 décembre 1997, « Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.
- Décision de la Commission, du 7 décembre 2011, concernant l'aide d'État SA.32820 (2011/NN) — Royaume-Uni — Aid to Forensic Science Services, 2 février 2012, J.O., C. 29

b. Rapports

- Rapport du KCE (Centre fédéral d'expertise des soins de santé) sur « L'offre des médecins en Belgique. Situation actuelle et défis », Bruxelles, 2008, consultable sur www.kce.fgov.be
- Rapport d'information n° 186 (2006-2007) de M. R. RIES, fait au nom de la délégation française pour l'Union européenne, déposé le 30 janvier 2007 et intitulé « L'Union européenne et les services de santé », consultable sur <https://www.senat.fr/rap/r06-186/r06-186.html>.
- Rapport de synthèse relatif aux médecins sur le marché du travail, 2004-2012 présentant les résultats du couplage des données PlanCAD SPF SPSCAE - Datawarehouse MT&PS – INAMI, publié en mai 2015, consultable sur www.health.belgium.be/hwf
- Rapport du KCE (Centre fédéral d'expertise des soins de santé) sur « Planifier l'offre de médecins en Belgique : modélisation mathématique ou décision stratégique ? », Bruxelles, 2017, consultable sur www.kce.fgov.be.

c. Divers

- Brochure du Service Public Fédéral de la Santé Publique, de la Sécurité de la Chaîne Alimentaire et de l'Environnement, intitulée « La loi relative aux droits du patient, partenaires pour une plus grande qualité des soins de santé », consultable sur <https://www.olvz.be>.
- Enquête de Test-Achats, « Réputation des hôpitaux : le choix des médecins », consultable sur <https://www.test-achats.be/action/espace-presse/communiques-de-presse/2012/reputation-des-hopitaux-le-choix-des-medecins-n1255193>.
- « La médecine générale belge : une profession libérale ? » consultable sur www.le-gbo.be.
- Infobox INAMI : La réglementation décryptée pour le médecin spécialiste Janvier 2013 disponible sur <http://www.riziv.fgov.be/fr/publications>

d. Interview

- Interview du Professeur Elie Cogan, in Journal du Médecin, n° 1464, 2002.

Table des matières

Table des abréviations.....	6
Introduction générale.....	8
Titre 1 : L'application du droit européen de la concurrence au marché médical	10
Chapitre 1 : Les marché des services de soins de santé	10
Sous-chapitre 1 : Les services médicaux.....	10
Sous-chapitre 2 : Le marché des services médicaux.	11
Chapitre 2 : Les caractéristiques de l'offre et de la demande de soins médicaux.	12
Sous-chapitre 1 : La demande de services médicaux.	13
Section 1 : Le droit au libre choix de son praticien.....	13
Section 2 : Une asymétrie d'information	14
Section 3 : Une demande incertaine et imprévisible	15
Section 4 : Une demande peu sensible aux prix.....	16
Sous-chapitre 2 : L'offre de soins médicaux.	17
Section 1 : Les acteurs	17
Section 2 : Les caractéristiques de l'offre.....	20
Section 3 : Le cadre juridique	21
Chapitre 2 : L'application du droit européen de la concurrence aux médecins.	28
Sous-chapitre 1 : Un brin d'histoire.....	28
Sous-chapitre 2 : La notion d'entreprise et les médecins.	29
Section 1 : La notion d'entreprise	30
Section 2 : L'assujettissement des médecins au droit de la concurrence	35
Section 3 : Application aux médecins belges.....	42
Titre 2 : L'incidence de l'article 101 du Traité FUE sur le contingentement médical et sur la fixation des honoraires des médecins en Belgique.....	44
Chapitre 1 : Le cadre réglementaire à l'examen	44
Sous-chapitre 1 : Le numerus clausus belge.....	44
Section 1 : Introduction	44
Section 2 : La formation des médecins et les conditions d'accès à la profession médicale	45
Section 3 : Le numerus clausus fédéral	48
Sous-chapitre 2 : Les modalités de fixation des honoraires des médecins en Belgique.	52
Section 1 : Introduction	52
Section 2 : Les accords médico-mutualistes.....	52
Chapitre 2 : Appréciation juridique sur la conformité de ces législations au regard de l'article 101 du traité FUE.....	54
Sous-chapitre 1 : La compétence des Etats membres en matière de santé.	54

Sous-chapitre 2 : L'application de l'article 101, TFUE aux mesures législatives et réglementaires.....	57
Section 1 : La consécration du principe : l'arrêt INNO c. ATAB	57
Section 2 : L'encadrement du principe : L'arrêt Van Eycke c. ASPA.....	59
Section 3 : Une jurisprudence à deux branches	61
Section 4 : L'application des hypothèses Van Eycke	64
Sous-chapitre 3 : Application au système belge.....	66
Section 1 : Application aux arrêtés royaux de planification médicale	66
Section 2 : Application aux accords médico-mutualistes	79
Section 3 : Observations quant à la jurisprudence de la Cour	83
Conclusions générales	85
Bibliographie.....	88
Table des matières	97

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

