

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.133/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 9 februari 2005 door de Minister van Sociale Zaken verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, § 17 en artikel 165, laatste lid van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994", heeft op 15 februari 2005 het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd

"par le fait que le présent arrêté doit être publié dans les plus brefs délais aux fins d'harmoniser les dispositions de l'arrêté avec la facturation telle qu'elle est appliquée sur le terrain depuis le 1^{er} mai 2004 et de réaliser le plus rapidement possible l'incidence financière positive qui y est liée, vu l'évolution observée actuellement en matière de dépenses des spécialités sur les deux premiers mois de l'année 2004 à concurrence de 475.258 mille euros, soit un accroissement de 6,86 % par rapport de l'année en cours".

De Raad van State, afdeling wetgeving, acht het nuttig om er in verband met de aangehaalde motivering op te wijzen dat deze naderhand op haar deugdelijkheid zal kunnen worden getoetst door zowel de Raad van State, afdeling administratie, als de hoven en de rechtbanken.

*

* *

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Met de wijzigingen die het om advies voorgelegde ontwerp beoogt aan te brengen in het koninklijk besluit van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, § 17, en artikel 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, worden in essentie twee doeleinden nagestreefd.

In de eerste plaats wordt in de bepalingen van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 waarin melding wordt gemaakt van een vermindering van de basis waarop de verzekeringstegemoetkoming wordt berekend, ingeschreven dat de vermindering betrekking heeft op de verzekeringstegemoetkoming zelf. Op die wijze wordt in het koninklijk besluit de berekeningswijze van de vermindering omschreven zoals die in de praktijk al toepassing vindt.

In de tweede plaats wordt de toepassing van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 uitgebreid tot de farmaceutische specialiteiten die zijn opgenomen in het eerste deel van de lijst gevoegd bij het koninklijk besluit van 24 maart 2004 ¹. Ook die wijziging van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 houdt de bevestiging in van een reeds toegepaste praktijk, aangezien bij de berekening van de vermindering nu al rekening wordt gehouden met de betrokken categorie van farmaceutische specialiteiten.

De ontworpen wijzigingen van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 hebben uitwerking met ingang van 1 mei 2004 (artikel 8 van het ontwerp).

2. In het eerste lid van de aanhef van het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit wordt, als rechtsgrond, gerefereerd aan de artikelen 37, § 17, en 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

De ontworpen regeling doet niettemin een probleem rijzen wat de overeenstemming ervan betreft met het bepaalde in artikel 165, laatste lid, van de gecoördineerde wet.

Deze laatste wetsbepaling luidt:

¹Koninklijk besluit van 24 maart 2004 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder het Verzekeringscomité overeenkomsten kan sluiten in het kader van een experimentele financiering van contraceptiva voor jongeren met toepassing van artikel 56, § 2, eerste lid, 1°, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, voor de jaren 2004, 2005 en 2006.

"De Koning kan bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, bepalen dat voor de in artikel 34, 5°, bedoelde verstrekkingen de basis waarop de verzekeringstegemoetkoming door de erkende tarifieringsdiensten wordt berekend die de verzekeringsinstellingen verschuldigd zijn aan de apothekers met een voor het publiek toegankelijke officina en aan de geneesheren die een vergunning hebben om een geneesmiddelen depot te houden, verminderd wordt met maximaal 15 % van het bedrag van het persoonlijk aandeel dat voor rekening van de rechthebbende wordt gelaten, zoals bedoeld in artikel 37, § 2 en § 4".

Er moet worden vastgesteld dat de wijzigingen die zijn vervat in de artikelen 2, 3, 1°, en 4 tot 7, inhouden dat de beoogde vermindering geen betrekking heeft op "de basis waarop de verzekeringstegemoetkoming door de erkende tarifieringsdiensten wordt berekend", zoals in artikel 165, laatste lid, van de gecoördineerde wet nochtans wordt voorgeschreven, maar wel op de verzekeringstegemoetkoming zelf. De ontworpen regeling is op dat punt derhalve niet in overeenstemming met de laatstgenoemde bepaling, en ontbeert derhalve de noodzakelijke rechtsgrond. Teneinde dat te verhelpen, dient de voornoemde wetsbepaling te worden aangepast in de zin zoals bedoeld in het ontwerp ².

TERUGWERKENDE KRACHT

De ontworpen regeling werkt terug tot 1 mei 2004. Het is niet duidelijk waarom precies voor die datum van inwerkingtreding wordt geopteerd ³.

Dergelijke retroactiviteit is daarenboven niet toelaatbaar in zover er mee afbreuk dreigt te worden gedaan aan bepaalde verworven rechten van de betrokken apothekers. Dat lijkt het geval te zijn aangezien, enerzijds, de uitkomst van de toepassing van het verminderingspercentage, bedoeld in het ontwerp, minder gunstig is dan thans onder gelding van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 het geval is en, anderzijds, de

²De stellers van het ontwerp zouden het door hen nagestreefde oogmerk weliswaar kunnen bereiken zonder wijziging van artikel 165, laatste lid, van de gecoördineerde wet, indien het verminderingspercentage, bedoeld in het koninklijk besluit van 29 maart 2002, op zodanige wijze zou worden aangepast dat het resultaat van de vermindering feitelijk overeenstemt met de vermindering die voortvloeit uit de al in de praktijk gehanteerde berekeningswijze. Daartoe zou het ontwerp echter grondig moeten worden herwerkt.

³Het reeds genoemde koninklijk besluit van 24 maart 2004 is alvast op een andere datum in werking getreden, namelijk op 1 april 2004.

in het koninklijk besluit van 24 maart 2004 bedoelde farmaceutische specialiteiten thans niet in rekening kunnen worden gebracht voor de toepassing van de vermindering.

De vaststelling dat de ontworpen regeling ertoe strekt om een reeds in de praktijk toegepaste werkwijze in de reglementering te integreren, kan niet verhelpen dat de terugwerkende kracht juridische bezwaren oproept en om die reden achterwege moet worden gelaten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren M. VAN DAMME, kamervoorzitter,

J. BAERT,
J. SMETS, staatsraden,

W. GEURTS, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. VAN VAERENBERGH, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

W. GEURTS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.133/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Affaires sociales, le 9 février 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 29 mars 2002 portant application de l'article 37, § 17 et de l'article 165, dernier alinéa de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994", a donné le 15 février 2005 l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"par le fait que le présent arrêté doit être publié dans les plus brefs délais aux fins d'harmoniser les dispositions de l'arrêté avec la facturation telle qu'elle est appliquée sur le terrain depuis le 1^{er} mai 2004 et de réaliser le plus rapidement possible l'incidence financière positive qui y est liée, vu l'évolution observée actuellement en matière de dépenses des spécialités sur les deux premiers mois de l'année 2004 à concurrence de 475.258 mille euros, soit un accroissement de 6,86 % par rapport de l'année en cours".

Le Conseil d'État, section de législation, estime devoir souligner que l'adéquation de la motivation recitée pourra être contrôlée *a posteriori*, tant par le Conseil d'État, section d'administration, que par les cours et tribunaux.

*

* *

Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Les modifications que le projet soumis pour avis vise à apporter à l'arrêté royal du 29 mars 2002 portant application de l'article 37, § 17, et de l'article 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, poursuivent essentiellement deux objectifs.

En premier lieu, les dispositions de l'arrêté royal du 29 mars 2002 prévoyant une diminution de la base sur laquelle est calculée l'intervention de l'assurance précisent que la diminution porte sur l'intervention de l'assurance même. L'arrêté royal définit ainsi le mode de calcul de la diminution tel qu'il est déjà appliqué dans la pratique.

En deuxième lieu, l'application de l'arrêté royal du 29 mars 2002 est étendue aux spécialités pharmaceutiques figurant dans la première partie de la liste annexée à l'arrêté royal du 24 mars 2004 ¹. Cette modification de l'arrêté royal du 29 mars 2002 implique également la confirmation d'une pratique déjà d'application, étant donné qu'il est déjà tenu compte pour le calcul de la diminution de la catégorie concernée des spécialités pharmaceutiques.

Les modifications en projet de l'arrêté royal du 29 mars 2002 produisent leurs effets le 1^{er} mai 2004 (article 8 du projet).

2. Le premier alinéa du préambule du projet d'arrêté royal soumis pour avis mentionne à titre de fondement juridique les articles 37, § 17, et 165, dernier alinéa, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

Le texte en projet soulève néanmoins un problème de conformité avec la règle énoncée à l'article 165, dernier alinéa, de la loi coordonnée.

Cette dernière disposition s'énonce comme suit:

"Le Roi peut déterminer par arrêté en conseil des Ministres que pour les fournitures visées à l'article 34, 5°, la base sur laquelle est calculée par les offices de tarification l'intervention de l'assurance due par les organismes assureurs aux pharmaciens tenant officines ouvertes au public et aux médecins autorisés à tenir

1

Arrêté royal du 24 mars 2004 fixant les conditions dans lesquelles le Comité de l'assurance peut conclure des conventions dans le cadre d'un financement expérimental de contraceptifs pour les jeunes en application de l'article 56, § 2, alinéa premier, 1°, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, pour les années 2004, 2005 et 2006.

un dépôt de médicaments, est diminuée de maximum 15 % du montant de l'intervention personnelle qui est laissé à charge des bénéficiaires, telle que visée à l'article 37, § 2 et § 4".

Il faut constater que les modifications prévues par les articles 2, 3, 1°, et 4 à 7 impliquent que la diminution visée ne porte pas sur "la base sur laquelle est calculée par les offices de tarification l'intervention de l'assurance", comme le prescrit pourtant l'article 165, dernier alinéa, de la loi coordonnée, mais sur l'intervention de l'assurance même. Sur ce point, le texte en projet ne s'accorde donc pas avec la dernière disposition citée et est par conséquent dépourvu du fondement juridique nécessaire. Afin d'y remédier, il faut adapter la disposition légale précitée dans le sens visé par le projet ².

RÉTROACTIVITÉ

Les dispositions en projet rétroagissent au 1^{er} mai 2004. On n'aperçoit pas la raison pour laquelle cette date d'entrée en vigueur a précisément été choisie ³.

Une telle rétroactivité n'est en outre pas admissible, dans la mesure où elle risque de porter atteinte à certains droits acquis des pharmaciens concernés. Cela paraît être le cas étant donné que, d'une part, le résultat de l'application du pourcentage de diminution visé dans le projet est moins favorable qu'actuellement sous l'empire de l'arrêté royal du 29 mars 2002 et, d'autre part, les spécialités pharmaceutiques visées dans l'arrêté royal du 24 mars 2004 ne peuvent actuellement pas être prises en considération pour l'application de la diminution.

2

Les auteurs du projet pourraient certes atteindre leur objectif sans modifier l'article 165, dernier alinéa, de la loi coordonnée si le pourcentage de diminution visé dans l'arrêté royal du 29 mars 2002 était adapté de manière telle que le résultat de la diminution corresponde en fait à la diminution résultant du mode de calcul déjà utilisé dans la pratique. Pour ce faire, il faudrait cependant remanier le projet en profondeur.

3

L'arrêté royal précité du 24 mars 2004 est déjà entré en vigueur à une autre date, à savoir le 1^{er} avril 2004.

La constatation que les dispositions en projet tendent à introduire dans la réglementation un procédé déjà appliqué dans les faits ne peut rien changer au fait que la rétroactivité suscite des objections juridiques et qu'il y a lieu d'y renoncer pour ce motif.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	conseillers d'État,
	W. GEURTS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. W. VAN VAERENBERGH, premier auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. VAN DAMME.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

W. GEURTS

M. VAN DAMME