



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.742/1/V
van 14 augustus 2020

avis 67.742/1/V
du 14 août 2020

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 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 21 augustus 2020,^(*) 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 eerste vakantiekamer onderzocht op 11 augustus 2020. De kamer was samengesteld uit Jan CLEMENT, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Pierre BARRA, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, 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 Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 augustus 2020.

*

Le 7 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et de l'Asile et de la Migration à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 21 août 2020^(**), 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 première chambre des vacations le 11 août 2020. La chambre était composée de Jan CLEMENT, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Pierre BARRA, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, 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 Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 août 2020.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois ‘sur le Conseil d'État’, coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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

2.1. In de eerste plaats worden een aantal maatregelen genomen naar aanleiding van de COVID-19-pandemie.

Artikel 1 van het ontwerp strekt tot het invoeren van de mogelijkheid om, als het door rampen en pandemieën onmogelijk wordt om een budget van financiële middelen te berekenen, het budget van de vorige periode te gebruiken. Daartoe wordt artikel 4 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 aangevuld.

De artikelen 14 en 20 van het ontwerp strekken ertoe om de financiering van de ziekenhuizen aan te passen aan de tijdelijke verhoging van de maximumleeftijd voor vruchtbaarheidsbehandelingen, die door de coronamaatregelen mogelijk vertraging hebben opgelopen. Daartoe worden artikel 74bis en bijlage 15, 2°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 gewijzigd.

Artikel 15 van het ontwerp strekt tot de vervanging van 74septies van het koninklijk besluit van 25 april 2002 en voorziet in de mogelijkheid voor de minister bevoegd voor de volksgezondheid (hierna: minister) om in het kader van rampen, catastrofes, epidemieën of pandemieën als bedoeld bij artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en de andere verzorgingsinrichtingen’ (hierna: de ziekenhuiswet) rechtstreeks overeenkomsten te sluiten met de ziekenhuizen over specifieke thema’s.

2.2. Ten tweede worden een aantal bepalingen die bepaalde gespecialiseerde niet-psychiatrische ziekenhuizen uitsluiten van dezelfde steun als algemene ziekenhuizen aangepast om die ongelijkheid op te heffen. Daartoe worden de artikelen 56, § 2, 63bis, eerste lid, 63ter, eerste lid, 63quater, eerste lid, 63quinquies, eerste lid, 63septies, eerste lid, en 75, § 8, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 gewijzigd (artikelen 5, 7, 8, 9, 10, 11 en 16 van het ontwerp). Bovendien wordt artikel 61 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 vervangen, naar aanleiding van de vernietiging door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van een vervanging¹ van die bepaling² (artikel 6 van het ontwerp).³ De bij dat artikel horende bijlagen 19, 19bis, 19ter en 19quater worden opgeheven (artikel 22 van het ontwerp).

¹ Of liever een herstel in een nieuwe versie van deze eerder opgeheven bepaling.

2.3. Ten derde wordt de financiering van bepaalde onderdelen inhoudelijk gewijzigd.

Enerzijds wordt de financiering van het personeel van de spoeddiensten in artikel 46 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 aangepast (artikel 3, 3° en 4°, van het ontwerp). Er wordt rekening gehouden met een gedeeltelijke vernietiging van een eerdere wijziging van die bepaling⁴ door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State,⁵ door terug te keren naar de vorige regeling.

Anderzijds wordt artikel 73 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 aangepast (artikel 13 van het ontwerp) om de beschikbare budgetten voor de pensioenlasten (ontworpen artikel 73, § 4, vierde lid) en de responsabiliseringsbijdragen voor de pensioenen (ontworpen artikel 73, § 5, vierde lid) van de statutaire personeelsleden op te trekken.

2.4. Ten vierde worden een aantal bijlagen gewijzigd of vervangen. De bijlagen 3 en 3bis worden vervangen door een enkele bijlage 3 met de vaststelling van een gemiddelde ligduur per diagnosegroep en de berekening van een aantal verantwoorde bedden (artikel 17 van het ontwerp). De lijst in bijlage 9 met de tijden voor het stellen van bepaalde nomenclatuurhandelingen wordt aangevuld (artikel 18 van het ontwerp).

2.5. Ten slotte worden doorheen het koninklijk besluit van 25 april 2002 en de bijlagen ervan een aantal eerdere foutjes rechtgezet, achterhaalde bepalingen aangepast en wetgevingstechnische aanpassingen doorgevoerd (artikelen 2, 3, 1° en 2°, 4, 12, 19 en 21 van het ontwerp).

2.6. Overeenkomstig artikel 23 heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 juli 2020, met uitzondering van de artikelen 4, 13, 19 en 21, die in werking treden op (lees: uitwerking hebben met ingang van) 1 januari 2020 en de artikelen 14, 15 en 20, die in werking treden op (lees: uitwerking hebben met ingang van) 1 maart 2020.

RECHTSGROND

3.1. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 105, § 1, van de ziekenhuiswet.

3.2. Dat is echter niet het geval voor artikel 15 van het ontworpen besluit, dat de minister machtigt om in het kader van rampen, catastrofes, epidemieën of pandemieën als bedoeld bij artikel 101 van de ziekenhuiswet rechtstreeks overeenkomsten te sluiten met de

² Bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 6 september 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'.

³ RvS 31 oktober 2019, nr. 245.967, *Intercommunale de soins spécialisés de Liège (Isosl), Cliniques de soins spécialisés VALDOR-PERI*.

⁴ Bij artikel 1, 4°, van het koninklijk besluit van 30 augustus 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'.

⁵ RvS 29 mei 2020, nr. 247.680, *Centre hospitalier régional de Verviers*.

ziekenhuizen over specifieke thema's. Er wordt niet nader bepaald op welke kosten voor de dienstverlening die overeenkomsten precies betrekking kunnen hebben, in welke mate en op welke wijze die kosten worden gedekt en welke voorwaarden daarvoor worden gehanteerd.

Het gebruik van overeenkomsten met ziekenhuizen is weliswaar denkbaar binnen de rechtsgrond van artikel 105, § 1, van de ziekenhuiswet, maar enkel voor het concretiseren van elementen die eerst door de Koning zijn geregeld in het koninklijk besluit van 25 april 2002⁶ en niet om die elementen voor het eerst in die overeenkomsten aan bod te laten komen. Een dergelijke subdelegatie van de regelgevende bevoegdheid die de Koning put uit de voormelde rechtsgrondbepaling, aan een overeenkomst tussen een minister en een of meer ziekenhuizen is niet mogelijk.

Artikel 15 van het ontworpen besluit kan dan ook slechts doorgang vinden indien de hoofdlijnen van de vergoeding van de kosten bedoeld in artikel 101 van de ziekenhuiswet eerst in de ontworpen bepaling worden geregeld. De concretisering van die hoofdlijnen kan vervolgens worden overgelaten aan de voormelde overeenkomsten. Gezien de inhoudelijke beleidsopties die bij het uitwerken van een dergelijke bepaling nog moeten worden genomen, moet de herwerkte tekst opnieuw om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State worden voorgelegd.

VORMVEREISTEN

4. Gelet op hetgeen in opmerking 3.2 is uiteengezet met betrekking tot artikel 15 van het ontworpen besluit, moet ook een voorbehoud worden gemaakt wat betreft de verenigbaarheid ervan met de staatssteunregeling. Aangezien geen duidelijkheid bestaat over de vraag of de beoogde dekking van kosten in het kader van rampen, catastrofes, epidemieën of pandemieën wel kunnen worden ingepast in een vrijstellingsregeling, zoals het DAEB-vrijstellingsbesluit,⁷ valt niet uit te sluiten dat die ontworpen bepaling moet worden aangemeld als staatssteun bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁶ Als voorbeeld kan worden verwezen naar artikel 63 van het koninklijk besluit van 25 april 2002, waar weliswaar ook wordt verwezen naar dergelijke overeenkomsten, maar waarbij de elementen die in die overeenkomst aan bod moeten komen in voldoende mate zijn omschreven in dat artikel.

⁷ 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'.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

5. De bij artikel 3, 3°, van het ontwerp te vervangen woorden zijn gebaseerd op de tekstversie van artikel 46, § 3, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002, zoals dat werd vervangen bij artikel 1, 4°, van het koninklijk besluit van 30 augustus 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’. Die tekstversie is echter uit de rechtsorde verdwenen door de vernietiging van die wijzigingsbepaling bij arrest nr. 247.680 van 29 mei 2020 van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, zodat voor de redactie van de huidige wijzigingsbepaling moet worden uitgegaan van de tekstversie van voor die vernietigde wijzigingsbepaling.⁸ Overigens zou het eenvoudiger en transparanter zijn om het hele artikel 46, § 3, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 opnieuw te vervangen door de door de stellers van het ontwerp beoogde tekst.

Artikel 12

6. Bij het verwijzen naar technische normen is het net van belang om de correcte versie van die normen te identificeren. De vervanging van de verwijzing naar “3M™ APR DRG Classification System, Version 31.0, Definitions Manual” in het ontworpen artikel 65, 2°, tweede lid, tweede streepje, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 12 van het ontwerp) door “3M™ APR DRG Classification System, Definitions Manual, *versie zoals deze op het ogenblik van de berekening gekend is*”, is een stap achteruit in de rechtszekerheid en de kenbaarheid van de normen. Bovendien komt dit neer op een delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de opstellers van die “Definitions Manual”, aangezien de Koning zich niet meer een bepaalde versie ervan eigen maakt door naar het precieze versienummer te verwijzen.

Daar komt nog bij dat de berekening van het budget op verschillende tijdstippen gebeurt, met verrekeningen die nog jaren later plaatsvinden, zodat het risico niet denkbeeldig is dat bij die latere berekeningen versies worden gebruikt die niet overeenstemden met de versie die gold tijdens het betrokken dienstjaar of dat er betwistingen ontstaan over de toepasselijke versie. Bij gebrek aan een officiële publicatie van die “Definitions Manual” zal immers moeilijk te achterhalen zijn vanaf wanneer een nieuwe versie geldt.

Artikel 14

7. Het is duidelijk de bedoeling van de stellers van het ontwerp om met artikel 14 van het ontwerp de in artikel 74*bis*, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 vermelde maximumleeftijd met 6 maanden te verlengen, maar in de huidige tekst wordt de maximumleeftijd van 42 jaar vermeld, zodat niet goed valt in te zien waarom die dan wordt

⁸ Namelijk de versie na de wijziging bij artikel 4, 5°, van het koninklijk besluit van 19 november 2012 ‘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’.

verhoogd van 42 jaar naar 43 jaar en 6 maanden. Uit artikel 4, vierde lid, van het koninklijk besluit van 6 oktober 2008 'houdende invoering van een forfaitaire tegemoetkoming voor de behandeling van vruchtbaarheidsstoornissen bij vrouwen' kan weliswaar worden afgeleid dat voor de tegemoetkoming in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering de maximumleeftijd van 43 jaar wordt gehanteerd, maar dan blijft de vaststelling dat de huidige tekst van artikel 74*bis*, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 daar niet mee spoort. Allicht moet dus ook de bestaande vermelding van 42 jaar worden aangepast.

Die opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor artikel 20 van het ontwerp.

Artikel 15

8. Los van de in opmerking 3.2 geformuleerde rechtsgrondbezwaren bij artikel 15 van het ontwerp, kan de ontworpen bepaling, zelfs in een herwerkte versie, pas doorgang vinden indien ook artikel 15 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 wordt aangepast. Artikel 15, 33°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 maakt immers gewag van “het forfaitaire bedrag dat de kosten dekt waarvan sprake in artikel 94*bis* van de wet op de ziekenhuizen [dat is het huidige artikel 101 van de ziekenhuiswet]”. Sinds de aanpassing van die wetsbepaling 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’ worden die kosten immers niet meer op forfaitaire wijze gedekt. Ook in de inleidende bepaling van artikel 15 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 wordt gewag gemaakt van het forfaitaire karakter van de lastendekking door de middelen van onderdeel B4. Indien de met artikel 15 van het ontwerp beoogde regeling wordt gehandhaafd binnen onderdeel B4, zal artikel 15, 33°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 moeten worden opgeheven en zal een nieuw tweede lid aan dat artikel moeten worden toegevoegd dat luidt als volgt: “Bovendien dekt onderdeel B4 ook de kosten bedoeld in artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en de andere verzorgingsinrichtingen.”

Artikel 22

9. Bijlage 19 moet niet worden opgeheven bij artikel 22 van het ontwerp, aangezien artikel 4 van het koninklijk besluit van 6 september 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’ waarbij die bijlage is ingevoegd, is vernietigd bij het voormelde arrest nr. 245.967 van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De bijlage moet bijgevolg geacht worden nooit te hebben bestaan en de opheffing ervan is dan ook een slag in het water.

10. Door de vervanging van artikel 61 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 bij artikel 6 van het ontwerp verliest ook bijlage 19 *quinquies* haar enige ankerpunt in het dispositief van dat koninklijk besluit, zodat ook die bijlage moet worden opgeheven.

Artikel 23

11.1. Overeenkomstig artikel 23 heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 juli 2020, met uitzondering van de artikelen 4, 13, 19 en 21, die in werking treden op (lees: uitwerking hebben met ingang van) 1 januari 2020 en de artikelen 14, 15 en 20, die in werking treden op (lees: uitwerking hebben met ingang van) 1 maart 2020.

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel als de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

11.2. Voor de artikelen 14 en 20 van het ontwerp kan die terugwerkende kracht worden aanvaard, omdat het gaat om een versoepeling die moet worden afgestemd op de financiering via de ziekte- en invaliditeitsverzekering van de betrokken vruchtbaarheidsbehandelingen.

In het geval van de artikelen 4, 19 en 21 van het ontwerp gaat het louter om het rechtzetten van verschrijvingen, waarvoor de terugwerkende kracht eveneens kan worden aanvaard.

De andere bepalingen van het ontwerp hebben echter verschuivingen tussen de budgetten voor elk ziekenhuis tot gevolg, voordelig voor sommige ziekenhuizen en nadelig voor andere, zodat de terugwerkende kracht in beginsel niet kan worden aanvaard.⁹

Voor artikel 15 van het ontwerp, ook in de aangepaste versie ingevolge opmerking 3.2, moet hoe dan ook worden afgezien van de terugwerkende kracht, tenzij indien de elementen die in die herwerkte versie aan bod komen, inhoudelijk overeenstemmen met reeds gesloten overeenkomsten die dan feitelijk worden gevalideerd met terugwerkende kracht. In dat laatste geval moet hoe dan ook voldaan zijn aan de zo-even geschetste voorwaarden inzake terugwerkende kracht, waarover de Raad van State zich bij gebrek aan inzage in die overeenkomsten niet kan uitspreken.

*

⁹ Over de (problematische) terugwerkende kracht van dergelijke herschikkingen, zie al eerder adv.RvS 65.819/3 van 2 mei 2019 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 17 mei 2019 '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', opmerking 8.3.

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

2.1. Un certain nombre de mesures sont tout d'abord prises consécutivement à la pandémie de COVID-19.

L'article 1^{er} du projet vise à permettre l'utilisation du budget de la période précédente, s'il est impossible de calculer un budget des moyens financiers en raison de catastrophes et de pandémies. L'article 4 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 est complété à cet effet.

Les articles 14 et 20 du projet entendent adapter le financement des hôpitaux à l'augmentation temporaire de l'âge maximal pour les traitements de fertilité, qui ont pu prendre du retard en raison des mesures de lutte contre le coronavirus. À cet effet, l'article 74bis et l'annexe 15, 2°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 sont modifiés.

L'article 15 du projet vise le remplacement de l'article 74septies de l'arrêté royal du 25 avril 2002 et prévoit la possibilité pour le ministre qui a la santé publique dans ses attributions (ci-après : le ministre) de conclure directement avec les hôpitaux des conventions portant sur des thématiques spécifiques dans le cadre de catastrophes, calamités, épidémies ou pandémies telles qu'elles sont définies 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).

2.2. Deuxièmement, des dispositions excluant certains hôpitaux non psychiatriques spécialisés de la même aide que celle octroyée aux hôpitaux généraux sont adaptées afin de faire disparaître cette inégalité. À cet effet, les articles 56, § 2, 63bis, alinéa 1^{er}, 63ter, alinéa 1^{er}, 63quater, alinéa 1^{er}, 63quinquies, alinéa 1^{er}, 63septies, alinéa 1^{er}, et 75, § 8, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 sont modifiés (articles 5, 7, 8, 9, 10, 11 et 16 du projet). Par ailleurs, l'article 61 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 est remplacé à la suite de l'annulation par la section du contentieux administratif du Conseil d'État d'un remplacement ¹ de cette disposition ² (article 6 du projet) ³.

¹ Ou plutôt d'un rétablissement dans une nouvelle version de cette disposition précédemment abrogée.

² Par l'article 2 de l'arrêté royal du 6 septembre 2016 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

³ C.E. 31 octobre 2019, n° 245.967, *Intercommunale de soins spécialisés de Liège (Isosl), Cliniques de soins spécialisés VALDOR-PERI*.

Les annexes 19, 19*bis*, 19*ter* et 19*quater* se rapportant à cet article sont abrogées (article 22 du projet).

2.3. Troisièmement, le financement de certains éléments est modifié sur le fond.

D'une part, le financement du personnel des services d'urgence est adapté dans l'article 46 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 3, 3° et 4°, du projet). Il est tenu compte d'une annulation partielle d'une modification antérieure de cette disposition ⁴ par la section du contentieux administratif du Conseil d'État ⁵ en revenant au régime précédent.

D'autre part, l'article 73 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 est adapté (article 13 du projet) afin d'augmenter les budgets disponibles pour les charges de pensions (article 73, § 4, alinéa 4, en projet) et les charges de responsabilisation pour les pensions (article 73, § 5, alinéa 4, en projet) des membres du personnel statutaire.

2.4. Quatrièmement, un certain nombre d'annexes sont modifiées ou remplacées. Les annexes 3 et 3*bis* sont remplacées par une annexe 3 unique réglementant la fixation d'une durée de séjour moyenne par groupe de diagnostics et le calcul d'un nombre de lits justifiés (article 17 du projet). La liste figurant à l'annexe 9, comprenant les durées prévues pour accomplir certains actes de nomenclature, est complétée (article 18 du projet).

2.5. Enfin, dans l'ensemble de l'arrêté royal du 25 avril 2002 et de ses annexes, certaines erreurs antérieures sont corrigées, des dispositions obsolètes adaptées et des adaptations apportées sur le plan de la légistique (articles 2, 3, 1° et 2°, 4, 12, 19 et 21 du projet).

2.6. Conformément à l'article 23, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} juillet 2020, à l'exception des articles 4, 13, 19 et 21, qui entrent en vigueur (lire : produisent leurs effets) le 1^{er} janvier 2020 et des articles 14, 15 et 20, qui entrent en vigueur (lire : produisent leurs effets) le 1^{er} mars 2020.

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. L'arrêté en projet trouve en principe son fondement juridique dans l'article 105, § 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux.

⁴ Par l'article 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 30 août 2016 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

⁵ C.E. 29 mai 2020, n° 247.680, *Centre hospitalier régional de Verviers*.

3.2. Tel n'est toutefois pas le cas de l'article 15 de l'arrêté en projet, qui habilite le ministre à conclure directement avec les hôpitaux des conventions portant sur des thématiques spécifiques dans le cadre de catastrophes, calamités, épidémies ou pandémies telles qu'elles sont définies à l'article 101 de la loi sur les hôpitaux. Le projet ne précise pas plus avant sur quels coûts de la prestation de services ces conventions peuvent porter exactement, dans quelle mesure et comment ces coûts sont couverts, ni quelles conditions sont appliquées dans ce cadre.

On peut certes envisager le recours à des conventions avec les hôpitaux dans les limites du fondement juridique de l'article 105, § 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux, mais uniquement pour concrétiser des éléments qui ont d'abord été réglés par le Roi dans l'arrêté royal du 25 avril 2002⁶ et non pour faire apparaître ces éléments pour la première fois dans ces conventions. Pareille subdélégation du pouvoir réglementaire, conféré au Roi par la disposition précitée procurant un fondement juridique, à une convention entre un ministre et un ou plusieurs hôpitaux n'est pas possible.

L'article 15 de l'arrêté en projet peut dès lors uniquement se concrétiser si les grandes lignes de l'indemnisation des coûts visés à l'article 101 de la loi sur les hôpitaux sont d'abord réglées dans la disposition en projet. La concrétisation de ces grandes lignes peut ensuite être confiée aux conventions précitées. Compte tenu des options politiques de fond qui doivent encore être décidées en ce qui concerne l'élaboration d'une telle disposition, le texte retravaillé devra à nouveau être soumis pour avis à la section de législation du Conseil d'État.

FORMALITÉS

4. Eu égard à l'observation formulée au point 3.2 concernant l'article 15 de l'arrêté en projet, il convient d'également émettre une réserve quant à sa compatibilité avec le régime d'aide d'État. Dès lors qu'il n'y a pas de réponse claire quant à la question de savoir si la couverture visée des coûts dans le cadre de catastrophes, calamités, épidémies ou pandémies peut effectivement s'inscrire dans le cadre d'un régime d'exemption, tel que la décision d'exemption sur les SIEG⁷, il n'est pas exclu que cette disposition en projet doive être notifiée comme aide d'État à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶ À titre d'exemple, on peut se référer à l'article 63 de l'arrêté royal du 25 avril 2002, qui renvoie certes également à de telles conventions, mais dont les éléments devant y figurer ont été suffisamment définis dans cet article.

⁷ 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'.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

5. Les mots que l'article 3, 3°, du projet remplace se fondent sur la version du texte de l'article 46, § 3, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002, tel qu'il a été remplacé par l'article 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 30 août 2016 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'. Or, cette version a disparu de l'ordre juridique à la suite de l'annulation de cette disposition modificative par l'arrêt n° 247.680 du 29 mai 2020 de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, si bien que la rédaction de la disposition modificative actuelle doit se baser sur la version antérieure à cette disposition modificative annulée⁸. En outre, il serait plus simple et plus transparent de remplacer à nouveau l'ensemble de l'article 46, § 3, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 par le texte visé par les auteurs du projet.

Article 12

6. En cas de référence à des normes techniques, il importe justement d'identifier la version correcte de ces normes. Le remplacement de la référence à « 3M™ APR DRG Classification System, Version 31.0, Definitions Manual », dans l'article 65, 2°, alinéa 2, deuxième tiret, en projet, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 12 du projet), par « 3M™ APR DRG Classification System, Definitions Manual, *dans la version connue au moment du calcul* » constitue un pas en arrière en termes de sécurité juridique et d'identification des normes. En outre, cela équivaut à une délégation de pouvoir réglementaire aux auteurs de ce « Definitions Manual », puisque le Roi ne désigne plus une version donnée en faisant référence au numéro de version exact.

De plus, le budget est calculé à différents moments, avec des imputations intervenant encore des années plus tard, de sorte qu'il n'est pas impossible que, lors de ces calculs ultérieurs, des versions ne correspondant pas à la version qui était en vigueur lors de l'exercice concerné soient utilisées ou que des contestations s'élèvent concernant la version applicable. À défaut de publication officielle de ce « Definitions Manual », il sera en effet difficile de déterminer le moment à partir duquel une nouvelle version est applicable.

Article 14

7. L'intention des auteurs du projet est sans doute, par le biais de l'article 14 du projet, de prolonger de 6 mois l'âge maximal mentionné dans l'article 74bis, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 avril 2002, mais le texte actuel mentionne l'âge maximal de 42 ans, de sorte que l'on n'aperçoit pas pourquoi celui-ci doit passer de 42 ans à 43 ans et 6 mois. S'il peut se déduire de l'article 4, alinéa 4, de l'arrêté royal du 6 octobre 2008 'instaurant un remboursement forfaitaire

⁸ À savoir la version postérieure à la modification par l'article 4, 5°, de l'arrêté royal du 19 novembre 2012 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

pour les traitements de l'infertilité féminine' que, pour le remboursement dans le cadre de l'assurance maladie-invalidité, l'âge maximal de 43 ans est visé, il n'en demeure pas moins que le texte actuel de l'article 74bis, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 n'est pas compatible avec cette situation. Il faut donc sans doute adapter la mention existante de 42 ans.

Cette observation s'applique *mutatis mutandis* également à l'article 20 du projet.

Article 15

8. Indépendamment des objections formulées au point 3.2 en ce qui concerne le fondement juridique de l'article 15 du projet, la disposition en projet, même dans une version retravaillée, ne peut se concrétiser que si l'article 15 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 est aussi adapté. En effet, l'article 15, 33°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 fait mention du « montant forfaitaire couvrant les frais dont question à l'article 94bis de la loi sur les hôpitaux [c'est-à-dire l'actuel article 101 de la loi sur les hôpitaux] ». Depuis l'adaptation de cette disposition de loi 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', ces coûts ne sont en effet plus couverts de manière forfaitaire. De même, la disposition introductive de l'article 15 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 fait mention du caractère forfaitaire de la couverture des charges par les moyens de la sous-partie B4. Si le régime visé par l'article 15 du projet est maintenu dans les limites de la sous-partie B4, l'article 15, 33°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 devra être abrogé et il faudra ajouter à cet article un nouveau deuxième alinéa rédigé comme suit : « En outre, la sous-partie B4 couvre également les frais visés à l'article 101 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins .»

Article 22

9. L'annexe 19 ne doit pas être abrogée par l'article 22 du projet, dès lors que l'article 4 de l'arrêté royal du 6 septembre 2016 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux', qui insère cette annexe, a été annulé par l'arrêt n° 245.967 précité de la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Par conséquent, l'annexe doit être réputée ne jamais avoir existé et son abrogation est dès lors une mesure inutile.

10. En raison du remplacement de l'article 61 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 par l'article 6 du projet, l'annexe 19quinquies perd également son seul point d'ancrage dans le dispositif de cet arrêté royal, si bien qu'il faut aussi abroger cette annexe.

Article 23

11.1. Conformément à l'article 23, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} juillet 2020, à l'exception des articles 4, 13, 19 et 21, qui entrent en vigueur (lire : produisent leurs effets) le 1^{er} janvier 2020 et des articles 14, 15 et 20, qui entrent en vigueur (lire : produisent leurs effets) le 1^{er} mars 2020.

Il y a lieu d'observer à cet égard que ce n'est que sous certaines conditions que l'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés peut être réputée admissible. L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle concerne une règle qui confère des avantages dans le respect du principe de l'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises. Ce n'est que si la rétroactivité du régime en projet s'inscrit dans l'une des hypothèses énumérées qu'elle pourra être admise.

11.2. Cette rétroactivité peut être admise pour les articles 14 et 20 du projet, car il s'agit d'un assouplissement qui doit être aligné sur le financement de l'assurance maladie-invalidité des traitements de fertilité concernés.

Dans le cas des articles 4, 19 et 21 du projet, il s'agit simplement de corriger des erreurs matérielles, pour lesquelles la rétroactivité peut également être admise.

Les autres dispositions du projet entraînent toutefois des transferts entre les budgets pour chaque hôpital, avantageux pour certains hôpitaux et désavantageux pour d'autres, de sorte que la rétroactivité ne peut pas, en principe, être admise⁹.

Pour l'article 15 du projet, y compris dans la version adaptée consécutivement à l'observation 3.2, il faut en tout état de cause renoncer à la rétroactivité, sauf si des éléments figurant dans la version retravaillée correspondent sur le fond à des conventions déjà conclues, qui sont alors concrètement validées avec effet rétroactif. Dans ce dernier cas, les conditions précitées en matière de rétroactivité, sur lesquelles le Conseil d'État ne peut se prononcer faute de pouvoir consulter ces conventions, doivent en tous les cas être remplies.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jan CLEMENT

⁹ Concernant la rétroactivité (problématique) de telles réorganisations, voir l'avis déjà rendu précédemment C.E. 65.819/3 du 2 mai 2019 sur un projet devenu l'arrêté royal du 17 mai 2019 'modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux', observation 8.3.