

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 243.856 du 28 février 2019

A. 208.093/VI-19.916

En cause :

- 1. l'association sans but lucratif Centre hospitalier de Wallonie picarde,**
- 2. l'association sans but lucratif Clinique Saint-Pierre,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Stefaan CALLENS et
Mathilde COEFFE, avocats,
avenue de Tervueren 40
1040 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre SLEGERS et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 février 2013, l'association sans but lucratif Centre hospitalier de Wallonie picarde et l'association sans but lucratif Clinique Saint-Pierre demandent l'annulation de "l'arrêté royal du 18 décembre 2012 portant exécution de l'article 56ter, § 1^{er}, et § 11, 2^o, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, pour ce qui concerne les montants de référence par admission, publié le 28 décembre 2012 au Moniteur Belge".

II. Procédure

Par arrêt n^o 235.152 du 21 juin 2016, le troisième moyen du recours en annulation a été déclaré non fondé en sa première branche et les débats ont été rouverts pour le surplus.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport complémentaire a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires après rapport complémentaire.

Par une ordonnance du 30 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 octobre 2017 à 10 heures.

M. Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Mathilde COËFFE et Stefaan CALLENS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et M^e Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section, a été entendu en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. L'article 11 de la loi du 22 août 2002 portant des mesures en matière de soins de santé, publiée au Moniteur belge le 10 septembre 2002 a introduit dans la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, un article 56^{ter} qui met en place un système de "montants de référence" en matière hospitalière. Ce mécanisme a pour objectif de standardiser les pratiques médicales mises en œuvre dans les hôpitaux pour traiter certaines pathologies courantes, ainsi que de limiter leur coût.

Appliqués pour l'intervention de l'assurance obligatoire soins de santé octroyée à des bénéficiaires hospitalisés, ces "montants de référence" sont établis par groupes de pathologies relativement fréquentes et de sévérité faible (ci-après "A.P.R.-D.R.G."). Ils sont calculés annuellement sur la base de moyennes nationales, majorées de 10 %.

En cas de dépassement, par un hôpital, d'un "montant de référence", cet hôpital doit rembourser la différence à l'autorité.

À cet effet, cet article 56ter dispose comme suit, dans sa version originale:

" Art. 56ter. § 1^{er}. Par dérogation aux dispositions de cette loi et de ses arrêtés d'exécution, des montants de référence sont appliqués annuellement par admission pour l'intervention de l'assurance octroyée à des bénéficiaires hospitalisés, en ce qui concerne les groupes de prestations visées au § 8, pour autant que celles-ci figurent dans les groupes APR-DRG visés au § 9. Est entendu par groupe APR-DRG : la classification des patients en groupes diagnostiques tels que décrits dans le manuel «*All Patient Refined Diagnosis Related Groups*, Définition manuel, version 15.0».

§ 2. Ces montants de référence sont calculés pour les groupes APR-DRG visés au § 1^{er} pour les classes 1 et 2 de gravité clinique et après suppression des «*outliers*» de type 2 visés dans les arrêtés pris en exécution de l'article 87 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987.

§ 3. Les montants de référence concernés sont égaux à la moyenne des dépenses annuelles par admission, majorée de 10 %, et sont basés sur les données visées à l'article 206, § 2, de la présente loi et à l'article 156, § 2, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales.

§ 4. Les montants de référence concernés sont calculés annuellement par la Cellule technique visée à l'article 155 de la loi du 29 avril 1996 précitée sur la base des données dont il est question au § 3, concernant les prestations visées au § 1^{er} et soumis à l'avis de la Structure multipartite en matière de politique hospitalière, visée à l'article 153 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales.

Les montants de référence par admission sont fixés pour la première fois pour l'année 2003 et sont calculés sur la base des données visées à l'alinéa premier concernant les admissions qui prennent fin après le 1^{er} octobre 2002 et avant le 31 décembre 2003.

§ 5. Lorsque les dépenses réelles relatives à l'ensemble des admissions visées au § 1^{er} dépassent dans un hôpital de 10 % au moins les dépenses de référence calculées conformément au § 4, la différence est déduite par le service de perception centrale des honoraires, visé à l'article 135 et à l'article 136 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, des honoraires portés en compte à l'assurance. Le Roi détermine les délais et les modalités de fixation et de communication des montants concernés, la façon dont ils sont déduits par le service de perception centrale des honoraires et leur comptabilisation par les organismes assureurs. Jusqu'à la date fixée par le Roi, cet ajustement est limité aux groupes APR-DRG visés au § 9, 1^o.

Le gestionnaire de l'hôpital et les médecins hospitaliers ont une responsabilité partagée conformément au règlement visé à l'article 135, 1^o, alinéa 2, ou à l'article 136, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, modifiée par la loi du 14 janvier 2002.

Le Service du contrôle administratif est chargé de la surveillance de l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er}.

§ 6. Le Roi fixe les modalités et le mode de tarification des montants visés au § 5, en vue de la clôture des comptes de l'assurance soins de santé et de l'application des dispositions en matière de responsabilité financière des organismes assureurs.

§ 7. Lorsque, pour plus de la moitié des groupes APR-DRG, visés au § 9, relevés dans un hôpital, les dépenses réelles relatives à l'ensemble des admissions visées au § 1^{er} dépassent de 10 % les dépenses des montants de référence calculés conformément au § 4, les données relatives aux institutions concernées sont, après que ces institutions ont eu la possibilité de transmettre leurs observations à la structure multipartite visée à l'article 153 de la loi précitée du 29 avril 1996 en vue

de leur correction éventuelle, rendues publiques par l'Institut sur l'adresse Internet <http://www.inami.fgov.be>, sans préjudice de l'application du § 5.

§ 8. Les groupes de prestations suivants sont pris en considération :

1° les prestations reprises à l'article 3, § 1^{er}, A, II, et C, I, à l'article 18, § 2, B, e), et à l'article 24, § 1^{er}, excepté les remboursements forfaitaires, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités;

2° les prestations reprises à l'article 17, § 1^{er}, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 17^{bis} et 17^{ter}, excepté les remboursements forfaitaires et les angiographies, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 précité;

3° les prestations reprises à l'article 3, excepté les prestations en biologie clinique, à l'article 7, à l'article 11, à l'article 20 et à l'article 22, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 précité.

§ 9. Les groupes de diagnostic sont constitués sur la base des «*All Patients Refined Diagnosis Related Groups, Definitions Manual*, Version 15.0» :

1° APR-DRG 73 - Interventions sur le cristallin avec ou sans vitrectomie, APR-DRG 97 - Adénoïdectomie et amygdalectomie, APR-DRG 179 - Ligature de veine et stripping, APR-DRG 225 - Appendicectomie, APR-DRG 228 - Cures de hernie inguinale et crurale, APR-DRG 263 - Cholécystectomie laparoscopique, APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieures sans trauma, si le code de nomenclature 289085 - Arthroplastie de la hanche avec prothèse totale (cotyle et tête fémorale) a été attesté, APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieures sans trauma, si le code de nomenclature 290286 - Arthroplastie fémoro-tibiale avec prothèse articulée a été attesté, APR-DRG 313 - Interventions des membres inférieurs et genoux excepté pied, si le code nomenclature 300344 - Arthroscopies thérapeutiques (ménisectomie partielle ou totale) a été attesté, APR-DRG - 318-Enlèvement matériel de fixation interne, APR-DRG 482 - Prostatectomie transuretrale, APR-DRG 513 - Interventions sur utérus/annexes, pour carcinome in situ et affections bénignes, si le code de nomenclature 431281 - Hystérectomie totale, par voie abdominale a été attesté, APR-DRG 513 - Interventions sur utérus/annexes pour carcinome in situ et affections bénignes, si le code de nomenclature 431325 - Hystérectomie totale, par voie vaginale a été attesté, APR-DRG 516 - Ligature tubaire par voie laparoscopie, APR-DRG 540 - Césarienne en APR-DRG 560 - Accouchement par voie vaginale;

2° APR-DRG 45 - Accident vasculaire cérébral avec infarctus, APR-DRG 46 - Accident vasculaire cérébral non spécifique avec occlusion précérébrale sans infarctus, APR-DRG 47 - Accident ischémique transitoire, APR-DRG 134 - Embolie pulmonaire, APR-DRG 136 - Affections malignes du système respiratoire, APR-DRG 139 - Pneumonie simple, APR-DRG 190 - Affections circulatoires avec infarctus, APR-DRG - 202 - Angine de poitrine, APR-DRG 204 - Syncope et collapsus, APR-DRG 244 - Diverticulité et diverticulose, APR-DRG 464 - Lithiases urinaires, avec lithotripsie par ultrasons et APR-DRG 465 - Lithiases urinaires, sans lithotripsie par ultrasons.

§ 10. Afin de tenir compte de l'évolution dans les pratiques médicales et dans les différences de pratiques, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis de la Structure multipartite visée à l'article 153 de la loi précitée du 29 avril 1996, adapter les prestations visées au § 8 et les groupes APR-DRG visés au § 9".

Ce système est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2002, avec cette conséquence que les "montants de référence" devaient être calculés pour la première

fois pour l'année 2005, et ce sur la base des données concernant les admissions prenant fin entre le 1^{er} octobre 2002 et le 31 décembre 2003.

Tel qu'exposé lors des travaux parlementaires, le nouveau système ainsi instauré, communément appelé le "système des montants de référence",

" prévoit des mesures visant à supprimer les différences de pratiques dans les procédures standard appliquées dans les hôpitaux. Si, pour certaines interventions standard, un profil de consommation divergent est constaté par rapport au montant de référence national, les dépenses en question seront récupérées en les déduisant des facturations ultérieures. Ce type de mécanisme permet d'abandonner le système de récupération linéaire appliqué aujourd'hui et où il n'est pas tenu compte des indicateurs de performance. Pour l'application du système qui entrera en vigueur pour les admissions après le 1^{er} juillet 2002, il est fait usage des APR-DRG provenant des banques de données ainsi que des résumés cliniques minimums (R.C.M.) et des résumés financiers minimums (R.F.M.) qui y sont liés. Les montants de référence seront calculés annuellement par la Cellule technique qui assure la jonction entre le S.P.F. Santé publique et l'INAMI. Le montant à récupérer fixé par hôpital sera déduit des honoraires concernés pour les prestations médicales. Pour les hôpitaux qui dépassent de manière significative les montants de référence pour la majorité des interventions (lesdits « gratte-ciels »), il est en outre prévu de communiquer leurs données sur l'internet" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2001 – 2002, n°50 1905/1, p.8).

En d'autres termes,

" [C]e système vise à éliminer les différences non fondées entre les pratiques des hôpitaux. Il vise plus particulièrement les pratiques des prestataires médicaux au sein des hôpitaux, pour des pathologies médicales ou chirurgicales "relativement courantes et de sévérité faible" dont on peut estimer qu'un certain degré de standardisation ou d'harmonisation des pratiques peut être dégagé et atteint.

De manière très synthétique, le système prévoit le calcul, pour chaque pathologie retenue, d'un montant de référence (sur base d'une moyenne nationale des dépenses réelles) auquel est comparée la dépense effective de chaque hôpital. On récupère les montants des dépenses qui dépassent d'un certain seuil, les montants de référence. Les hôpitaux visés versent à l'INAMI, à titre de pénalité, les honoraires «au-delà du montant de référence» considérés comme la représentation financière de différences non fondées de pratiques.

Le système de montants de référence a donc à vocation agir sur le plan financier *a posteriori* (après les dépenses *via* une pénalité de récupération). Mais, par l'information donnée à chaque hôpital (positionnement de l'hôpital par pathologie par rapport à la référence), il souhaite encourager et inciter une correction des pratiques «non fondées» pour éviter à l'hôpital dans le futur une nouvelle pénalité" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008-2009, n°52 1491/1 et 52 1492/1, p. 34).

Le système pénalise donc financièrement et *a posteriori* les hôpitaux ayant des pratiques jugées anormalement coûteuses par rapport à un standard et a pour objectif d'induire à terme une modification des comportements des prestataires (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008-2009, n°52 1491/6, p. 9).

Tel que conçu à l'origine, le système des montants de référence reposait, notamment, sur les règles suivantes:

- "les montants de référence sont fixés sur base annuelle pour une période courant du 1^{er} janvier jusqu'au 31 décembre" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2001 – 2002, n° 50 1905/1, p. 3);
- les montants de référence devaient être fixés dans le courant de l'année suivant celle à laquelle les prestations ont été effectuées (*ibidem*, p. 3);
- le dépassement des montants de référence devait être communiqué aux hôpitaux endéans une période de deux ans qui suit l'année de référence (*ibidem*, p. 3).

2.1. Une première modification purement technique a ensuite été apportée à l'article 56^{ter} de la loi AMI par l'article 287 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 (remplacement de la cellule technique par le Centre d'expertise), suivie par une deuxième modification, également limitée, consistant à insérer dans l'article 56^{ter}, § 5, alinéa 1^{er}, de la loi AMI une nouvelle phrase rédigée comme suit " Pour les admissions à partir du 1^{er} janvier 2005, cette disposition est valable dès que les dépenses réelles pour l'ensemble des admissions dans un hôpital visées au 1^{er} dépassent les dépenses de référence calculées conformément au § 4" (article 9 de la loi du 27 avril 2005 relative à la maîtrise du budget des soins de santé et portant diverses dispositions en matière de santé).

2.2. Comme il est toutefois apparu que le système des montants de référence, tel qu'introduit par la loi de 2002, n'avait pu trouver à s'appliquer en pratique (*Doc. parl.*, Sénat, Session 2005-2006, n° 3 – 1493/5, exposé introductif du Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique) et ne permet par ailleurs pas d'atteindre l'objectif poursuivi, une troisième modification a été apportée au système des montants de référence.

À cet effet, l'article 105 de la loi du 27 décembre 2005 portant dispositions diverses (Moniteur belge du 30 décembre 2005) - pour la première fois d'application pour les calculs des montants de référence pour l'année 2003, à l'exception de l'article 105, 6°, qui s'applique la première fois aux admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2005 - a apporté à l'article 56^{ter} de la loi AMI les modifications suivantes:

- " 1° le § 1^{er} est complété comme suit :
«Le Roi peut étendre l'application des montants de référence aux prestations dispensées au cours d'un séjour en milieu hospitalier qui donne lieu au paiement

d'un forfait de journée comme visé dans l'accord en vigueur en application de l'article 46, ou au cours de tout séjour donnant lieu au paiement d'un prix de journée d'entretien.»;

2° le § 4 est remplacé comme suit :

«§ 4. Les montants de référence concernés sont calculés annuellement par la cellule technique visée à l'article 155 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales, sur la base des données dont il est question au § 3 concernant les prestations visées au § 1^{er}. Les montants de référence sont communiqués à la structure multipartite en matière de politique hospitalière visée à l'article 153 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales et sont fixés par arrêté royal.

Les montants de référence annuels par admission sont fixés pour la première fois pour l'année 2003 et sont calculés sur la base des données visées à l'alinéa 1^{er} concernant les admissions qui prennent fin après le 30 septembre 2002 et avant le 1^{er} janvier 2004.»;

3° le § 5 est remplacé comme suit :

«§ 5. Lorsque les dépenses réelles relatives à l'ensemble des admissions visées au § 1^{er}, en tenant compte des limitations visées au § 2, dépassent dans un hôpital de 10 p.c. au moins les dépenses de référence calculées conformément au § 4, la différence est remboursée par l'hôpital à l'Institut, à charge des honoraires portés en compte à l'assurance. Pour les admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2004, cette disposition s'applique dès que les dépenses réelles pour l'ensemble des admissions dans un hôpital visées au § 1^{er} dépassent les dépenses de référence calculées conformément au § 4.

Pour les admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2005, le mode de calcul modifié suivant, scindé en deux parties, s'applique :

a. Sélection des hôpitaux qui entrent en ligne de compte pour la réclamation effective des montants à rembourser :

- calcul par hôpital des différences entre, d'une part, les dépenses réelles afférentes aux admissions telles que visées à l'alinéa précédent et, d'autre part, les dépenses de référence calculées selon les modalités telles que mentionnées au § 2 et au § 3;
- totalisation par hôpital des résultats positifs et négatifs de ces calculs; seuls les hôpitaux pour lesquels le résultat de cette totalisation est positif entrent en ligne de compte pour le remboursement.

b. Calcul des montants effectifs à rembourser pour les hôpitaux sélectionnés sous a :

- recalcul par hôpital des différences entre, d'une part, les dépenses réelles afférentes aux admissions telles que visées à l'alinéa précédent et, d'autre part, la dépense médiane correspondante, par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations;
- toutes les différences positives des calculs effectués ci-dessus par hôpital constituent les montants effectifs à rembourser pour les hôpitaux sélectionnés sous a., pour autant que la somme de ces différences positives soit supérieure à 1.000 EUR.

L'Institut calcule les montants à rembourser sur la base des données fournies par la cellule technique et communique le résultat du calcul aux hôpitaux. Le Roi détermine les délais et les modalités de calcul et de communication des montants concernés, la façon dont ils sont remboursés par l'hôpital à l'assurance soins de santé et leur comptabilisation par les organismes assureurs. Pour les admissions qui prennent fin avant le 1^{er} janvier 2006, cette imputation est limitée aux groupes APR-DRG visés au § 9, 1^o.

Les montants à rembourser par l'hôpital sont partagés entre le gestionnaire de l'hôpital et les médecins hospitaliers, conformément au règlement visé à l'article 135, 1^o, alinéa 2, ou à l'article 136, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, modifiée par la loi du 14 janvier 2002.

Le Comité de l'assurance est chargé du règlement des contentieux relatifs au calcul des montants à rembourser, selon la procédure fixée par le Roi.

Le Roi détermine notamment le délai dans lequel l'hôpital concerné introduit une demande au Comité de l'assurance, le contenu et la forme de cette demande, le délai dans lequel et les modalités selon lesquelles le Comité de l'assurance prend sa décision, ainsi que les modalités selon lesquelles la décision est portée ensuite à la connaissance de l'hôpital concerné. »;

4° au § 7, les mots " à la structure multipartite visée à l'article 153 de la loi précitée du 29 avril 1996 " sont remplacés par les mots " au Comité de l'assurance ";

5° le § 8, 2°, est complété comme suit :

«Pour les admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2005, les angiographies sont comprises dans les calculs.»;

6° au § 9, 1°, les mots «et APR-DRG 560 - Accouchement par voie vaginale» sont remplacés par les mots», APR-DRG 560 - Accouchement par voie vaginale, APR-DRG 024 - Interventions sur les vaisseaux extra crâniens, APR-DRG 072 - Interventions extra oculaires sauf sur les orbites, APR-DRG 171 - Autres motifs pour le placement d'un pacemaker permanent, APR-DRG 176 - Remplacement d'un pacemaker ou défibrillateur, APR-DRG 445 - Interventions mineures sur la vessie et APR-DRG 517 - Dilatation et curetage, conisation".

En conséquence de ces modifications, le système des montants de référence a, entre autres, été modifié sur les aspects suivants:

- le Roi reçoit la possibilité d'étendre à l'avenir le système des montants de référence aux prestations octroyées durant une hospitalisation de jour (*Doc. parl.*, Chambre, session 2005 – 2006, n°51 2098/21, p. 4);

- le calcul des montants de référence est confié à une commission spécialisée créée au sein du Comité de l'assurance de l'AMI (*ibidem*, p. 4);

- une procédure d'appel est introduite en cas de contestation quant à l'importance des montants à rembourser (*ibidem*, p. 4);

- un certain nombre d'APR-DRG sont ajoutés à la liste déjà existante (*ibidem*, p. 5).

Le système des montants de référence ainsi modifié a eu vocation, en application de l'article 106 de la loi du 27 décembre 2005 précitée, à s'appliquer pour la première fois en 2006 sur la base des admissions ayant pris fin avant le 1^{er} janvier 2004, étant entendu que les nouvelles modalités de calcul et les extensions des montants de référence ne trouvaient à s'appliquer que pour les admissions après le 31 décembre 2005 (et dès lors non pas lors de la première application du premier système) (*Doc. Parl.*, Chambre, session 2005 – 2006, n°51 2098/28, p. 17).

3.1. L'article 56^{ter} de la loi AMI a ensuite été remplacé, depuis le 10 janvier 2009, par l'article 50 de la loi du 19 décembre 2008 portant des dispositions diverses en matière de santé (Moniteur belge du 31 décembre 2008). Cet article, dans sa version applicable au présent litige – soit avec les modifications qui y ont été

apportées, avec entrée en vigueur le 10 janvier 2010, par les articles 31 et 44 de la loi du 10 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de santé et, avec entrée en vigueur 8 avril 2013, par l'article 8 de la loi portant des dispositions diverses en matière de santé (I) dispose comme suit:

" Art. 56ter. § 1^{er}. Par dérogation aux dispositions de cette loi et de ses arrêtés d'exécution, des montants de référence sont appliqués annuellement par admission pour l'intervention de l'assurance octroyée à des bénéficiaires hospitalisés, en ce qui concerne les groupes de prestations visées au paragraphe 8, pour autant que celles-ci figurent dans les groupes APR-DRG visés au paragraphe 9. Est entendu par groupe APR-DRG : la classification des patients en groupes diagnostiques tels que décrits dans le manuel «*All Patient Refined Diagnosis Related Groups, Définition manuel*, version 15.0». Le Roi peut étendre l'application des montants de référence aux prestations dispensées au cours d'un séjour en milieu hospitalier qui donne lieu au paiement d'un forfait de journée comme visé dans l'accord en vigueur en application de l'article 46, ou au cours de tout séjour donnant lieu au paiement d'un prix de journée d'hospitalisation.

§ 2. Ces montants de référence sont calculés pour les groupes APR-DRG visés au paragraphe 1^{er} pour les classes 1 et 2 de gravité clinique, pour les groupes de prestations visés au paragraphe 8 et après suppression des «*outliers*» de type 2 visés dans les arrêtés pris en exécution de l'article 95 de la loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements hospitaliers, coordonnée le 10 juillet 2008.

§ 3. Les montants de référence concernés sont égaux à la moyenne des dépenses annuelles par admission, majorée de 10 p.c., et sont basés sur les données visées à l'article 206, § 2, de la présente loi et à l'article 156, § 2, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales.

§ 4. Les montants de référence concernés sont calculés annuellement par la cellule technique visée à l'article 155 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales, sur la base des données dont il est question au paragraphe 3 concernant les prestations visées au paragraphe 1^{er}. Les montants de référence sont communiqués, en mai de chaque année, à la structure multipartite en matière de politique hospitalière visée à l'article 153 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales.

Les montants de référence annuels par admission sont fixés pour la première fois pour l'année 2006. Ils sont calculés annuellement sur la base des données visées à l'alinéa 1^{er} concernant les admissions qui prennent fin après le 31 décembre de l'année précédente et avant le 1^{er} janvier de l'année suivante.

§ 5. 1^o La sélection des hôpitaux qui entrent en ligne de compte pour la réclamation effective des montants à rembourser et le calcul des montants effectifs à rembourser à l'Institut par les hôpitaux sélectionnés, à charge des honoraires portés en compte à l'assurance, sont déterminés par le mode de calcul suivant, scindé en deux parties :

a. Sélection des hôpitaux qui entrent en ligne de compte pour la réclamation effective des montants à rembourser :

- calcul par hôpital des différences entre, d'une part, les dépenses réelles afférentes aux admissions visées au paragraphe 1^{er}, en tenant compte des limitations visées au paragraphe 2, et, d'autre part, les dépenses de référence calculées selon les modalités telles que mentionnées aux paragraphes 2, 3 et 4;

- totalisation par hôpital des résultats positifs et négatifs de ces calculs; seuls les hôpitaux pour lesquels le résultat de cette totalisation est positif entrent en ligne de compte pour le remboursement.

b. Calcul des montants effectifs à rembourser pour les hôpitaux sélectionnés sous a :

- calcul par hôpital des différences entre, d'une part, les dépenses réelles afférentes aux admissions visées au paragraphe 1^{er}, en tenant compte des limitations visées au paragraphe 2, et, d'autre part, la dépense nationale

médiane correspondante, par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations;

- toutes les différences positives des calculs effectués ci-dessus par hôpital constituent les montants effectifs à rembourser pour les hôpitaux sélectionnés sous a., pour autant que la somme de ces différences positives soit supérieure à 1.000 euros.

2° Les montants à rembourser par l'hôpital sont partagés entre le gestionnaire de l'hôpital et les médecins hospitaliers, conformément au règlement visé à l'article 149, 1°, alinéa 2, ou à l'article 150, alinéa 1^{er}, de la loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements hospitaliers, coordonnée le 10 juillet 2008. Aussi longtemps qu'aucun régime n'est prévu dans le règlement, le régime prévu par l'article 151, alinéas 3 à 5, de la loi précitée est applicable.

§ 6. L'Institut applique le mode de calcul défini au paragraphe 5, 1°, sur la base des données fournies par la cellule technique et en communique le résultat individuel à chaque hôpital. La communication des résultats, en ce compris les montants à rembourser, se fait en septembre de chaque année.

En cas de montants à rembourser, l'hôpital concerné les verse à l'Institut, au plus tard pour le 15 décembre de l'année de la communication. En cas de contestation, l'hôpital concerné verse à l'Institut les montants à rembourser dans les 30 jours suivant la communication de la décision du Comité de l'assurance si ce délai dépasse le 15 décembre cité ci-avant. Tout versement des montants à rembourser doit s'opérer en un versement unique et global.

Le Comité de l'assurance est chargé du règlement des contentieux relatifs au calcul des montants à rembourser. A partir de la date de la communication des résultats, les hôpitaux, sous peine d'irrecevabilité, disposent de trente jours calendrier pour contester les éléments du calcul des montants à rembourser auprès du Comité de l'assurance.

Les éléments sur lesquels peuvent porter les contestations sont :

- la composition du case-mix utilisé;
- les dépenses réelles relatives au case-mix;
- d'éventuelles erreurs matérielles dans les calculs effectués.

Les contestations, motivées et justifiées par des éléments probants, doivent être introduites par lettre recommandée à la poste.

Le Comité de l'assurance prend une décision dans les 90 jours après réception de la contestation et la communique aux hôpitaux par lettre recommandée à la poste.

§ 7. Les montants remboursés par les hôpitaux sont considérés comme des ressources de l'assurance maladie selon les termes de l'article 191 de la présente loi.

§ 8. Les groupes de prestations suivants sont pris en considération :

1° les prestations reprises à l'article 3, § 1^{er}, A, II, et C, I, à l'article 18, § 2, B, e), et à l'article 24, § 1^{er}, excepté les remboursements forfaitaires, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités;

2° les prestations reprises aux articles 17, § 1^{er}, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 17bis, 17ter et 17quater, excepté les remboursements forfaitaires, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 précité;

3° les prestations reprises à l'article 3, excepté les prestations en biologie clinique, à l'article 7, à l'article 11, à l'article 20 et à l'article 22, de l'annexe à l'arrêté royal du 14 septembre 1984 précité.

§ 9. Les groupes de diagnostic sont constitués sur la base des «*All Patients Refined Diagnosis Related Groups, Definitions Manual, Version 15.0*» :

1° APR-DRG 73 - Interventions sur le cristallin avec ou sans vitrectomie, APR-DRG 97 - Adenoidectomie et amygdalectomie, APR-DRG 179 - Ligature de veine et stripping, APR-DRG 225 - Appendicectomie, APR-DRG 228 - Cures de hernie inguinale et crurale, APR-DRG 263 - Cholécystectomie laparoscopique, APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieures sans trauma, si le code de nomenclature 289085 - Arthroplastie de la hanche avec prothèse totale (cotyle et tête fémorale) a été attesté, APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieurs sans trauma, si le

code de nomenclature 290286 - Arthroplastie fémoro-tibiale avec prothèse articulée a été attestée, APR-DRG 313 - Interventions des membres inférieures et genoux excepté pied, si le code nomenclature 300344 - Arthroscopies thérapeutiques (menisectomie partielle ou totale) a été attesté, APR-DRG 318 - Enlèvement matériel de fixation interne, APR-DRG 482 - Prostatectomie transurétrale, APR-DRG 513 - Interventions sur utérus/annexes, pour carcinome in situ et affections bénignes, si le code de nomenclature 431281 - Hystérectomie totale, par voie abdominale a été attesté, APR-DRG 513 - Interventions sur utérus/annexes pour carcinome in situ et affections bénignes, si le code de nomenclature 431325 - Hystérectomie totale, par voie vaginale a été attesté, APR-DRG 516 - Ligature tubaire par voie laparoscopie, APR-DRG 540 - Césarienne en APR-DRG 560 - Accouchement par voie vaginale, APR-DRG 024 - Interventions sur les vaisseaux extra crâniens, APR-DRG 072 - Interventions extraoculaires sauf sur les orbites, APR-DRG 171 - Autres motifs pour le placement d'un pacemaker permanent, APR-DRG 176 - Remplacement d'un pacemaker ou défibrillateur, APR-DRG 445 - Interventions mineures sur la vessie et APR-DRG 517 - Dilatation et curetage, conisation.

2° APR-DRG 45 - Accident vasculaire cérébral avec infarctus, APR-DRG 46 - Accident vasculaire cérébral non spécifique avec occlusion précérébrale sans infarctus, APR-DRG 47 - Accident ischémique transitoire, APR-DRG 134 - Embolie pulmonaire, APR-DRG 136 - Affections malignes du système respiratoire, APR-DRG 139 - Pneumonie simple, APR-DRG 190 - Affections circulatoires avec infarctus, APR-DRG 202 - Angine de poitrine, APR-DRG 204 - Syncope et collapsus, APR-DRG 244 - Diverticulité et diverticulose, APR-DRG 464 - Lithiases urinaires, avec lithotripsie par ultrasons et APR-DRG 465 - Lithiases urinaires, sans lithotripsie par ultrasons.

§ 10. Afin de tenir compte de l'évolution dans les pratiques médicales et dans les différences de pratiques, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis de la Structure multipartite visée à l'article 153 de la loi précitée du 29 avril 1996, adapter les prestations visées au paragraphe 8 et les groupes APR-DRG visés au paragraphe 9.

§ 11. Pour les admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2008, les paragraphes 1^{er} à 10 s'appliquent moyennant les modalités suivantes :

1° Dans le groupe de prestations défini au paragraphe 8, 3°, les prestations de l'article 22 (physiothérapie) sont exclues du calcul des montants de référence pour les 5 groupes de diagnostic suivants : APR-DRG 045 - Accident vasculaire cérébral avec infarctus, APR-DRG 046 - Accident vasculaire cérébral non spécifique avec occlusion précérébrale sans infarctus, APR-DRG 139 - Pneumonie simple, APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieures sans trauma, si le code 289085 - Arthroplastie de la hanche avec prothèse totale (cotyle et tête fémorale) a été attesté et APR-DRG 302 - Interventions majeures articulation, rattachement membres des extrémités inférieures sans trauma, si le code 290286 - Arthroplastie fémorotibiale avec prothèse articulée a été attestée;

2° Le Roi peut, pour le groupe de diagnostic défini au paragraphe 9, 1°, fixer les modalités et la date d'application pour prendre également en compte, dans le cadre du calcul des montants de référence et de la dépense médiane, toutes les prestations, appartenant aux groupes de prestations définies au paragraphe 8, réalisées au cours de la période de carence, définie comme étant les 30 jours qui précèdent une admission prise en considération pour le calcul des montants de référence; le Roi peut déterminer la manière dont ces données sont traitées;

Si au cours de sa période de carence, une admission prise en considération pour le calcul des montants de référence a été précédée d'une autre admission, cette période de carence débute le lendemain de la fin de l'admission précédente;

3° Indépendamment de l'application du paragraphe 4, des montants de référence, tels que définis au paragraphe 3, seront pré-calculés sur base des données annuelles les plus récentes disponibles avant l'année d'application considérée par le paragraphe 4, alinéa 2. Ils seront communiqués, à titre

d'indicateurs, aux hôpitaux avant le 1^{er} janvier de l'année d'application considérée;

4° Lors de l'application du paragraphe 4, les montants de référence calculés conformément au paragraphe 11, 3°, sont comparés, par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations visés au paragraphe 8, aux montants de référence calculés conformément au paragraphe 4.

De cette comparaison, on retiendra, par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations visés au paragraphe 8, les montants de référence calculés conformément au paragraphe 4 si ces montants sont supérieurs, par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations visés au paragraphe 8 à ceux calculés conformément au paragraphe 11, 3°.

Le Roi peut, pour l'application de l'alinéa précédent, fixer des modalités instaurant ou permettant de calculer un seuil auquel doivent être supérieurs les montants de référence calculés conformément au paragraphe 4 pour être retenus;

5° Le Roi peut fixer, sauf pour la première année d'application du paragraphe 11, des modalités instaurant ou permettant de calculer un seuil en-dessous duquel les montants de référence, tels que retenus au terme de la comparaison prévue par le paragraphe 11, 4°, ne pourront pas être inférieurs à ceux fixés l'année précédente;

6° Le Roi peut fixer des modalités instaurant ou permettant de calculer un seuil en-dessous duquel les montants de référence tels que retenus au terme de la comparaison prévue par le paragraphe 11, 4°, ne pourront pas être inférieurs à ceux fixés lors de la première année d'application du paragraphe 11;

7° Les montants de référence déterminés et finalement retenus au terme de l'application des paragraphes 4 et 11, 3° à 6°, sont les montants de référence définitifs qui font l'objet de la communication prévue au paragraphe 4 et qui servent de base à l'application du paragraphe 5;

8° Lorsque, pour le calcul des montants à rembourser par les hôpitaux défini au paragraphe 5, 1°, b), la dépense médiane par APR-DRG, par degré de gravité clinique 1 ou 2 et par groupe de prestations est nulle, elle est remplacée par la dépense moyenne;

9° Dans le cadre de l'application du paragraphe 11, 2°, les montants à rembourser par hôpital défini au paragraphe 5, 1°, b), sont réduits à concurrence du pourcentage des dépenses réelles réalisées au cours des admissions retenues pour l'application de l'article 56^{ter} au sein de l'hôpital concerné pour les APR-DRG et les groupes de prestations entrant en ligne de compte dans le cadre des montants de référence.

§ 12 [...]".

3.2.1. Cet article 56^{ter} nouveau avait, en définitive, pour objet de prévoir en définitive trois périodes distinctes d'application du système des montants de référence.

3.2.2. En ce qui concerne la première période, identifiée comme étant "le système des montants de référence – méthodologie 2003" (à savoir les années 2006 à 2008 pour les séjours 2003 à 2005), il est finalement décidé d'abroger le système des montants de référence (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008-2009, n°52 1491/1-1492/1, p. 48). Il s'ensuit que ce système n'a donc été réellement jamais appliqué, avec cette conséquence la non-récupération des montants liés aux séjours 2003 – 2005, et ce tant

en raison du temps écoulé qu'en raison de la non-pertinence du système initial, insuffisamment ciblé.

3.2.3. En ce qui concerne la deuxième période, identifiée comme étant "le système des montants de référence – méthodologie 2006" (à savoir les années 2009 à 2011 pour les séjours 2006 à 2008), il est décidé de démarrer, avec effet rétroactif, le système des montants de référence fixé en 2006, mais corrigé de la manière prévue par l'article 56ter, paragraphes 1^{er} à 10, de la loi relative à l'assurance soins de santé et indemnités, coordonnées le 14 juillet 2014. Ce système a donc eu vocation à s'appliquer à la récupération des montants liés aux séjours 2006 – 2008.

3.2.4. En ce qui concerne la troisième période, identifiée comme étant "le système des montants de référence – méthodologie 2009" (à savoir les années 2012 et suivantes pour les séjours 2009 et suivants), un nouveau système est mis en place qui tend, en autres, à améliorer "le système, notamment en le rendant plus proactif (communication des [montants de référence] avant l'année d'application), plus qualitatif (limitation inférieure des moyennes pour éviter un effet de spirale descendante au cours des années) et plus complet (prestations avant hospitalisation)" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008-2009, n°52 1491/1-1492/1, p. 38) (pour une comparaison entre l'ancienne et la version applicable au litige de l'article 56ter, voir: *ibidem*, p. 48).

À cet égard, le deuxième principe sur lequel repose la réforme est

" de permettre une pro-activité des hôpitaux par la communication d'un pré-calcul des montants de référence. Celui-ci permettra aux hôpitaux de connaître et de tenir compte en temps utile de la référence (l'objectif moyen par pathologie) et d'adapter leurs comportements durant l'exercice. Ainsi, par exemple, sur base des données 2005, on pourra pré-calculer les montants de référence qui serviront de base pour 2009. Ces montants seront communiqués fin 2008 permettant ainsi aux hôpitaux de veiller à adapter si besoin leurs pratiques en 2009 pour éviter la pénalité lors du contrôle de l'exercice 2009 (réalisé en 2012)" (*ibidem*, p. 40-41).

De même, le quatrième principe sur lequel repose la réforme :

- " est d'éviter un déplacement des pratiques hors de la période d'hospitalisation ou hors de l'hospitalisation classique, alors que le but est de réduire les différences de pratiques de manière globale à pathologie égale. Dans ce cadre, il est proposé:
- de maintenir la possibilité pour le Roi d'étendre le système à l'hospitalisation de jour;
 - de prévoir les bases légales pour intégrer les prestations réalisées "en tout lieu" préalablement à une hospitalisation "chirurgicale" durant une période de carence de 30 jours. Quelques règles annexes encadrent cette intégration. Au Roi est donnée la compétence de déterminer la manière dont les données sont traitées. Le mot traiter doit ici être entendu dans le sens qui lui est donné dans la loi du 8

décembre 2002 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Il s'agit donc de chaque traitement concernant ces données, comme la collecte, la conversation, l'utilisation, le rapprochement, etc..

Vu la complexité et la nouveauté de ces deux intégrations possibles, celles-ci devront faire l'objet d'analyses complémentaires quant aux impacts possibles et aux modalités particulières à prévoir pour poursuivre l'objectif global de manière adéquate. C'est pourquoi la loi se limite à prévoir les bases légales et l'encadrement général pour étendre le système, en laissant au Roi le soin de fixer la date d'application et les modalités concrètes de ces extensions souhaitées" (*ibidem*, p. 41-42).

De même, l'intention du législateur a clairement été d'appliquer le système révisé par la nouvelle disposition "à partir des séjours 2009", raison pour laquelle un nouveau paragraphe a été ajouté à l'article 56^{ter} pour la révision du système à partir des séjours 2009" (*ibidem*, p. 48).

Le paragraphe nouveau dont il est question dans l'alinéa qui précède est le § 11 de l'article 56^{ter} au sujet duquel il a, notamment, été précisé ce qui suit lors des travaux parlementaires (*ibidem*, pp. 50 et s.):

" § 11. Un nouveau paragraphe 11 a été introduit pour les admissions qui prennent fin après le 31 décembre 2008. Ce paragraphe reprend donc toutes les révisions que le présent projet souhaite apporter au système des montants de référence. Ce nouveau paragraphe introduit les modifications suivantes:

1° [...];

2° le point 2° prévoit que le Roi peut fixer les modalités techniques et la date d'application pour prendre également en considération pour le calcul des montants de référence, utilisé pour la sélection des hôpitaux, et de la dépense médiane, utilisée pour le calcul du remboursement, les prestations réalisées dans les 30 jours qui précèdent l'admission. Cette période de 30 jours, appelée période de carence, peut être réduite si une autre admission est intervenue au cours de ces 30 jours. Ce point 2° permet d'intégrer" dans le système des prestations faites avant une période d'hospitalisation « chirurgicale » (APR-DRG du groupe § 9, 1°);

3° afin d'informer préalablement les hôpitaux des objectifs que constituent les montants de référence, ceux-ci seront « pré-calculés » et communiqués, à titre d'indicateurs, avant le 1^{er} janvier de l'année pour laquelle ils s'appliquent. Ils seront calculés sur base des données les plus récentes disponibles à ce moment-là. Par exemple, pour les séjours 2009, le pré-calcul se fera sur base des données 2005.

Le nouveau système mis en place introduit donc une nouvelle première étape dans la procédure: le pré-calcul;

4° comme mentionné dans l'exposé des motifs, il faut tenir compte des évolutions possibles des montants de référence, pour des raisons non directement liées aux prestataires individuels, entre l'année qui a servi de base pour leur pré-calcul (exemple pour 2009, l'année 2005) et l'année de leur application effective (exemple l'année 2009, soit 4 ans d'écart). Le point 4° prévoit d'utiliser les montants de référence les plus récents (dans notre exemple, les montants 2009) si ceux-ci sont supérieurs. La possibilité est donnée au Roi de prévoir un seuil pour prendre en compte les montants de l'année considérée plutôt que ceux du pré-calcul. La

comparaison et la détermination du montant final retenu se feront par montant de référence et non de manière globale afin de tenir compte des évolutions spécifiques.

Le nouveau système introduit donc une nouvelle seconde étape dans la procédure: la comparaison et un éventuel ajustement entre le pré-calcul et le calcul tel qu'il était fixé par l'actuel article 56^{ter} (et qui n'est pas modifié).

[...];

5° [...];

6° [...];

7° le point 7° indique qu'au terme de la procédure de pré-calcul, de calcul, de comparaison et d'ajustement des montants de références, et si le Roi en a fait usage, après application des seuils que le Roi peut fixer, on obtient les montants de référence définitifs qui sont alors communiqués comme prévu au § 4 et au § 6 et utilisés pour la sélection des hôpitaux (§ 5, 1°, a)";

8° [...];

9° Le point 9 précise que, compte tenu de l'introduction possible de la période de carence définie au § 11, 2°, pour le calcul des montants de référence, les montants seront remboursés par les hôpitaux au prorata des dépenses réelles réalisées au sein de l'hôpital mais uniquement durant les admissions retenues pour l'application du système des montants de référence. L'objectif est que l'hôpital ne rembourse que les dépenses excédentaires qu'il a générées durant l'hospitalisation et non pas celles faites en dehors de l'hôpital ou dans l'hôpital mais en ambulatoire. Ceci afin de garder un traitement équitable entre hôpitaux".

En résumé, il peut être considéré que la modification du système des montants de référence à partir des séjours "intègre désormais les examens pré-opératoires faits en ambulatoire et qu'un système annuel de feed-back est désormais prévu afin de permettre aux hôpitaux et aux prestataires de "corriger le tir" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008 – 2009, n°52 1491/6, p. 10).

Ce système a donc vocation à s'appliquer à partir des années 2009 et suivantes, avec une première procédure de récupération de ces montants devant avoir lieu en 2012.

4.1. Saisie d'une demande d'avis par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique au sujet des modalités d'exécution de l'article 56^{ter}, § 1^{er}, et § 11, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, la "Structure multipartite en matière de politique hospitalière" a proposé, le 19 mai 2011, "d'étendre l'application du système des montants de référence à tous les séjours, hospitalisation classique et hôpital de jour [et] de prendre en compte, pour les A.P.R.-D.G.R. chirurgicaux, une période de carence, c'est-à-dire de tenir compte de

toutes les prestations (pour autant qu'elles appartiennent à ces trois groupes de prestations) réalisées dans les 30 jours qui précèdent le séjour hospitalier".

Le 10 septembre 2012, un projet d'arrêté royal est finalement soumis à l'avis du "comité de l'assurance soins de santé" de l'INAMI. Dans cet avis, il est précisé:

- que ce projet d'arrêté fait suite à la proposition formulée par la Structure multipartite en matière de politique hospitalière dans son avis du 19 mai 2011;
- que le système des montants de référence est appliqué pour trois groupes de prestations: la biologie clinique, l'imagerie médicale et les prestations techniques;
- que la méthodologie de ce système est expliquée en détail dans la brochure d'information réalisée par l'INAMI (<http://inami.fgov.be/care/fr/hospitals/specific-information/amounts-reference/pdf/prospectus.pdf>);
- que la proposition d'intégrer une période de carence dans le calcul des montants de référence a pour but d'éviter que le régime des montants de référence soit contourné en effectuant en dehors de la période d'hospitalisation des prestations qui ont normalement lieu pendant l'hospitalisation;
- et que, sur la base d'une simulation réalisée par l'IMA sur base des données 2006 (méthodologie 2009), la double modification proposée a pour conséquence une augmentation du montant à rembourser par les hôpitaux de 8,5 %.

Ce projet d'arrêté royal a donné également lieu à :

- un "avis positif" de la commission de contrôle budgétaire, donné le 12 septembre 2012;
- un "avis favorable", moyennant deux abstentions, du Comité de l'assurance soins de santé de l'AMI, donné le 17 septembre 2012. Dans cet avis, l'un des membres du comité a, à nouveau, observé que " ce qui a été constaté avant la mise en place de la période de carence, c'est que certains hôpitaux s'arrangeaient pour réaliser une série de prestations à l'extérieur avant l'intervention proprement dite. Cela fausserait les calculs par rapport à ceux qui réalisaient tout intra-muros pendant le séjour hospitalier. C'était donc le but de l'introduction de la période de carence, de remettre un peu d'équilibre et d'équité au niveau de l'hôpital, notamment de l'hôpital de jour";
- un avis, donné par l'inspection des finances, selon lequel l'avant-projet n'appelle pas d'objections, donné le 11 octobre 2012;
- un accord du ministre du Budget, donné le 14 novembre 2012;

- à l'avis n° 52.399/2 donné le 12 décembre 2012 par la section de législation du Conseil d'État.

4.2. Le 18 décembre 2012, est donc adopté un arrêté royal portant exécution de l'article 56ter, § 1^{er}, et § 11, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, pour ce qui concerne les montants de référence par admission. Ses dispositions se lisent comme suit :

" Article 1^{er}. Conformément à l'article 56ter, § 1^{er}, dernière phrase de la loi, l'application des montants de référence est étendue, suivant les modalités fixées à l'article 56ter, § 1^{er}, première phrase, de la loi aux prestations dispensées au cours d'un séjour en milieu hospitalier qui donne lieu au paiement d'un forfait de journée, comme visé dans la convention en vigueur en application de l'article 46 de la loi, ou au cours de tout séjour donnant lieu au paiement d'un prix de journée d'hospitalisation à l'exception des prestations suivantes :
1° les prestations qui donnent lieu au paiement d'un mini-forfait visé dans la convention susvisée;
2° les prestations liées à l'utilisation de la salle de plâtre.

Art. 2. Conformément à l'article 56ter, § 11, 2°, pour le groupe de diagnostic défini au paragraphe 9, 1°, il est pris en compte, dans le cadre du calcul des montants de référence et de la dépense médiane, toutes les prestations appartenant aux groupes de prestations définies au paragraphe 8, réalisées au cours de la période de carence, définie comme étant les 30 jours qui précèdent une admission prise en considération pour le calcul des montants de référence.

Art. 3. Le présent arrêté s'applique aux admissions qui se clôturent après le 31 décembre 2012.

Art. 4. La ministre qui a la Santé publique dans ses attributions est chargée de l'exécution du présent arrêté".

Il s'agit de l'arrêté royal attaqué. L'article 1^{er} de cet arrêté royal rend donc le système des montants de référence applicable aux hospitalisations de jour, tandis que l'article 2 de l'arrêté rend ce même système applicable à la période de carence.

Il est publié au Moniteur belge le 28 décembre 2012 et est entré en vigueur le 7 janvier 2013.

Par application de son article 3, "le système des montants de référence – méthodologie 2009" a donc eu vocation à s'appliquer, pour les prestations visées à l'article 1^{er} de l'arrêté royal et pour la période de carence visée à l'article 2 de l'arrêté royal, à partir de l'année 2016, et ce pour les séjours 2013.

4.3. Le présent recours en annulation a déjà fait l'objet de l'arrêt n° 235.152 du 21 juin 2016, par lequel le Conseil d'État a déclaré non fondée la

première branche du troisième moyen, pris, notamment, de la violation des principes de non-rétroactivité et de sécurité juridique, et a, en conséquence, rouvert les débats.

5.1. Il convient encore de relever, qu'après la clôture des débats et la mise en délibéré de l'affaire:

- l'article 56ter de la loi AMI a été abrogé, avec effet au 1^{er} janvier 2019, par l'article 9 de la loi du 19 juillet 2018 relative au financement groupé des soins hospitaliers à basse variabilité;
- l'arrêté royal présentement attaqué a, lui-même, été abrogé, toujours avec effet au 1^{er} janvier 2019, par l'article 13 de cette même loi du 19 juillet 2018;
- les dispositions ainsi abrogées continuent cependant, en vertu de l'article 16 de cette même loi du 19 juillet 2018, à produire leurs effets pour les admissions qui prennent fin avant le 1^{er} janvier 2018.

5.2. Lors des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette loi du 19 juillet 2018, il a été précisé que le système des montants de référence "sera appliqué pour la dernière fois aux admissions 2017" et que, pour les admissions à partir de 2018, ce système est remplacé "par le financement au moyen du montant global prospectif par admission", nouveau mécanisme, intitulé "MGPA", introduit par cette même loi du 19 juillet 2018 (Doc. parl., Chambre, session 2017-2018, n° 54 3189/1, p. 10). De même, le maintien à titre transitoire des dispositions abrogées a pour effet que "[c]ompte tenu des délais pour la mise à disposition et la validation des données qui sont reprises dans le système des montants de référence, l'application du système peut donc, pour les séjours de l'année X être appliquée seulement pendant l'année X + 3 (*ibidem*, p. 12).

5.3. Il s'ensuit que les requérantes ou, à tout le moins, l'une d'entre elles, pourraient encore se voir imposer certains remboursements en 2020, et ce pour les admissions effectuées jusqu'au 31 décembre 2017.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un premier moyen, de la violation "par l'article 2 de l'arrêté attaqué de l'article 56ter, § 11, 3°, de la relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 [ci-après "loi AMI"]". Elles exposent qu'un des objectifs de la réforme de la loi du 19 décembre

2008 qui a modifié la loi AMI était de prévoir un système d'indicateurs sur la base de montants de référence pré-calculés afin de permettre aux hôpitaux d'adapter leur comportement et d'éviter d'être soumis à des pénalités. Elles écrivent qu'en intégrant, dans le système mis en place, les prestations effectuées durant la période de carence, le Roi n'a pas tenu compte de la nécessité de communiquer préalablement les indicateurs permettant aux hôpitaux d'adapter leurs pratiques. Elles précisent en ce sens que les montants pré-calculés tenant compte des prestations effectuées lors de la période de carence pour 2012 ne pourront pas être communiqués aux hôpitaux et qu'en conséquence, ceux-ci ne pourront pas adapter leurs pratiques en 2013, en vue d'éviter de devoir procéder à des remboursements en 2016.

B. Mémoire en réponse

Dans une première partie de sa réponse, la partie adverse argumente que le moyen est irrecevable. Elle fait état que de ce que la critique qui y figure est en réalité dirigée contre l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, qui détermine la manière dont les montants pré-calculés sont fixés. Elle ajoute que ce qui est critiqué par les requérantes, c'est que les montants pré-calculés pour l'année 2013 ne tiennent pas compte des prestations effectuées pendant la période de carence. Elle soutient que si ces montants ne tiennent pas compte de ces prestations, c'est parce qu'ils sont fixés de la manière prévue à l'article 56ter, § 11, 3°, précité. Elle écrit qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de juger de la constitutionnalité de la norme législative en vertu de laquelle sont fixées les modalités de fixations des indicateurs pré-calculés.

Subsidiairement, elle relève que le moyen n'a pas trait à l'extension du système aux périodes de carence, ni à ses modalités, mais que la critique qu'il formule contient pour seul et unique reproche la considération que le système mis en place est applicable aux admissions intervenues depuis le 1^{er} janvier 2013. Elle en déduit que le moyen est en réalité spécifiquement dirigé contre l'article 3 de l'arrêté royal attaqué.

Dans une seconde partie de sa réponse, la partie adverse argumente dans le sens que le moyen n'est pas fondé. Elle fait état à cet égard de ce que les montants pré-calculés «seront communiqués, à titre d'indicateurs, aux hôpitaux», que le simple fait que les requérantes estiment l'indicateur insuffisant, dès lors qu'il ne tient pas compte de prestations effectuées trois ans auparavant dans les périodes de carence, ne rend pas l'indicateur illégal, que les requérantes ne démontrent pas en quoi le seul fait que l'indicateur mis en place par l'article 56ter, § 11, 3°, ne tient pas compte de la période de carence serait illégal, qu'elles ne démontrent pas davantage, dans le chef du législateur ou du Roi, une obligation de reporter de trois années l'entrée en vigueur de son arrêté d'extension du système aux périodes de carence, issue de l'article 56ter, § 11, 3°, qu'à titre subsidiaire, s'il fallait considérer que les indicateurs sont des indices

contraignants ou créateurs de droit, il y aurait lieu de prendre en compte le mécanisme correcteur prévu pour tenir compte d'une éventuelle croissance importante des montants de référence entre l'année du «pré calcul» et ceux de l'année 5 considérée, principalement pour des raisons indépendantes des hôpitaux, que ce mécanisme est visé à l'article 56ter, § 11, 4°, que lorsque les données de l'année considérée seront disponibles, les montants de référence calculés sur la base des séjours 2013 seront comparés avec les montants de référence «pré calculés» communiqués fin 2012 sur la base des données 2009, que les montants de référence calculés sur la base de l'année 2013 seront retenus pour la suite du calcul s'ils sont supérieurs à ceux «pré calculés» et que, ce faisant, il n'apparaît pas que le Roi eût dû s'abstenir d'étendre le système des montants de référence à la période de carence à dater des admissions du 1^{er} janvier 2013.

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes répliquent que l'illégalité qu'elles dénoncent consiste bien en une violation, par l'article 2 de l'arrêté royal attaqué, de l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI. Elles en déduisent que le moyen est bien recevable.

Quant au fond, elles relèvent que le système des montants de référence pré-calculés permet aux institutions hospitalières d'adapter leur comportement pour éviter de devoir procéder ultérieurement à des remboursements. Elles écrivent qu'au 1^{er} janvier de chaque année, les institutions hospitalières reçoivent communication de montants pré-calculés sur la base des données connues les plus récentes. Elles ajoutent qu'au 1^{er} janvier 2013, les institutions hospitalières ont reçu communication de montants pré-calculés sur la base de l'année 2010; que cela leur permet d'adapter leur comportement pendant l'année afin d'éviter de devoir procéder à des remboursements en 2016; que les montants pré-calculés sont donc, en ce sens, dotés d'un effet juridique.

Elles réitèrent que les montants pré-calculés et communiqués aux institutions hospitalières au 1^{er} janvier 2013 ne tiennent pas compte des prestations effectuées en hospitalisation de jour et durant la période de carence, que cela signifie que durant l'année 2013, elles ne pourront pas adapter leur comportement en en tenant compte. Elles estiment que le Roi aurait dû intégrer cet aspect, en déterminant les modalités d'application de l'extension, notamment à la période de carence, comme cela était prévu par l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI. Elles écrivent que l'article 2 de l'arrêté royal attaqué omet de procéder à la détermination de ces modalités.

D. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

À titre principal, la partie adverse se réfère au rapport du membre de l'Auditorat dans lequel ce dernier a considéré que les parties requérantes n'ont pas d'intérêt au moyen, du fait qu'elles n'ont pas dû procéder [en 2016] à un remboursement pour des dépassements de montants de référence calculés sur la base des données de 2013, à savoir la première année d'application de l'arrêté royal attaqué.

À titre subsidiaire, la partie adverse conteste que le système, tel que mis en place, contreviendrait au principe de prévisibilité. Elle renvoie à cet égard à son mémoire en réponse (pages 23 et 24, mais également, concernant le principe de prévisibilité, pages 29 à 31). Elle fait valoir à cet égard ce qui suit:

" L'objectif de la mise en place des indicateurs est de permettre aux hôpitaux de situer plus facilement leurs dépenses par rapport à la moyenne nationale des dépenses des autres hôpitaux. Le fait de faciliter une prévisibilité — existante par ailleurs — n'est pas en soi l'indicateur d'un manque de prévisibilité du système antérieur. Les indicateurs, au contraire, n'ont pas pour objectif d'apporter une certitude chiffrée liée aux résultats calculés sur la base des chiffres réels de dépense. Or, comme la Cour constitutionnelle l'a jugé dans son arrêt 33/2014, «le juge *a quo* demande si le système des montants de référence prévu par la mesure en cause ("méthodologie 2006") est discriminatoire en raison de son application dans le temps : les hôpitaux et les prestataires de soins n'auraient pas connaissance, au moment de l'accomplissement des prestations, des critères de référence et des montants de référence qu'ils sont censés respecter, ce qui entraînerait éventuellement une différence de traitement non justifiée par rapport au système de calcul de 2009». Elle poursuit alors en précisant que «Le propre d'une nouvelle législation est d'établir une distinction entre les personnes relevant du champ d'application de l'ancienne législation ("méthodologie 2006") et les personnes relevant de la législation ultérieure ("méthodologie 2009")» et qu'«il ne peut par ailleurs être déduit de la simple modification d'une réglementation légale que l'ancienne législation serait inconstitutionnelle». Renvoyant à son arrêt 60/2010, la Cour précise alors dans son arrêt 33/2014, [que] «la Cour a observé qu'en prenant en compte un montant moyen des dépenses nationales, le législateur a préféré instaurer non pas un système *a priori* de forfait théorique, mais un système *a posteriori* de moyenne, qui tend ainsi à se rapprocher au maximum de la pratique en se fondant sur les montants qui ont réellement été facturés aux patients»".

La partie adverse poursuit en soutenant qu'en l'espèce, de même, le nouveau système prévu par l'arrêté attaqué améliore la prévisibilité du calcul des montants de référence. Le fait d'améliorer n'implique cependant pas qu'avant le système n'était pas prévisible. Au contraire, il est inhérent à une nouvelle réglementation d'améliorer le système antérieur. Le fait d'améliorer cette prévisibilité n'entraîne cependant pas que l'ancien régime n'était pas prévisible. Dans la mesure où, lors de la mise en œuvre du nouveau régime, l'élément complémentaire de prévisibilité qu'il introduit n'est pas directement accessible — et donc que l'information demeure limitée à celle qui prévalait sous l'ancien régime — cette

première année n'est pas plus que les années précédentes marquée par un déficit de prévisibilité.

E. Dernier mémoire des parties requérantes après rapport complémentaire

Tout en se référant à ce qui a été développé dans leur requête en annulation, dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, les parties requérantes font encore valoir ce qui suit:

" [...]. Les parties requérantes se rallient au raisonnement tenu par Monsieur le Premier auditeur dans son rapport complémentaire mais conteste que l'atteinte au principe de prévisibilité des montants de référence portée par l'arrêt royal se limiterait à la première année du système mis en place, de sorte que, n'ayant pas dû procéder à un remboursement pour l'activité de 2013 (première année du système), les parties requérantes ne disposeraient pas d'un intérêt à leur critique.
[...]. En effet, ce n'est pas que pour l'année 2013 que les indicateurs requis tenant compte des prestations effectuées durant la période de carence n'ont pas été communiqués avant le 1^{er} janvier de l'année prise en compte aux parties requérantes. Cette absence d'indicateurs a également eu lieu pour les années 2014 et 2015. Ce n'est qu'à la fin de l'année 2015, que les parties requérantes ont reçu pour la première fois des indicateurs tenant compte des données liées à la période de carence calculés sur base des données de 2013. Ces indicateurs communiqués aux hôpitaux fin 2015 seront pris en compte pour les montants de références calculés en 2019 sur base des données de 2016. Les hôpitaux, dont les parties requérantes, n'ont donc pas pu bénéficier des indicateurs requis (montants pré-calculés) pour les montants de référence qui seront calculés sur base des données des années 2014 et 2015. Ces montants seront calculés en 2017 pour les données de 2014 et en 2018 pour les données de 2015. Les parties requérantes sont donc toujours dans une situation inconnue concernant le sort qui sera le leur. Pour illustrer leur raisonnement, les parties requérantes communiquent ci-dessous un tableau synthétisant le calcul des montants de référence sur base des données de 2013, 2014 et 2015:

"

		Année de référence 2013	Année de référence 2014	Année de référence 2015
Calcul <i>a posteriori</i> des montants de référence	Début des sorties prises en compte pour le calcul <i>a posteriori</i>	1 ^{er} janvier 2013 (X)	1 ^{er} janvier 2014 (X)	1 ^{er} janvier 2015 (X)
	Fin des sorties prises en compte pour le calcul <i>a posteriori</i>	31 décembre 2013 (X)	31 décembre 2014 (X)	31 décembre 2015 (X)
	Calcul des montants de référence <i>a posteriori</i> et comparaison avec les montants précalculés	Janvier à mai 2016 (X+3)	Janvier à mai 2017 (X+3)	Janvier à mai 2018 (X+3)
	Communication des résultats aux hôpitaux	Septembre 2016 (X+3)	Septembre 2017 (X+3)	Septembre 2018 (X+3)
Pré-calcul	Début des sorties prises en compte	1 ^{er} janvier 2010 (X-3)	1 ^{er} janvier 2011 (X-3)	1 ^{er} janvier 2012 (X-3)

	pour le pré-calcul			
	Fin des sorties prises en compte pour le pré-calcul	31 décembre 2010 (X-3)	31 décembre 2011 (X-3)	31 décembre 2012 (X-3)
	Communication des montants de référence précalculés	Décembre 2012 (X-1)	Décembre 2013 (X-1)	Décembre 2014 (X-1)

".

Sur base de ce tableau, on se rend compte que ce n'est que pour l'année de référence 2016 qu'il sera possible de tenir compte des données de 2013 (et donc des prestations nouvellement prises en compte suite à l'arrêté royal attaqué) dans le calcul des montants de référence pré-calculés, alors que depuis 2016, les montants de référence calculés sur les données de 2013 tiennent compte des prestations effectuées durant la période de carence.

[...]. Il ressort dès lors de ce qui précède que les parties requérantes ont encore un intérêt à leur critique étant donné qu'elles risquent encore de devoir effectuer des remboursements pour des dépassements de montants de référence calculés sur base des données de 2014 et 2015.

[...]. Les parties requérantes souhaitent également indiquer qu'elles n'ont aucun moyen de contrôler les données qui leur sont communiquées et qui tiennent compte des prestations effectuées durant la période de carence. S'agissant en effet de prestations qui peuvent être effectuées en dehors de l'hôpital par des prestataires qui ne sont pas liés à l'hôpital, les parties requérantes ne peuvent pas contrôler les données qu'on leur communique et sur base desquelles les montants qui pourraient être portés à leur charge seront calculés. Ainsi, les parties requérantes indiquent que pour les montants pré-calculés qui leur ont été communiqués fin 2015 sur base des données 2013, les dépenses des organismes assureurs ont été réparties en fonction de l'origine des dépenses, à savoir : hospitalisation classique, hospitalisation de jour et période de carence soit 30 jours avant l'hospitalisation. Or, pour cette dernière catégorie, l'hôpital n'a aucun moyen de contrôler le montant qui lui est attribué étant donné qu'il s'agit également de prestations qui sont effectuées en dehors de l'hôpital.

[...]. L'arrêté royal attaqué porte donc clairement atteinte au principe de prévisibilité des montants de référence qui découle de l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI du 14 juillet 1994.

[...]. Le premier moyen doit dès lors être reconnu fondé".

IV.2. Décision

1. Il résulte clairement des divers écrits de procédure, et notamment de leur dernier mémoire après rapport complémentaire (voir *in fine* des développements du premier moyen), que les parties requérantes font valoir que l'arrêté royal attaqué porte atteinte au principe de prévisibilité des montants de référence, tel que ce principe découle de l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi relative à l'assurance obligatoire des soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (ci-après, la "loi AMI"). À ce titre, les requérantes exposent que le fait pour l'arrêté royal attaqué d'avoir vocation à s'appliquer pour les séjours 2013 a pour conséquence qu'elles n'ont pas pu bénéficier, comme le prévoit l'article 56ter, § 11, 3°, précité, de la

communication des indicateurs requis (montants pré-calculés), et ce pour les années de référence 2013 à 2015.

Il s'ensuit que la première exception d'irrecevabilité invoquée par la partie adverse, à savoir que le moyen serait en réalité dirigé contre l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, ne peut être retenue.

2. En ce qu'il est par ailleurs fait reproche à l'article 2 de l'arrêté royal attaqué de ne pas avoir prévu, dans le respect de l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, les modalités concrètes d'extension du système des montants de référence à la période de carence, le premier moyen est bien recevable en ce qu'il n'est pas, contrairement à ce que fait valoir la partie adverse, " en réalité spécifiquement dirigé contre l'article 3 de cet arrêté royal". Autre chose est bien évidemment de savoir s'il convient ou non d'également prendre en considération l'article 3 de l'arrêté royal attaqué lors de l'examen au fond du premier moyen.

Il s'ensuit que la seconde exception d'irrecevabilité invoquée par la partie adverse, à savoir que le moyen serait en réalité dirigé contre le seul article 3 de l'arrêté royal attaqué, ne peut non plus être retenue.

3. Quant au fond, il convient de rappeler que la communication, d'année en année, de pré-indicateurs, n'a, en effet, été instaurée que lors de l'adoption du "système des montants de référence – méthodologie 2009".

L'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, disposait à cet effet:

" 3° Indépendamment de l'application du paragraphe 4, des montants de référence, tels que définis au paragraphe 3, seront pré-calculés sur base des données annuelles les plus récentes disponibles avant l'année d'application considérée par le paragraphe 4, alinéa 2. Ils seront communiqués, à titre d'indicateurs, aux hôpitaux avant le 1^{er} janvier de l'année d'application considérée".

Ainsi qu'il en a été fait état dans l'exposé des faits, le but poursuivi par cette nouvelle disposition est de permettre une pro-activité des hôpitaux par la communication, à titre d'"indicateur", d'un pré-calcul des montants de référence sur la base des données les plus récentes disponibles à ce moment-là, et ce afin de permettre aux hôpitaux d'adapter en temps utile leur comportement: un système annuel de *feed-back* est ainsi désormais prévu afin de permettre aux hôpitaux et aux prestataires de "corriger le tir" (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008 – 2009, 52 1491/6, p. 10).

Compte tenu de l'objectif tout à fait spécifique poursuivi par l'introduction de ce mécanisme des "pré-calculs", il convient tout d'abord de rappeler qu'un tel mécanisme n'était pas prévu auparavant, que ce soit dans le "système des montants de référence – méthodologie 2003" ou dans le "système des montants de référence méthodologie 2006". S'agissant de ces deux régimes, la Cour constitutionnelle a déjà été saisie, à diverses reprises, de la question de savoir s'il est admissible que les hôpitaux et les prestataires de service n'aient pas connaissance, au moment où les prestations sont fournies, des critères de référence et des montants de référence qu'ils sont censés respecter.

Dans son arrêt n° 60/2010 du 27 mai 2010, la Cour, au sujet du "système des montants de référence – méthodologie 2003", a mis l'accent sur ce que, "[En] prenant en compte un montant moyen des dépenses nationales, le législateur a préféré instaurer non pas un système *a priori* de forfait théorique, mais un système *a posteriori* de moyenne, qui tend ainsi à se rapprocher au maximum de la pratique, en se fondant sur les montants qui ont été réellement facturés aux patients; le montant de référence est ainsi considéré comme un indicateur des dépenses qui ont été réellement nécessaires au cours d'une année, pour le traitement de pathologies courantes" (considérant B.9.2).

Dans son arrêt n° 33/2014 du 27 février 2014, la Cour, après s'être référée à son arrêt n° 60/2010, a, notamment, rejeté l'argument pris de la discrimination du "système des montants de référence – méthodologie 2006", en raison de son application dans le temps, du fait que la mesure en cause ne fait pas de distinction entre ses destinataires, en ce qui concerne la communication des critères de référence et des montants de référence (considérant B.14.3).

Dans son arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017, la Cour constitutionnelle, s'agissant du "système des montants de référence – méthodologie 2006", a, cette fois, été amenée à examiner si, au regard des articles 10 et 11 ou 16 de la Constitution, combinés avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et combinés avec les principes généraux du droit et plus particulièrement le principe de sécurité juridique et de non-rétroactivité de la loi, il était ou non admissible que les montants de référence pour une année d'application ne soient connus des hôpitaux que trois années après que les prestations prises en considération pour le calcul des montants de référence ont été effectuées, ce qui les empêche d'adapter leur comportement en temps utile. La Cour a répondu par la négative en relevant:

- que "[P]ar définition, le résultat du calcul consistant à comparer des dépenses à la moyenne des dépenses correspondantes ne peut être connu qu'*a posteriori*, dès lors que le calcul ne peut être effectué qu'au moment où toutes les dépenses effectuées sur la période donnée peuvent être comptabilisées. Cette méthode engendre dès lors, nécessairement, un décalage entre le moment où les dépenses occasionnées par les pratiques thérapeutiques sont effectuées et celui où les montants de référence sont connus et où apparaît, le cas échéant, un écart entre les dépenses d'un hôpital et la moyenne des dépenses nationales" (considérant B.7.2);
- et que " (...) le décalage décrit en B.7.2 ne rend pas, en lui-même, la disposition contraire au principe de la sécurité juridique, qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes. En effet, dès lors que le principe du remboursement et la méthode de calcul des montants à rembourser sont connus au moment où les dépenses sont engagées, les acteurs du secteur des soins de santé savent qu'ils sont susceptibles d'être soumis à des demandes de remboursements et peuvent anticiper les conséquences de leur pratique, même s'ils ne peuvent connaître avec précision les montants qui devront être remboursés" (considérant B.7.3).

Par identité de motifs avec ceux qui ont été indiqués par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts précités, le moyen soulevé par les parties requérantes n'est pas fondé dans la mesure où il invoquerait une violation directe par l'arrêté royal attaqué des dispositions déjà examinées par la Cour constitutionnelle, mais au niveau cette fois de l'article 56*ter* de la loi AMI, et, en particulier, le principe général de droit de la sécurité juridique fondé sur un manque de prévisibilité suffisante de l'article 2 de l'arrêté royal.

4. Reste encore la question de déterminer si, comme le font également valoir les parties requérantes, le Roi, en ne prévoyant pas dans l'article 2 de l'arrêté royal attaqué une période d'attente de trois ans avant d'intégrer la période de carence (ou les hospitalisations de jour) dans le "système des montants de référence – méthodologie 2009", soit n'a pas correctement exécuté l'habilitation qui Lui a été conférée par l'article 56*ter*, § 11, 2°, de la loi AMI, soit a tout simplement outrepassé les limites de cette habilitation.

À cet égard, il convient tout d'abord d'observer que les montants pré-calculés prévus par l'article 56*ter*, § 11, 3°, de la loi AMI ne le sont qu'à titre de simples "indicateurs", de nature à permettre aux hôpitaux d'anticiper sur leur comportement. Ces "indicateurs" sont donc, par eux-mêmes, dépourvus de tout effet

juridique et ne préjugent en rien ni des montants de référence qui seront définitivement fixés ni des montants qui pourraient *in fine* être réclamés auprès des hôpitaux concernés, et ce après application éventuelle du "mécanisme correcteur" prévu par l'article 56ter, § 11, 4°, de la loi AMI – disposition sur laquelle se fonde expressément la partie adverse sans être d'aucune façon contredite sur ce point par les parties requérantes. Ces "indicateurs", introduits par l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, ont par ailleurs été appliqués pour les séjours 2009, le pré-calcul ayant été effectué sur la base des données 2005. Ceci s'explique par la circonstance que le législateur, indépendamment de l'habilitation conférée au Roi pour étendre le système à la période de carence (et aux hospitalisations de jour), n'a pas estimé nécessaire de prévoir lui-même, lors du remplacement de l'article 56ter de la loi AMI par l'article 50 de la loi du 19 décembre 2008 portant des dispositions diverses en matière de santé, une période de trois ans, à dater de l'entrée en vigueur de cette modification législative, pour mettre en place le système des "indicateurs", et ce indépendamment de l'extension de ce système à la période de carence (et aux hospitalisations de jour). Rien ne permet par ailleurs de considérer, en sens contraire, que le législateur aurait nécessairement voulu que soit établie une telle période d'attente de trois ans à l'occasion de l'extension du système des montants de référence à la période de carence (et aux hospitalisations de jour). Ceci ne peut en tout état de cause pas être déduit ni du texte même de l'article 56ter, § 11, 3°, de la loi AMI, lequel se réfère en effet à des pré-calculs effectués "sur la base des données actuelles les plus récentes disponibles avant l'année d'application considérée par le paragraphe 4, alinéa 2" du même article, ni des travaux préparatoires de cette disposition dont il a déjà été fait état dans l'exposé des faits du présent arrêt. De même, rien ne permet de considérer que le législateur aurait expressément voulu que, parmi les "modalités" que le Roi est habilité à fixer, en application de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI, lors de sa décision d'étendre le système des remboursements de référence à la période carence (et aux hospitalisations de jour), soit également prévue une période d'attente de trois ans dans l'application effective de cette extension.

Le moyen est, en conséquence, également non fondé en ce qu'il invoque un usage soit incomplet, soit abusif par le Roi de l'habilitation Lui conférée par l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI (ou par l'article 56ter, §1^{er}, dernière phrase, de la loi AMI pour ce qui concerne les hospitalisations de jour).

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un deuxième moyen, de la violation de l'article 4, § 1^{er}, 1^o et 2^o, et de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel ainsi que de l'article 56ter, § 11, 2^o, *in fine*, de la loi AMI.

Les parties requérantes font état de ce que l'article 56ter de la loi AMI prévoit que le Roi peut étendre le système des montants de référence et précise que le Roi fixe les modalités et la date d'application de cette extension. Elles écrivent que l'article 56ter, § 11, 2^o, *in fine*, de la même loi, prévoit aussi que le Roi peut déterminer la manière dont les données seront traitées. Elles font état de ce que selon les travaux parlementaires, il s'agit de déterminer la manière dont les données seront traitées au sens de la loi du 8 décembre 1992 précitée, que le Roi doit ainsi prévoir la manière dont les données doivent être collectées, conservées, utilisées, etc. Elles relèvent qu'en l'espèce, le Roi n'a pas établi les modalités de traitement de ces données à caractère personnel relatives à la santé, de telle sorte qu'aucune mesure n'est prise pour s'assurer du respect des conditions prévues par la loi du 8 décembre 1992 précitée. Elles mentionnent que le système actuel de couplage des données R.C.M. avec les données de facturation se fait par l'intermédiaire de tables de correspondance cryptées, fournies, d'une part, par l'hôpital et, d'autre part, par les organismes assureurs, que ces tables ne comportent aucun moyen d'identification du patient concerné et utilisent des données anonymes, que le seul moyen pour l'INAMI de collecter les dépenses ambulatoires du même patient serait de contraindre les organismes assureurs à identifier les patients concernés par les "A.P.R.-D.R.G" (à savoir les pathologies fréquentes et de sévérité faible) soumis aux montants de référence et donc de briser leur anonymat, ce qui serait contraire à l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 précitée. Elles écrivent que la "structure multipartite" a également indiqué dans son avis qu'il n'existe à ce jour aucun "identifiant patient unique", élément indispensable pour établir des rapports entre les prestations durant la période de carence et l'hospitalisation d'un même patient, que l'arrêté royal attaqué ne peut pas être appliqué en l'état, en l'absence de fixation des modalités de traitement des données à caractère personnel relatives à la santé.

B. Mémoire en réponse

Dans une première partie de sa réponse, la partie adverse argumente dans le sens que le moyen est irrecevable, dès lors que les requérantes ne disposent pas d'un intérêt personnel à la critique qu'elles formulent, leurs intérêts ne se confondant pas avec ceux des patients qu'elles traitent.

La partie adverse relève par ailleurs que si les requérantes constatent à juste titre que l'arrêté royal attaqué ne prévoit pas de mécanisme particulier de protection des données à caractère personnel, elles estiment également que "l'arrêté royal attaqué implique le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé des patients traités dans la période de 30 jours précédant l'admission et/ou traités en milieu hospitalier donnant lieu au paiement d'un forfait ou d'un prix de journée d'hospitalisation". Elle en déduit que les requérantes reconnaissent ainsi que ce n'est pas l'arrêté royal attaqué qui viole les articles 4 et 7 de la loi du 8 décembre 1992 précitée. Elle fait état de ce qu'un moyen qui n'est pas dirigé contre l'acte attaqué n'est pas recevable. Elle écrit encore qu'un traitement de données à caractère personnel est effectivement nécessaire à la réalisation d'une finalité "fixée par ou en vertu de la loi, en application de la sécurité sociale", que l'extension contestée du système des montants de référence est issue directement de l'article 56ter de la loi AMI qui prévoit pareille extension, que si c'est l'extension de la période de carence qui contrevient aux dispositions visées à l'appui du moyen, il faudra constater qu'elle est le fait de la loi elle-même, que le recours serait alors irrecevable car dirigé contre la loi.

La partie adverse fait encore valoir que le moyen est non fondé dès lors que l'article 56ter, § 11, 2°, *in fine*, de la loi AMI n'exige pas du Roi qu'il fixe les modalités du traitement de données à caractère personnel, qu'en l'espèce, il ne fait pas de doute que le traitement de données à caractère personnel de santé est permis, qu'en effet, si l'acte attaqué implique un traitement de données à caractère personnel, ce serait en application de l'article 56ter de la loi AMI, qu'en conséquence, outre que le moyen serait mal dirigé, le traitement est nécessaire à la réalisation d'une finalité fixée par ou en vertu de la loi, qu'au demeurant, les requérantes posent une pétition de principe selon laquelle le traitement de données serait nécessairement irrégulier et qu'un tel moyen, qui n'est nullement étayé, manque en droit et en fait.

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes répliquent, en ce qui concerne la recevabilité du moyen et leur intérêt, que les données à caractère personnel dont il est question ne sont pas uniquement celles des patients de l'hôpital, mais également celles des médecins

qui travaillent en leur sein. Elles font également état de ce qu'un hôpital est responsable de la protection de la vie privée des patients en vertu de l'article 30 de la loi sur les hôpitaux, ainsi que de l'article 10 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Elles estiment que l'hôpital doit garantir la protection de la vie privée des patients, notamment en ce qui concerne la protection des informations liées à la santé. Elles en déduisent qu'elles ont bien un intérêt à la critique qu'elles formulent.

Les parties requérantes écrivent également, qu'actuellement, les montants de référence sont calculés sur la base de tables de correspondance cryptées sur la base de données anonymes, que pour calculer les montants de référence sur la base des prestations effectuées dans le cadre de la période de carence, il est nécessaire de collecter les données ambulatoires du patient hospitalisé effectuées par d'autres prestataires de soins, que l'unique moyen pour obtenir ces données est de contraindre les organismes assureurs à identifier les patients concernés par les A.P.R.-D.R.G. soumis aux montants de référence et donc de briser l'anonymat, et ce afin de mettre en œuvre l'extension prévue par la loi. En conséquence, il est nécessaire de prévoir des modalités pour que le traitement des données effectuées soit conforme à la loi du 8 décembre 1992 précitée et ce n'est pas l'extension à la période de carence qui contrevient aux dispositions de cette loi, mais bien la mise en œuvre par l'arrêté royal incriminé d'un traitement des données relatif à cette extension sans que des modalités de protection de la vie privée ne soient établies.

Les parties requérantes font également valoir qu'il est important de s'assurer que le traitement ultérieur des données soit conforme aux finalités prévues pour le traitement initial, qu'il n'existe actuellement aucune finalité spécifiée, que l'arrêté royal attaqué étant déjà entré en vigueur, un traitement des données à caractère personnel a déjà eu lieu du fait de cette application immédiate de l'extension, qu'aucune modalité n'a été prise pour assurer la protection de ces données, avec cette conséquence que l'arrêté royal attaqué viole donc les articles précités de la loi du 8 décembre 1992.

À titre subsidiaire, s'il était reconnu que les modalités de traitement des données à caractère personnel pouvaient être fixées *a posteriori* par le Roi, les parties requérantes considèrent que l'arrêté royal ne pouvait en tout cas pas entrer en vigueur tant que de telles modalités n'avaient pas été fixées, que l'article 3 de l'arrêté attaqué viole dès lors la loi du 8 décembre 1992, qu'en conséquence, l'arrêté royal en ce qu'il entre immédiatement en vigueur sans avoir prévu de modalités spécifiques de traitement des données viole les dispositions invoquées dans le moyen.

D. Derniers mémoires des parties après rapport complémentaire

La partie adverse s'en réfère au rapport complémentaire déposé par le membre de l'Auditorat.

Les parties requérantes renvoient à ce qu'elles ont développé dans leurs précédents écrits de procédure.

V.2. Décision

1. En application de l'article 10 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient,

" § 1^{er}. Le patient a droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du praticien professionnel, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé.

Le patient a droit au respect de son intimité. Sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre de services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements.

§ 2. Aucune ingérence n'est autorisée dans l'exercice de ce droit sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers".

Par ailleurs, l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins dispose comme suit:

" Chaque hôpital respecte, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d'autres pratiques professionnelles de soins dans ses relations juridiques avec le patient. De plus, chaque hôpital veille à ce que les praticiens professionnels qui n'y travaillent pas sur la base d'un contrat de travail ou d'une nomination statutaire respectent les droits du patient.

Chaque hôpital veille à ce que toutes les plaintes liées au respect de l'alinéa précédent puissent être déposées auprès de la fonction de médiation prévue par l'article 71 afin d'y être traitées.

Le patient a le droit de recevoir les informations de l'hôpital concernant la nature des relations juridiques entre l'hôpital et les praticiens professionnels qui y travaillent. Le contenu des informations visées, ainsi que la façon dont celles-ci doivent être communiquées, sont déterminés par le Roi, après avis de la commission visée à l'article 16 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

L'hôpital est responsable des manquements commis par les praticiens professionnels qui y travaillent, en ce qui concerne le respect des droits du patient prévus dans la loi précitée du 22 août 2002, à moins que l'hôpital n'ait communiqué au patient, explicitement et préalablement à l'intervention du praticien professionnel, dans le cadre de la communication des informations visée à l'alinéa 3, qu'il n'était pas responsable de ce praticien professionnel, vu la nature des relations juridiques visées à l'alinéa 3. Une telle communication ne peut pas porter préjudice à d'autres dispositions légales relatives à la responsabilité pour les actes commis par autrui".

Ainsi que le font valoir les parties requérantes, les hôpitaux, en dehors même de toute législation relative à la protection de la vie privée dans le cadre du traitement de données à caractère personnel, se doivent de veiller à garantir la vie privée de leurs patients en application des articles 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins et 10 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Les hôpitaux sont de même tenus, tant en ce qui concerne leurs patients que les médecins qui travaillent en leur sein, de respecter la législation tant européenne que de droit interne relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, dans la mesure où ils traitent des données à caractère personnel relatives au traitement de données génétiques, biométriques ou concernant la santé.

Il s'ensuit que les parties requérantes ont bien intérêt au moyen tel que développé dans leur recours.

La première exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse doit en conséquence être rejetée.

2. S'il est par ailleurs vrai que la finalité de la récolte et du traitement de données à caractère personnel relatives à la période de carence est directement fixée par l'article 56*ter* de la loi AMI et non par l'arrêté royal attaqué, il n'en reste pas moins que ce que contestent les parties requérantes à l'appui de leur deuxième moyen, ce n'est pas la finalité en tant que telle, mais bien l'absence de modalités en application desquelles lesdites données sont recueillies et traitées. Ce faisant, le deuxième moyen de la requête n'est donc pas dirigé contre la loi elle-même, mais bien contre l'arrêté royal présentement attaqué.

La seconde exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse doit en conséquence être également rejetée.

3. Quant au fond, il est vrai, comme le font valoir les parties requérantes, qu'en premier lieu, l'arrêté royal attaqué ne fixe aucune modalité relative au traitement de données à caractère personnel nécessaire à la bonne exécution dudit arrêté, qu'en deuxième lieu une habilitation est conférée au Roi par l'article 56*ter*, § 11, 2°, dernière phrase, de la loi AMI afin de déterminer la manière dont doivent être traitées les données relatives à la période de carence et, qu'en troisième lieu, il a bien été indiqué, lors des travaux préparatoires et ainsi que le relèvent les parties requérantes, que ladite habilitation visait bien le traitement des données à caractère

personnel ainsi recueillies (*Doc. parl.*, Chambre, session 2008 – 2009, 52 1491/1-1491/1, p. 39).

Il n'en reste cependant pas moins que l'habilitation ainsi conférée au Roi n'est que facultative (le Roi "peut") et que rien ne permet de considérer, d'une part, que le Roi aurait obligatoirement dû faire usage de cette habilitation et, d'autre part, que cela aurait nécessairement dû être fait dans l'arrêté royal présentement attaqué.

Il s'ensuit, en premier lieu, que la seule circonstance que l'arrêté royal attaqué ne contient aucune disposition concernant le traitement des données à caractère personnel relatives à la période de carence n'implique pas, en soi, que cet arrêté royal serait illégal.

En deuxième lieu, rien n'interdit de penser, et les parties requérantes ne prétendent pas non plus le contraire, qu'entre le moment de l'adoption de l'article 56ter, remplacé, de la loi AMI et celui de l'adoption de l'arrêté royal attaqué, le Roi a pu considérer que d'autres dispositions règlent déjà, de manière suffisante, l'obligation de respect de la vie privée dans le traitement des données à caractère personnel relatives à la période de carence, auquel cas l'arrêté royal peut trouver à s'appliquer dans le respect desdites dispositions.

En troisième lieu, à supposer même qu'il n'existerait pas d'autres dispositions réglant déjà, de manière suffisante, l'obligation de respect de la vie privée dans le traitement des données à caractère personnel relatives à la période de carence, une telle situation n'impliquerait pas que l'arrêté royal présentement attaqué serait, en soi, illégal, mais bien que son exécution pourrait se heurter à un certain nombre de difficultés, voire même ne serait tout simplement pas possible, ce qui est un tout autre problème à examiner que celui de la légalité proprement dite de l'arrêté royal présentement attaqué.

Il résulte en conséquence des considérations qui précèdent que le deuxième moyen de la requête n'est pas fondé.

VI. Troisième moyen, seconde branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Comme déjà indiqué dans l'arrêt du Conseil d'État n° 235.152 du 21 juin 2016, les parties requérantes, à l'appui de leur troisième moyen pris " de la violation par [les] article[s] 2 et 3 de l'arrêté attaqué, des principes généraux de droit administratif et principalement du principe de bonne administration, du principe de non-rétroactivité et du principe de sécurité juridique, ainsi que de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI", développent une seconde branche fondée sur l'insécurité juridique qui s'attache à l'arrêté royal attaqué. Elles estiment en effet que cette insécurité juridique tient, d'une part, "à ce qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de modalité spécifique concernant notamment [...] les montants pré-calculés offrant aux hôpitaux la possibilité de connaître à l'avance leur situation et de modifier leur comportement afin de ne pas par la suite être pénalisés" et, d'autre part, à ce que "l'arrêté royal attaqué étend le système des montants de référence à la période de carence sans en fixer les modalités", et ce en dépit de ce que prévoit l'article 56ter, § 11, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse met tout d'abord l'accent sur ce que l'arrêté royal attaqué " a pour objet de modifier les modalités de calcul des montants de référence, en l'étendant aux hypothèses d'hospitalisation de jour et à la période de carence, en espérant de la sorte avoir pour effet d'inciter les hôpitaux à un comportement vertueux en termes d'accomplissements d'actes techniques, de biologie clinique et d'imagerie médicale".

La partie adverse estime ensuite que l'arrêté attaqué, outre qu'il ne viole pas le principe de non rétroactivité, ne viole pas davantage le principe de sécurité juridique.

En effet:

" [e]n l'espèce, l'acte attaqué consiste en la mise en œuvre d'une législation qui existe depuis plusieurs années. Plus encore, comme rappelé en préambule de la discussion des moyens, l'acte attaqué met en œuvre l'objet même de la demande de plusieurs hôpitaux, dont la seconde requérante.

[...]. Concrètement, il ne peut sérieusement être contesté que les hôpitaux peuvent prévoir à un degré raisonnable les conséquences de l'arrêté querellé au moment où cet acte est réalisé.

L'arrêté royal querellé a été publié au Moniteur belge du 28 décembre 2012 et s'applique, en vertu de l'article 3, aux admissions qui se clôturent après le 31 décembre 2012, soit à partir du 1^{er} janvier 2013.

Dès donc le 28 décembre 2012, l'hôpital sait que pour les admissions qui se clôturent à partir du 1^{er} janvier 2013, et jusqu'aux admissions qui se clôtureront à

partir 1^{er} janvier 2014, il devra «tenir compte» des prestations techniques, des actes de biologie clinique et des actes d'imagerie médicale, pour les groupes de diagnostic spécifiquement visés au §9, 1^o, aux fins de s'assurer de ne pas dépasser de plus de 10 % (soit de manière tout à fait significative) une moyenne nationale, dont on ne peut raisonnablement considérer qu'elle représente un standard de soins médiocre.

Il peut donc raisonnablement prévoir ses actes à tout le moins pour toutes les admissions à partir du 28 décembre 2012, soit l'écrasante majorité des admissions qui se clôturent entre le 1^{er} janvier 2013 et le 1^{er} janvier 2014.

[...]. Il est clair que la part d'actes techniques, de biologie médicale et d'imagerie médicale comprises dans les périodes de carence préalables au 28 décembre 2012, dans le compte total de ces actes sur l'année entière de calcul des montants de référence est extrêmement limitée.

Elle l'est d'autant, si l'on a égard au «groupe de diagnostic» spécifiquement considéré. La prise en considération des actes techniques, de biologie ou d'imagerie, posés *extra muros* durant la période de carence, ne rentre en ligne de compte que pour les «groupes de diagnostic» chirurgicaux, visés au § 9, 1^o.

Ces groupes de diagnostic ne concernent nullement des pathologies dont la durée d'hospitalisation est longue, contrairement à ce que tentent de laisser croire (sans référence toutefois au groupe de diagnostic visé) les parties requérantes.

Il s'agit d'intervention chirurgicale dites «de routine» (le mécanisme des montants de référence, comme le législateur a entendu le mettre en œuvre, et comme le constate d'ailleurs la Cour constitutionnelle, ne vise que pareilles interventions : ce sont les seules suffisamment standardisables) et sans degré de gravité majeur.

Pour prendre des exemples compris dans cette liste de groupes de diagnostic, il y a notamment l'accouchement par voie vaginale, la césarienne, ou encore la prostatectomie transurétrale. Lorsque ce type de pathologie nécessite une hospitalisation de plus de quelques jours, c'est alors que l'on se trouve dans un degré de sévérité particulier, non visé par le mécanisme des montants de référence, ou que l'on a à faire avec des séjours qualifiés d'«*outliers*» (cfr *supra* point 24) qui sont également exclus du calcul des montants de référence.

L'affirmation des parties requérantes suivant laquelle « l'effet rétroactif de l'arrêté attaqué [peut] remonter bien avant le 1^{er} décembre 2012 (moment minimum de l'effet rétroactif de l'arrêté à compter que l'admission ait lieu le 31 décembre 2012) » est donc inexacte.

[...]. En outre, depuis la mise en œuvre, en 2002, du mécanisme des montants de référence, les hôpitaux savent que leur pratique est susceptible d'être «comparée» à la pratique moyenne hospitalière en Belgique, pour des pathologies dites de «routine», et ne présentant aucun degré de gravité déterminé. Il n'est pas logique, à titre d'exemple, qu'une césarienne coûte 1.000 euros à la sécurité sociale dans l'hôpital A et 2.000 euros dans l'hôpital B. Tel est précisément l'objet du système des montants de référence et tel est précisément ce que la Cour des Comptes, le KCE, la Cour Constitutionnelle et la Commission européenne ont jugé utile ou valide.

Depuis les modifications intervenues en 2008, les hôpitaux savent parfaitement que la prise en considération de la période de carence se prépare activement. Votre Conseil constatera d'ailleurs à cet égard, en ce qui concerne la seconde partie requérante, qu'elle a, à plusieurs reprises, quereller en justice le fait que tel n'était jusqu'à aujourd'hui, pas le cas.

Les hôpitaux se préparent ou peuvent se préparer activement, depuis longtemps, à la prise en considération de la période de carence.

[...]. Plus fondamentalement encore, pour être déraisonnablement affecté par la mesure, cela impliquerait que l'hôpital concerné dupliquât inutilement des prestations déjà réalisées pendant la période de carence. En d'autres termes, seuls des hôpitaux qui contournaient l'esprit de la loi pourraient être négativement affectés par l'application immédiate de la mesure.

Une telle attente qui consiste à pouvoir contourner l'esprit de la loi impunément *ad vitam* n'est évidemment pas une attente légitime. Ce n'est donc pas une attente légitime qui serait éventuellement méconnue.

[...]. Les hôpitaux ont bel et bien, à un degré raisonnable, pu prévoir les conséquences de l'arrêté attaqué au moment où il est entré en vigueur. Le moyen est non-fondé.

[...]. La partie adverse n'aperçoit pas en outre les «règles concrètes» que visent les parties requérantes qui devaient être précisées en exécution de l'article 56ter, § 11, 2°, qui eussent garanti aux hôpitaux une «sécurité juridique» majorée.

Les parties requérantes ne donnent aucun éclairage à cet égard.

Le moyen est non-fondé".

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes maintiennent que le manque de modalités qui entoure l'application de l'arrêté royal attaqué porte atteinte au principe de sécurité juridique.

Elles relèvent à cet égard ce qui suit:

" [...]. Des prestations effectuées pendant la période de carence par des prestataires externes seront prises en compte dans le calcul des montants à rembourser sans que les hôpitaux n'aient aucun moyen de contrôle sur ces prestations. Des modalités spécifiques auraient pu être prises à cet égard pour assurer la sécurité juridique et permettre aux hôpitaux de connaître les prestations effectuées auparavant par les prestataires externes.

[...]. La partie adverse indique que ce n'est pas le comportement des médecins externes à l'institution qui est visé par l'extension, mais bien le comportement de l'hôpital qui, nonobstant la réalisation d'examens techniques liés à l'hospitalisation réalisés antérieurement à l'admission, les feraient encore réaliser.

[...]. Les parties requérantes sont bien d'accord avec le principe visant à éviter une surconsommation, mais encore faut-il que les hôpitaux puissent être informés des prestations qui ont déjà été effectuées auparavant, ce qui n'est pas le cas actuellement. Si le patient ou le médecin traitant ne communique pas ces informations à l'hôpital, l'hôpital n'a aucun moyen d'en être informé. L'indication de la partie adverse démontre justement l'importance de définir des modalités pour permettre à l'hôpital d'être informé des prestations techniques effectuées durant la période de carence. Actuellement, aucune sécurité juridique n'est assurée pour les hôpitaux qui n'ont pas accès à ces données et qui sont donc tributaires du comportement des médecins externes sur lesquels ils n'ont aucun contrôle.

[...]. Enfin, cette absence de modalités concerne également les adaptations nécessaires quant au calcul des montants pré-calculés.

[...]. Le système des montants de référence pré-calculés permet à l'hôpital de pouvoir adapter son comportement pour éviter un remboursement futur. Au 1^{er} janvier de chaque année, l'hôpital reçoit un montant pré-calculé sur base des

données connues les plus récentes, à savoir trois ans auparavant. Ainsi, au 1^{er} janvier 2013, l'hôpital a reçu des montants pré-calculés sur base de l'année 2010.

[...]. Cela permet ainsi à l'hôpital d'adopter son comportement lors de l'année (ici 2013), afin d'éviter un remboursement futur lors du calcul du montant de référence définitif en 2016.

[...]. Le montant pré-calculé sera pris en compte pour calculer le montant de référence définitif. Une adaptation pourra cependant avoir lieu notamment afin de tenir compte d'une éventuelle croissance importante des montants de référence entre l'année du « pré-calcul » et ceux de l'année considérée, principalement pour des raisons indépendantes des hôpitaux (augmentation ou changement de la nomenclature, nouvelles techniques,). Le montant de référence définitif pourra ainsi être supérieur à celui pré-calculé.

[...]. Les montants pré-calculés et communiqués aux hôpitaux au 1^{er} janvier 2013 ne tiennent pas compte des prestations effectuées en hospitalisation de jour et durant la période de carence. Cela signifie donc que durant l'année 2013, les hôpitaux ne pourront pas adapter leur comportement en tenant compte de cet aspect, alors que ces prestations effectuées en hospitalisation de jour et durant la période de carence seront prises en compte pour la sélection des hôpitaux devant rembourser.

[...]. Le Roi aurait donc dû tenir compte de ces aspects en fixant les modalités d'application de l'extension comme cela était prévu par l'article 56^{ter}, § 11, 2°. En n'agissant pas de la sorte, l'arrêté royal attaqué viole l'article 56^{ter}, § 11, 2°, de la loi AMI, ainsi que le principe de sécurité juridique".

D. Dernier mémoire des parties requérantes

Indépendamment des différents griefs que soulèvent les parties requérantes en ce qui concerne la prétendue violation du principe de non-rétroactivité, griefs qui ont été définitivement considérés comme non fondés à la suite de l'arrêt du Conseil d'État n° 235.152 du 21 juin 2016, il peut être relevé que les parties requérantes, au regard de la violation alléguée du principe de sécurité juridique, mettent essentiellement en avant le fait que, d'une part, les hôpitaux n'ont pas la possibilité de pouvoir travailler sur le comportement prescripteur des médecins qui travaillent en leur sein, et que, d'autre part, les hôpitaux n'ont pas (eu) le temps de mettre en œuvre des systèmes afin de pouvoir avoir connaissance auprès des médecins qui travaillent à l'extérieur de l'hôpital des différentes prestations qui avaient déjà été effectuées durant la période de carence. Elles observent encore que "les hôpitaux n'ont pas (eu) la possibilité de discuter avec les médecins des possibilités pour modifier leur comportement et des possibilités pour leur permettre de prendre connaissance des prestations qui avaient [ont] auparavant été effectuées durant la période de carence" et que " [p]our qu'un système, tel que celui mis en œuvre par l'arrêté royal attaqué, puisse fonctionner sans affecter négativement l'hôpital, il est nécessaire de pouvoir mettre en œuvre un système de communication afin de permettre à l'hôpital de pouvoir savoir quelles prestations qui ont déjà été effectuées".

E. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

La partie adverse s'en réfère au rapport complémentaire déposé par le membre de l'Auditorat, dans lequel ce dernier considère que le troisième moyen, en sa seconde branche, n'est pas fondé.

F. Dernier mémoire des parties requérantes après rapport complémentaire

Tout en se référant à leurs précédents écrits de procédure, les parties requérantes observent encore ce qui suit:

" [...]. Les parties requérantes souhaitent également ajouter qu'il est intéressant de se référer à l'arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017 dans lequel la Cour constitutionnelle précise, pour décider dans le cas d'espèce qui lui était soumis que le principe de sécurité juridique n'était pas violé, qu'elle a pris en compte le fait que les requérants pouvaient anticiper les conséquences de leur pratique (voir point B.7.3), ce qui n'est absolument pas le cas pour les parties requérantes concernant les prestations effectuées en dehors de leur institution par des médecins qui ne sont pas liés à l'hôpital.

[...]. En l'espèce, ce n'est pas uniquement le fait que le Roi n'ait pas mis en œuvre des compétences qui lui sont attribuées qui pose problème, mais également la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal qui *de facto* a empêché les parties requérantes de pouvoir anticiper les conséquences de leur pratique. Notons d'ailleurs que même une date d'entrée en vigueur repoussée de trois ans n'aurait pas suffi à lever toute insécurité juridique du fait que certaines prestations prises en compte sont effectuées en dehors de l'hôpital par des médecins non liés à l'hôpital et ne peuvent donc pas être contrôlées et anticipées par l'hôpital.

[...]. L'arrêté royal attaqué porte donc atteinte au principe de sécurité juridique de sorte qu'il y a lieu de reconnaître la deuxième branche du troisième moyen fondé".

G. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

La partie adverse renvoie au rapport complémentaire déposé par le membre de l'Auditorat.

VI.2. Décision

1. Dans la mesure où les parties requérantes fondent leur argumentation sur l'absence de montants pré-calculés durant les trois premières années d'application du système des montants de référence à la période de carence (et aux hospitalisations de jour), ainsi que de l'insuffisance de prévisibilité du mode de pré-calcul, il est renvoyé à l'examen du premier moyen, dont il ressort que cette argumentation ne peut être retenue au regard d'une éventuelle violation alléguée du

principe de sécurité juridique, notamment du fait que l'intention du législateur, en établissant cette méthode de pré-calcul, a clairement été d'aider les hôpitaux à réexaminer dès que possible leur comportement avant même l'établissement des montants de référence définitifs pour une année donnée, et ce sans qu'aucun effet juridique ne soit lié, en tant que tel, à cette méthode de pré-calcul.

La seconde branche du troisième moyen n'est donc pas fondée en ce qu'elle repose sur cette argumentation.

2. Dans la mesure où les parties requérantes fondent leur argumentation sur l'insécurité qui préside quant à l'appréhension correcte des données à prendre en considération durant la période de carence (ou relatives aux hospitalisations de jour), il convient de rappeler que la Cour constitutionnelle, s'agissant de l'étendue de la prévisibilité du "système des montants de référence – méthodologie 2003" ou "méthodologie 2006" au regard des exigences du principe de sécurité juridique, s'est déjà exprimée comme suit:

- dans son arrêt n° 60/2010 du 27 mai 2010, la Cour, au sujet du "système des montants de référence – méthodologie 2003", a mis l'accent sur ce que, "[En] prenant en compte un montant moyen des dépenses nationales, le législateur a préféré instaurer non pas un système *a priori* de forfait théorique, mais un système *a posteriori* de moyenne, qui tend ainsi à se rapprocher au maximum de la pratique, en se fondant sur les montants qui ont été réellement facturés aux patients; le montant de référence est ainsi considéré comme un indicateur des dépenses qui ont été réellement nécessaires au cours d'une année, pour le traitement de pathologies courantes" (considérant B.9.2);
- alors que, dans son arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017, la Cour, au sujet du "système des montants de référence – méthodologie 2006", a considéré qu'il est admissible que les montants de référence pour une année d'application ne soient connus des hôpitaux que trois années après que les prestations prises en considération pour le calcul des montants de référence ont été effectuées: "[P]ar définition, le résultat du calcul consistant à comparer des dépenses à la moyenne des dépenses correspondantes ne peut être connu qu'*a posteriori*, dès lors que le calcul ne peut être effectué qu'au moment où toutes les dépenses effectuées sur la période donnée peuvent être comptabilisées. Cette méthode engendre dès lors, nécessairement, un décalage entre le moment où les dépenses occasionnées par les pratiques thérapeutiques sont effectuées et celui où les montants de référence sont connus et où apparaît, le cas échéant, un écart entre les dépenses d'un hôpital et la moyenne des dépenses nationales" (considérant B.7.2); "[...] le décalage décrit en B.7.2 ne rend

pas, en lui-même, la disposition contraire au principe de la sécurité juridique, qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes. En effet, dès lors que le principe du remboursement et la méthode de calcul des montants à rembourser sont connus au moment où les dépenses sont engagées, les acteurs du secteur des soins de santé savent qu'ils sont susceptibles d'être soumis à des demandes de remboursements et peuvent anticiper les conséquences de leur pratique, même s'ils ne peuvent connaître avec précision les montants qui devront être remboursés" (considérant B.7.3).

De même, appelée à se prononcer sur le reproche formulé de ce que le législateur n'aurait pas tenu compte de certaines catégories spécifiques d'hôpitaux lors de l'établissement du système des montants de référence, la Cour constitutionnelle a considéré:

- que la meilleure façon d'atteindre l'objectif poursuivi par l'instauration du système des montants de référence est "d'utiliser une réglementation simple à contrôler qui permet de déterminer avec un degré de certitude élevé les dépenses afférentes à certaines prestations" (C.C., arrêt n° 33/2014 du 27 février 2014, considérant B.16.3);
- et que l'on ne saurait, par exemple, pas "reprocher au législateur, eu égard à la grande diversité des situations qui peuvent se rencontrer dans la pratique, de ne pas avoir prévu une catégorie spécifique d'hôpitaux, à savoir la catégorie des hôpitaux qui disposent d'un centre de revalidation" (*ibidem*; C.C., arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017, considérant B.16.3).

En conséquence, et par identité de motifs avec ceux exposés par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts précités, il y a lieu de considérer que la seconde branche du troisième moyen n'est pas fondée, en ce qu'elle repose sur l'argumentation selon laquelle l'insécurité juridique du système mis en place reposerait sur l'impossibilité de pouvoir appréhender de manière correcte les données à prendre en considération durant la période de carence (ou relatives aux hospitalisations de jour).

3. Dans la mesure où les parties requérantes font valoir que le Roi n'aurait pas exécuté de manière adéquate l'habilitation qui Lui a été conférée par l'article 56ter, § 11, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi AMI, du fait qu'il n'aurait pas été fixé de modalités d'application concrète afin de tenir compte des prestations effectuées pendant la période de carence par des prestataires externes sur lesquels les hôpitaux n'ont aucun moyen de contrôle, il convient tout d'abord d'observer que l'article 56ter, § 11, 2°, alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi AMI n'"oblige" pas le Roi à fixer les

modalités de prise en compte de la période de carence dans le système des montants de référence, mais bien l'"autorise" à fixer de telles modalités.

La question se pose en conséquence de savoir si le Roi, en ne faisant pas usage de cette habilitation, notamment pour fixer les modalités de prise en compte des prestations effectuées pendant la période de carence par des prestataires externes sur lesquels les hôpitaux n'ont aucun moyen de contrôle, a ou non violé l'article 56ter, § 11, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi AMI.

À cet égard, il convient tout d'abord d'observer que le législateur, même en prévoyant certaines habilitations au Roi, a entendu réserver à Celui-ci un large pouvoir d'appréciation en la matière, ne fût-ce que par le fait qu'il n'a prévu que la possibilité pour le Roi de faire ou non usage de cette habilitation (le Roi "peut"). Il s'ensuit que le Roi, après examen de la situation, a pu estimer que la meilleure façon d'atteindre l'objectif prévu par le législateur est d'utiliser une réglementation simple à contrôler et qui permet de déterminer avec un degré de certitude élevé les dépenses afférentes à certaines prestations, y compris celles effectuées durant la période de carence.

En l'espèce, les parties requérantes ne reprochent en réalité au Roi que le fait de ne pas avoir fixé les modalités suivant lesquelles peuvent être prises en compte, dans la période de carence, les prestations effectuées pendant cette période par des prestataires externes à l'hôpital, notamment en instaurant envers les hôpitaux un système d'information préalable obligatoire de ces prestations.

Or, comme l'a relevé la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017, " [S]'agissant d'analyses, d'examens et de traitements pratiqués au bénéfice de patients hospitalisés, le législateur a pu raisonnablement considérer que les médecins ayant prescrit ces actes sont, dans la quasi-totalité des cas, des médecins attachés à l'hôpital concerné, de sorte que le mécanisme prévu [...] permet bien de viser les acteurs du secteur des soins de santé responsables du dépassement des dépenses de cet hôpital par rapport à la moyenne nationale" (considérant B.22.3).

Il s'ensuit que la critique des parties requérantes n'a de sens que dans la mesure, restreinte, où les prestations réalisées pendant la période de carence l'auraient été par des médecins qui n'ont aucun lien avec l'hôpital concerné.

Dans cette mesure, l'on n'aperçoit pas en quoi l'hôpital concerné, ne fût-ce que par une simple interrogation des patients et/ou une prise de contact avec les médecins externes concernés, ne pourrait pas être en état de s'informer de manière

anticipative, des prestations qui auraient été effectuées durant la période de carence en dehors de l'hôpital où a lieu l'hospitalisation, et ce afin d'anticiper sur son propre comportement pour l'avenir.

Il y a donc lieu de conclure que, même à défaut pour le Roi d'avoir fait effectivement usage de l'habilitation Lui conférée par l'article 56*ter*, § 11, 2°, de la loi AMI, les hôpitaux sont bel et bien à même de prévoir, avec un degré raisonnable de prévisibilité, les conséquences de l'application du système des montants de référence à la période de carence (et aux hospitalisations de jour). La faculté qu'avait le Roi de décider d'aller plus loin, en instaurant par exemple, comme le suggèrent les parties requérantes, un système automatique d'information des hôpitaux, aurait en effet pu être de nature à renforcer encore la sécurité juridique si elle avait été mise en œuvre, mais ceci ne permet cependant pas de considérer que le fait de ne pas avoir prévu une telle possibilité constituerait, en soi, tant une violation du principe de la sécurité juridique qu'une violation de l'article 56*ter*, § 11, 2°, de la loi AMI.

Dans cette mesure, la seconde branche du troisième moyen n'est pas non plus fondée.

4. En conclusion, la seconde branche du troisième moyen n'est pas fondée, quelle que soit l'argumentation sur laquelle elle repose.

VII. Quatrième moyen

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes soulèvent également un quatrième moyen, pris de la violation par l'article 2 de l'arrêté royal attaqué des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement.

Elles exposent que le système tel que prévu par l'arrêté attaqué pénalise les hôpitaux confrontés à un nombre élevé de prestations durant la période de carence, eu égard à ce que toutes les prestations effectuées pendant cette période de carence sont prises en considération, qu'il s'agisse de prestations effectuées sous le contrôle de l'hôpital où l'admission a eu lieu ou non, et que ces prestations aient ou non un lien médicalement établi avec la pathologie prise en charge par l'hôpital dans le cadre du système des montants de référence. Elles en déduisent que l'arrêté royal attaqué applique, de manière discriminatoire, un traitement défavorable aux hôpitaux

confrontés à un nombre élevé de prestations durant la période de carence. Elles font état de ce que, si un mécanisme correcteur est établi par l'article 56ter de la loi AMI consistant à réduire le montant du remboursement imposé aux hôpitaux retenus à concurrence des dépenses réelles réalisées au cours des admissions, ce mécanisme n'est appliqué que dans le cadre du calcul du remboursement et non dans la première phase du système définissant les hôpitaux pris en compte pour le remboursement, que pour comprendre la discrimination qui existe, il faut prendre en compte les différences existant entre les hôpitaux notamment en ce qui concerne leur situation géographique, la structure démographique de la population dans la région où ils se trouvent ou encore leur propre organisation, à savoir s'ils disposent ou non d'une polyclinique et s'ils ont organisé un système de perception centrale des honoraires ambulatoires, qu'en fonction de leur situation géographique, les hôpitaux ne seront pas confrontés au même nombre de dépenses ambulatoires, que la structure démographique de la région dans laquelle l'hôpital est situé aura également son importance, qu'un hôpital situé à la frontière du pays sera également favorisé, que l'hôpital au sein duquel de nombreuses prestations ont eu lieu durant la période de carence au sein de sa polyclinique par exemple sera traité de la même manière que celui qui a réalisé une admission mais pour laquelle les prestations pendant la période de carence ont été effectuées chez un autre prestataire de soins, que les hôpitaux au sein desquels auront eu lieu des admissions qui entrent en ligne de compte dans le cadre du système des montants de référence seront ainsi traités de manière identique, que les prestations pendant la période de carence aient eu lieu sous leur contrôle ou non.

Pour les parties requérantes, l'arrêté royal attaqué organise ainsi un déplacement de responsabilité vers l'hôpital où l'admission a eu lieu, les prestations réalisées pendant la période de carence étant prises en compte comme si elles avaient été réalisées sous le contrôle de l'hôpital. En ne prenant pas en compte la différence entre les hôpitaux, l'arrêté crée une discrimination entre ces derniers, qu'il traite de façon équivalente pour une situation différente, alors que cette situation différente devait être prise en compte, principalement car les hôpitaux pour lesquels de nombreuses prestations ont été réalisées en dehors de leurs murs pendant la période de carence n'auront pas la possibilité de bénéficier par la suite de la prise en compte de la modification de leur comportement pour le calcul des pénalités. Elles ajoutent que si l'hôpital est tenu responsable pour des prestations qu'il n'a pas lui-même effectuées, l'hôpital n'aura aucune possibilité de modifier son comportement pour éviter la pénalité et sera dépendant du comportement des prestataires externes, qu'une inégalité existe donc entre les hôpitaux qui pourront adapter leur comportement et les autres qui sont dépendants du comportement des prestataires extérieurs, qu'en ne distinguant pas la situation de ces groupes d'hôpitaux, l'arrêté attaqué crée une discrimination entre les

hôpitaux et ne les traite pas de manière équivalente en tenant compte de leur différence.

Les parties requérantes estiment à cet égard que la discrimination qu'elles dénoncent se trouve dans la loi que le Roi a exécutée, qui ne prévoit aucune exception au régime qu'elle met en place. Elles sollicitent en conséquence, pour les besoins de l'examen de leur moyen, que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour constitutionnelle :

- " L'article 56ter, § 11, 2°, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il a pour effet de soumettre les hôpitaux au même régime juridique, concernant le calcul des montants à rembourser dans le cadre du système des montants de référence, sans faire de distinction entre:
- d'une part, les hôpitaux dont les prestations ambulatoire prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sous leur contrôle avec un système de perception centrale des honoraires
 - et, d'autre part, les hôpitaux dont des prestations ambulatoires prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sans perception centrale et sur lesquelles ils n'ont aucun contrôle et également sans faire de distinction entre, d'une part, les hôpitaux situés à la frontière du pays au sein desquels des patients seront admis après avoir effectué des prestations ambulatoires à l'étranger et, d'autre part, les hôpitaux qui ne bénéficient pas de cette patientèle étrangère régulière ?".

B. Mémoire en réponse

Dans une première partie de sa réponse, la partie adverse argumente dans le sens que le moyen est irrecevable, au motif qu'il est dirigé non contre l'acte attaqué, mais contre la loi.

Quant au fondement du moyen, la partie adverse écrit que la prise en compte de la période de carence qui découle de l'arrêté royal attaqué a pour effet d'accentuer la précision du mécanisme de comparaison statistique entre différents hôpitaux, que les prestations prises en compte ne changent pas par rapport au mécanisme applicable jusqu'en 2012, que l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI précise clairement que "le Roi peut, pour le groupe de diagnostic défini au paragraphe 9, 1°, fixer les modalités et la date d'application" et qu'il "peut déterminer la manière dont ces données sont traitées", qu'en aucun cas, il ne s'agit là d'une obligation, et encore moins d'une obligation de définir des modalités dans un sens déterminé, que les travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 2008 précitée n'appuient pas davantage cette interprétation, qu'il ne découle pas de ces extraits que le Roi avait l'obligation d'adopter des modalités d'exécution spécifiques telles que celles proposées par les requérantes, qu'en l'espèce, le Roi a décidé, après avis des organes compétents, que la définition de modalités d'application spécifique n'était pas

nécessaire, que, par ailleurs, seules les prestations relevant des trois groupes de prestations sont concernés, que les consultations et visites des médecins, les actes de dentisterie ou des praticiens de l'art infirmier ne sont pas concernés par la période de carence, qu'une solution alternative qui aurait consisté à ne prendre en considération que les prestations réalisées par les prestataires liés à l'hôpital a été rejetée par la Structure Multipartite, qu'il est faux de considérer que les coûts des radios ou des séances de kinés seront imputés à l'hôpital.

La partie adverse observe de même que le raisonnement des parties requérantes est artificiel, qu'il repose sur des comportements médicaux inadéquats et improbables, qu'il implique des comportements déviants et dangereux des hôpitaux pour démontrer que l'article 2 de l'arrêté royal attaqué viole la Constitution, que leur raisonnement est encore non fondé en ce qu'il présuppose que chaque hôpital serait le seul à voir ses patients subir ou bénéficier de soins pendant la période de carence, que le caractère raisonnable de cette approche est encore confirmé par les travaux du groupe de travail institué au sein de la Structure multipartite, que pour établir une faute dans le chef du Roi, il convient pourtant que les parties requérantes établissent qu'un pouvoir public normalement prudent et diligent se devrait nécessairement de "traquer" de telles déviations comportementales dans le chef des médecins dans certaines zones géographiques du pays, qu'aucun cadastre des régions déviantes n'a pu ou dû être dressé, que c'est bien que statistiquement le problème inventé par les requérantes n'existe pas.

La partie adverse ajoute que, dans la mesure où l'article 56ter de la loi AMI n'a pas prévu d'obligation pour le Roi de fixer des modalités, l'absence de telle détermination, si elle était manifestement déraisonnable, résulterait de la loi, que, dès lors que le législateur n'a pas prévu de telle obligation, l'irrégularité proviendrait de la loi AMI, de sorte qu'il faudrait, pour pouvoir déclarer le moyen fondé, préalablement faire invalider l'article 56ter de la loi AMI, qu'à titre subsidiaire, la partie adverse propose donc au Conseil d'État, s'il devait estimer que l'absence de détermination de modalités est fautive, d'interroger la Cour constitutionnelle sur la question de savoir si l'article 56ter de la loi AMI, qui ne prévoit pas de telle disposition, n'est pas contraire aux libertés reconnues aux Belges. Qu'à cet égard, elle estime que le moyen n'est pas fondé, que les prestations transfrontalières seront également prises en compte puisque c'est bien la sécurité sociale du pays de résidence qui supportera le coût de la prestation réalisée à l'étranger, que la densité de population médicale ou la proximité de la frontière ne sont nullement de nature à influencer le calcul, que pour les prestations de base visées par le système des montants de référence, le système mis en place par l'acte attaqué vise à inclure les prestations particulières liées à l'hospitalisation dans le coût de celle-ci où qu'elle soient réalisées, que le moyen est

également non fondé en ce qu'il repose sur une prétendue discrimination dans les possibilités de contrôle des prestations ambulatoires, que le but de l'acte attaqué est de débusquer les doublons et les examens inutiles, que, par hypothèse, ces prestations seront prescrites par le chirurgien traitant dans l'hôpital concerné, qu'à tout le moins les prendra-t-il en compte préalablement à son intervention, que le contrôle est donc inhérent à la prestation qui s'opère en hôpital, de sorte que le contrôle est rigoureusement identique, que ce que le système des montants de référence identifie n'est donc pas le comportement des médecins ambulatoires mais le comportement des hôpitaux qui, nonobstant la réalisation d'examens techniques liés à l'hospitalisation réalisés antérieurement à l'admission, les feraient encore réaliser, que l'acte attaqué vise donc uniquement à forcer les hôpitaux à éviter de réaliser des examens techniques inutiles et onéreux et que le moyen, qui se fonde sur une prémisse inexacte, manque en droit et en fait.

C. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

La partie adverse soutient qu'il n'y a pas lieu de poser de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, et ce sur la base des considérations suivantes:

- " Comme expliqué dans les observations liminaires, la Cour constitutionnelle s'est déjà prononcée sur la constitutionnalité de l'article 56ter de la loi [AMI]. Les parties requérantes estiment qu'une discrimination pourrait exister en raison d'un traitement identique des hôpitaux. Les parties requérantes estiment que cette discrimination pourrait être la conséquence de la mise en place d'un système de perception centrale des honoraires au sein d'un hôpital, et pas au sein d'un autre. Cette discrimination pourrait également découler du fait que certains hôpitaux bénéficient d'une patientèle étrangère ayant bénéficié de prestations ambulatoires à l'étranger.

Dans son arrêt 15/2017, la cour constitutionnelle s'est prononcée dans le sens suivant :

«Il est vrai que le fait de réaliser des examens et analyses ou de prodiguer des soins ou traitements au patient qui va être ou qui a été hospitalisé, en dehors de la période d'hospitalisation, a pour effet de soustraire les dépenses correspondantes à la somme des dépenses occasionnées par l'hospitalisation et donc de diminuer l'ensemble des montants pris en considération par admission, pour l'hôpital concerné. Cet effet est toutefois la conséquence du choix de l'établissement hospitalier de décider d'agir de la sorte. Il relève du pouvoir de décision de chaque hôpital d'adopter ce type de politique, lorsque c'est envisageable sans diminuer la qualité des soins».

La Cour conclut que l'article 56ter n'établit pas de différence de traitement entre les hôpitaux, malgré un traitement identique de ceux-ci.

14. La Cour ayant déjà répondu à plusieurs questions préjudicielles similaires, il n'y a pas lieu de poser la question préjudicielle reprise ci-dessus.

En vertu de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle à la Cour, lorsque celle-ci a déjà statué sur une question ayant un objet identique".

D. Dernier mémoire des parties requérantes après rapport complémentaire

Tout en se référant à ses précédents écrits de procédure, les parties requérantes contestent que la Cour constitutionnelle se soit déjà prononcée sur la question que le membre de l'Auditorat propose de lui poser. En effet:

- " La Cour constitutionnelle n'a pas analysé à ce jour la constitutionnalité de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI du 14 juillet 1994 au regard des articles 10 et 11 de la Constitution sur base des éléments invoqués par les parties requérantes. Au contraire, dans son arrêt n° 15/2017 du 9 février 2017, la Cour constitutionnelle apporte des éléments complémentaires qui doivent être pris en considération lors de l'analyse des arguments développés par les parties requérantes. Ainsi, l'argument de la Cour constitutionnelle selon lequel les différences de situation entre les hôpitaux ne sont pas des différences essentielles qui obligeraient le législateur à établir des différences de traitement (voy. point B.16.1) ne peut pas s'appliquer tel quel à la présente affaire. En effet, l'appréciation de la différence de traitement créée entre les hôpitaux dans l'affaire qui était soumise à la Cour constitutionnelle ne tenait pas compte des prestations effectuées durant la période de carence. Les dispositions analysées par la Cour constitutionnelle ne prévoyaient pas de période de carence, ce que la Cour constitutionnelle a d'ailleurs reconnu comme n'étant pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution (voir considérant B.13).
19. Il faut également noter que l'extrait repris par la partie adverse dans son dernier mémoire ne tient pas non plus compte d'une situation dans laquelle les prestations effectuées durant la période de carence seraient prises en compte".

Tout en maintenant à titre principal que le moyen est fondé, les parties requérantes demandent, à titre subsidiaire, que la question préjudicielle, comme suggérée par le membre de l'Auditorat dans son rapport complémentaire soit posée à la Cour constitutionnelle.

VII. 2. Décision

1. S'il est vrai que le quatrième moyen de la requête est formellement dirigé contre l'article 2 de l'arrêté royal attaqué, il ressort cependant clairement des développements consacrés par les parties requérantes à ce moyen dans leurs divers écrits de procédure que celles-ci considèrent, contrairement à ce que fait valoir la partie adverse, que la discrimination alléguée trouve son fondement directement dans l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI et qu'il n'appartenait en conséquence pas au pouvoir du Roi, lorsqu'il a fait usage de l'habilitation Lui conférée par cette même disposition, de fixer des modalités d'application qui auraient pu avoir pour effet, en dérogeant au prescrit de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI, de faire disparaître la discrimination ainsi alléguée.

Ainsi interprété, le quatrième moyen de la requête est bien recevable même s'il est dirigé "contre la loi", du fait même qu'un éventuel constat

d'inconstitutionnalité de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI serait susceptible d'avoir une répercussion directe sur l'examen de la légalité de l'article 2 de l'arrêté royal attaqué.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse est, en conséquence, rejetée.

2. La question par ailleurs soulevée par la partie adverse de déterminer si c'est bien le Roi qui avait ou non l'obligation de fixer des "modalités d'application" de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI et, encore moins, celle de déterminer si le Roi avait ou non l'obligation de fixer de telles modalités dans un sens déterminé, est étrangère à l'examen au fond du quatrième moyen.

Il résulte en effet clairement tant de la formulation de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI, que des débats parlementaires y relatifs et dont il a déjà été fait état ci-avant, que le législateur a bien clairement entendu que soient prises en compte dans le cadre de la période de carence l'ensemble des prestations visées par la loi et réalisées durant cette période, sans que doive être établie une distinction entre les prestations qui auraient été effectuées soit dans ou sous le contrôle direct de l'hôpital où a eu lieu par la suite l'hospitalisation (les prestations "en internes") et celles qui auraient eu lieu "en externe" et sans aucun pouvoir de contrôle dudit hôpital à leur égard (les prestations "en externe").

Il n'y a en conséquence pas lieu d'examiner cette question.

3. Contrairement à ce que fait par ailleurs valoir la partie adverse, la discrimination alléguée par les parties requérantes ne repose pas non plus sur une prémisses inadéquates en ce sens que le contrôle opéré par les hôpitaux au regard de la période de carence serait identique, qu'il s'agisse de prestations "en interne" ou de prestations "en externe".

Il y a lieu au contraire de considérer que, comme l'affirment les parties requérantes, la nature du "contrôle" qui peut être exercé par les hôpitaux diffère bien selon que l'on se place dans l'une ou l'autre de ces deux situations.

Dans la première hypothèse (prestations "en interne"), il apparaît évident que l'hôpital a le pouvoir d'exercer un contrôle plus étendu à l'égard des prestations qui soit sont ou ont été directement effectuées en son sein, soit ont été réalisées par des médecins attachés à cet hôpital et donc également soumis au contrôle direct de l'hôpital. Dans une telle situation, l'hôpital a non seulement la possibilité d'être

directement informé des prestations réalisées ou à réaliser durant la période de carence, mais aussi d'intervenir de manière anticipative auprès des médecins concernés afin de les inviter à modifier leur comportement pour l'avenir. Les médecins concernés ont par ailleurs en tout état de cause intérêt à collaborer avec l'hôpital dont ils relèvent dès lors qu'ils pourraient *in fine* du processus d'application du système des montants de référence, être amenés à contribuer financièrement dans le montant du remboursement à effectuer par l'hôpital, et ce en application l'article 56ter, § 5, 2°, de la loi AMI.

Dans la seconde hypothèse (prestations "en externe"), l'hôpital n'a en effet aucune prise directe sur la manière dont de telles prestations sont ou ont été effectuées, avec cette conséquence qu'il ne peut, durant la période d'hospitalisation, qu'adopter son propre comportement et celui des médecins qui exercent en son sein, et ce le cas échéant *a posteriori* et en se fondant à cette fin sur les "indicateurs" pré-calculés qui lui ont été communiqués.

Il en résulte que la discrimination alléguée par les parties requérantes repose bien sur une prémisse exacte et que l'argumentation invoquée par la partie adverse à ce sujet ne peut être retenue.

4. Contrairement à ce qu'allègue également la partie adverse, les diverses questions préjudicielles ou le recours en annulation qui ont donné lieu aux arrêts de la Cour constitutionnelle évoqués ci-avant ne tendaient pas à ce qu'il soit statué sur une question ou sur un moyen qui aurait eu un objet identique à celui présentement soulevé par les parties requérantes dans le cadre du présent recours. La Cour constitutionnelle n'a en effet pas encore eu à se prononcer à ce jour ni au sujet de la prise en compte de la période de carence dans le système des montants de référence – mais bien au contraire sur la question de la non-prise en compte de cette période avant que ne soit adopté l'arrêté royal présentement attaqué –, ni au sujet de la discrimination précisément alléguée au sujet de cette prise en compte, ni non plus, que ce soit de manière directe ou indirecte, au regard de l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI.

Il n'y a en conséquence pas lieu de faire application dans le cas d'espèce de l'article 26, §2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

5. Quant au bien-fondé de la discrimination alléguée, il convient d'observer qu'il résulte des considérations qui précèdent, d'une part, que la différence de traitement entre "prestations internes" et "prestations externes", sur laquelle repose

la discrimination alléguée, est bien établie dans les faits et, d'autre part, qu'elle trouve directement son origine dans l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi AMI.

Il y a, en conséquence, bien lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle que formulent les parties requérantes.

Mais il convient toutefois de prendre également en considération la circonstance que l'article 56ter, § 5, 1°, b, de la loi AMI établit un mécanisme correcteur qui permet de réduire, le cas échéant, le montant du remboursement imposé à un hôpital à concurrence des "dépenses réelles afférentes aux admissions", même si les parties requérantes font valoir à cet égard que ce mécanisme n'est toutefois appliqué que dans le cadre du calcul du remboursement et non dans la première phase du système permettant d'établir la liste des hôpitaux qui sont pris en compte pour le remboursement.

En conclusion de ce qui précède, il convient de poser à la Cour constitutionnelle les deux questions préjudicielles suivantes:

1. l'article 56ter, § 11, 2°, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il a pour effet de soumettre les hôpitaux au même régime juridique, concernant le calcul des montants à rembourser dans le cadre du système des montants de référence, sans faire de distinction entre:

- d'une part, les hôpitaux dont les prestations ambulatoires prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sous leur contrôle avec un système de perception centrale des honoraires,
- et, d'autre part, les hôpitaux dont des prestations ambulatoires prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sans perception centrale et sur lesquelles ils n'ont aucun contrôle et également sans faire de distinction entre, d'une part, les hôpitaux situés à la frontière du pays au sein desquels des patients seront admis après avoir effectué des prestations ambulatoires à l'étranger et, d'autre part, les hôpitaux qui ne bénéficient pas de cette patientèle étrangère régulière ?;

2. dans l'hypothèse où il serait répondu de manière positive à la première question, faut-il considérer qu'il en serait toujours ainsi compte tenu de l'instauration par l'article 56ter, § 5, 1°, b, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, d'un mécanisme correcteur de nature à

permettre de réduire, le cas échéant, le montant du remboursement imposé à un hôpital à concurrence des "dépenses réelles afférentes aux admissions"?

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

Les questions suivantes sont posées à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle :

1. l'article 56^{ter}, § 11, 2°, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il a pour effet de soumettre les hôpitaux au même régime juridique, concernant le calcul des montants à rembourser dans le cadre du système des montants de référence, sans faire de distinction entre:

- d'une part, les hôpitaux dont les prestations ambulatoires prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sous leur contrôle avec un système de perception centrale des honoraires,
- et, d'autre part, les hôpitaux dont des prestations ambulatoires prises en compte durant la période de carence pour le calcul des montants à rembourser sont effectuées sans perception centrale et sur lesquelles ils n'ont aucun contrôle et également sans faire de distinction entre, d'une part, les hôpitaux situés à la frontière du pays au sein desquels des patients seront admis après avoir effectué des prestations ambulatoires à l'étranger et, d'autre part, les hôpitaux qui ne bénéficient pas de cette patientèle étrangère régulière ?;

2. dans l'hypothèse où il serait répondu de manière positive à la première question, faut-il considérer qu'il en serait toujours ainsi compte tenu de l'instauration par l'article 56^{ter}, § 5, 1°, b, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, d'un mécanisme correcteur de nature à permettre de réduire, le cas échéant, le montant du remboursement imposé à un hôpital à concurrence des "dépenses réelles afférentes aux admissions"?

Article 3.

Sur le vu des réponses données aux questions par la Cour constitutionnelle, le membre de l'Auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 4.

À dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-huit février deux mille dix-neuf par :

MM. Jacques JAUMOTTE	président du Conseil d'État,
Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.