



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.381/VR
van 14 december 2016

over

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van het koninklijk
besluit van 19 mei 1987 houdende
vaststelling van de voorwaarden
voor de toekenning van de
schadeloosstelling voor de
niet-uitvoering van projecten van
ziekenhuisbouw en voor de sluiting
en de niet-ingebruikname van
ziekenhuisdiensten, evenals de
wijze waarop de schadeloosstelling
wordt berekend’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.381/VR
du 14 décembre 2016

sur

un projet d'arrêté royal ‘modifiant
l'arrêté royal du 19 mai 1987
fixant les conditions d'octroi de
l'indemnisation pour la
non-exécution de projets de
construction d'hôpitaux et pour la
fermeture et la non-mise en service
d'hôpitaux ou de services
hospitaliers, ainsi que le mode de
calcul de l'indemnisation’

Op 31 oktober 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen^(*), een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’.

Het ontwerp is door de verenigde kamers onderzocht op 13 december 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, voorzitter, Jo BAERT, kamervoorzitter, Martine Baguet, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Bernard BLERO en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessoren, en Colette GIGOT en Annemie GOOSSENS, griffiers.

De verslagen zijn uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd en Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 december 2016.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artike 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

Le 31 octobre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Santé publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé à quarante-cinq jours ^(*) sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 19 mai 1987 fixant les conditions d'octroi de l'indemnisation pour la non-exécution de projets de construction d'hôpitaux et pour la fermeture et la non-mise en service d'hôpitaux ou de services hospitaliers, ainsi que le mode de calcul de l'indemnisation'.

Le projet a été examiné par les chambres réunies le 13 décembre 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, président, Jo BAERT, président de chambre, Martine Baguet, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Bernard BLERO et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseurs, et Colette GIGOT et Annemie GOOSSENS, greffiers.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section et Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 décembre 2016.

*

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85*bis*.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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 te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de opheffing van de regeling inzake de schadeloosstelling voor het sluiten van een ziekenhuis of van een gedeelte ervan. Die regeling is vervat in hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 ‘houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals van de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’.

Daartoe wordt het opschrift van het voormelde besluit gewijzigd (artikel 1 van het ontwerp), wordt de inleidende bepaling aangepast waarin de verscheidene gevallen worden opgesomd waarvoor in een schadeloosstelling wordt voorzien (artikel 2) en wordt het voormelde hoofdstuk III opgeheven (artikel 3).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 5). Er wordt voorzien in een overgangsregeling voor de aanvragen tot schadeloosstelling die blijkens de poststempel zijn verzonden aan de minister bevoegd voor de verpleegdagprijs voor ziekenhuizen op de datum (lees: tot op de datum) van de inwerkingtreding van het te nemen besluit (artikel 4).

BEVOEGDHEID

3. De regeling vervat in hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 vormt de nadere uitwerking van artikel 65, tweede en derde lid, van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’ (hierna: de ziekenhuiswet), ter uitvoering van de machtiging vervat in artikel 65, vierde lid, van die wet. Deze regeling sluit aan op de voorbehouden federale bevoegdheid inzake “de financiering van de exploitatie [van ziekenhuizen], wanneer deze geregeld is door de organieke wetgeving en onverminderd de bevoegdheden van de gemeenschappen bedoeld onder a)”, dit is “de investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten”.¹

Artikel 10bis van het koninklijk besluit van 19 mei 1987, dat eveneens wordt opgeheven bij artikel 3 van het te nemen besluit, voorziet evenwel in de mogelijkheid van een schadeloosstelling van dertig procent voor de bouw- of verbouwingskosten voor de reconversie

¹ Zie artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a) en b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

van bedden in een psychiatrisch ziekenhuis naar bedden in een psychiatrisch verzorgingstehuis. Die bepaling luidt als volgt:

“Voor de bouw- of verbouwingskosten voor de reconversie van bedden in een psychiatrisch ziekenhuis naar bedden in een psychiatrisch verzorgingstehuis kan een schadeloosstelling worden toegekend ten belope van 30 procent van de werkelijke kosten, met inachtneming van de in artikel 5 bedoelde maximum kostprijs die geldt voor de diensten neuro-psychiatrie (T).

De toekenning van de schadeloosstelling is verbonden aan de voorwaarde dat het bedrag van de schadeloosstelling effectief wordt gebruikt om de bouw- of verbouwingskosten te dekken.”

De vraag rijst of de federale overheid bevoegd is gebleven voor de betrokken bepaling na de bevoegdheidsoverdrachten inzake gezondheidszorg ingevolge de Zesde Staatshervorming en of ze bijgevolg die bepaling kan opheffen.

4. De gemeenschappen werden ingevolge de Zesde Staatshervorming bevoegd voor “de investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten”.² In de toelichting bij het voorstel van bijzondere wet dat de voormelde bevoegdheidsoverdracht inhield, werd daarover het volgende uiteengezet:

“De financiering van de ziekenhuizen evenals de regels met betrekking tot het vastleggen en de verrekening van het budget van de financiële middelen van de ziekenhuizen blijven een federale bevoegdheid. De gemeenschappen worden evenwel bevoegd voor de financiering van de infrastructuur en de medisch-technische diensten, waarbij de basisregelen van de programmatie een bevoegdheid blijven van de federale overheid. Hiertoe wordt de uitzondering bepaald in artikel 5, § 1, I, 1, e), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgeheven en het punt a) aangepast.

Deze bevoegdheid omvat de onderdelen A1 en A3 van het ziekenhuisbudget (BFM). Het gaat om de aangelegenheden die geregeld worden in de artikelen 9 en 11 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, met name de investeringslasten (A1) en de investeringslasten van medisch-technische diensten (A3).”³

De Raad van State heeft zich reeds naar aanleiding van eerdere adviesaanvragen uitgesproken over de vraag of naast de in de parlementaire voorbereiding vermelde onderdelen A1 en A3 van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen⁴ ook andere regelingen inzake de financiering van ziekenhuizen zijn overgeheveld naar de gemeenschappen.⁵ Dat bleek het geval te zijn voor de artikelen 63, 64, 65, eerste lid, en 106 van de ziekenhuiswet.⁵

² Zie artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

³ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 33.

⁴ Zie het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’.

⁵ Adv.RvS 58.350/2-4/VR van 12 november 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het programmadecreet van de Franse Gemeenschap van 10 december 2015 ‘portant diverses mesures relatives à l’enseignement spécialisé, aux Bâtiments scolaires, à l’Enfance, à la Culture, à l’enseignement supérieur, au financement de l’enseignement supérieur universitaire et non universitaire et à l’enseignement de promotion sociale’, *Parl.St.* Parl.F.Gem. 2015-16, nr. 209/1, 29-34; adv.RvS 58.489/4 van 14 december 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de

Specifiek wat betreft artikel 65, eerste lid, van de ziekenhuiswet betoogde de gemachtigde in een van de voormelde adviesaanvragen het volgende:

“L'article 65, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux prévoit que :

‘Une indemnité peut être accordée par l'État pour les frais d'étude et d'élaboration de projets de construction pour lesquels un accord de principe a été donné, à condition qu'il soit renoncé à leur exécution totale ou partielle’.

Cette disposition règle un aspect particulier du financement de ce qui est communément appelé ‘frais de pré-exploitation’, anciennement financés via la sous-partie C3 du BMF et financés via la sous-partie A1 du BMF depuis la modification apportée par l'article 7 de l'arrêté royal du 25 avril 2014 insérant un article 29*bis* dans les dispositions relatives à la sous-partie A1 de l'arrêté royal du 25 avril 2002.

La communauté est compétente pour le coût ou le financement des investissements de l'infrastructure et des services médicotéchniques, en ce compris les frais de pré-exploitation faisant actuellement partie de la sous-partie A1 du BMF. Elle est, donc, compétente pour abroger l'alinéa 1^{er}, de l'article 65 de la loi sur les hôpitaux qui prévoit qu'une indemnité peut être accordée lorsqu'il est renoncé à des projets de construction pour le financement desquels la communauté est désormais seule compétente.”⁶

De Raad van State heeft zich bij die redenering aangesloten. De regeling vervat in artikel 65, eerste lid, van de ziekenhuiswet werd (ter uitvoering van de delegatie vervat in artikel 65, vierde lid, van die wet) nader uitgewerkt in hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 19 mei 1987.

5. Anders is het evenwel voor de regeling vervat in artikel 65, tweede en derde lid, van de ziekenhuiswet, die luidt als volgt:

“Door de Staat kan eveneens een schadeloosstelling worden toegekend voor de kosten die gepaard gaan met de sluiting of het niet in gebruik nemen van een ziekenhuis of ziekenhuisdienst of met het niet in gebruik nemen of het beëindigen van het gebruik van zware medische apparatuur.

De in het tweede lid bedoelde schadeloosstelling kan niet worden toegekend in het geval diensten worden opgericht en/of uitgebaat zonder de vereiste erkenning of indien zware medische apparatuur wordt opgesteld en/of uitgebaat zonder de vereiste toelating.”

De vergoeding van kosten die een ziekenhuis oploopt naar aanleiding van de sluiting van reeds uitgebate voorzieningen of van het niet in gebruik nemen van reeds gebouwde voorzieningen, zoals die wordt geregeld in de artikelen 65, tweede en derde lid, van de ziekenhuiswet en nader wordt uitgewerkt in de hoofdstukken III en IV van het koninklijk besluit van 19 mei 1987, kan in beginsel niet worden gelijkgesteld met de vergoeding van investeringskosten in infrastructuurwerken met het oog op de bouw of de verbouwing van voorzieningen. De federale overheid is dan ook principieel bevoegd gebleven voor de voormelde bepalingen.

Waalse Regering van 17 december 2015 ‘abrogeant et modifiant certaines dispositions relatives au subventionnement des investissements hospitaliers, prises en exécution de la loi sur les hôpitaux et autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008’.

⁶ Adv.RvS 58.350/2-4/VR, *Parl.St.* Parl.F.Gem. 2015-16, nr. 209/1, 33-34.

6. Artikel 10bis van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 heeft geen betrekking op kosten met betrekking tot reeds uitgebate of verbouwde voorzieningen, maar op kosten die specifiek worden gedaan voor het bouwen of het verbouwen, naar aanleiding van de omvorming van bedden in een psychiatrisch ziekenhuis naar bedden in een psychiatrisch verzorgingstehuis (PVT), met andere woorden ten behoeve van een nieuw in te richten (deel van een) zorgvoorziening.⁷

De bevoegdheid inzake de psychiatrische verzorgingstehuizen is integraal overgedragen aan de gemeenschappen als een onderdeel van hun bevoegdheid inzake “het beleid betreffende de verstrekkingen van geestelijke gezondheidszorg in de verplegingsinrichtingen buiten de ziekenhuizen”.⁸ Dat is ook het geval voor de financiering van investeringen voor infrastructuur voor deze voorzieningen, aangezien het niet gaat om een financiering van de verstrekkingen in deze voorzieningen via de ziekte- en invaliditeitsverzekering (waarvoor de federale overheid wel bevoegd is).⁹

7. De conclusie is dan ook dat de federale overheid niet bevoegd is om de regeling vervat in artikel 10bis van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 op te heffen. Dit wordt door de gemachtigde beaamd:

“De federale overheid heeft zich bij het ontwerpen van het koninklijk besluit gebaseerd op haar bevoegdheid voor de schadeloosstelling bij het sluiten van een ziekenhuis of een gedeelte ervan. De sluiting op zich wordt schadeloos gesteld. Ik treed de Raad van State bij dat de schadeloosstelling vervat in artikel 10bis van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 van een andere aard is: er wordt een schadeloosstelling toegekend voor bouw- en verbouwingswerken voor het inrichten van een psychiatrisch verzorgingstehuis na reconversie uit/sluiting van psychiatrische ziekenhuisbedden. De federale overheid is daarvoor inderdaad niet bevoegd. Hoofdstuk III dient bijgevolg opgeheven te worden met uitzondering van artikel 10bis waarvoor de deelstaten na de Zesde Staatshervorming bevoegd zijn.”

RECHTSGROND

8. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 65, vierde lid, van de ziekenhuiswet.

⁷ Artikel 10bis werd ingevoegd bij het koninklijk besluit van 10 juli 1990 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten evenals van de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’. Dit besluit werd niet om advies aan de Raad van State voorgelegd.

⁸ Zie artikel 5, § 1, I, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zie ook *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 5 en 24.

⁹ Zie artikel 5, § 1, I, tweede lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

ALGEMENE OPMERKINGEN

9. De ontworpen maatregel komt neer op het wegnemen van een beduidend financieel voordeel voor ziekenhuizen in geval van sluiting van het ziekenhuis of van gedeelten ervan. In de nota aan de Ministerraad wordt uiteengezet dat er ongeveer 4000 “onverantwoorde” ziekenhuisbedden zijn waarvan de ziekenhuizen de sluiting zouden overwegen in het licht van de voorgenomen hervormingen van het ziekenhuislandschap en dat al die bedden in aanmerking komen voor sluiting met schadeloosstelling.

In zoverre de beslissing tot sluiting een vrijwillige beslissing is van de ziekenhuizen, waarbij het al dan niet voorhanden zijn van een financiële vergoeding een element is in de economische berekening door die ziekenhuizen, die met kennis van zaken kunnen beoordelen of zij een voorgenomen sluiting alsnog wensen te laten doorgaan, rijst geen bezwaar bij de ontworpen schrapping van de regeling inzake de schadeloosstelling.

De zaak kan echter in een ander licht komen te staan wanneer die beslissing tot sluiting niet berust op een vrijwillige keuze van ziekenhuizen, maar wanneer de ziekenhuizen in rechte (bijvoorbeeld door een beduidende reductie van programmatiecriteria) of in feite (door een beduidende verstrenging van de regels die zij moeten naleven of door een beduidende vermindering van hun financiering) gedwongen zouden zijn om over te gaan tot sluiting. Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens waarborgt immers het ongestoorde genot van de eigendom, ook voor rechtspersonen. Dat eigendomsbegrip heeft bovendien een ruim toepassingsgebied, waaronder het kunnen uitoefenen van een activiteit krachtens een vergunning of erkenning.¹⁰

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Het ontwerpbesluit dat nu aan de Raad van State voor advies wordt voorgelegd, bevat inderdaad enkel de administratieve procedure en de manier van berekening van de schadeloosstelling. Momenteel wordt deze schadeloosstelling enkel toegepast bij vrijwillige sluitingen van bedden en diensten. We kunnen momenteel nog geen uitspraken doen of de nakende ziekenhuishervorming zal gepaard gaan met verplichte desaffectaties (de overheidssturing kan zich bijvoorbeeld beperken tot financiële incentives). In die zin is de vraag op dit ogenblik speculatief.

We veronderstellen dat de Raad met [zijn] vraag verwijst naar recente jurisprudentie van het EHRM waarbij vergunningen waarover ondernemingen beschikken in aanmerking kunnen komen om als eigendomsrecht beoordeeld te worden in het licht van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarbij moet er opgemerkt worden dat deze jurisprudentie recent is en schaars, en dat aldus de precieze reikwijdte in [onze] ogen nog onzeker is. Daarnaast is het onmogelijk in dit stadium te beoordelen of er Belgische ziekenhuizen in de toekomst naar het EHRM zullen stappen, of ‘erkenningen’ waarover ziekenhuizen beschikken als een eigendomsrecht zullen beschouwd worden, of er sprake is van een schending van dat eigendomsrecht als het ziekenhuis door omstandigheden een erkenning verliest, en tot slot of deze eventuele schending niet gerechtvaardigd kan worden in het kader van het algemeen belang. De hervorming van de ziekenhuissector die momenteel wordt uitgewerkt wil namelijk in hoofdzaak twee grote doelstellingen

¹⁰ EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag v. Zweden*, §§ 54-55; EHRM 7 juni 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. en Di Stefano v. Italië*, §§ 174-180.

bereiken. Ten eerste meer kwaliteit van zorg door, waar aangewezen op basis van wetenschappelijke evidentie, expertise en uitrusting te concentreren. Ten tweede willen we de schaarse financiële en menselijke middelen efficiënter inzetten om op lange termijn de financiële stabiliteit van ons gezondheidszorgsysteem te waarborgen. Deze doelstellingen van algemeen maatschappelijk belang lijken ons in deze zwaarder te wegen dan het belang van een individueel ziekenhuis. Dit principe van algemeen belang maakt trouwens inherent deel uit van art. 1 van het Eerste Protocol EVRM. Het spreekt wel voor zich dat elke toekomstige maatregel die een impact heeft op de eigendomsrechten van ziekenhuizen in verhouding moet staan tot de beoogde doelstellingen van algemeen belang.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

10. Aangezien het koninklijk besluit van 19 mei 1987 ten dele tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort, is het niet raadzaam om het opschrift ervan te wijzigen, zoals met artikel 1 van het ontwerp wordt beoogd. Hierdoor kan immers verwarring ontstaan bij verwijzingen naar dat besluit, aangezien een verschillend opschrift zou worden gebruikt naargelang het gaat om een verwijzing in federale regelgeving of in gemeenschapsregelgeving. Het gegeven dat het huidige opschrift niet langer overeenstemt met de federale bevoegdheid ten aanzien van dat besluit, weegt niet op tegen het nadeel van die verwarring.

Artikel 3

11. Gelet op hetgeen is uiteengezet aangaande de onbevoegdheid van de federale overheid om artikel 10*bis* van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 op te heffen, moet het opschrift van hoofdstuk III worden behouden en kunnen enkel de artikelen 6 tot 10 en 11 tot 13 worden opgeheven. Artikel 3 van het ontwerp moet in die zin worden aangepast.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet d'abroger le régime d'indemnisation pour la fermeture d'un hôpital ou d'une partie de celui-ci. Ce régime est inscrit au chapitre III de l'arrêté royal du 19 mai 1987 'fixant les conditions d'octroi de l'indemnisation pour la non-exécution de projets de construction d'hôpitaux et pour la fermeture et la non-mise en service d'hôpitaux ou de services hospitaliers, ainsi que le mode de calcul de l'indemnisation'.

À cette fin, l'intitulé de l'arrêté précité est modifié (article 1^{er} du projet), la disposition introductive qui énumère les différents cas pour lesquels une indemnisation est prévue est adaptée (article 2) et le chapitre III précité est abrogé (article 3).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 5). Un régime transitoire est prévu pour les demandes d'indemnisation qui, selon le cachet de la poste, ont été envoyées au ministre qui a le prix de la journée d'hospitalisation dans ses attributions à la date (lire : jusqu'à la date) d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé (article 4).

COMPÉTENCE

3. Le régime inscrit au chapitre III de l'arrêté royal du 19 mai 1987 met en œuvre l'article 65, alinéas 2 et 3, de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 'sur les hôpitaux et autres établissements de soins' (ci-après : la loi sur les hôpitaux), en exécution de la délégation prévue à l'article 65, alinéa 4, de cette loi. Ce régime relève de la compétence réservée à l'autorité fédérale en matière de « financement de l'exploitation [d'hôpitaux], lorsqu'il est organisé par la législation organique et ce, sans préjudice des compétences des communautés visées au a) », c'est-à-dire le « coût des investissements de l'infrastructure et des services médicotéchniques »¹.

L'article 10bis de l'arrêté royal du 19 mai 1987, qui est également abrogé par l'article 3 de l'arrêté envisagé, prévoit cependant la possibilité d'une indemnisation de trente pour cent pour les coûts de construction ou de reconditionnement liés à la reconversion de lits d'un hôpital psychiatrique en lits d'une maison de soins psychiatriques. Cette disposition est rédigée comme suit :

« Les coûts de construction ou de reconditionnement liés à la reconversion de lits d'un hôpital psychiatrique en lits d'une maison de soins psychiatriques, peuvent faire l'objet d'une indemnisation à concurrence de 30 pour cent des coûts réels, en respectant le coût maximum visé à l'article 5 applicable aux services de neuropsychiatrie (T).

¹ Voir l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 1^{er}, 1^o, a) et b), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

L'octroi de l'indemnisation est lié à la condition que le montant de l'indemnisation soit effectivement utilisé pour couvrir les coûts de construction ou de reconditionnement ».

La question se pose de savoir si l'autorité fédérale est restée compétente pour la disposition concernée après le transfert de compétences en matière de soins de santé faisant suite à la Sixième Réforme de l'État et si elle peut par conséquent abroger cette disposition.

4. À la suite de la Sixième Réforme de l'État, les communautés sont devenues compétentes pour le « coût des investissements de l'infrastructure et des services médicotéchniques »². À ce sujet, les développements de la proposition de loi spéciale prévoyant le transfert de compétences précité, exposaient ce qui suit :

« Le financement des hôpitaux, de même que les règles relatives à la fixation de la liquidation du Budget des moyens financiers des hôpitaux, restent du ressort fédéral. Les communautés deviennent toutefois compétentes pour le financement de l'infrastructure et des services médicotéchniques, dans le respect des règles de base relatives à la programmation qui restent de la compétence de l'autorité fédérale. À cet effet, l'exception visée à l'article 5, § 1^{er}, I, 1^o, e), de la loi spéciale du 8 août 1980 est abrogée et le point a) est adapté.

Cette compétence englobe les sous-parties A1 et A3 du budget des hôpitaux (BMF). Il s'agit des matières réglées aux articles 9 et 11 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux, à savoir les charges d'investissement (A1) et les charges d'investissement des services médicotéchniques (A3) »³.

Le Conseil d'État s'est déjà prononcé, à l'occasion de demandes d'avis antérieures, sur la question de savoir si outre les sous-parties A1 et A3 du budget des moyens financiers des hôpitaux mentionnées dans les travaux préparatoires⁴, d'autres régimes concernant le financement des hôpitaux ont également été transférés aux communautés. Il s'est avéré que tel était le cas pour les articles 63, 64, 65, alinéa 1^{er}, et 106 de la loi sur les hôpitaux⁵. En ce qui concerne spécifiquement l'article 65, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux, le délégué a soutenu dans l'une des demandes d'avis précitées ce qui suit :

² Voir l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 1^{er}, 1^o, a), de la loi spéciale du 8 août 1980.

³ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2232/1, p. 33.

⁴ Voir l'arrêté royal de 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

⁵ Avis C.E. 58.350/2-4/VR du 12 novembre 2015 sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Communauté française du 10 décembre 2015 'portant diverses mesures relatives à l'enseignement spécialisé, aux Bâtiments scolaires, à l'Enfance, à la Culture, à l'enseignement supérieur, au financement de l'enseignement supérieur universitaire et non universitaire et à l'enseignement de promotion sociale', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2015-16, n° 209/1, pp. 29-34 ; avis C.E. 58.489/4 du 14 décembre 2015 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 'abrogeant et modifiant certaines dispositions relatives au subventionnement des investissements hospitaliers, prises en exécution de la loi sur les hôpitaux et autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008'.

« L'article 65, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux prévoit que :

‘Une indemnité peut être accordée par l'État pour les frais d'étude et d'élaboration de projets de construction pour lesquels un accord de principe a été donné, à condition qu'il soit renoncé à leur exécution totale ou partielle’.

Cette disposition règle un aspect particulier du financement de ce qui est communément appelé ‘frais de pré-exploitation’, anciennement financés via la sous-partie C3 du BMF et financés via la sous-partie A1 du BMF depuis la modification apportée par l'article 7 de l'arrêté royal du 25 avril 2014 insérant un article 29*bis* dans les dispositions relatives à la sous-partie A1 de l'arrêté royal du 25 avril 2002.

La communauté est compétente pour le coût ou le financement des investissements de l'infrastructure et des services médicotéchniques, en ce compris les frais de pré-exploitation faisant actuellement partie de la sous-partie A1 du BMF. Elle est, donc, compétente pour abroger l'alinéa 1^{er}, de l'article 65 de la loi sur les hôpitaux qui prévoit qu'une indemnité peut être accordée lorsqu'il est renoncé à des projets de construction pour le financement desquels la communauté est désormais seule compétente »⁶.

Le Conseil d'État a suivi ce raisonnement. Le dispositif inscrit à l'article 65, alinéa 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux a été mis en œuvre dans le chapitre III de l'arrêté royal du 19 mai 1987 (en exécution de la délégation visée à l'article 65, alinéa 4, de cette loi).

5. Il en va cependant autrement pour le dispositif inscrit à l'article 65, alinéas 2 et 3, de la loi sur les hôpitaux, qui s'énonce comme suit :

« Une indemnité peut également être accordée par l'État pour les frais de fermeture de non-exploitation d'un hôpital ou d'un service hospitalier ou de non-exploitation ou d'arrêt d'utilisation de l'appareillage médical lourd.

L'indemnité visée à l'alinéa 2 ne peut être octroyée dans le cas où des services ont été créés et/ou exploités sans l'agrément requis ou si un appareillage médical lourd a été installé et/ou exploité sans l'autorisation requise ».

L'indemnisation des coûts qu'un hôpital supporte en raison de la fermeture d'établissements ou d'équipements déjà exploités ou de la non-mise en service d'établissements ou d'équipements déjà construits, tel qu'elle est réglée à l'article 65, alinéas 2 et 3, de la loi sur les hôpitaux et précisée aux chapitres III et IV de l'arrêté royal du 19 mai 1987, ne peut en principe être assimilée à l'indemnisation du coût des investissements dans des travaux d'infrastructure en vue de la construction ou du reconditionnement d'établissements ou d'équipements. En principe, l'autorité fédérale est dès lors restée compétente pour les dispositions précitées.

6. L'article 10*bis* de l'arrêté royal du 19 mai 1987 ne concerne pas les coûts relatifs à des établissements ou d'équipements déjà exploités ou reconditionnés, mais les coûts qui sont spécifiquement exposés pour la construction ou le reconditionnement liés à la reconversion de lits

⁶ Avis C.E. 58.350/2-4/VR, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2015-16, n° 209/1, pp. 33-34.

d'un hôpital psychiatrique en lits d'une maison de soins psychiatriques (MSP), en d'autres termes au profit (d'une partie) d'un nouvel établissement de soins à aménager⁷.

La compétence en matière de maisons de soins psychiatriques a été intégralement transférée aux communautés en tant que composante de leur compétence en matière de « politique de dispensation des soins de santé mentale dans les institutions de soins autres que les hôpitaux »⁸. Il en va de même pour le financement d'investissements dans l'infrastructure de ces établissements, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un financement des prestations dispensées dans ces établissements dans le cadre de l'assurance maladie-invalidité (pour lequel l'autorité fédérale est effectivement compétente)⁹.

7. Il y a lieu de conclure dès lors que l'autorité fédérale n'est pas compétente pour abroger le dispositif prévu à l'article 10bis de l'arrêté royal du 19 mai 1987, comme en a convenu le délégué en ces termes :

« De federale overheid heeft zich bij het ontwerpen van het koninklijk besluit gebaseerd op haar bevoegdheid voor de schadeloosstelling bij het sluiten van een ziekenhuis of een gedeelte ervan. De sluiting op zich wordt schadeloos gesteld. Ik treed de Raad van State bij dat de schadeloosstelling vervat in artikel 10bis van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 van een andere aard is: er wordt een schadeloosstelling toegekend voor bouw- en verbouwingswerken voor het inrichten van een psychiatrisch verzorgingstehuis na reconversie uit/sluiting van psychiatrische ziekenhuisbedden. De federale overheid is daarvoor inderdaad niet bevoegd. Hoofdstuk III dient bijgevolg opgeheven te worden met uitzondering van artikel 10bis waarvoor de deelstaten na de Zesde Staatshervorming bevoegd zijn ».

FONDEMENT JURIDIQUE

8. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 65, alinéa 4, de la loi sur les hôpitaux.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

9. La mesure en projet revient à priver les hôpitaux d'un avantage financier significatif en cas de fermeture de l'hôpital ou de parties de celui-ci. Il ressort de la note au Conseil des ministres, qu'il y a environ 4000 lits d'hôpitaux « non justifiés » dont les hôpitaux envisageraient la fermeture compte tenu des réformes du paysage hospitalier prévues et que tous ces lits entrent en ligne de compte pour une fermeture avec indemnisation.

⁷ L'article 10bis a été inséré par l'arrêté royal du 10 juillet 1990 'modifiant l'arrêté royal du 19 mai 1987 fixant les conditions d'octroi de l'indemnisation pour la non-exécution de projets de construction d'hôpitaux et pour la fermeture et la non-mise en service d'hôpitaux ou de services hospitaliers, ainsi que le mode de calcul de l'indemnisation'. Cet arrêté n'a pas été soumis pour avis au Conseil d'État.

⁸ Voir l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. Voir aussi *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2232/1, pp. 5 et 24.

⁹ Voir l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 2, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Dans la mesure où la décision de fermeture est une décision volontaire des hôpitaux, la disponibilité ou non d'une indemnisation financière étant un élément du calcul économique de ces hôpitaux qui peuvent apprécier en connaissance de cause s'ils souhaitent encore procéder à une fermeture prévue, la suppression en projet du régime d'indemnisation ne soulève aucune objection.

L'éclairage pourrait toutefois être différent lorsque la décision de fermeture ne se fonde pas sur un choix délibéré des hôpitaux, mais lorsque ceux-ci seraient contraints en droit (par exemple par une réduction importante des critères de programmation) ou en fait (par un renforcement significatif des règles qu'ils doivent respecter ou par une diminution sensible de leur financement) de procéder à la fermeture. L'article 1 du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme garantit en effet le respect des biens, pour les personnes morales également. Cette notion de propriété a en outre un champ d'application large, dont la possibilité d'exercer une activité en vertu d'une concession ou une licence ¹⁰.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het ontwerpbesluit dat nu aan de Raad van State voor advies wordt voorgelegd, bevat inderdaad enkel de administratieve procedure en de manier van berekening van de schadeloosstelling. Momenteel wordt deze schadeloosstelling enkel toegepast bij vrijwillige sluitingen van bedden en diensten. We kunnen momenteel nog geen uitspraken doen of de nakende ziekenhuishervorming zal gepaard gaan met verplichte desaffectaties (de overheidssturing kan zich bijvoorbeeld beperken tot financiële incentives). In die zin is de vraag op dit ogenblik speculatief.

We veronderstellen dat de Raad met [zijn] vraag verwijst naar recente jurisprudentie van het EHRM waarbij vergunningen waarover ondernemingen beschikken in aanmerking kunnen komen om als eigendomsrecht beoordeeld te worden in het licht van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarbij moet er opgemerkt worden dat deze jurisprudentie recent is en schaars, en dat aldus de precieze reikwijdte in [onze] ogen nog onzeker is. Daarnaast is het onmogelijk in dit stadium te beoordelen of er Belgische ziekenhuizen in de toekomst naar het EHRM zullen stappen, of 'erkenningen' waarover ziekenhuizen beschikken als een eigendomsrecht zullen beschouwd worden, of er sprake is van een schending van dat eigendomsrecht als het ziekenhuis door omstandigheden een erkenning verliest, en tot slot of deze eventuele schending niet gerechtvaardigd kan worden in het kader van het algemeen belang. De hervorming van de ziekenhuissector die momenteel wordt uitgewerkt wil namelijk in hoofdzaak twee grote doelstellingen bereiken. Ten eerste meer kwaliteit van zorg door, waar aangewezen op basis van wetenschappelijke evidentie, expertise en uitrusting te concentreren. Ten tweede willen we de schaarse financiële en menselijke middelen efficiënter inzetten om op lange termijn de financiële stabiliteit van ons gezondheidszorgsysteem te waarborgen. Deze doelstellingen van algemeen maatschappelijk belang lijken ons in deze zwaarder te wegen dan het belang van een individueel ziekenhuis. Dit principe van algemeen belang maakt trouwens inherent deel uit van art. 1 van het Eerste Protocol EVRM. Het spreekt wel voor zich dat elke toekomstige maatregel die een impact heeft op de eigendomsrechten van ziekenhuizen in verhouding moet staan tot de beoogde doelstellingen van algemeen belang ».

¹⁰ Cour. eur. D.H., 7 juillet 1889, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, §§ 54-55 ; Cour eur. D.H., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, §§ 174-180.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

10. Dès lors que l'arrêté royal du 19 mai 1987 relève en partie de la compétence des communautés, il n'est pas conseillé d'en modifier l'intitulé, comme l'envisage l'article 1^{er} du projet. Cette modification pourrait en effet être source de confusion dans les références à cet arrêté, puisqu'un intitulé différent serait utilisé selon qu'il s'agit d'une référence à la réglementation fédérale ou à la réglementation communautaire. La circonstance que l'intitulé actuel ne correspond plus à la compétence fédérale à l'égard de cet arrêté ne compense pas l'inconvénient lié à cette confusion.

Article 3

11. Compte tenu de l'observation formulée à propos de l'incompétence de l'autorité fédérale pour abroger l'article 10*bis* de l'arrêté royal du 19 mai 1987, l'intitulé du chapitre III sera maintenu et seuls les articles 6 à 10 et 11 à 13 pourront être abrogés. Il convient d'adapter l'article 3 du projet en ce sens.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT