



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.651/3
van 10 juli 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’

Op 8 juni 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 juli 2017.

*

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 besluit van de Vlaamse Regering strekt tot de invoering van een regeling inzake de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen. Over een eerdere versie van dat ontwerp heeft de Raad van State op 15 maart 2017 al advies 60.973/3 gegeven.¹

De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Met betrekking tot die bepalingen wordt verwezen naar het voormelde advies.

VORMVEREISTEN

3. In het voormelde advies 60.973/3 heeft de Raad van State reeds een uitgebreid onderzoek gewijd aan de overeenstemming van de ontworpen regeling met de voorschriften van het DAEB-vrijstellingsbesluit,² teneinde na te gaan of ze overeenkomstig artikel 1 van dat besluit zou zijn vrijgesteld van de bij artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) voorgeschreven verplichting tot aanmelding bij de Europese Commissie.

De Raad van State verwees daarbij onder meer naar artikel 4 van het DAEB-vrijstellingsbesluit, dat voorschrijft dat een besluit waarbij een onderneming met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang wordt belast moet vermelden: (a) de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen, (b) de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied, (c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend, (d) een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie, (e) de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en (f) een verwijzing naar het DAEB-vrijstellingsbesluit. Artikel 5 van hetzelfde besluit houdt voorts in dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan wat nodig is voor de dekking van de nettokosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, met

¹ Adv.RvS 60.973/3 van 15 maart 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen’.

² Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’.

inbegrip van een redelijke winst. Tevens bevat die bepaling nadere regels om die nettokosten te bepalen, alsook de verplichting om van de betrokken onderneming te eisen dat ze alle ontvangen overcompensatie terugbetaalt. Artikel 6 van hetzelfde besluit schrijft ten slotte voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de compensatie ten behoeve van het beheer van de dienst van algemeen economisch belang voldoet aan de in dat besluit vastgestelde voorwaarden en met name dat de onderneming geen compensatie ontvangt die het overeenkomstig artikel 5 bepaalde bedrag overschrijdt. In geval van overschrijding van de compensatie moet de lidstaat van de betrokken onderneming de terugbetaling van alle ontvangen overcompensatie eisen.

De ontworpen regeling bleek op verschillende punten niet aan die voorwaarden te voldoen. De Raad van State adviseerde dan ook om ofwel het ontwerp te herwerken om het in overeenstemming te brengen met die voorwaarden, ofwel het ontwerp toch aan te melden overeenkomstig die verdragsbepaling.

De stellers van het ontwerp hebben voor de eerste optie gekozen. Er moet dan ook worden nagegaan of de voorgestelde aanpassingen volstaan om te voldoen aan de eisen van het DAEB-vrijstellingsbesluit.

4. In de *bisnota* aan de leden van de Vlaamse Regering wordt als volgt uiteengezet op welke wijze met het aangepaste ontwerp beoogd wordt alsnog aan de voormelde voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit te voldoen:

“In het licht van advies 60/973/3 van 15 maart 2017 van de Raad van State (nrs. 6.1 t.e.m. 6.4.2) worden in het voorontwerp van besluit enkele bepalingen opgenomen opdat de regeling van de investeringssubsidies zou beantwoorden aan Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen. Aldus wordt in dit voorontwerp verwezen naar het voormelde besluit van de Commissie en worden daarin de openbaredienstverplichtingen beschreven (artikel 2). In bijlage 3 bij dit voorontwerp wordt de berekening van de infrastructuurforfaits verduidelijkt. Volgens artikel 6, derde lid, artikel 7, tweede lid, artikel 9, derde lid, artikel 10, tweede lid, en artikel 14, vierde lid, kan de Vlaamse Regering de bedragen van de parameters wijzigen en kan zij het percentage van de intrestvergoeding aanpassen in functie van de evolutie van het algemeen rentepeil. De jaarlijkse subsidiebedragen zullen worden aangepast in functie van de wijziging van het aantal bedden, plaatsen of eenheden (artikel 7, vierde lid, en artikel 11, derde lid).

Andere bepalingen die ertoe bijdragen dat de regeling betreffende de investeringssubsidies beantwoordt aan het besluit van de Commissie, liggen vervat in het (...) voorontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen.”

5. De in de *bisnota* geschetste wijzigingen komen in belangrijke mate tegemoet aan de opmerkingen die werden geformuleerd in advies 60.973/3, maar op enkele punten moet de Raad van State nog steeds een voorbehoud formuleren, zoals blijkt uit wat volgt.

5.1. De omschrijving van de inhoud van de openbaredienstverplichting in het nieuwe artikel 2 van het ontwerp is vrij volledig wat betreft de identificatie van het relevante juridische

kader.³ Er wordt weliswaar niet expliciet verwezen naar de regeling inzake de zorgstrategische planning. Die verwijzing is belangrijk omdat de toekenning van het strategisch forfait enkel mogelijk is indien de aanvraag kan worden ingepast in de zorgstrategische planning, zoals in artikel 5 van het ontwerp wordt bepaald. Er kan niettemin worden aangenomen dat de verwijzing in artikel 2 van het ontwerp naar hoofdstuk VI van het decreet van 20 maart 2009 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’ en naar de uitvoeringsbesluiten ervan, impliciet maar op voldoende duidelijke wijze een verwijzing inhoudt naar de regeling inzake de zorgstrategische planning,⁴ aangezien de rechtsgrond ervoor wordt geboden door artikel 29 van dat decreet, dat deel uitmaakt van het voormelde hoofdstuk.

Het is wel raadzaam om in artikel 2 van het ontwerp de openbaredienstverplichting inhoudelijk nog verder te omschrijven, teneinde beter de onderliggende doelstelling van de maatregel weer te geven en expliciet te verantwoorden waarom de inzet van publieke middelen noodzakelijk is. Er moet immers worden aangetoond dat de investeringen in infrastructuur zonder overheidsinterventie niet zou gebeuren – of althans niet in de beoogde omvang – omdat de kosten ervan niet kunnen worden verhaald op de patiënt zonder de toegankelijkheid van de zorg in het gedrang te brengen. Die opmerking klemmt des te meer nu het relevante juridische kader waarnaar thans wordt verwezen in artikel 2 van het ontwerp, in grote mate ook geldt voor erkende ziekenhuizen die niet in aanmerking komen voor de infrastructuursubsidies, zodat de verwijzing naar dat juridische kader onvoldoende de werkelijke inhoud van de openbaredienstverplichting afdekt.

Uit het gelijktijdig om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’⁵ (hierna: het procedure-ontwerp) kan worden afgeleid dat niet alle ziekenhuizen in aanmerking komen voor het strategisch forfait en dat daartoe hoe dan ook een aanvraag moet worden ingediend. Dat gegeven maakt het minder evident om aan te nemen dat de infrastructuursubsidies “worden verleend als *compensaties van de verplichtingen* die voortvloeien uit de basisziekenhuisopdracht van het erkende ziekenhuis” (cursivering aangebracht) die samenhangen met het juridische kader waarnaar wordt verwezen in artikel 2, derde lid, van het ontwerp. Indien er ziekenhuizen zijn die deze verplichtingen kunnen nakomen zonder daarvoor een compensatie te krijgen in de vorm van de ontworpen infrastructuursubsidies, bijvoorbeeld doordat ze hun infrastructuurinvesteringen met eigen middelen bekostigen en die via de marktwerking kunnen doorrekenen aan hun patiënten, rijst de vraag of de ontworpen infrastructuursubsidies werkelijk kunnen worden beschouwd als een (noodzakelijke) compensatie van een openbaredienstverplichting. Er zou dan ook in artikel 2 van het ontwerp bijkomend moeten worden verduidelijkt dat de openbaredienstverplichting niet enkel slaat op het naleven van bepaalde kwaliteitsnormen, maar dat ermee in de eerste plaats een betaalbare gezondheidszorg wordt beoogd die voor iedereen toegankelijk is. Een dergelijke formulering zou

³ Zie de kritiek ter zake in adv.RvS 60.973/3, opmerking 6.4.2, tweede alinea.

⁴ Met name het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2017 ‘betreffende thematische zorgstrategische planning’. Die regeling vergt evenwel nog belangrijke bijkomende uitvoeringshandelingen van de Vlaamse minister bevoegd voor het gezondheidsbeleid, waarop de Raad van State geen zicht heeft. Zie over de noodzaak van een spoedige concretisering van deze zorgstrategische planning ook adv.RvS 60.973/3, opmerkingen 16.1 en 16.2, alsook het advies van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen van 9 mei 2017.

⁵ Waarover advies 61.652/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies.

beter tot uiting laten komen dat de omstandigheid dat bepaalde ziekenhuizen hun infrastructuurinvesteringen zonder subsidies zelf kunnen financieren, geen afbreuk doet aan de discretionaire bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als regionale autoriteit om diensten van algemeen economisch belang te organiseren op een manier die zo veel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers, rekening houdend met een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker, overeenkomstig artikel 1 van Protocol nr. 26 ‘betreffende de diensten van algemeen belang’ bij het VWEU.

Gelet op hetgeen voorafgaat adviseert de Raad van State om artikel 2, derde lid, van het ontwerp aan te vullen met de volgende zinsnede: “, teneinde de toegang te waarborgen tot een kwalitatief hoogstaande en betaalbare gezondheidszorg die voor iedereen toegankelijk is, waarbij de kosten grotendeels ten laste worden gelegd van collectieve voorzieningen.”

5.2. Nu de Raad van State voor het eerst kennis heeft kunnen nemen van het gelijktijdig om advies voorgelegde procedure-ontwerp, kan hij bevestigen dat de dubbelzinnigheid die hij in de vorige ontworpen regeling bespeurde met betrekking tot het strategisch forfait⁶ grotendeels is weggewerkt, waardoor de marktconforme vaststelling van de parameters voor de compensatie en het vermijden van overcompensatie beter worden gewaarborgd. Uit de ontworpen bepalingen met betrekking tot de voorwaarden en de aanvraagprocedure blijkt dat de toekenning van het strategisch forfait nadrukkelijk wordt verbonden aan de investering in een concrete inrichting die aan die voorwaarden voldoet. Dat neemt echter niet weg dat het aangepaste ontwerp ter zake twee onvolkomenheden blijft vertonen.

5.2.1. Artikel 2, lid 2, van het DAEB-vrijstellingsbesluit houdt in dat de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, niet langer is dan tien jaar, tenzij van de dienstverrichter een aanzienlijke investering wordt gevergd die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven.

De stellers van het ontwerp voorzien nog steeds in een looptijd van de investeringssubsidies die langer is dan tien jaar. Het strategisch forfait wordt weliswaar volgens artikel 30, eerste lid, van het procedure-ontwerp toegekend “zolang het ziekenhuis belast is met de [openbaredienstverplichtingen]”, maar overeenkomstig het tweede lid van die ontworpen bepaling wordt “[m]instens elke tien jaar vanaf de eerste toekenning van de investeringssubsidies” nagegaan of aan de voorwaarden met betrekking tot die openbaredienstverplichtingen is voldaan, zonder dat daarbij een maximumtermijn wordt bepaald.⁷ Die ontworpen bepaling schiet in twee opzichten tekort.

⁶ Zie adv.RvS 60.973/3, opmerking 6.4.2, derde tot zesde alinea.

⁷ Uit artikel 23 van hetzelfde ontwerp kan overigens worden afgeleid dat in de praktijk wordt uitgegaan van een termijn van ten minste twintig jaar, aangezien bij die bepaling wordt voorgeschreven dat gedurende die periode geen akkoord voor een strategisch forfait kan worden verkregen voor een (deel van een) project waarvoor al een subsidie wordt toegekend.

Enerzijds moet voortdurend worden opgevolgd of voldaan is aan de voorwaarden vervat in artikel 2, lid 2, van het DAEB-vrijstellingsbesluit. Er kan niet bij voorbaat worden bepaald dat die opvolging “[m]instens elke tien jaar” gebeurt, zoals thans wordt bepaald in artikel 30, eerste lid, van het procedure-ontwerp.

Anderzijds moet niet zozeer worden nagegaan of de ziekenhuizen nog steeds aan de voorwaarden met betrekking tot die openbardienstverplichtingen voldoen, maar wel of de vervulling van die openbardienstverplichtingen nog steeds dezelfde compensatie (omvang van investeringssubsidies) vereist. Ook op dit punt moet artikel 30 van het procedure-ontwerp worden aangepast.

5.2.2. De aangepaste ontworpen regeling kan er nog steeds toe leiden dat investeringsprojecten die al volledig zijn afgeschreven blijvend in aanmerking komen voor het volledige bedrag van het strategisch forfait. In de *bisnota* aan de leden van de Vlaamse Regering wordt ter zake uiteengezet dat die problemen “zich pas na verloop van tijd kunnen voordoen” en dat daaraan “aandacht [zal] worden besteed in het raam van de studie met betrekking tot de parameters”.

Een aanzet tot verantwoording van een dergelijk knelpunt zou kunnen worden gevonden in de wenselijkheid van een zekere mate van prefinanciering en reserveopbouw met het oog op toekomstige nieuwe investeringen. Daar staat dan weer tegenover dat in het procedure-ontwerp de toekenning van het strategisch forfait wordt verbonden aan een specifiek project binnen een goed te keuren masterplan, waarbij niet kan worden uitgesloten dat de voortgezette toekenning van investeringssubsidies voor één project wordt benut voor de financiering van andere projecten binnen dat masterplan. Er moet met andere woorden worden voorzien in een verrekenmechanisme zodat het gedeelte van het nieuwe project dat geprefinancierd wordt met (een deel van) het strategisch forfait dat verder werd toegekend na de afschrijvingsperiode van het oude project, niet een tweede keer wordt gefinancierd via het strategisch forfait voor het nieuwe project.⁸ Deze opmerking klemmt des te meer nu er niet altijd een vervolgproject zal zijn, in welk geval er ook geen prefinanciering nodig is.

5.3. De ontworpen regeling is voorts nog niet sluitend wat betreft de vereiste terugbetaling van ontvangen overcompensatie, zoals blijkt uit opmerking 9 in advies 61.652/3 met betrekking tot artikel 26 van het procedure-ontwerp.

6. De conclusie van dit alles is dat ondanks de inspanningen van de stellers van het ontwerp om nauwer aan te sluiten bij de voorwaarden vervat in het DAEB-vrijstellingsbesluit, de overeenstemming van de ontworpen regeling met dat besluit nog verdere aanpassingen vergt. Indien de ontworpen regeling daarentegen niet kan worden aangepast zoals hiervoor is uiteengezet, moet dit ontwerp samen met het procedure-ontwerp worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU. Die aanmelding is natuurlijk steeds mogelijk indien de stellers van het ontwerp over een aangepaste regeling uitsluitel wensen te verkrijgen aangaande de verenigbaarheid met de staatssteunregeling.

⁸ Een dergelijke regeling kan eventueel in het procedure-ontwerp worden opgenomen. Zie evenwel opmerking 7 van advies 61.652/3 over de integratie van beide ontwerpen.

De Raad van State verwijst naar hetgeen hij in opmerking 6.4.3 van advies 60.973/3 heeft uiteengezet aangaande de draconische sancties die dreigen bij een onterechte niet-aanmelding bij de Commissie.

7. Ondanks opmerking 4 van advies 60.973/3 ontbreekt het advies van het raadgevend comité dat is opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid. Dat advies wordt vereist door artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 ‘tot omvorming van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden tot een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, en tot wijziging van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’. In de voormelde *bisnota* wordt dienaangaande aangevoerd dat dit advies niet kan worden aangevraagd omdat het raadgevend comité “nog niet operationeel is”.

De Raad van State kan zich bij die zienswijze niet aansluiten. De omstandigheid dat het raadgevend comité nog niet is opgericht, doet geen afbreuk aan de decretale verplichting om de ontworpen regeling aan te nemen na advies van dat raadgevend comité. Het niet in acht nemen van deze vormvereiste dreigt de wettigheid van het te nemen besluit in het gedrang te brengen.

8. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

9. Het advies van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) van 9 mei 2017 moet worden vermeld in de aanhef.

Artikel 13

10. Artikel 13, tweede lid, van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid om dringende of onafwendbare investeringen die zijn aangevat voor 1 januari 2017, maar waarvoor ten vroegste op 1 januari 2016 een eerste afschrijving is gebeurd, voor financiering in aanmerking te laten komen buiten de gevallen bedoeld in de artikelen 14, 15 en 16 van het ontwerp.

Het wil de Raad van State voorkomen dat de regeling vervat in het procedure-ontwerp niet berekend is op deze hypothese. Verschillende bepalingen ervan sluiten immers uitdrukkelijk de toekenning van een strategisch forfait uit voor werken die al werden uitgevoerd voor de goedkeuring van het masterplan en het akkoord strategisch forfait. Er moet dan ook in dit ontwerp een procedurele regeling worden uitgewerkt in afwijking van de regeling

in het procedure-ontwerp, tenzij indien het procedure-ontwerp zelf wordt aangepast teneinde rekening te houden met de hypothese vervat in artikel 13, tweede lid, van dit ontwerp.

Artikel 20

11. Wat betreft de uitwerking van het te nemen besluit met ingang van 1 januari 2017 wordt verwezen naar opmerking 13 in advies 61.652/3 over het procedure-ontwerp, inzake de samenhang tussen de artikelen 14 en 15 van dit ontwerp met de regeling vervat in het procedure-ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT