



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 64.912/3
van 7 januari 2019

avis 64.912/3
du 7 janvier 2019

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
25 april 2002 betreffende de
vaststelling en de vereffening
van het budget van financiële
middelen van de ziekenhuizen'

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
25 avril 2002 relatif à la
fixation et à la liquidation du
budget des moyens financiers
des hôpitaux'

Op 7 december 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 december 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door 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 7 januari 2019.

*

Le 7 décembre 2018, 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, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 27 décembre 2018. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Peter SOURBRON, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par 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 7 janvier 2019.

*

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.

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het herstellen van artikel 73, § 8, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’, voor de periode van 1 januari 2016 tot 31 december 2017. Die paragraaf 8 stemt inhoudelijk overeen met het eerste lid van de vorige versie van die paragraaf 8, die was toegevoegd bij het koninklijk besluit van 3 oktober 2016 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’ met ingang van 1 juli 2016 en die luidde als volgt:

“§ 8. Een budget van 10.500.000 euro wordt vanaf 1 juli 2016 verdeeld onder de ziekenhuizen bedoeld in de §§ 4 tot 7 hierboven, pro rata van hun aanvullende pensioenbijdragen voor individuele responsabilisering betreffende het voorlaatste burgerlijke jaar voor het jaar van de financiering op het totaal van de lasten van hetzelfde karakter van de betrokken ziekenhuizen. Vanaf het jaar 2017 wordt de verdeling van het beschikbare budget elk jaar geactualiseerd rekening houdend met de definitieve gegevens van het voorlaatste jaar met betrekking tot de responsabiliseringsbijdragen gedragen door de betrokken ziekenhuizen. De gegevens worden verschaft door de Dienst voor de Bijzondere Socialezekerheidsstelsels (DIBISS).

Om het recht op financiering te behouden, moet het ziekenhuis vanaf het jaar 2017 elk jaar bewijzen dat het gemiddeld aantal VTE statutairen of VTE statutairen ter beschikking gesteld door een plaatselijke of provinciale overheidsdienst aangesloten bij het gesolidariseerd Pensioenfonds van de DIBISS, niet hoger is dan het gemiddeld aantal VTE, statutairen of ter beschikking gestelde statutairen, van het jaar 2016. Voor 30 maart van elk jaar, vanaf het jaar 2018, moet elektronisch doorgestuurd een verklaringsattest op de eer worden door de beheerder van het ziekenhuis naar het adres com.finhosp@health.belgium.be, waarin wordt bevestigd dat voldaan werd aan de hierboven geformuleerde voorwaarde. Voor de private ziekenhuizen die VTE statutairen hebben die ter beschikking gesteld worden door een plaatselijke of provinciale overheidsdienst aangesloten bij het gesolidariseerd Pensioenfonds van de DIBISS, moet het attest medeondertekend worden door de bovengenoemde overheidsdienst.

Indien het vereiste attest niet in de verleende termijn wordt doorgestuurd, wordt de toegekende financiering teruggevorderd voor het jaar waarvoor het attest gevraagd werd.

Hetzelfde geldt trouwens ingeval uit het doorgestuurde attest blijkt dat het gemiddeld aantal VTE statutairen of VTE statutairen ter beschikking gesteld door een plaatselijke of provinciale overheidsdienst aangesloten bij het gesolidariseerd Pensioenfonds van de DIBISS, hoger is dan het gemiddeld aantal VTE, statutairen of ter beschikking gestelde statutairen, van het jaar 2016 of nog indien de inhoud van het attest niet met de werkelijkheid overeenstemt. In al deze gevallen zal het ziekenhuis daarenboven in elk navolgend budget van financiële middelen niet meer kunnen beschikken over een financiering in het kader van deze maatregel. Het teruggevorderde budget wordt in het volgende budget van financiële middelen herverdeeld onder de ziekenhuizen die voor het bedoelde jaar wel voldoen aan de hierboven gestelde voorwaarden. Deze herverdeling zal pro rata gebeuren van de aanvullende pensioenbijdragen voor individuele responsabilisering van de ziekenhuizen van het jaar waarvan de gegevens gebruikt werden bij de berekening van de financiering van het voorgaande jaar, die voor het in aanmerking genomen jaar voldoen aan de vereiste voorwaarde.”

Het koninklijk besluit van 3 oktober 2016 is vernietigd bij arrest nr. 241.197 van 30 maart 2018 van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State,¹ omdat de regeling met betrekking tot de voorwaarde vervat in het tweede en het derde lid, betreffende de attestering dat het aantal (ter beschikking gestelde) VTE-statutairen niet is toegenomen, niet begrepen was in de adviesaanvraag zoals die werd voorgelegd aan de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen.

Omdat de voormelde paragraaf 8 reeds is vervangen bij een koninklijk besluit van 1 februari 2018, met ingang van 1 januari 2018,² en de vernietiging geen gevolgen heeft voor die nieuwe regeling, wordt met de ontworpen regeling beoogd de periode te dekken die voorafgaat aan 1 januari 2018. De voorwaarde met betrekking tot de attestering dat het aantal (ter beschikking gestelde) VTE-statutairen niet is toegenomen, wordt niet hernomen.

RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 105, § 1, van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. In zoverre van de vernietigde regeling enkel de bepalingen over de toekenning en de wijze van verdeling van het budget van 10.500.000 euro worden hernomen, zonder de voormelde voorwaarde met betrekking tot de attestering dat het aantal (ter beschikking gestelde) VTE-statutairen niet is toegenomen, kan de terugwerkende kracht principieel worden gebillijkt, aangezien wordt tegemoetgekomen aan de legitieme verwachtingen van de betrokken ziekenhuizen.

¹ RvS 30 maart 2018, nr. 241.197, *asbl Santhea*.

² Koninklijk besluit van 1 februari 2018 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’.

Dit neemt echter niet weg dat het wegvallen van de voormelde voorwaarde tot gevolg kan hebben dat de verdeling van de middelen voor de betrokken periode moet worden herzien, in het bijzonder indien bepaalde ziekenhuizen wegens het niet naleven van die voorwaarde zouden zijn uitgesloten van de verdeling van de middelen. Op de vraag of er ziekenhuizen zijn die zich in die situatie bevinden, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Aucun hôpital n’a été privé de financement du fait de la condition prévue ni en 2016 ni en 2017. La récupération éventuelle du financement octroyé aurait été faite après réception de l’attestation prévue. En effet, la législation prévoyait que l’hôpital devait envoyer une attestation le 30 mars de chaque année à partir de l’année 2018. Le rapport de l’auditorat du Conseil d’Etat prévoyant une annulation, nous avons prévenu le secteur des hôpitaux, via le Conseil fédéral des établissements hospitaliers, qu’en attendant l’arrêt définitif, il n’était pas nécessaire d’envoyer l’attestation demandée.”

Indien dit effectief het geval is, rijst er geen bezwaar.

4.2. Op de vraag waarom aan de ontworpen regeling terugwerkende kracht wordt verleend tot 1 januari 2016, terwijl de vernietigde regeling uitwerking had met ingang van 1 juli 2016, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“La date du 1^{er} juillet 2016 a effectivement été changée en 1^{er} janvier 2016 pour la raison suivante: le financement avait été octroyé en juillet 2016 alors qu’il devait couvrir toute l’année 2016. Il avait donc été doublé dans le budget des moyens financiers des hôpitaux pour couvrir la totalité de l’année 2016. Puisqu’il faut établir une nouvelle base légale pour maintenir les financements octroyés aux hôpitaux, j’ai indiqué la date effective d’entrée en vigueur de la mesure. Cela n’entraîne aucun impact budgétaire.”

Aangezien deze vroegere uitwerking in de tijd geen ongunstige gevolgen kan hebben voor de betrokken ziekenhuizen, kan ermee worden ingestemd.

5. Overeenkomstig artikel 2 “vervalt” het te nemen besluit op 31 december 2017. Deze buitenwerkingtredingsbepaling is evenwel geen adequate werkwijze om te bewerkstelligen dat het ontworpen artikel 73, § 8, ophoudt uitwerking te hebben vanaf 1 januari 2018. De opheffing van een reeds in werking getreden wijzigingsbepaling is immers onwerkzaam, aangezien de betrokken wijziging reeds is aangebracht.³

Men zou zelfs kunnen voorhouden dat de buitenwerkingtredingsbepaling niet nodig is, aangezien de vervanging van artikel 73, § 8, bij het koninklijk besluit van 1 februari 2018 met ingang van 1 januari 2018 in de tijd aansluit op de ontworpen wijzigingsbepaling.

Omdat het echter wenselijk kan zijn om duidelijkheidshalve tot uiting te brengen dat de ontworpen wijziging slechts geldt van 1 januari 2016 tot 31 december 2017, kan eventueel worden voorzien in de opheffing van artikel 73, § 8, met ingang van 1 januari 2018. Dat moet dan gebeuren door een afzonderlijke opheffingsbepaling (zie het hierna voorgestelde artikel 2) en een aangepaste inwerkingtredingsbepaling (zie het hierna voorgestelde artikel 3). Die werkwijze heeft

³ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 128, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

wel als nadeel dat, achteraf beschouwd, de vermelding in artikel 1 van het koninklijk besluit van 1 februari 2018 dat paragraaf 8 van artikel 73 wordt “vervangen” niet echt correct is, maar het voordeel is dan weer een grotere transparantie over de opeenvolging in de tijd van de twee verschillende regelingen. Er wordt ter overweging gegeven om de artikelen 2 en 3 te stellen als volgt:

“Art. 2. Artikel 73, § 8, van hetzelfde besluit, hersteld bij het koninklijk besluit van ... tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, wordt opgeheven.

Art. 3. Artikel 1 van dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2016.

Artikel 2 van dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2018.”

*

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.

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de rétablir l'article 73, § 8, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux' pour la période du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017. Ce paragraphe 8 correspond, en substance, à l'alinéa 1^{er} de la version précédente de ce paragraphe 8, qui a été ajouté par l'arrêté royal du 3 octobre 2016 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux' avec effet au 1^{er} juillet 2016 et qui était rédigé comme suit :

« § 8. À partir du 1^{er} juillet 2016, un budget de 10.500.000 euros est réparti entre les hôpitaux visés aux §§ 4 à 7 ci-dessus au prorata de leur charge de cotisations complémentaires de pensions au titre de responsabilisation individuelle relative à la pénultième année civile avant celle du financement sur le total des charges de même nature des hôpitaux concernés. À partir de l'année 2017, la répartition du budget disponible est actualisée chaque année en tenant compte des données définitives de la pénultième année relatives aux charges des responsabilisation supportées par les hôpitaux concernés. Les données sont fournies par l'Office des régimes particuliers de sécurité sociale (ORPSS).

À partir de l'année 2017, pour conserver le droit au financement, l'hôpital doit prouver, chaque année, que le nombre moyen d'ETP statutaires ou d'ETP statutaires mis à sa disposition par une administration locale ou provinciale affiliée au Fonds de pension solidarisé de l'ORPSS, n'est pas supérieur au nombre moyen d'ETP, statutaires ou statutaires mis à sa disposition, de l'année 2016. Pour le 30 mars de chaque année à partir de l'année 2018, une attestation de déclaration sur l'honneur, confirmant que la condition énoncée ci-dessus est remplie, doit être envoyée électroniquement par le gestionnaire de l'hôpital à l'adresse com.finhosp@health.belgium.be. Pour les hôpitaux privés ayant des ETP statutaires mis à leur disposition par une administration locale ou provinciale affiliée au Fonds de pension solidarisé de l'ORPSS, l'attestation doit être contresignée par le responsable de l'administration susmentionnée.

Si l'attestation requise n'est pas transmise dans le délai imparti, le financement octroyé, pour l'année pour laquelle l'attestation a été demandée, est récupéré. La même chose vaut d'ailleurs au cas où, de l'attestation expédiée, il ressort que le nombre moyen d'ETP statutaires ou d'ETP statutaires mis à sa disposition, par une administration locale

ou provinciale affiliée au Fonds de pension solidarisé de l'ORPSS, est plus haut que le nombre moyen d'ETP statutaires ou d'ETP statutaires mis à sa disposition, ou encore si le contenu de l'attestation ne concorde pas avec la réalité. Dans tous ces cas, l'hôpital ne pourra plus disposer en outre d'un financement ultérieur dans le cadre de cette mesure. Le budget récupéré est réparti, lors du budget des moyens financiers suivant, entre les hôpitaux qui remplissent les conditions fixées ci-dessus pour l'année visée. Cette répartition se fait au prorata des charges de cotisations complémentaires de pensions au titre de responsabilisation individuelle des hôpitaux, relatives à l'année dont les données ont servi à calculer le financement de l'année précédente, qui ont satisfait pour l'année considérée à la condition requise ».

L'arrêté royal du 3 octobre 2016 a été annulé par l'arrêt n° 241.197 de la section du contentieux administratif du Conseil d'État du 30 mars 2018 ¹ pour le motif que la règle relative à la condition prévue aux alinéas 2 et 3, qui impose de produire une attestation selon laquelle le nombre d'ETP statutaires (mis à disposition) n'a pas augmenté, ne figurait pas dans la demande d'avis qui avait été soumise au Conseil national des établissements hospitaliers.

Dès lors que le paragraphe 8 précité a déjà été remplacé par un arrêté royal du 1^{er} février 2018, avec effet au 1^{er} janvier 2018 ², et que l'annulation est sans effet pour ce nouveau régime, le dispositif en projet vise à couvrir la période qui précède le 1^{er} janvier 2018. La condition qui impose de produire l'attestation selon laquelle le nombre d'ETP statutaires (mis à disposition) n'a pas augmenté, est omise.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 105, § 1^{er}, de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 'sur les hôpitaux et autres établissements de soins'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Dans la mesure où les seules dispositions empruntées à la réglementation annulée sont celles concernant l'attribution et les modalités de répartition du budget de 10.500.000 euros, à l'exclusion de la condition précitée imposant de produire l'attestation selon laquelle le nombre d'ETP statutaires (mis à disposition) n'a pas augmenté, la rétroactivité peut en principe être justifiée, dès lors que les attentes légitimes des hôpitaux concernés sont rencontrées.

Il n'en demeure pas moins que l'omission de la condition précitée peut nécessiter de revoir la répartition des moyens pour la période concernée, en particulier si, du fait de la méconnaissance de cette condition, certains hôpitaux étaient exclus de cette répartition. Interrogé sur le point de savoir si certains hôpitaux se trouvent dans une telle situation, le délégué a répondu ce qui suit :

¹ C.E., 30 mars 2018, n° 241.197, *asbl Santhea*.

² Arrêté royal du 1^{er} février 2018 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

« Aucun hôpital n'a été privé de financement du fait de la condition prévue ni en 2016 ni en 2017. La récupération éventuelle du financement octroyé aurait été faite après réception de l'attestation prévue. En effet, la législation prévoyait que l'hôpital devait envoyer une attestation le 30 mars de chaque année à partir de l'année 2018. Le rapport de l'auditorat du Conseil d'Etat prévoyant une annulation, nous avons prévenu le secteur des hôpitaux, via le Conseil fédéral des établissements hospitaliers, qu'en attendant l'arrêt définitif, il n'était pas nécessaire d'envoyer l'attestation demandée ».

Si tel est effectivement le cas, aucune objection ne doit être formulée.

4.2. À la question de savoir pourquoi il est prévu de faire rétroagir le dispositif en projet au 1^{er} janvier 2016, alors que la réglementation annulée avait effet au 1^{er} juillet 2016, le délégué a répondu ce qui suit :

« La date du 1^{er} juillet 2016 a effectivement été changée en 1^{er} janvier 2016 pour la raison suivante: le financement avait été octroyé en juillet 2016 alors qu'il devait couvrir toute l'année 2016. Il avait donc été doublé dans le budget des moyens financiers des hôpitaux pour couvrir la totalité de l'année 2016. Puisqu'il faut établir une nouvelle base légale pour maintenir les financements octroyés aux hôpitaux, j'ai indiqué la date effective d'entrée en vigueur de la mesure. Cela n'entraîne aucun impact budgétaire ».

Cette entrée en vigueur à une date antérieure n'étant pas susceptible de porter préjudice aux hôpitaux concernés, elle peut être admise.

5. Selon l'article 2, l'arrêté envisagé « cesse ses effets » le 31 décembre 2017. Cette disposition fixant la fin de vigueur n'est toutefois pas un procédé adéquat pour faire en sorte que l'article 73, § 8, en projet, cesse de produire ses effets à partir du 1^{er} janvier 2018. L'abrogation d'une disposition modificative déjà entrée en vigueur est en effet inopérante, dès lors que la modification concernée a déjà été apportée³.

On pourrait même soutenir que la disposition fixant la fin de vigueur n'est pas nécessaire, dès lors que le remplacement de l'article 73, § 8, par l'arrêté royal du 1^{er} février 2018 avec effet au 1^{er} janvier 2018 se concilie dans le temps avec la disposition modificative en projet.

Dès lors que, pour des raisons de clarté, il peut cependant être souhaitable d'indiquer expressément que la modification en projet ne s'applique que du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017, on peut éventuellement envisager d'abroger l'article 73, § 8, à partir du 1^{er} janvier 2018. Il faut alors prévoir une disposition abrogatoire distincte (voir l'article 2 proposé ci-après) et une disposition d'entrée en vigueur adaptée (voir l'article 3 proposé ci-après). Ce procédé présente toutefois l'inconvénient que, rétrospectivement, la mention inscrite à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 1^{er} février 2018, selon laquelle le paragraphe 8 de l'article 73 est « remplacé » n'est pas tout à fait correcte, mais il a en revanche l'avantage d'une plus grande transparence en ce qui concerne la succession dans le temps des deux différents régimes. Il est suggéré de rédiger les articles 2 et 3 ainsi qu'il suit :

³ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 128, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

« Art. 2. L'article 73, § 8, du même arrêté, rétabli par l'arrêté royal du ... modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux, est abrogé.

Art. 3. L'article 1^{er} du présent arrêté produit ses effets le 1^{er} janvier 2016.

L'article 2 du présent arrêté produit ses effets le 1^{er} janvier 2018 ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT