



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 62.422/2
du 4 décembre 2017

advies 62.422/2
van 4 december 2017

sur

over

un projet d'arrêté royal
'instituant un régime
d'avantages sociaux pour
certains praticiens de l'art
infirmier'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot instelling van een
regeling van sociale voordelen
voor sommige
verpleegkundigen'

Le 7 novembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'instituant un régime d'avantages sociaux pour certains praticiens de l'art infirmier'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 4 décembre 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 décembre 2017.

*

Op 7 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot instelling van een regeling van sociale voordelen voor sommige verpleegkundigen'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 4 december 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 december 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

OBSERVATION GÉNÉRALE

À plusieurs reprises, le projet vise la « loi coordonnée précitée ».

Or, si, dans un premier temps ¹, le projet vise uniquement la loi 'relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités', coordonnée le 14 juillet 1994, il vise ensuite une autre loi coordonnée, à savoir celle 'relative à l'exercice des professions des soins de santé', coordonnée le 10 mai 2015 ². L'expression la « loi coordonnée précitée » prête donc à confusion.

Dès lors, à défaut de définition spécifique dans le projet, afin d'assurer la sécurité juridique, plutôt que de viser la « loi coordonnée précitée », il sera préférable de viser la « loi coordonnée le 14 juillet 1994 précitée ».

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

L'alinéa 7 doit être rédigé comme suit :

« Vu l'avis n° 62.422/2 du Conseil d'État donné le 4 décembre 2017 en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; ».

DISPOSITIF

Article 4

L'article 4, paragraphe 3, alinéa 2, dispose comme suit :

« Par journées d'inactivité, on entend les journées assimilées pour le calcul de la pension qui résultent :

1° d'une maladie, d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle entraînant une incapacité de travail au sens de la loi coordonnée précitée ou de l'arrêt

¹ Voir par exemple l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet.

² Voir l'article 5, alinéa 2, premier tiret.

royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants [...] ;

2° d'une interruption ou de non reprise de travail pour raison de repos, au plus tôt à partir du cinquième mois de grossesse, comme visé à l'article 32, alinéa 1^{er}, 4°, de la loi coordonnée précitée ».

Cette définition n'inclut pas la période de protection de la maternité mentionnée à l'article 93 de l'arrêté royal du 20 juillet 1971 et aux articles 32, alinéa 1^{er}, 2°, 114 et 114bis de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Or cette période n'est pas une période d'incapacité de travail résultant d'une maladie, d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, et n'est pas comprise non plus dans la période de repos visée à l'article 32, alinéa 1^{er}, 4°, de cette loi coordonnée.

De même, cette définition n'inclut pas le congé de paternité visé à l'article 30, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail' et ce, contrairement à ce qui est prévu, en ce qui concerne les logopèdes, par l'article 4 de l'arrêté royal 27 novembre 2016 'instituant un régime d'avantages sociaux pour certains logopèdes'.

Interrogé quant aux justifications de ces omissions, le délégué de la Ministre a répondu comme suit :

« La disposition complète est rédigée comme suit : '2° d'une interruption ou de non reprise du travail pour raison de repos, comme visé aux articles 32, alinéa 1^{er}, 2° et 4°, 114 et 114bis de la loi coordonnée précitée ;'.

Les articles 114 et 114bis prévoient la protection de la maternité : [...].

Le congé de paternité, prévu dans le projet initial, a été abandonné pour des raisons budgétaires : le budget prévu par la Ministre [...] des Affaires sociales était extrêmement faible et il a fallu faire des choix pour rester dans le budget imparti ».

Pour ce qui concerne la protection de la maternité, le projet sera complété comme le propose le délégué.

Pour ce qui concerne le congé de paternité, en ce qu'il ne prévoit pas la protection de ce congé, le projet instaure une différence de traitement qui ne peut être raisonnablement justifiée par des considérations budgétaires et qui n'est donc pas admissible.

En ce sens, dans l'avis n° 60.187/2, donné le 26 octobre 2016 sur le projet devenu l'arrêté royal du 27 novembre 2016, la section de législation avait déjà observé ce qui suit :

« Comme l'a confirmé le fonctionnaire délégué, l'intention de l'auteur du projet n'est pas de ne pas inclure la période de protection de la maternité dans la notion de journée d'inactivité, ce qui constituerait du reste une discrimination injustifiable dans la mesure où le congé de paternité est, quant à lui, bien repris dans cette notion. Cette erreur sera corrigée ».

Article 5

1. L'article 5, alinéa 2, prévoit l'exclusion de l'avantage pour le praticien qui se trouve dans certaines conditions.

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a indiqué que les conditions énumérées aux cinq tirets³ de cet alinéa sont indépendantes et non cumulatives.

Le projet sera modifié afin que la volonté de l'auteur du projet en ce sens ressorte de la lecture de la disposition.

2. Le premier tiret vise l'hypothèse où, durant plus de quinze jours calendrier, le praticien n'était pas en possession d'un visa accordé par la commission médicale.

Le mot « calendrier » sera omis du projet⁴.

La même observation vaut pour le troisième tiret.

Article 7

L'article 7 du projet prévoit le montant de la cotisation annuelle pour l'année 2016.

Il résulte du dossier que l'intention est bien de prévoir que la première cotisation à régler par le Service des soins de santé de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité le sera en janvier 2018, soit la cotisation due pour l'exercice 2016 conformément à l'article 3, § 2, alinéa 4, du projet. Toutefois, cela supposerait qu'une portée rétroactive soit donnée aux dispositions du projet relatives aux conditions, notamment de procédure, pour pouvoir bénéficier d'une cotisation annuelle pour l'exercice 2016.

Or, d'une part, le projet ne prévoit pas une telle portée rétroactive et, en tout état de cause, elle ne serait d'autre part admissible que si elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général. En effet, il ne peut être conféré d'effet rétroactif aux arrêtés que sous certaines conditions, c'est-à-dire lorsque la rétroactivité a un fondement légal, lorsqu'elle se rapporte à une règle qui accorde des avantages dans le respect du principe d'égalité ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer le bon fonctionnement des services et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises⁵.

Si, s'agissant d'un avantage accordé, la portée rétroactive est admissible, elle soulève des difficultés au regard des praticiens qui, n'ayant pas été informés des dates prévues à

³ Les tirets seront remplacés par les mentions « 1° », « 2° », « 3° », etc.

⁴ Voir déjà en ce sens l'avis n° 60.187/2 précité.

⁵ Voir notamment l'avis n° 38.185/1 donné le 17 mars 2005 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 31 mai 2006 'déterminant la composition du Conseil de direction de l'Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés'.

peine de forclusion par l'article 3, § 2, ne les auraient pas respectées et seraient donc privés des avantages en question.

Dans une telle hypothèse, le projet pourrait être complété par des dispositions leur permettant d'introduire une telle demande pour l'exercice 2016.

Par ailleurs, s'agissant d'une cotisation annuelle, la sécurité juridique recommande que la cotisation soit également fixée pour les années suivantes et, en tout état de cause, d'ores et déjà pour l'année 2019 (exercice 2017).

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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 die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKING

Het ontwerp verwijst meermalen naar de “voorgenoemde / genoemde / voornoemde gecoördineerde wet”.

Aanvankelijk¹ wordt in het ontwerp enkel verwezen naar de wet ‘betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen’, gecoördineerd op 14 juli 1994, maar vervolgens gaat het over een andere gecoördineerde wet, namelijk de wet ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’, gecoördineerd op 10 mei 2015.² De voornoemde verwijzingen zijn dus verwarrend.

Aangezien het ontwerp geen specifieke definitie geeft, is het omwille van de rechtszekerheid beter “de voornoemde gecoördineerde wet van 14 juli 1994” te schrijven in plaats van te verwijzen naar de “voorgenoemde / genoemde / voornoemde gecoördineerde wet”.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

AANHEF

Het zevende lid moet als volgt worden geredigeerd:

“Gelet op advies 62.422/2 van de Raad van State, gegeven op 4 december 2017, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

¹ Zie bijvoorbeeld artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp.

² Zie artikel 5, tweede lid, eerste streepje.

DISPOSITIEF

Artikel 4

Artikel 4, paragraaf 3, tweede lid, luidt als volgt:

“Onder dagen inactiviteit worden verstaan de dagen die worden gelijkgesteld met de dagen voor de berekening van het pensioen die voortvloeien uit:

1° een ziekte, een arbeidsongeval of een beroepsziekte die een ongeschiktheid tot gevolg heeft als bedoeld in de genoemde gecoördineerde wet of in het koninklijk besluit van 20 juli 1971 houdende instelling van een uitkeringsverzekering en een moederschapsverzekering ten voordele van de zelfstandigen en van de meewerkende echtgenoten (...);

2° de onderbreking of niet hervatting van de arbeid om reden van rust, ten vroegste van de vijfde maand van de zwangerschap zoals bedoeld in artikel 32, eerste lid, 4° van de genoemde gecoördineerde wet”.

Die definitie omvat niet het tijdvak van moederschapsbescherming waarvan sprake is in artikel 93 van het koninklijk besluit van 20 juli 1971 en in de artikelen 32, eerste lid, 2°, 114 en 114bis van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994. Die periode is echter geen periode van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een ziekte, een arbeidsongeval of een beroepsziekte en valt ook niet onder de rustperiode bedoeld in artikel 32, eerste lid, 4°, van die gecoördineerde wet.

Die definitie omvat ook niet het vaderschapsverlof, vermeld in artikel 30, § 2, van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’, in tegenstelling tot wat artikel 4 van het koninklijk besluit van 27 november 2016 ‘tot instelling van een regeling van sociale voordelen voor sommige logopedisten’ in verband met de logopedisten bepaalt.

Op de vraag hoe die weglatingen worden gerechtvaardigd, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“La disposition complète est rédigée comme suit: ‘2° d’une interruption ou de non reprise du travail pour raison de repos, comme visé aux articles 32, alinéa 1^{er}, 2° et 4°, 114 et 114bis de la loi coordonnée précitée ;’.

Les articles 114 et 114bis prévoient la protection de la maternité : (...).

Le congé de paternité, prévu dans le projet initial, a été abandonné pour des raisons budgétaires: le budget prévu par la Ministre [...] des Affaires sociales était extrêmement faible et il a fallu faire des choix pour rester dans le budget imparti.”

Wat de moederschapsbescherming betreft, moet het ontwerp worden aangevuld zoals de gemachtigde voorstelt.

Voor het vaderschapsverlof voorziet het ontwerp niet in een bescherming. Het voert aldus een verschillende behandeling in waarvoor budgettaire overwegingen geen redelijke rechtvaardiging kunnen zijn en die dus niet aanvaardbaar is.

In advies 60.187/2, op 26 oktober 2016 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 27 november 2016, heeft de afdeling Wetgeving reeds het volgende opgemerkt:

“De gemachtigde ambtenaar heeft bevestigd dat het niet de bedoeling is van de steller van het ontwerp om het tijdvak van moederschapsbescherming buiten het begrip “dag inactiviteit” te laten vallen, hetgeen overigens een ongerechtvaardigde discriminatie zou uitmaken in zoverre het vaderschapsverlof wel vervat ligt in dat begrip. Deze vergissing dient gecorrigeerd te worden.”

Artikel 5

1. Artikel 5, tweede lid, bepaalt dat de verpleegkundige die zich in bepaalde omstandigheden bevindt, van het voordeel wordt uitgesloten.

Op een vraag hierover heeft de gemachtigde van de minister geantwoord dat de omstandigheden die in de vijf streepjes van dat lid worden opgesomd,³ van elkaar losstaan en niet cumulatief zijn.

Het ontwerp moet worden gewijzigd zodat die bedoeling van de steller van het ontwerp bij het lezen van de bepaling duidelijk naar voren komt.

2. In het eerste streepje wordt het geval vermeld waarin de verpleegkundige gedurende meer dan vijftien kalenderdagen niet in het bezit was van een visum toegekend door de geneeskundige commissie.

Het woord “kalenderdagen” moet worden vervangen door het woord “dagen”.⁴

Dezelfde opmerking geldt voor het derde streepje.

Artikel 7

Artikel 7 van het ontwerp bepaalt het bedrag van de jaarlijkse bijdrage voor 2016.

Uit het dossier blijkt dat het inderdaad de bedoeling is dat de Dienst voor geneeskundige verzorging van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering de eerste bijdrage in januari 2018 betaalt, dat is de bijdrage die voor het dienstjaar 2016 verschuldigd is, overeenkomstig artikel 3, § 2, vierde lid, van het ontwerp. Dat zou echter veronderstellen dat de bepalingen van het ontwerp betreffende de voorwaarden, in het bijzonder de procedurele voorwaarden, om in aanmerking te komen voor een jaarlijkse bijdrage voor het dienstjaar 2016, terugwerkende kracht krijgen.

³ De streepjes moeten worden vervangen door de vermeldingen “1°”, “2°”, “3°”, enz.

⁴ Zie in die zin reeds het voornoemde advies 60.187/2

Het ontwerp voorziet enerzijds echter niet in een dergelijke terugwerking, en die zou anderzijds hoe dan ook alleen aanvaardbaar zijn indien ze onontbeerlijk is om een doelstelling van algemeen belang te realiseren. Aan besluiten mag immers slechts onder bepaalde voorwaarden terugwerkende kracht verleend worden, namelijk indien er een wettelijke grondslag voor bestaat, indien de terugwerkende kracht betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent, of voor zover ze noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en, in beginsel, geen verkregen situaties aantast.⁵

Aangezien het om een toegekend voordeel gaat, is de terugwerkende kracht aanvaardbaar, maar ze levert moeilijkheden op ten aanzien van verpleegkundigen die, doordat ze niet in kennis zijn gesteld van de datums waarin artikel 3, § 2, op straffe van verval voorziet, die datums niet in acht zouden hebben genomen en dus geen recht zouden hebben op de voordelen in kwestie.

Het ontwerp zou het best worden aangevuld met bepalingen die die verpleegkundigen in dat geval de mogelijkheid geven een dergelijke aanvraag te doen voor het dienstjaar 2016.

Daar het om een jaarlijkse bijdrage gaat, is het omwille van de rechtszekerheid voorts aan te bevelen dat ze ook voor de volgende jaren wordt vastgesteld en hoe dan ook nu reeds voor het jaar 2019 (dienstjaar 2017).

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

⁵ Zie met name advies 38.185/1, op 17 maart 2005 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 31 mei 2006 ‘houdende samenstelling van de Directieraad van de Rijksdienst voor kinderbijslag voor werknemers’.