

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.910/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 27 juli 2005 door de Minister van Sociale Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 26 september 2005, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren die tot taak hebben bij de verzekeringsinstellingen in te staan voor de geneeskundige controle op de primaire arbeidsongeschiktheid en op de gezondheidsverstrekkingen overeenkomstig de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994", heeft op 22 september 2005 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op 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.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 ¹.

Sommige van die wijzigingen zijn van een louter terminologische aard en hebben als voorwerp een aanpassing van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967, rekening houdende met de wijzigingen die zijn doorgevoerd in de terminologie van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

Andere wijzigingen zijn inhoudelijk van aard. Zo wordt onder meer de regeling inzake de aanwerving en de wekelijkse arbeidsduur van zowel voltijdse als deeltijdse adviserend geneesheren bij de verzekeringsinstellingen gewijzigd en wordt

¹Koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren die tot taak hebben bij de verzekeringsinstellingen in te staan voor de geneeskundige controle op de primaire arbeidsongeschiktheid en op de gezondheidszorgverstrekkingen overeenkomstig de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

bepaald op welke manier zij hun medische activiteiten dienen uit te oefenen. Tevens wordt bepaald volgens welke salarisschaal de adviserend geneesheren worden bezoldigd, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de adviserend geneesheren die zijn aangeworven vóór de datum van inwerkingtreding van de ontworpen regeling en zij die na die datum werden aangeworven. Het ontworpen besluit bevat daarnaast een aantal bepalingen betreffende de schorsing en het ontslag van adviserend geneesheren.

2. Het ontwerp vindt, onder voorbehoud van hetgeen onder 3 wordt opgemerkt, rechtsgrond in artikel 154, vijfde lid, van de gecoördineerde wet, dat luidt:

"Statuut en bezoldiging van de adviserend geneesheren worden door de Koning bepaald op voorstel van het Comité van de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle, na raadpleging van de verzekeringsinstellingen en de representatieve werknemersorganisaties. Buiten die bezoldiging mogen de adviserend geneesheren geen enkel voordeel genieten, in welke vorm ook. De adviserend geneesheren mogen geen andere medische activiteiten uitoefenen zonder de steeds herroepbare toelating van het Comité van de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle".

3. Het aangehaalde artikel 154, vijfde lid, van de gecoördineerde wet, verleent aan de Koning de bevoegdheid om het statuut en de bezoldiging van de adviserend geneesheren te bepalen, maar houdt niet in dat de Koning daarbij kan afwijken van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Dat is nochtans het geval in artikel 1, 3°, van het ontwerp.

Het ontworpen artikel 1, derde lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967, bepaalt immers dat de aanwerving van de adviserend geneesheer gebeurt voor onbepaalde duur "met een proefperiode van 12 (lees: twaalf) maanden". De ontworpen bepaling wijkt daardoor af van artikel 67, § 2, eerste lid, van de voornoemde wet van 3 juli 1978, waaruit volgt dat de proeftijd niet minder dan één maand mag duren en dat hij niet meer mag belopen dan, respectievelijk, zes of twaalf maanden naargelang het jaarlijks loon niet hoger of hoger is dan 19.300 euro.

Aangezien uit artikel 5 van het ontwerp volgt dat het beginloon van de adviserend geneesheer steeds lager dan 19.300 euro is, kan derhalve in het ontworpen

.../...

artikel 1, derde lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 in een proefperiode van ten hoogste zes maanden worden voorzien.

Uit wat voorafgaat volgt dat de bepaling betreffende de duur van de proefperiode in overeenstemming moet worden gebracht met het bepaalde in artikel 67, §2, van de wet van 3 juli 1978.

VORMVEREISTEN

1. Naar het zeggen van de gemachtigde ambtenaar dienden met betrekking tot de ontworpen regeling niet de vormvoorschriften inzake de begrotingscontrole te worden nagekomen omdat het ontwerp geen invloed heeft op de staatsbegroting en de eventuele budgettaire implicaties ervan door het budget van de administratiekosten van de verzekeringsinstellingen worden gedragen.

Het valt nochtans niet uit te sluiten dat de ontworpen regeling, althans op onrechtstreekse wijze, gevolgen heeft voor de rijksbegroting. In die hypothese dienen de vormvoorschriften inzake de begrotingscontrole wel degelijk te worden nagekomen.

2. In het vierde lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar de adviezen die de verzekeringsinstellingen over de ontworpen regeling hebben verleend op 27 april 2001, 27 november 2002 en 14 juni 2004. De betrokken adviezen werden niet ter beschikking gesteld van de Raad van State, afdeling wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp dient de verwijzing naar artikel 141, § 1, 4° en 5°, van de gecoördineerde wet, te worden geschrapt, aangezien die bepalingen de ontworpen regeling niet tot rechtsgrond strekken. Men schrijve op het

.../...

einde van het betrokken lid van de aanhef: "..., inzonderheid op artikel 154, vijfde lid, gewijzigd bij de wet van 24 december 2002;".

2. Onmiddellijk na het eerste lid van de aanhef moet een nieuw lid worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar het te wijzigen koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967. Men redigere dat lid als volgt:

"Gelet op het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren die tot taak hebben bij de verzekeringsinstellingen in te staan voor de geneeskundige controle op de primaire arbeidsongeschiktheid en op de gezondheidszorgverstrekkingen overeenkomstig de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 24 augustus 1970, 23 juni 1971, 28 december 1971, 31 oktober 1979 en 10 december 2001;".

3. In het lid van de aanhef waarin wordt gerefereerd aan het advies van de Raad van State, vermeld de men het nummer van dat advies.

Artikel 1

1. Men schrijve op het einde van artikel 1, 2°, van het ontwerp "... vervangen door de woorden 'wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten';".

2. Wat artikel 1, 3°, van het ontwerp betreft, wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt bij de bespreking van de strekking en de rechtsgrond van het ontwerp onder 3.

Artikel 4

1. In een normatieve tekst worden in beginsel geen woorden als "moeten" of "dienen te" gebruikt omdat de verplichting reeds voortvloeit uit de bepalingen zelf. Derhalve schrijve men in het ontworpen artikel 4, § 1, tweede lid, van het koninklijk

.../...

besluit nr. 35 van 20 juli 1967, "verbindt zich ertoe" in plaats van "moet zich ertoe verbinden".

Waar nodig moet de redactie van de tekst van het ontwerp op nog andere plaatsen in gelijkaardige zin worden aangepast ².

2. Blijkens het ontworpen artikel 4, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967, kan het betrokken comité een adviserend geneesheer voor een deeltijdse functie als adviserend geneesheer erkennen voor zover het onder meer "de persoonlijke redenen van de adviserend geneesheer" erkent. Het is niet duidelijk wat hier precies dient onder te worden verstaan en of het betrokken comité ter zake over een volledig vrije beoordelingsruimte beschikt om, louter op grond van de persoonlijke situatie van de desbetreffende adviserend geneesheer, invulling te geven aan het begrip in kwestie. Vraag is derhalve of in het ontwerp niet een minimum aan objectieve criteria moet worden opgenomen op grond waarvan het Comité zijn oordeel omtrent de persoonlijke toestand van adviserend geneesheren zal moeten steunen. Op die wijze kan dan worden vermeden dat, als gevolg van een te weinig afgebakende en te casuïstische invulling van een in essentie subjectief geladen begrip als de "persoonlijke redenen van de adviserend geneesheer", vragen rijzen in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

3. In het ontworpen artikel 4, § 2, tweede lid, wordt melding gemaakt van "bijzondere voorwaarden die het Comité voor elk geval kan bepalen". Ook deze bevoegdheid zou nader moeten worden afgebakend in de tekst van het ontwerp, al was het maar door erin een aantal minimale richtsnoeren in te schrijven, waardoor het Comité zich bij het vaststellen van de beoogde "bijzondere voorwaarden" moet laten leiden. Zoals nu in het ontwerp het geval is, wordt aan het Comité immers een te onbepaalde bevoegdheid gelaten om, geval per geval, voorwaarden vast te stellen waarvan de mogelijke draagwijdte volledig afhangt van het oordeel van het Comité. De louter casuïstische invulling die het Comité hierdoor aan de desbetreffende "bijzondere voorwaarden" kan

²Zie het ontworpen artikel 4, § 2, laatste lid (artikel 4 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 22, tweede lid (artikel 14, 2°, van het ontwerp).

geven, houdt in voorkomend geval trouwens eveneens het risico in van een schending van het beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

Artikel 5

1. In de inleidende zin van een wijzigend artikel volstaat het alleen de nog van kracht zijnde wijzigende besluiten te vermelden. De inleidende zin van artikel 5 van het ontwerp stelle men derhalve als volgt:

"In artikel 5 van hetzelfde besluit worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° § 1, vervangen bij het koninklijk besluit van 24 augustus 1970 en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 10 december 2001 wordt vervangen als volgt:

... ;

2° in § 3, vervangen bij het koninklijk besluit van 31 oktober 1979 worden de woorden "...".

2. In het ontworpen artikel 5, § 1, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967, wordt als referentiepunt genomen de aanwerving van de adviserend geneesheer vóór of na "de datum van inwerkingtreding van dit besluit". Aangezien het om een wijzigingsbepaling van het voornoemd koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 gaat, moet onder de betrokken referentiedatum worden begrepen de datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967. Vraag is of dat effectief de bedoeling is.

3. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het begrip "baremieke anciënniteit", in het ontworpen artikel 5, § 2*bis*, voldoende duidelijk is en, met het oog op een rechtszekere toepassing, niet enige precisering behoeft in het ontwerp.

.../...

4. Nog in het ontworpen artikel 5, § 2*bis*, schrijve men - zoals in de Franse tekst - "gedurende ten minste twee jaar" in plaats van "gedurende 2 jaar".

Artikel 8

1. Sinds de wijziging bij het koninklijk besluit van 21 december 2001 is de ontworpen wijziging van het tweede lid van artikel 7, 2°, van het ontwerp overbodig.

2. In het ontworpen artikel 7, § 2 (artikel 8, 3°, van het ontwerp), wordt melding gemaakt van "de algemene opwaarderingen van de bezoldigingen die van toepassing zijn voor de ambtenaren van niveau 1 van de federale ministeries".

Afgezien van de vaststelling dat, in de huidige stand van de regelgeving, dient te worden gerefereerd aan "de ambtenaren van niveau A van de federale overheidsdiensten", moet worden opgemerkt dat niet duidelijk is wat wordt bedoeld met de "algemene opwaarderingen" in kwestie. De tekst van het ontwerp moet ook op dat punt worden verduidelijkt.

Artikel 9

In de Nederlandse tekst van artikel 9 van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 wordt geen melding gemaakt van de woorden "medische directie", maar wel van de woorden "geneeskundige directie". Daarenboven wordt in die bepaling nog eens afzonderlijk melding gemaakt van "Die directie". Deze laatste woorden lijken eveneens te moeten worden vervangen indien in artikel 9 van het voornoemde koninklijk besluit de verwijzing naar de "geneesheer-directeur" wordt ingeschreven.

De redactie van de wijzigingsbepaling van artikel 9 van het ontwerp dient, rekening houdende met wat voorafgaat, te worden herzien.

Artikel 10

Naar het zeggen van de gemachtigde ambtenaar houdt de wijzigingsbepaling van artikel 10, 2°, van het ontwerp in dat aan elke adviserend geneesheer verblijfskosten worden toegekend, ook al noopt de betrokken opdracht niet tot het maken van enige reis. Vraag is of die bedoeling, welke er in essentie op neerkomt dat aan de adviserend geneesheren een forfaitair bedrag zou worden toegekend, voldoende duidelijk tot uitdrukking komt door het loutere schrappen van de woorden "die wegens zijn opdracht moet reizen", in artikel 11, § 2, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967, en of die bedoeling effectief wordt gerealiseerd, ermee rekening houdende dat in het voornoemde artikel 11, § 2, wordt bepaald dat de vergoeding voor verblijfskosten wordt verleend "volgens het stelsel dat van toepassing is op (het) administratief personeel (van de verzekeringsinstelling)".

Artikel 11

Artikel 11, 1°, van het ontwerp strekt ertoe om een "vierde lid" toe te voegen aan artikel 18, § 1, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967. De aan de Raad van State, afdeling wetgeving, ter beschikking staande documentatie doet ervan blijken dat een "vijfde lid" moet worden toegevoegd, aangezien artikel 18, § 1, van het voornoemde koninklijk besluit momenteel reeds uit vier leden bestaat.

Artikel 14

In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 22, derde lid (artikel 14, 2°, van het ontwerp), moeten de woorden "van de verzekeringsinstelling" worden geschrapt.

Artikel 15

1. Artikel 15, 1°, van het ontwerp verwijst in het ontworpen artikel 30, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 naar het begrip "zware fout"³, bedoeld in de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Het

³Die verwijzing komt in de plaats van de vermelding van "een ernstige tekortkoming ten aanzien van de bepalingen van (het) dienstcontract".

voornoemde artikel 30, eerste lid, heeft betrekking op de schorsing wegens ernstige redenen van de overeenkomst die de verzekeringsinstelling met de adviserend geneesheer heeft gesloten.

De gemachtigde ambtenaar verstrekke in dat verband de volgende verduidelijking:

"Middels de wijzigingen aan het artikel 15, 1°, van het ontwerp (art. 30 van het K.B.) wordt enkel beoogd de terminologie aan te passen aan de jurisprudentie die terzake is ontstaan binnen de Arbeidshoven en Arbeidsrechtbanken.

In essentie behandelt artikel 30 het ontslag wegens 'zware fout', terwijl artikel 31 alle andere gevallen bedoelt : beide artikelen beogen verschillende hypothesen, afhankelijk van feitelijke omstandigheden die moeilijk kunnen ingebed worden in precieze regels. In beide artikelen is in de tussenkomst van het Comité voorzien en die tussenkomst garandeert een gelijke behandeling; niet alleen wordt het Comité voorgezeten door een magistraat in een Hof van beroep (of Arbeidshof), ook de vertegenwoordigers van de verschillende verzekeringsinstellingen maken er van deel uit.

Het nieuwe artikel 31, eerste lid, 3°, moet samengelezen worden met artikel 154, zesde lid, van de Z.I.V.-Wet 1994".

Het komt de Raad van State, afdeling wetgeving, voor dat de juridische context waarin de stellers van het ontwerp het begrip "zware fout" hanteren, aansluit op de regeling die is vervat in artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, waarin het gaat om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden, en waarin de dringende reden wordt omschreven als "de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt".

Vraag is derhalve of, gelet op het parallellisme dat lijkt te bestaan tussen, enerzijds, de in artikel 30, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 beoogde situatie en, anderzijds, die welke het voorwerp is van de regeling in artikel 35 van de wet van 3 juli 1978, in de wijzigingsbepaling van artikel 15, 1°, van het ontwerp niet veeleer moet worden geopteerd voor een terminologie die aansluit op die welke het voornoemde artikel 35 gebruikt voor de omschrijving van het begrip dringende reden. Dergelijke vraag is des te pertinent, ermee rekening houdende dat het begrip "zware fout" (of "zware schuld") weliswaar ook voorkomt in de wet van 3 juli 1978, zij het echter in een andere juridische context die niet het zo-even vermelde parallellisme vertoont met

de regeling, bedoeld in artikel 30, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 ⁴.

2. Onder voorbehoud van hetgeen onder 1 is opgemerkt, moet - ter wille van de leesbaarheid - op het einde van artikel 15, 1°, van het ontwerp worden geschreven "... van diens dienstcontract vaststelt" vervangen door de woorden 'een zware fout, bedoeld in de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, vaststelt en een einde wenst te stellen aan de arbeidsovereenkomst'.

3. In artikel 15, 1°, maar ook in artikel 15, 2°, van het ontwerp, moet telkens melding worden gemaakt van de datum en het correcte opschrift van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Artikel 16

1. In het ontworpen artikel 31, eerste lid, 2°, dient, ter wille van de rechtszekerheid, te worden gepreciseerd wanneer de adviserend geneesheer moet worden geacht "meermaals" de regels van zijn statuut en de betrokken richtlijnen niet te hebben nageleefd. Dergelijke precisering is des te meer aangewezen ermee rekening houdende dat in het ontworpen artikel 31, eerste lid, 2°, een gedraging wordt omschreven die aanleiding kan geven tot het ontslag van de adviserend geneesheer.

Om dezelfde reden moet in het ontworpen artikel 31, tweede lid, de vermelding van de woorden "meerdere schriftelijke verwittigingen" worden vervangen door een meer nauwkeurige omschrijving.

2. Nog in het ontworpen artikel 31, tweede lid, vervange men de verwijzing naar de hypothese bedoeld "in het voornoemde punt 2" door een verwijzing naar de hypothese bedoeld "in het eerste lid, 2°".

⁴Zo wordt aan het begrip "zware schuld" gerefereerd in artikel 18 van de wet van 3 juli 1978, waarin het echter gaat om de aansprakelijkheid van de werknemer ingeval deze bij de uitvoering van zijn overeenkomst schade berokkent aan de werkgever of aan derden.

Artikel 17

Men schrijve in het ontworpen artikel 32: "In de gevallen bepaald in artikel 31, eerste lid, 1°, 2° en 3°, heeft ... overeenkomstig de bepalingen van artikel 82, § 3, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten".

Artikel 18

1. In het ontworpen artikel 33, eerste lid (artikel 18, 2°, van het ontwerp), verwijze men naar "artikel 31, eerste lid, 3°" in plaats van naar "artikel 31, 3°".

Daarenboven dient typografisch duidelijker tot uitdrukking te worden gebracht dat de ontworpen bepaling onder artikel 18, 2°, van het ontwerp slechts uit één lid bestaat. Daartoe dient de tweede zin van de ontworpen bepaling onmiddellijk aan te sluiten op de daaraan voorafgaande zin.

Tot slot moet, steeds wat de ontworpen bepaling onder artikel 18, 2°, van het ontwerp betreft, het gebrek aan overeenstemming worden weggewerkt dat bestaat tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Waar immers in de Nederlandse tekst wordt geschreven "die vijf jaar dienst heeft of minder", wordt in de Franse tekst melding gemaakt van de adviserend geneesheer "qui a cinq années de fonction au moins".

2. Op het einde van artikel 18, 3°, van het ontwerp schrijve men "... vervangen door de woorden 'artikel 31, eerste lid, 3°'".

Artikelen 20 en 21

1. Artikel 20 van het ontwerp beoogt artikel 35 van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 op te heffen. Artikel 21 van het ontwerp wijzigt artikel 36 van het voornoemde koninklijk besluit, maar bepaalt tevens dat artikel 36 in de plaats komt van het bij artikel 20 van het ontwerp op te heffen artikel 35. Dergelijke wijzigingsbepaling verdient vanuit wetgevingstechnisch oogpunt geen aanbeveling omdat bepalingen van die aard moeilijkheden kunnen opleveren wanneer in andere regelingen naar dat artikel of onderdeel ervan wordt verwezen.

2. De vervanging van de woorden "artikel 89, eerste lid, van de wet van 9 augustus 1963" is overbodig, gelet op de wijziging ervan die reeds is doorgevoerd bij het wijzigend koninklijk besluit van 10 december 2001.

3. Uit wat voorafgaat volgt dat de artikelen 20 en 21 van het ontwerp beter worden gesteld als volgt:

"Art. 20. Artikel 35 van hetzelfde besluit wordt opgeheven".

"Art. 21. In artikel 36 van hetzelfde besluit, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 10 december 2001, worden de woorden 'Dienst voor geneeskundige controle' vervangen door de woorden 'Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle'".

Artikel 22

Naar het zeggen van de gemachtigde ambtenaar beoogt artikel 22 van het ontwerp uitsluitend de inwerkingtreding te bepalen van de ontworpen regeling en is het dus niet de bedoeling om de datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit nr. 35 van 20 juli 1967 te wijzigen. Artikel 22 dient derhalve niet te worden geconcipieerd als een wijzigingsbepaling van het voornoemde koninklijk besluit. Daarenboven moet worden opgemerkt dat, tenzij er een specifieke reden bestaat waarom wordt afgeweken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van koninklijke besluiten, in het ontwerp geen bepaling van inwerkingtreding moet worden opgenomen, zodat artikel 22 dient te worden weggelaten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. VAN CALENBERGH, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.910/1

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 27 juillet 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 26 septembre 2005, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 portant le statut et le barème des médecins-conseils chargés d'assurer auprès des organismes assureurs le contrôle médical de l'incapacité primaire et des prestations de santé en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994", a donné le 22 septembre 2005 l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Le projet soumis pour avis entend apporter certaines modifications à l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 ¹.

Certaines de ces modifications sont de nature purement terminologique et ont pour objet une adaptation de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967, compte tenu des modifications qui ont été apportées dans la terminologie de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

D'autres modifications concernent le fond. Ainsi, la réglementation concernant l'engagement et la durée hebdomadaire du travail des médecins-conseils occupés tant à temps plein qu'à temps partiel auprès des organismes assureurs est modifiée et la manière dont ils doivent exercer leurs activités médicales est déterminée. Le projet fixe également le barème des rémunérations des médecins-conseils, une distinction étant opérée entre les médecins-conseils engagés avant la date de l'entrée en vigueur de la réglementation en projet et ceux qui l'ont été après. L'arrêté en projet

1

Arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 portant le statut et le barème des médecins-conseils chargés d'assurer auprès des organismes assureurs le contrôle médical de l'incapacité primaire et des prestations de santé en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

comprend également un certain nombre de dispositions concernant la suspension et le licenciement de médecins-conseils.

2. Sous réserve de ce qui est relevé au 3, le projet trouve son fondement juridique dans l'article 154, alinéa 5, de la loi coordonnée, qui s'énonce comme suit:

"Le statut et la rémunération des médecins-conseils sont fixés par le Roi, sur proposition du Comité du (Service d'évaluation et de contrôle médicaux) après consultation des organismes assureurs et des organisations représentatives des travailleurs salariés. En dehors de cette rémunération, les médecins-conseils ne peuvent recevoir aucun avantage sous quelque forme que ce soit. Les médecins-conseils ne peuvent, sans autorisation toujours révocable du Comité du Service d'évaluation et de contrôle médicaux, exercer d'autres activités médicales".

3. L'article 154, alinéa 5, précité, de la loi coordonnée habilite le Roi à fixer le statut et la rémunération des médecins-conseils, ce qui ne l'autorise toutefois pas à déroger à cet égard à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Tel est cependant le cas à l'article 1^{er}, 3°, du projet.

L'article 1^{er}, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 prévoit en effet que l'engagement du médecin-conseil est conclu pour une durée indéterminée "avec une clause d'essai d'une période de 12 (lire: "douze") mois". La disposition en projet déroge ainsi à l'article 67, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi susmentionnée du 3 juillet 1978, dont il résulte que la période d'essai ne peut être inférieure à un mois et ne peut excéder, respectivement, six ou douze mois selon que le salaire annuel ne dépasse pas ou dépasse 19.300 euros.

Dès lors qu'il résulte de l'article 5 du projet que le salaire de départ du médecin-conseil est toujours inférieur à 19.300 euros, l'article 1^{er}, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 peut dès lors prévoir une période d'essai de six mois au plus.

Il résulte de ce qui précède que la disposition relative à la durée de la période d'essai doit être mise en concordance avec la règle énoncée à l'article 67, § 2, de la loi du 3 juillet 1978.

FORMALITÉS

.../...

1. Selon le fonctionnaire délégué, les formalités relatives au contrôle budgétaire ne devaient pas être respectées en ce qui concerne la réglementation en projet parce que le projet est sans influence sur le budget de l'État et que ses implications budgétaires éventuelles sont supportées par le budget des frais d'administration des organismes assureurs.

Il n'est cependant pas exclu que la réglementation en projet ait, ne fût-ce qu'indirectement, des répercussions sur le budget de l'État. Dans cette hypothèse, les formalités relatives au contrôle budgétaire doivent effectivement être respectées.

2. Le quatrième alinéa du préambule du projet fait référence aux avis que les organismes assureurs ont donnés sur la réglementation en projet les 27 avril 2001, 27 novembre 2002 et 14 juin 2004. Les avis concernés n'ont pas été mis à la disposition du Conseil d'État, section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

1. Au premier alinéa du préambule du projet, il convient de supprimer la référence à l'article 141, § 1^{er}, 4° et 5°, de la loi coordonnée dès lors que ces dispositions ne procurent aucun fondement juridique à la réglementation en projet. On écrira à la fin de l'alinéa concerné du préambule : "..., notamment l'article 154, alinéa 5, modifié par la loi du 24 décembre 2002;".

2. Immédiatement après le premier alinéa du préambule, il conviendra d'insérer un alinéa nouveau faisant référence à l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967, à modifier. On rédigera cet alinéa comme suit:

"Vu l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 portant le statut et le barème des médecins-conseils chargés d'assurer auprès des organismes assureurs le contrôle médical de l'incapacité primaire et des prestations de santé en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, modifié par les

arrêtés royaux des 24 août 1970, 23 juin 1971, 28 décembre 1971, 31 octobre 1979 et 10 décembre 2001;".

3. Dans l'alinéa du préambule faisant référence à l'avis du Conseil d'État, on mentionnera le numéro de cet avis.

Article 1^{er}

1. À la fin de l'article 1^{er}, 2°, du projet, on écrira "... remplacés par les mots 'la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail';".

2. En ce qui concerne l'article 1^{er}, 3°, du projet, on se reportera à ce qui a été relevé lors de l'examen de la portée et du fondement juridique du projet, au point 3.

Article 4

1. En principe, des mots tels que "devoir" ne s'emploient pas dans un texte normatif, dès lors que l'obligation est déjà inscrite dans la règle proprement dite. À l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967, on écrira par conséquent "s'engage à" au lieu de "doit s'engager à".

La rédaction du texte du projet devra le cas échéant être encore adaptée à différents endroits dans un sens analogue ².

2. Selon l'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967, le comité concerné peut agréer un médecin-conseil à la fonction partielle de médecin-conseil, pour autant qu'il reconnaisse entre autres "les motifs de convenance personnelle du médecin-conseil". Le projet ne fait pas apparaître clairement ce qu'il convient précisément de comprendre ici et si le comité concerné dispose à cet égard d'une

2

Voyez l'article 4, § 2, dernier alinéa, en projet (article 4 du projet) et l'article 22, alinéa 2, en projet (article 14, 2°, du projet).

marge d'appréciation entièrement libre pour interpréter la notion en question uniquement sur la base de la situation personnelle du médecin-conseil concerné. La question est dès lors de savoir si le projet ne doit pas inclure un minimum de critères objectifs en vertu desquels le Comité devra fonder son appréciation de la situation personnelle des médecins-conseils. On pourra ainsi éviter qu'à la suite d'une interprétation trop peu délimitée et trop casuistique d'une notion essentiellement subjective comme les "motifs de convenance personnelle du médecin-conseil", des questions se posent par rapport au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

3. L'article 4, § 2, alinéa 2, en projet fait état de "conditions particulières que le Comité peut fixer pour chaque cas". Il convient également de préciser cette compétence dans le texte du projet, ne fût-ce qu'en y inscrivant un certain nombre de lignes directrices minimales qui devront guider le comité lors de la fixation des "conditions particulières" visées. En effet, tel que le projet se présente actuellement, le Comité se voit attribuer une compétence trop floue pour fixer, au cas par cas, des conditions dont la portée éventuelle est entièrement subordonnée à son appréciation. D'ailleurs, l'interprétation purement casuistique que le Comité peut ainsi donner aux "conditions particulières" concernées implique le cas échéant également le risque d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

Article 5

1. Dans la phrase liminaire d'un article modificatif, il suffit de ne mentionner que les arrêtés modificatifs encore en vigueur. La phrase liminaire de l'article 5 du projet sera dès lors rédigée comme suit:

"À l'article 5 du même arrêté sont apportées les modifications suivantes:

1° le § 1^{er}, remplacé par l'arrêté royal du 24 août 1970 et modifié par l'arrêté royal du 10 décembre 2001, est remplacé par la disposition suivante:

...;

2° au § 3, remplacé par l'arrêté royal du 31 octobre 1979, les mots ...".

2. L'article 5, § 1^{er}, en projet de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 prend comme point de référence l'engagement du médecin-conseil avant ou après "la date d'entrée en vigueur du présent arrêté". Étant donné qu'il s'agit d'une disposition modifiant l'arrêté royal n° 35 susvisé du 20 juillet 1967, la date de référence concernée correspond à la date de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967. La question est de savoir si telle est bien l'intention des auteurs du projet.

3. Ces derniers devront vérifier si la notion d'"ancienneté barémique", figurant à l'article 5, § 2*bis*, en projet, est suffisamment claire et si, en vue d'une application juridiquement sûre, elle ne doit pas être précisée dans le projet.

4. Toujours à l'article 5, § 2*bis*, en projet, on écrira dans le texte néerlandais - à l'instar du texte français - "gedurende ten minste twee jaar" au lieu de "gedurende 2 jaar".

Article 8

1. Depuis la modification apportée par l'arrêté royal du 21 décembre 2001, la modification en projet de l'alinéa 2 de l'article 7, 2°, du projet est superflue.

2. À l'article 7, § 2, en projet (article 8, 3°, du projet), il est fait mention "des revalorisations générales des rémunérations applicables aux agents de niveau 1 des ministères fédéraux".

Indépendamment de la constatation que, dans l'état actuel de la législation, il faut faire référence aux "agents de niveau A des services publics fédéraux", il y a lieu d'observer qu'on n'aperçoit pas clairement ce qu'on entend par les "revalorisations générales" en question. Il faut également préciser le texte du projet sur ce point.

.../...

Article 9

Dans le texte néerlandais de l'article 9 de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967, il n'est pas fait état de "medische directie", mais de "geneeskundige directie". En outre, cette disposition fait encore mention distinctement de "Die directie". Il faudra vraisemblablement remplacer aussi ces derniers mots si la mention de "geneesheer-directeur" est inscrite dans l'article 9 de l'arrêté royal précité.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de revoir la formulation de la disposition modificative de l'article 9 du projet.

Article 10

Selon les affirmations du fonctionnaire délégué, la disposition modificative énoncée à l'article 10, 2°, du projet implique qu'une indemnité pour frais de séjour est attribuée à tout médecin-conseil, même si la mission concernée ne requiert aucun déplacement. La question se pose de savoir si cette intention, qui revient en substance à attribuer un montant forfaitaire aux médecins-conseils, est exprimée avec suffisamment de clarté par la simple suppression des mots ", qui en raison de sa mission est astreint à se déplacer" à l'article 11, § 2, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 et si l'objectif poursuivi est ainsi effectivement atteint, étant donné que l'article 11, § 2, précité, dispose que l'indemnité pour frais de séjour est attribuée "suivant le régime appliqué (au) personnel administratif (de l'organisme assureur)".

Article 11

L'article 11, 1°, du projet vise à ajouter un "alinéa 4" à l'article 18, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967. Il ressort de la documentation dont dispose le Conseil d'État, section de législation, qu'il faut ajouter un "alinéa 5", dès lors que l'article 18, § 1^{er}, de l'arrêté royal précité comporte actuellement déjà quatre alinéas.

Article 14

.../...

Dans le texte néerlandais de l'article 22, alinéa 3, en projet (article 14, 2°, du projet), il faut supprimer les mots "van de verzekeringsinstelling".

Article 15

1. L'article 30, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 (article 15, 1°, du projet) recourt à la notion de "faute grave"³ au sens de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. L'article 30, alinéa 1^{er}, précité, concerne la suspension, pour motifs graves, du contrat que l'organisme assureur a conclu avec le médecin-conseil.

Le fonctionnaire délégué a fourni à ce propos la précision suivante:

"Middels de wijzigingen aan het artikel 15, 1°, van het ontwerp (art. 30 van het K.B.) wordt enkel beoogd de terminologie aan te passen aan de jurisprudentie die terzake is ontstaan binnen de Arbeidshoven en Arbeidsrechtbanken.

In essentie behandelt artikel 30 het ontslag wegens "zware fout", terwijl artikel 31 alle andere gevallen bedoelt: beide artikelen beogen verschillende hypothesen, afhankelijk van feitelijke omstandigheden die moeilijk kunnen ingebed worden in precieze regels. In beide artikelen is in de tussenkomst van het Comité voorzien en die tussenkomst garandeert een gelijke behandeling: niet alleen wordt het Comité voorgezeten door een magistraat in een Hof van beroep (of Arbeidshof), ook de vertegenwoordigers van de verschillende verzekeringsinstellingen maken er van deel uit.

Het nieuwe artikel 31, eerste lid, 3°, moet samengelezen worden met artikel 154, zesde lid, van de Z.I.V.-Wet 1994".

Il apparaît au Conseil d'État, section de législation, que le contexte juridique dans lequel les auteurs du projet recourent à la notion de "faute grave", s'inscrit dans le cadre de la règle énoncée à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, où il est question de la résiliation du contrat de travail pour motifs graves et où le motif grave est défini comme étant "toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur".

3

Cette référence se substitue à la mention de "manquement grave aux dispositions (du) contrat d'emploi".

La question se pose dès lors de savoir si, vu le parallélisme qui paraît exister entre, d'une part, la situation visée à l'article 30, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 et, d'autre part, celle qui fait l'objet de la règle énoncée à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, il ne faut pas plutôt opter, dans la disposition modificative de l'article 15, 1°, du projet, pour une terminologie conforme à celle utilisée dans l'article 35 précité, pour définir la notion de motif grave. Il est d'autant plus pertinent de se poser cette question que la notion de "faute grave" apparaît, il est vrai, aussi dans la loi du 3 juillet 1978, même s'il s'agit d'un contexte juridique différent, qui ne présente pas le parallélisme susmentionné avec la règle énoncée à l'article 30, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967 ⁴.

2. Sous réserve de l'observation formulée au point 1, il faut, par souci de lisibilité, rédiger la fin de l'article 15, 1°, du projet comme suit: "... remplacés par les mots 'une faute grave au sens de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et souhaite mettre fin au contrat de travail'".

3. À l'article 15, au 1°, mais aussi au 2°, du projet, il faut indiquer chaque fois la date et l'intitulé correct de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Article 16

1. À l'article 31, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, il faut préciser, dans un souci de sécurité juridique, quand le médecin-conseil doit être réputé avoir enfreint "à plusieurs reprises" les règles de son statut et les directives concernées. Une telle précision s'impose d'autant plus que l'article 31, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, décrit un comportement qui peut conduire au licenciement du médecin-conseil.

4

Il est ainsi fait référence à la notion de "faute grave" dans l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, où il est cependant question de la responsabilité du travailleur lorsque celui-ci cause des dommages à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat.

Pour la même raison, dans l'article 31, alinéa 2, en projet, il faut remplacer les mots "plusieurs avertissements écrits" par une formulation plus précise.

2. Toujours à l'article 31, alinéa 2, en projet, on remplacera la mention de l'hypothèse visée "au point 2 précité" par une référence à l'hypothèse visée "à l'alinéa 1^{er}, 2^o".

Article 17

Il conviendrait d'écrire à l'article 32 en projet: "Dans les cas prévus à l'article 31, alinéa 1^{er}, 1^o, 2^o et 3^o, le médecin-conseil ... conformément aux dispositions de l'article 82, § 3, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail".

Article 18

1. À l'article 33, alinéa 1^{er}, en projet (article 18, 2^o, du projet), on fera référence à "l'article 31, alinéa 1^{er}, 3^o" plutôt qu'à "l'article 31, 3^o".

En outre, il faut indiquer plus clairement sur le plan typographique que la disposition en projet énoncée à l'article 18, 2^o, du projet ne comporte qu'un seul alinéa. À cet effet, il y a lieu d'inscrire la deuxième phrase de la disposition en projet directement à la suite de la phrase précédente.

Enfin, toujours en ce qui concerne la disposition en projet énoncée à l'article 18, 2^o, du projet, il faut supprimer la discordance existant entre le texte français et le texte néerlandais. Il est question dans le texte français du médecin-conseil "qui a cinq années de fonction au moins", tandis que le texte néerlandais indique "die vijf jaar dienst heeft of minder".

2. À la fin de l'article 18, 3°, du projet, on écrira "... remplacés par les mots 'article 31, alinéa 1^{er}, 3°';".

Articles 20 et 21

1. L'article 20 du projet vise à abroger l'article 35 de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967. L'article 21 du projet modifie l'article 36 de l'arrêté royal précité, mais prévoit en outre que l'article 36 remplace l'article 35 que doit abroger l'article 20 du projet. Du point de vue de la légistique, il n'est pas recommandé de prévoir de telles dispositions modificatives, dès lors qu'elles peuvent soulever des difficultés lorsqu'il s'agira de faire référence à cet article ou à cette partie d'article dans d'autres règlements.

2. Il est superflu de remplacer les mots "article 89, alinéa 1^{er}, de la loi du 9 août 1963" vu la modification qui a déjà été apportée par l'arrêté royal modificatif du 10 décembre 2001.

3. Il ressort de ce qui précède qu'il est préférable de formuler les articles 20 et 21 du projet comme suit:

"Art. 20. L'article 35 du même arrêté est abrogé".

"Art. 21. Dans l'article 36 du même arrêté, modifié par l'arrêté royal du 10 décembre 2001, les mots 'Service du contrôle médical' sont remplacés par les mots 'Service d'évaluation et de contrôle médicaux'".

Article 22

Selon les affirmations du fonctionnaire délégué, l'article 22 du projet vise exclusivement à fixer l'entrée en vigueur du règlement en projet et il ne s'agit donc pas de modifier la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967. Il n'y a donc pas lieu de concevoir l'article 22 comme une disposition modificative de l'arrêté royal précité. En outre, il faut observer que, à moins qu'un motif spécifique ne justifie de déroger au délai usuel d'entrée en vigueur des arrêtés royaux, il ne faut pas insérer de disposition d'entrée en vigueur dans le projet, de sorte que l'article 22 doit être supprimé.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. L. VAN CALENBERGH, 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,

A. BECKERS

M. VAN DAMME