



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 52.097/2
du 22 octobre 2012

advies 52.097/2
van 22 oktober 2012

sur

over

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
17 août 2007 pris en exécution
des articles 57 et 59 de la
loi-programme du
2 janvier 2001 concernant
l'harmonisation des barèmes et
l'augmentation des
rémunérations dans certaines
institutions de soins'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
17 augustus 2007 tot uitvoering
van de artikelen 57 en 59 van
de programmawet van
2 januari 2001 wat de
harmonisering van de barema's
en de loonsverhogingen in
bepaalde
gezondheidsinrichtingen
betreft'

Le 26 septembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Première Ministre et Ministre des Affaires sociales à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 17 août 2007 pris en exécution des articles 57 et 59 de la loi-programme du 2 janvier 2001 concernant l'harmonisation des barèmes et l'augmentation des rémunérations dans certaines institutions de soins'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 22 octobre 2012. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 octobre 2012.

*

Op 26 september 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Sociale Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 tot uitvoering van de artikelen 57 en 59 van de programmawet van 2 januari 2001 wat de harmonisering van de barema's en de loonsverhogingen in bepaalde gezondheidsinrichtingen betreft'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 22 oktober 2012. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 oktober 2012.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. L'obligation de requérir l'avis du Conseil général de l'assurance soins de santé sur le texte en projet résulte de l'article 15 de la loi du 25 avril 1963 sur la gestion des organismes d'intérêt public de sécurité sociale et de prévoyance sociale, combiné avec l'article 213, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, et avec l'article 2, § 1^{er}, b), de l'arrêté royal du 9 septembre 1993 portant exécution de l'article 213, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994.

Certes, l'article 2, § 2, du même arrêté du 9 septembre 1993, dispose comme suit :

« Dans l'hypothèse où, pour une matière déterminée, plusieurs organes mentionnés à l'alinéa 1^{er} [lire : paragraphe 1^{er}], b) et c), seraient compétents ou pourraient l'être, le Ministre peut désigner l'organe auquel s'appliquent les articles 14 et 15 de la loi du 25 avril 1963 ».

À cet égard, il ressort du dossier transmis à la section de législation du Conseil d'État que l'organe visé à l'article 2, § 1^{er}, c), de l'arrêté royal du 9 septembre 1993 précité - à savoir le Comité de l'assurance soins de santé - a donné un avis sur le texte en projet le 21 juin 2010.

Le dossier ne permet toutefois pas d'établir que le ministre a effectivement désigné l'organe auquel s'appliquent les articles 14 et 15 de la loi du 25 avril 1963 précitée, dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, le Conseil général de l'assurance soins de santé et le Comité de l'assurance soins de santé doivent être consultés dans la même matière.

Par ailleurs, si l'article 2, § 1^{er}, b), de l'arrêté royal du 9 septembre 1993 précité dispense de l'avis du Conseil général « les projets d'arrêtés pour lesquels le Comité de l'assurance constate l'absence d'incidence financière », il faut constater qu'au contraire, en l'espèce, il ressort du dossier que le projet aura un impact budgétaire.

Le dossier ne fait pas non plus état d'une urgence susceptible de justifier l'absence de consultation du Conseil général de l'assurance soins de santé, conformément à l'article 15 de la loi précitée du 25 avril 1963.

Il conviendra donc, si cela n'a pas été fait, de consulter le Conseil général de l'assurance soins de santé ou, à tout le moins, l'auteur du projet veillera à établir l'existence des motifs qui permettent de le dispenser de cette formalité¹.

2. Il peut résulter de l'article 19/1 de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable', y inséré par la loi du 30 juillet 2010, et de l'arrêté royal du 20 septembre 2012 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, deuxième alinéa du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que le projet doit être soumis à un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence, le projet ne paraissant pas entrer dans les cas de dispense prévus par l'article 2 de l'arrêté royal précité.

Le dossier contient un document « EIDD : Exemption (formulaire A) » qui tend à exposer que « la mesure [envisagée par le projet] appartient à une catégorie d'exemption » et qu'il ne devrait donc pas être soumis à une évaluation d'incidence.

Les motifs avancés à cet effet sont les suivants :

« 2. [...] Il est établi d'avance avec certitude que l'impact de la mesure au plan social, économique et/ou environnemental est négligeable - [...] donne exécution à un nombre de mesures pour les maisons de repos des personnes âgées et les maisons de repos et de soins, comme déterminé dans le mini accord social 2011 pour les secteurs des soins fédéraux.

[...]

3. [...] Les modifications de l'arrêté royal du 17 août 2007 ont comme objectif de régler le financement des mesures convenues pour les maisons de repos des personnes âgées et les maisons de repos et de soins, déterminé dans le mini accord social 2011 pour les secteurs des soins fédéraux ».

En se contentant de rappeler le cadre socio-politique de la mesure et son objet, le document ne fait pas apparaître suffisamment en quoi l'impact de la mesure est négligeable.

La section de législation du Conseil d'État croit nécessaire d'attirer l'attention de l'auteur du projet sur la fragilité de la motivation proposée.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1. Dans son avis donné le 25 janvier 2012 sur le texte en projet, s'agissant du fondement juridique de celui-ci, l'Inspecteur des Finances expose ce qui suit :

« De wettelijke basis van dit ontwerp verwijst uitdrukkelijk naar de tenlasteneming van de financiële weerslag van sociale akkoorden die betrekking hebben op de gezondheidssector en die door de federale Regering worden gesloten met de betrokken

¹ En ce sens, voir l'avis 49.535/2 donné par la section de législation du Conseil d'État le 11 mai 2011 sur un projet devenu l'arrêté royal du 28 juin 2011 'modifiant l'arrêté royal du 17 août 2007 pris en exécution des articles 57 et 59 de la loi-programme du 2 janvier 2001 concernant l'harmonisation des barèmes et l'augmentation des rémunérations dans certaines institutions de soins'.

representatieve organisaties van werkgevers en werknemers. De preambules van de sociale akkoorden waarvan dit ontwerp een uitvoering is, gesloten op 4 februari 2011 voor de private instellingen en 21 februari 2011 voor de publieke instellingen, bepalen het volgende (identieke formulering) : 'Dit akkoord betreft het jaar 2011 gezien het beheer van lopende zaken waaraan de federale regering onderworpen is. Toch kadert het, in het bijzonder wat de jobcreatie betreft, in het vooruitzicht van een coherent meerjarenplan, dat zo snel als mogelijk moet worden gesloten'. Ook in de reacties op de akkoorden van de verschillende stakeholders werd duidelijk vermeld dat deze enkel het jaar 2011 betroffen. Het ontwerp voorziet daarentegen een regeling van onbepaalde duur : zie artikel 4 van het ontwerp. Ook wordt er een indexering van de bedragen voorzien. Dergelijke bepalingen overstijgen de loutere uitvoering van het akkoord. Het recurent karakter vindt geen reglementaire basis in de artikels 57-59 van de wet van 2 januari 2001.

De IF vraagt zich af of een verwijzing naar het akkoord van 2011 niet best wordt ingevoegd in artikel 2 van het KB van 17 augustus 2007 en of de titel van dit KB ook niet best wordt aangepast (vermelding van creatie van tewerkstelling) ».

2. Le texte en projet se donne pour fondement légal les articles 57 et 59 de la loi-programme du 2 janvier 2001, qui constituent le chapitre II du titre X de cette loi, et qui disposent comme suit :

« CHAPITRE II. Exécution des accords sociaux.

Art. 57. Le présent chapitre prévoit un règlement pour la prise en charge de l'incidence financière des accords sociaux relatifs au secteur des soins de santé et qui sont conclus par le Gouvernement fédéral avec les organisations représentatives concernées des employeurs et des travailleurs salariés.

Art. 59. Roi détermine, par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les mesures dont l'incidence financière est prise en charge par l'autorité et les modalités en vue de fixer l'incidence financière, le montant et le paiement de l'intervention financière.

A cet effet, le Roi peut :

- 1° désigner les données sur la base desquelles l'intervention est déterminée;
- 2° désigner les services publics qui doivent rassembler et traiter ces données;
- 3° déterminer la façon dont l'intervention doit être calculée;
- 4° fixer la période à laquelle cette intervention s'applique;
- 5° déterminer la personne physique ou morale à laquelle l'intervention doit être payée et les moments auxquels ce paiement doit avoir lieu;
- 6° déterminer le bénéficiaire de l'intervention;
- 7° désigner les services publics chargés du calcul et du paiement de cette intervention et du contrôle de son utilisation;
- 8° désigner la partie de l'incidence financière des interventions qui sera prise en charge par le budget de l'État ou la partie à charge du budget de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités ».

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que les pouvoirs conférés au Roi par l'article 59 précité sont nécessairement liés à l'existence d'« accords sociaux ».

En l'espèce, la question se pose de savoir si l'arrêté en projet qui paraît mettre en œuvre un système appelé à être permanent ou à s'étendre, en tout cas, sur plusieurs années ², peut trouver un fondement juridique dans les articles 57 et 59 précités, dès lors que, selon l'avis de l'Inspecteur des Finances, les accords sociaux que l'arrêté en projet entend mettre en œuvre ne vaudraient que pour l'année 2011.

Interrogé sur ce point, le fonctionnaire délégué a exposé que les accords envisagés par les articles 57 et 59 précités sont, en principe, conçus comme étant à durée indéterminée dans le temps.

En l'espèce toutefois, force est de constater que les accords ici concernés, dont le texte a été communiqué à la section de législation du Conseil d'État, mentionnent tous deux ce qui suit :

« Le présent Accord concerne l'année 2011, compte tenu de la gestion en affaires courantes imposée au Gouvernement fédéral.

Il s'inscrit néanmoins dans la perspective d'un Accord pluriannuel cohérent, tout particulièrement en matière de création d'emplois, accord qui devra être conclu dès que possible ».

Dans ces conditions, à défaut d'autres documents établissant que les accords ainsi transmis ont été reconduits ou renouvelés sans limite dans le temps, il paraît délicat de considérer que les accords précisément visés en l'espèce ne seraient pas limités à l'année 2011. La circonstance que, d'ordinaire, les accords visés par les articles 57 et 59 de la loi-programme du 2 janvier 2001 ne seraient pas conclus pour un terme précis ne permet pas de conclure en sens contraire.

En conclusion, les termes mêmes des deux accords ici concernés sont tels que le fondement juridique de l'arrêté en projet s'en trouve fragilisé. Il se recommande donc soit de procéder expressément au renouvellement desdits accords, soit de limiter la portée de l'arrêté en projet à l'année concernée ³.

C'est sous réserve de cette observation que les observations particulières qui suivent sont faites.

² Voir notamment l'article 4bis, §1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase introductive, en projet, ainsi que l'article 4bis, § 4, en projet.

³ Sur ce point et à toutes fins utiles, l'auteur du projet qu'en principe, à défaut d'habilitation légale expresse, un arrêté réglementaire ne peut emporter un effet rétroactif qu'à titre exceptionnel, lorsque la rétroactivité est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

Aux alinéas 5 et 6, il convient de mentionner la date de l'avis de l'Inspecteur des Finances et celle de l'accord du Ministre du Budget.

DISPOSITIF

Article 4

1. L'article 4bis en projet du projet à l'examen met en place un système dans lequel il est prévu qu'à partir du 1^{er} octobre 2011, « certains employeurs » auront droit à une intervention financière annuelle en vue de la création d'emplois déterminés, pour autant que ces emplois soient créés avant le 31 décembre 2012.

Le paragraphe 2 de l'article 4bis en projet précise ce qui suit :

« § 2. Pour autant qu'ils fournissent au Service la preuve de la création des nouveaux emplois pour lesquels cette intervention est prévue, l'intervention visée au § 1^{er}, 1^o, est due aux employeurs du secteur privé dont la liste, établie par la Chambre Secteur Personnes Agées du Fonds Maribel Social CP 330 et approuvée par le Comité de l'assurance soins de santé de l'INAMI, est publiée sur le site web de l'INAMI.

Pour autant qu'ils fournissent au Service la preuve de création des nouveaux emplois pour lesquels cette intervention est prévue, l'intervention visée au § 1^{er}, 2^o, est due aux employeurs du secteur public qui, selon leurs propres déclarations recueillies jusqu'au 31 mars 2011 au plus tard, hébergeaient, pendant la période de référence 2009-2010, moins de 25 et plus de 14,274 patients classés dans la catégorie de dépendance Cd, et dont la liste, approuvée par le Comité de l'assurance soins de santé de l'INAMI sur proposition de la commission de convention entre les maisons de repos et les organismes assureurs, est publiée sur le site web de l'INAMI.

Sont exclus sans préavis et à titre définitif de ces listes :

a) les employeurs qui n'ont pas envoyé au Service, pour le 15 janvier 2013 au plus tard, une copie du contrat du membre du personnel nouvellement engagé, d'où il ressort que ce membre du personnel répond bien aux conditions visées au § 3,

b) ou les employeurs pour lesquels le Service constate l'absence de personnel à financer suivant les dispositions du § 1^{er} pendant une période de référence complète, ainsi que les institutions faisant l'objet d'une fermeture ou d'une liquidation après faillite.

Dans le secteur privé, les emplois ainsi laissés vacants sont remis à la disposition de la Chambre Secteur Personnes Agées du Fonds Maribel Social CP 330, qui désigne d'autres employeurs pouvant bénéficier de la mesure visée au § 1^{er}. Sur proposition de cette Chambre, le Comité de l'assurance soins de santé de l'INAMI est dès lors habilité à modifier une fois par an à partir du 1^{er} janvier la liste visée à l'alinéa 1.

Dans le secteur public, les emplois ainsi laissés vacants sont mis à la disposition des employeurs qui, pendant la dernière période de référence connue, hébergeaient moins de 25 patients classés dans la catégorie de dépendance Cd, en commençant par ceux qui se rapprochent le plus de ce nombre. Sur proposition de la commission de convention entre les maisons de repos et les organismes assureurs, le Comité de l'assurance soins de santé

de l'INAMI est dès lors habilité à modifier une fois par an à partir du 1^{er} janvier la liste visée à l'alinéa 2 ».

2. Interrogé sur le mécanisme ainsi mis en place, le fonctionnaire délégué a précisé que, s'agissant des employeurs du secteur public, la liste à établir comporterait tous les employeurs qui, « selon leurs propres déclarations recueillies jusqu'au 31 mars 2011 au plus tard, hébergeaient, pendant la période de référence 2009-2010, moins de 25 et plus de 14,274 patients classés dans la catégorie de dépendance Cd », à l'exception de ceux exclus en vertu de l'article 4bis, § 2, alinéa 3, en projet. Concernant le secteur public, l'arrêté en projet comporte donc les critères objectifs permettant d'établir la liste des employeurs ayant droit au financement concerné.

Par contre, s'agissant des employeurs du secteur privé, le fonctionnaire délégué a exposé que les critères objectifs permettant d'établir la liste devant être proposée par le Fonds Maribel et devant être approuvée par le Comité de l'assurance, s'ils existent bel et bien et sont déterminés, n'ont pas été insérés dans l'arrêté en projet, en raison de leur complexité.

Une telle solution ne peut être admise : les critères objectifs à mettre en œuvre afin de déterminer les employeurs pouvant se voir octroyer le financement concerné doivent être précisés dans l'arrêté en projet lui-même, de manière à ne pas consentir d'habilitation excessive au Fonds Maribel ainsi qu'au Comité de l'assurance et à assurer le respect du principe d'égalité entre les différents employeurs du secteur privé.

L'arrêté en projet sera complété en conséquence.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

1. De verplichting om het advies van de Algemene raad van de verzekering voor geneeskundige verzorging te vragen over de ontwerptekst vloeit voort uit artikel 15 van de wet van 25 april 1963 ‘betreffende het beheer van de instellingen van openbaar nut voor sociale zekerheid en sociale voorzorg’, *junctis* artikel 213, § 2, van de wet ‘betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994’, en artikel 2, § 1, b), van het koninklijk besluit van 9 september 1993 ‘tot uitvoering van artikel 213, § 2, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994’.

Artikel 2, § 2, van hetzelfde besluit van 9 september 1993 luidt weliswaar als volgt:

“Indien voor een bepaalde aangelegenheid verschillende van de in het eerste lid [lees: paragraaf 1], b) en c), vermelde organen bevoegd zijn of kunnen zijn, kan de Minister beslissen op welk orgaan de artikelen 14 en 15 van de wet van 25 april 1963 worden toegepast”.

In dit verband blijkt uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State is bezorgd dat het in artikel 2, § 1, c), van het voornoemde koninklijk besluit van 9 september 1993 bedoelde orgaan - namelijk het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging - op 21 juni 2010 een advies over de ontwerptekst heeft gegeven.

Uit het dossier kan evenwel niet worden opgemaakt dat de minister daadwerkelijk het orgaan heeft aangewezen waarop de artikelen 14 en 15 van de voornoemde wet van 25 april 1963 van toepassing zijn, in het geval dat, zoals *in casu*, de Algemene raad van de verzekering voor geneeskundige verzorging en het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging geraadpleegd dienen te worden over dezelfde aangelegenheid.

Bovendien stelt artikel 2, § 1, b), van het voornoemde koninklijk besluit van 9 september 1993 “de ontwerpen van besluit waarvan het Verzekeringscomité de afwezigheid van financiële weerslag vaststelt” weliswaar vrij van het advies van de Algemene raad, maar moet worden vastgesteld dat *in casu* uit het dossier integendeel blijkt dat het ontwerp een budgettaire impact zal hebben.

Het dossier maakt evenmin gewag van een spoedeisendheid die het niet-raadplegen van de Algemene raad van de verzekering voor geneeskundige verzorging, overeenkomstig artikel 15 van de voornoemde wet van 25 april 1963, zou kunnen rechtvaardigen.

Bijgevolg dient de Algemene raad van de verzekering voor geneeskundige verzorging geraadpleegd te worden, indien zulks nog niet gebeurd is, ofwel dient de steller van het ontwerp op zijn minst aan te tonen dat er gegronde redenen voorhanden zijn om te worden vrijgesteld van dit vormvereiste.¹

2. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’, in die wet ingevoegd bij de wet van 30 juli 2010, en uit het koninklijk besluit van 20 september 2012 ‘houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid, van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ kan worden opgemaakt dat het ontwerp vooraf moet worden onderzocht met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling uit te voeren, aangezien het, naar het zich laat aanzien, niet valt onder de uitzonderingen waarin wordt voorzien door artikel 2 van het voornoemde koninklijk besluit.

In het dossier bevindt zich een “DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A)” met de vermelding dat de door het ontwerp voorgenomen “maatregel behoort tot vrijstellingscategorie”, waarbij wordt geconcludeerd dat het ontwerp derhalve geen effectbeoordeling behoeft.

Hiervoor worden de volgende redenen aangevoerd:

“2. [...] Het staat op voorhand en met zekerheid vast dat de impact van de maatregel op sociaal, economisch en/of leefmilieuvlak te verwaarlozen is; (...) geeft uitvoering aan een aantal maatregelen voor de rustoorden voor bejaarden en de rust- en verzorgingstehuizen zoals bepaald in het mini-sociaal akkoord van 2011 voor de federale gezondheidssectoren.

[...]

3. [...] De wijzigingen en aanvullingen van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 beogen het regelen van de financiering van de maatregelen die voor de sector van de rustoorden voor bejaarden en de rust- en verzorgingstehuizen vastgelegd zijn in het mini-sociaal akkoord voor de federale gezondheidssectoren van 2011”.

Inzoverre het document alleen het socio-politieke kader en de strekking van de maatregel vermeldt, geeft het niet voldoende duidelijk aan in welk opzicht de impact van de maatregel te verwaarlozen is.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State acht het noodzakelijk de steller van het ontwerp te wijzen op de wankel motivering die wordt aangehaald.

¹ Zie in deze zin advies 49.535/2, op 11 mei 2011 door de afdeling Wetgeving van de Raad van State gegeven over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 28 juni 2011 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 tot uitvoering van de artikelen 57 en 59 van de programmawet van 2 januari 2001 wat de harmonisering van de barema's en de loonsverhogingen in bepaalde gezondheidsinrichtingen betreft’.

ALGEMENE OPMERKING

1. In het advies dat de inspecteur van Financiën op 25 januari 2012 heeft gegeven over de ontworpen tekst, wordt betreffende de rechtsgrond van de tekst het volgende gesteld:

“De wettelijke basis van dit ontwerp verwijst uitdrukkelijk naar de tenlasteneming van de financiële weerslag van sociale akkoorden die betrekking hebben op de gezondheidssector en die door de federale Regering worden gesloten met de betrokken representatieve organisaties van werkgevers en werknemers. De preambules van de sociale akkoorden waarvan dit ontwerp een uitvoering is, gesloten op 4 februari 2011 voor de private instellingen en 21 februari 2011 voor de publieke instellingen, bepalen het volgende (identieke formulering) : ‘Dit akkoord betreft het jaar 2011 gezien het beheer van lopende zaken waaraan de federale regering onderworpen is. Toch kadert het, in het bijzonder wat de jobcreatie betreft, in het vooruitzicht van een coherent meerjarenplan, dat zo snel als mogelijk moet worden gesloten’. Ook in de reacties op de akkoorden van de verschillende stakeholders werd duidelijk vermeld dat deze enkel het jaar 2011 betroffen. Het ontwerp voorziet daarentegen een regeling van onbepaalde duur : zie artikel 4 van het ontwerp. Ook wordt er een indexering van de bedragen voorzien. Dergelijke bepalingen overstijgen de loutere uitvoering van het akkoord. Het recurrent karakter vindt geen reglementaire basis in de artikels 57-59 van de wet van 2 januari 2001.

De IF vraagt zich af of een verwijzing naar het akkoord van 2011 niet best wordt ingevoegd in artikel 2 van het KB van 17 augustus 2007 en of de titel van dit KB ook niet best wordt aangepast (vermelding van creatie van tewerkstelling)”.

2. In de ontworpen tekst worden als rechtsgrond de artikelen 57 en 59 van de programmawet van 2 januari 2001 opgegeven, die hoofdstuk II van titel X van deze wet vormen en als volgt luiden:

“HOOFDSTUK II. - Uitvoering sociale akkoorden.

Art. 57. Dit hoofdstuk voert een regeling in voor de tenlasteneming van de financiële weerslag van sociale akkoorden die betrekking hebben op de gezondheidssector en die door de federale regering worden gesloten met de betrokken representatieve organisaties van werkgevers en werknemers.

Art. 59. De Koning bepaalt bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de maatregelen waarvan de financiële weerslag door de overheid ten laste wordt genomen en de nadere regels met het oog op de vaststelling van de financiële weerslag, het bedrag en de betaling van de financiële tegemoetkoming.

Daartoe kan de Koning:

- 1° de gegevens aanduiden op basis waarvan de tegemoetkoming wordt bepaald;
- 2° de overheidsdiensten aanduiden die deze gegevens moeten inzamelen en verwerken;
- 3° de wijze bepalen waarop de tegemoetkoming moet worden berekend;
- 4° de periode bepalen waarop deze tegemoetkoming van toepassing is;
- 5° de natuurlijke of rechtspersoon bepalen waaraan de tegemoetkoming moet worden betaald en de tijdstippen waarop dit moet gebeuren;
- 6° de rechthebbende bepalen van de tegemoetkoming;

7° de overheidsdiensten aanduiden, belast met de berekeningen en de betaling van deze tegemoetkoming en met het toezicht op de aanwending ervan bepalen;

8° het gedeelte aanduiden van de financiële weerslag van de tegemoetkomingen welke door de begroting van het Rijk ten laste zal worden genomen of het gedeelte dat ten laste valt van de begroting inzake de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen”.

Uit de onderlinge samenhang van deze bepalingen volgt dat de bevoegdheden die door het voornoemde artikel 59 aan de Koning worden verleend, noodzakelijkerwijs verband houden met het bestaan van “sociale akkoorden”.

In casu rijst de vraag of het ontworpen besluit, dat een blijvende regeling lijkt op te zetten of alleszins een regeling die meerdere jaren bestrijkt², zijn rechtsgrond kan ontleen aan de voornoemde artikelen 57 en 59, daar de sociale akkoorden die het ontworpen besluit ten uitvoer wil leggen luidens het advies van de inspecteur van Financiën enkel voor het jaar 2011 gelden.

Toen daarover inlichtingen werden gevraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar betoogd dat de akkoorden bedoeld in de voornoemde artikelen 57 en 59 in principe zijn opgevat als akkoorden voor een onbepaalde duur.

In casu moet echter worden opgemerkt dat in de twee akkoorden die hier aan de orde zijn en waarvan de tekst aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State is gezonden, het volgende wordt gesteld:

“Dit akkoord betreft het jaar 2011 gezien het beheer van lopende zaken waaraan de federale regering onderworpen is.

Toch kadert het, in het bijzonder wat de jobcreatie betreft, in het vooruitzicht van een coherent meerjarenplan, dat zo snel als mogelijk moet worden gesloten.”

In deze omstandigheden, bij ontstentenis van andere documenten die kunnen aantonen dat de aldus overgezonden akkoorden zijn verlengd of vernieuwd zonder tijdbeperking, lijkt het moeilijk aan te nemen dat de akkoorden waarnaar hier precies wordt verwezen niet beperkt zouden zijn tot het jaar 2011. Uit de omstandigheid dat akkoorden als bedoeld in de artikelen 57 en 59 van de programmawet van 2 januari 2001 gewoonlijk niet worden gesloten voor een bepaalde termijn, kan geen conclusie in tegengestelde zin worden getrokken.

Het besluit is dan ook dat de bewoordingen zelf van de twee akkoorden die hier aan de orde zijn de rechtsgrond van het ontworpen besluit doen wankelen. Het verdient dus aanbeveling ofwel de genoemde akkoorden uitdrukkelijk te vernieuwen, ofwel de reikwijdte van het ontworpen besluit te beperken tot het betrokken jaar.³

² Zie met name het ontworpen artikel 4bis, § 1, eerste lid, inleidende zin, alsook het ontworpen artikel 4bis, § 4.

³ Dienaangaande en voor de goede orde wordt de steller van het ontwerp erop gewezen dat een regelgevend besluit bij ontstentenis van een uitdrukkelijke door de wet verleende machtiging slechts bij wijze van uitzondering terugwerkende kracht kan hebben, inzonderheid wanneer de terugwerking nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisering van een rechtstoestand of feitelijke toestand en voor zover de vereisten inzake rechtszekerheid vervuld zijn en de individuele rechten geëerbiedigd worden.

Het is onder voorbehoud van die opmerking dat de volgende bijzondere opmerkingen worden gemaakt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

In het vijfde en het zesde lid moeten de datum van het advies van de inspecteur van Financiën en de datum van de akkoordbevinding van de minister van Begroting worden vermeld.

DISPOSITIEF

Artikel 4

1. In het voorliggende ontworpen artikel 4*bis* wordt een regeling opgezet die erin voorziet dat vanaf 1 oktober 2011 “bepaalde werkgevers” recht hebben op een jaarlijkse financiële tegemoetkoming met het oog op het scheppen van bepaalde betrekkingen, indien deze tewerkstelling wordt gecreëerd vóór 31 december 2012.

Paragraaf 2 van het ontworpen artikel 4*bis* luidt als volgt:

“§ 2. Voor zover ze aan de dienst bewijzen dat ze de nieuwe tewerkstelling creëren waarvoor deze tegemoetkoming is voorzien, is de tegemoetkoming, bedoeld in § 1, 1°, verschuldigd aan de werkgevers van de privésector, waarvan de lijst, opgesteld door de Kamer ouderenzorg van het Fonds sociale maribel PC 330, is goedgekeurd door het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging van het RIZIV en gepubliceerd op de website van het Riziv.

Voor zover ze aan de dienst bewijzen dat ze de nieuwe tewerkstelling creëren waarvoor deze tegemoetkoming is voorzien, is de tegemoetkoming, bedoeld in § 1, 2°, verschuldigd aan de werkgevers van de openbare sector die, volgens hun eigen verklaringen verzameld tot uiterlijk 31 maart 2011, tijdens de referentieperiode 2009-2010 minder dan 25 en meer dan 14,274 patiënten hebben ondergebracht in de afhankelijkheids categorie Cd, en waarvan de lijst, op voorstel van de overeenkomstencommissie tussen de rustoorden en de verzekeringsinstellingen, is goedgekeurd door het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging van het RIZIV en gepubliceerd op de website van het Riziv.

Van die lijsten zijn zonder opzegging en definitief de werkgevers uitgesloten

a) die uiterlijk op 15 januari 2013 aan de dienst geen kopie van het contract van het pas aangeworven personeelslid hebben gestuurd, waaruit blijkt dat dit personeelslid wel degelijk voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in § 3,

b) of voor welke de dienst de volledige afwezigheid van dit personeel vaststelt tijdens een volledige referentieperiode; ook worden de instellingen uitgesloten die zijn gesloten of opgeheven na een faillissement.

In de privésector worden de jobs die op die manier vrij komen, ter beschikking gesteld van de Kamer ouderenzorg van het Fonds sociale maribel PC 330, die andere werkgevers aanduidt die de maatregel bedoeld in § 1 kunnen genieten. Op voorstel van

die Kamer is het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging van het RIZIV gerechtigd om een keer per jaar vanaf 1 januari de lijst zoals bedoeld in het eerste lid te wijzigen.

In de openbare sector worden de jobs die op die manier vrij komen, ter beschikking gesteld van de werkgevers die tijdens de laatste bekende referentieperiode minder dan 25 patiënten hadden ondergebracht in de afhankelijkheids categorie Cd, te beginnen bij diegenen die het dichtst bij dat aantal komen. Op voorstel van de overeenkomstencommissie tussen de rustoorden en de verzekeringsinstellingen, is het Comité van de verzekering voor geneeskundige verzorging van het RIZIV gerechtigd om een keer per jaar vanaf 1 januari de lijst zoals bedoeld in het tweede lid te wijzigen”.

2. Toen inlichtingen werden gevraagd over de aldus opgezette regeling, heeft de gemachtigde ambtenaar verklaard dat, betreffende de werkgevers van de openbare sector, de op te stellen lijst alle werkgevers zou bevatten die “volgens hun eigen verklaringen verzameld tot uiterlijk 31 maart 2011, tijdens de referentieperiode 2009-2010 minder dan 25 en meer dan 14,274 patiënten hebben ondergebracht in de afhankelijkheids categorie Cd”, met uitzondering van de werkgevers die krachtens het ontworpen artikel 4bis, § 2, derde lid, uitgesloten worden. Wat de openbare sector betreft, bevat het ontworpen besluit dus objectieve criteria om de lijst te kunnen opstellen van werkgevers die recht hebben op de betrokken financiële tegemoetkoming.

Betreffende de werkgevers van de privésector echter heeft de gemachtigde ambtenaar verklaard dat de objectieve criteria, ofschoon ze werkelijk bestaan en zijn omschreven, aan de hand waarvan de lijst opgesteld wordt die moet worden voorgesteld door het Fonds Maribel en goedgekeurd moet worden door het Comité van de verzekering, vanwege hun complexiteit niet in het ontworpen besluit zijn opgenomen.

Een dergelijke oplossing is niet toelaatbaar: de objectieve criteria die moeten worden aangewend teneinde te bepalen welke werkgevers de betrokken financiële tegemoetkoming kunnen krijgen, moeten nader worden omschreven in het ontworpen besluit zelf, zodat geen buitensporige machtiging wordt verleend aan het Fonds Maribel, noch aan het Comité van de verzekering, en zodat het beginsel van gelijkheid tussen de verschillende werkgevers van de privésector wordt geëerbiedigd.

Het ontworpen besluit moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS