



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.584/3
van 16 juni 2020

avis 67.584/3
du 16 juin 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit nr. ... 'tot wijziging van
het koninklijk besluit nr. 10
van 19 april 2020 voor de
toekenning van en de regels
voor de verdeling en
vereffening van een voorschot
aan de algemene ziekenhuizen
in het kader van de epidemie
door het coronavirus
COVID-19'

un projet d'arrêté royal 'n° ...
'modifiant l'arrêté royal n° 10
du 19 avril 2020 permettant
l'octroi, les modalités de
répartition et de liquidation
d'une avance aux hôpitaux
généraux dans le cadre de
l'épidémie de coronavirus
COVID-19'

Op 9 juni 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit nr. ... 'tot wijziging van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 voor de toekenning van en de regels voor de verdeling en vereffening van een voorschot aan de algemene ziekenhuizen in het kader van de epidemie door het coronavirus COVID-19'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 juni 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, 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 16 juni 2020.

*

Le 9 juin 2020, 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 cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal n° ... 'modifiant l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 permettant l'octroi, les modalités de répartition et de liquidation d'une avance aux hôpitaux généraux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 11 juin 2020. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, et Astrid TRUYENS, 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 16 juin 2020.

*

1. Aangezien de adviesaanvraag gesteund is op artikel 4, derde lid, van de wet van 27 maart 2020 'die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (I)', waarin verwezen wordt naar artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van 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.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de wijziging van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 'voor de toekenning van en de regels voor de verdeling en vereffening van een voorschot aan de algemene ziekenhuizen in het kader van de epidemie door het coronavirus COVID-19'. Dat koninklijk besluit voorzag in een voorschot van 1 miljard euro voor de algemene ziekenhuizen om tegemoet te komen aan het inkomenverlies en de bijkomende uitgaven door de COVID-19-pandemie.

Artikel 1 van het ontwerp strekt tot de invoering van een nieuw voorschot, dat zal worden toegekend in twee schijven van telkens 500 miljoen euro (ontworpen artikel 1/1). De eerste schijf wordt onmiddellijk vrijgemaakt, de tweede vanaf oktober. Anders dan het bestaande voorschot wordt dat nieuwe voorschot niet alleen toegekend aan de algemene ziekenhuizen, maar ook aan de psychiatrische ziekenhuizen.

Artikel 2 van het ontwerp strekt tot de invoeging van een nieuw artikel 3/1 in het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020, dat verduidelijkt dat zowel het bestaande als het nieuwe voorschot zullen worden verrekend met de tegemoetkoming voor de kosten voor dienstverlening tijdens de epidemie die zullen worden gedragen door het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen overeenkomstig artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 'op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen' (hierna: de ziekenhuiswet).¹ De Koning wordt gemachtigd om de nadere regels te bepalen over die verrekening en over een spreiding in de tijd over meerdere dienstjaren. Bovendien is voorzien in de mogelijkheid van een versnelde uitbetaling van dat onderdeel van het budget van financiële middelen, in afwijking van het normale betalingsmechanisme. De Koning wordt gemachtigd om nadere regels te bepalen over de uitbetaling van die tegemoetkoming en de verrekening van de voorschotbedragen.

¹ Die wetsbepaling werd met dat oogmerk gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 8 van 19 april 2020 'tot wijziging van artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen'. Zie ook het koninklijk besluit van 19 april 2020 'houdende de afkondiging van de toestand van de coronavirus COVID-19 epidemie op het Belgisch grondgebied', waarmee de mogelijkheid wordt gecreëerd om toepassing te maken van die wetsbepaling.

Artikel 3 van het ontwerp vult artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 aan met een nieuw tweede lid dat de voorlopige verdeelsleutel voor de nieuwe voorschotten vaststelt op basis van het deel van elk ziekenhuis in verhouding tot de totale RIZIV-uitgaven van de ziekenhuizen voor het geheel van de activiteiten, zoals gedefinieerd in het artikel 2 van voormelde besluit, op basis van de RIZIV-documenten P, aangevuld met het variabele deel van zijn budget van financiële middelen, de forfaits dagziekenhuizen evenals de geneesmiddelen voor het volledig jaar 2018.

Artikel 4 van het ontwerp strekt tot de wijziging van artikel 4 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 teneinde de nadere regels inzake de administratieve afhandeling van de uitbetaling aan te passen aan het nieuwe voorschot.

Artikel 5 van het ontwerp strekt tot de wijziging van artikel 5 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 teneinde de minister bevoegd voor volksgezondheid op te dragen ook het bedrag van het nieuwe voorschot vrij te maken door herverdeling in de partiële begrotingsdoelstellingen van de geneeskundige verzorging, in naleving van de globale begrotingsdoelstelling die voor 2020 al is vastgesteld.

Artikel 6 van het ontwerp strekt tot het opheffen van het woord “algemene” in het opschrift van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020, nu het besluit voortaan zowel toepasselijk is op de algemene als de psychiatrische ziekenhuizen.

Het te nemen besluit treedt in werking op de datum van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 7).

RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in het in het eerste lid van de aanhef vermelde artikel 5, § 1, 2°, 3° en 5°, van de wet van 27 maart 2020 ‘die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II)’. Op grond van die bepaling kan de Koning, teneinde het België mogelijk te maken te reageren op de COVID-19-epidemie of -pandemie en de gevolgen ervan op te vangen, maatregelen nemen om de noodzakelijke logistieke en opvangcapaciteit, met inbegrip van de bevoorradingszekerheid, te vrijwaren of erin bijkomend te voorzien (2°), directe of indirecte steun bieden aan of beschermende maatregelen nemen voor de getroffen financiële sectoren, de economische sectoren, de profit- en non-profitsector, de bedrijven en de huishoudens om de gevolgen van de pandemie te beperken (3°) en aanpassingen doorvoeren in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, met het oog op de bescherming van de werknemers en van de bevolking, de goede organisatie van de ondernemingen en de overheid, met vrijwaring van de economische belangen van het land en de continuïteit van de kritieke sectoren (5°). De besluiten die de voormelde maatregelen bevatten, mogen overeenkomstig artikel 5, § 2, van die wet ook de geldende wettelijke bepalingen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen, zelfs inzake aangelegenheden die de Grondwet uitdrukkelijk aan de wet voorbehoudt.

VORMVEREISTEN

4. Zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt in advies 67.210/3 van 14 april 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020,² moest dat besluit worden aangemeld bij de Europese Commissie als staatssteunmaatregel, overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De ‘Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak’³ van de Europese Commissie doet geen afbreuk aan deze verplichting, maar houdt enkel het engagement in van de Commissie voor een snellere en – op een aantal punten – soepelere beoordeling van de verenigbaarheid van staatssteunmaatregelen met de interne markt

Die conclusie geldt ook voor dit ontwerp van wijzigingsbesluit, des te meer nu uit de opmaat voor de verrekeningsregeling in het ontworpen artikel 3/1 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 duidelijk blijkt dat de voorschotten in de meeste gevallen niet zullen worden teruggevorderd, maar zullen worden verrekend met de vergoeding van de effectieve kosten van de pandemie die overeenkomstig artikel 101 van de ziekenhuiswet ten laste kunnen worden gelegd van het budget van financiële middelen, zonder dat al omschreven is welke kosten precies in aanmerking komen voor vergoeding en tegen welke voorwaarden (zie daarover ook opmerking 5). Bovendien komt de mogelijkheid om voor ziekenhuizen die te veel zouden ontvangen, de verrekening over verschillende dienstjaren te spreiden, in de feiten neer op het toekennen van een renteloze lening.

Net als in advies 67.210/3 werd uiteengezet, kunnen de activiteiten van ziekenhuizen worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang die aan de staatssteunregels kunnen ontsnappen, maar ook nu moet worden vastgesteld dat niet is voldaan aan de voorwaarden om de compensatie voor prestaties in het kader van openbardienstverplichtingen niet als staatssteun te beschouwen.⁴

ALGEMENE OPMERKING

5. Het ontworpen artikel 3/1 het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 (artikel 2 van het ontwerp) kan worden beschouwd als een opmaat voor een verrekeningsregeling, maar daarmee is nog niet tegemoetgekomen aan de in advies 67.210/3 gemaakte opmerkingen van de

² Opmerkingen 5.1 tot 5.3 van dat advies.

³ Mededeling van de Commissie – Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak (2020/C 91 I/01), zoals gewijzigd ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:52020XC0320(03))).

⁴ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg*, ECLI:EU:C:2003:415. Zie de voorwaarden vervat in het DAEB-vrijstellingsbesluit (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’).

Raad van State dat dringend moet worden verduidelijkt welke kosten precies worden gedekt door de voorschotregeling en hoe de voorschotten precies zullen worden verrekend.⁵

De onzekerheid van de algemene en psychiatrische ziekenhuizen over de bestemming van de voorschotten⁶ en over de verrekening ervan blijft dan ook bestaan zolang geen regeling wordt vastgesteld met betrekking tot het budget van financiële middelen ter uitvoering van de mogelijkheid die artikel 101 van de ziekenhuiswet biedt en zolang geen concrete en precieze verrekeningsregels worden uitgewerkt.

SLOTOPMERKING

6. Gelet op artikel 7, tweede en derde lid, van de wet van 27 maart 2020 ‘die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II)’, moet het te nemen besluit bij wet worden bekrachtigd binnen een termijn van een jaar vanaf de inwerkingtreding ervan, anders zal het geacht worden nooit uitwerking te hebben gehad.

*

⁵ Adv.RvS 67.210/3, opmerkingen 6.1 tot 7.2.

⁶ Zoals de vraag of alleen kosten voor de aanschaf van goederen of diensten in rekening kunnen worden gebracht, dan wel ook personeelskosten of eventueel zelfs gederfde winst door raadplegingen en opnames die moesten worden uitgesteld.

1. Dès lors que la demande d'avis est fondée sur l'article 4, alinéa 3, de la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (I)', qui fait référence à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a dû se limiter à l'examen du fondement juridique du projet, de la compétence de l'auteur de l'acte et de l'accomplissement des formalités prescrites.

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

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à modifier l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 'permettant l'octroi, les modalités de répartition et de liquidation d'une avance aux hôpitaux généraux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19'. Cet arrêté royal prévoyait une avance d'un milliard d'euros pour les hôpitaux généraux afin de compenser les pertes de recettes et les dépenses supplémentaires occasionnées par la pandémie de COVID-19.

L'article 1^{er} du projet vise à instaurer une nouvelle avance, qui sera allouée en deux tranches de chaque fois 500 millions d'euros (article 1/1 en projet). La première tranche est immédiatement libérée, la deuxième le sera à partir d'octobre. Contrairement à l'avance actuelle, cette nouvelle avance est octroyée non seulement aux hôpitaux généraux, mais également aux hôpitaux psychiatriques.

L'article 2 du projet vise à insérer dans l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 un nouvel article 3/1 précisant que tant l'avance actuelle que la nouvelle avance seront imputées sur l'intervention dans les coûts des services prestés pendant l'épidémie et qui seront supportés par le budget des moyens financiers des hôpitaux conformément à l'article 101 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 'sur les hôpitaux et autres établissements de soins' (ci-après : la loi sur les hôpitaux)¹. Le Roi est habilité à définir les modalités de cette imputation et d'un étalement dans le temps sur plusieurs exercices. En outre, le projet prévoit la possibilité d'accélérer le paiement de cette sous-partie du budget des moyens financiers, par dérogation au mécanisme normal de paiement. Le Roi est habilité à préciser les modalités du paiement de cette intervention et de l'imputation des montants de l'avance.

L'article 3 du projet complète l'article 3 de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 par un nouvel alinéa 2 fixant la clé de répartition provisoire pour les nouvelles avances selon la part de chaque hôpital par rapport au total des dépenses INAMI des hôpitaux pour l'ensemble des activités, définies à l'article 2 de l'arrêté précité, sur la base des documents P INAMI, complétés de la partie variable de son budget des moyens financiers, des forfaits hôpital de jour et des médicaments pour l'année 2018 complète.

¹ Cette disposition légale a été modifiée dans ce but par l'arrêté royal n° 8 du 19 avril 2020 'modifiant l'article 101 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins'. Voir également l'arrêté royal du 19 avril 2020 'déterminant l'état d'épidémie de coronavirus COVID-19 sur le territoire de la Belgique', qui crée la possibilité de faire application de cette disposition légale.

L'article 4 du projet entend modifier l'article 4 de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 afin d'adapter à la nouvelle avance les modalités relatives au traitement administratif du paiement.

L'article 5 du projet vise à modifier l'article 5 de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 afin de charger le ministre qui a la santé publique dans ses attributions de libérer également le montant de la nouvelle avance par réallocation au sein des objectifs budgétaires partiels des soins de santé, dans le respect de l'objectif budgétaire global déjà fixé pour l'année 2020.

L'article 6 du projet vise à supprimer le mot « généraux » dans l'intitulé de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020, dès lors que l'arrêté est désormais applicable tant aux hôpitaux généraux qu'aux hôpitaux psychiatriques.

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* (article 7).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 5, § 1^{er}, 2°, 3° et 5°, de la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)', mentionné au premier alinéa du préambule. Cette disposition autorise le Roi, afin de permettre à la Belgique de réagir à l'épidémie ou la pandémie du coronavirus COVID-19 et d'en gérer les conséquences, à prendre des mesures pour garantir la capacité logistique et d'accueil nécessaire, y compris la sécurité d'approvisionnement, ou en prévoir davantage (2°), à apporter un soutien direct ou indirect, ou prendre des mesures protectrices, pour les secteurs financiers, les secteurs économiques, le secteur marchand et non marchand, les entreprises et les ménages, qui sont touchés, en vue de limiter les conséquences de la pandémie (3°) et à apporter des adaptations au droit du travail et au droit de la sécurité sociale en vue de la protection des travailleurs et de la population, de la bonne organisation des entreprises et des administrations, tout en garantissant les intérêts économiques du pays et la continuité des secteurs critiques (5°). Conformément à l'article 5, § 2, de cette loi, les arrêtés qui contiennent les mesures précitées peuvent également abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées à la loi par la Constitution.

FORMALITÉS

4. Comme le Conseil d'État l'a déjà observé dans l'avis 67.210/3 du 14 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020², cet arrêté devait être notifié à la Commission européenne en tant que mesure d'aide d'État, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'«Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19»³ de la Commission européenne n'affecte en rien cette obligation, mais implique uniquement l'engagement pris par la Commission d'apprécier plus rapidement et – sur un certain nombre de points – avec plus de souplesse la compatibilité des mesures d'aide d'État avec le marché intérieur.

Cette conclusion vaut également pour le projet d'arrêté modificatif à l'examen, d'autant plus qu'il ressort clairement de l'ébauche de régime d'imputation prévu à l'article 3/1, en projet, de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 que dans la plupart des cas, les avances ne seront pas récupérées, mais seront imputées sur l'indemnisation des coûts effectifs de la pandémie qui, conformément à l'article 101 de la loi sur les hôpitaux, peuvent être mis à charge du budget des moyens financiers, sans qu'il soit déjà défini quels coûts précisément sont indemnisables ni à quelles conditions (voir également à ce sujet l'observation 5). Par ailleurs, la possibilité pour les hôpitaux qui recevraient un montant trop élevé d'étaler l'imputation sur plusieurs exercices revient en fait à leur octroyer un prêt sans intérêt.

Ainsi qu'il a été exposé dans l'avis 67.210/3, les activités des hôpitaux peuvent être considérées comme des services d'intérêt économique général pouvant échapper aux règles en matière d'aides d'État, mais il convient de constater ici aussi que les conditions requises pour ne pas considérer comme une aide d'État la compensation pour des prestations effectuées dans le cadre des obligations de service public ne sont pas remplies⁴.

OBSERVATION GÉNÉRALE

5. L'article 3/1, en projet, de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 (article 2 du projet) peut être considéré comme une ébauche de régime d'imputation, mais il ne permet pas encore de rencontrer les observations formulées par le Conseil d'État dans l'avis 67.210/3, selon lesquelles il est urgent d'indiquer quels frais sont précisément couverts par le régime d'avances et comment les avances seront précisément portées en compte⁵.

² Observations 5.1 à 5.3 de cet avis.

³ Communication de la Commission – Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 (2020/C 91 I/01), telle qu'elle a été modifiée ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:52020XC0320(03))).

⁴ C.J.U.E., 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, ECLI:EU:C:2003:415. Voir les conditions inscrites dans la décision d'exemption sur les SIEG (décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général').

⁵ Avis C.E. 67.210/3, observations 6.1 à 7.2.

L'incertitude des hôpitaux généraux et psychiatriques quant à l'affectation des avances ⁶ et quant à leur imputation perdurera par conséquent aussi longtemps qu'aucun régime relatif au budget des moyens financiers n'aura été arrêté en application de la possibilité offerte par l'article 101 de la loi sur les hôpitaux et aussi longtemps que des règles d'imputation concrètes et précises n'auront pas été élaborées.

OBSERVATION FINALE

6. Compte tenu de l'article 7, alinéas 2 et 3, de la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID19 (II)', l'arrêté envisagé doit être confirmé par la loi dans un délai d'un an à partir de son entrée en vigueur, à défaut de quoi il sera réputé n'avoir jamais produit ses effets.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁶ Comme la question de savoir si seuls les frais d'acquisition de biens ou de services peuvent être portés en compte, ou également les frais de personnel, voire même, éventuellement, le manque à gagner en raison des consultations et des admissions qui ont dû être reportées.