



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.743/1/V
van 14 augustus 2020

avis 67.743/1/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 Volksgezondheid 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 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 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 de la Santé publique 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 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 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 artikel 79^{quater} van het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’. Die bepaling voorziet voor de jaren 2018, 2019 en 2020 in een provisionele financiering van de meerkosten verbonden aan de invoering van het IFIC-functieclassificatiesysteem, op een pro rata basis in functie van het aantal VTE's in het ziekenhuis. Artikel 1 van het ontwerp beoogt de nadere regels vast te leggen voor de herziening aan de hand van een forfaitair bedrag verbonden aan elke functie. Bijlage 21 bij het koninklijk besluit van 25 april 2002 (met het aantal VTE's per ziekenhuis) wordt vervangen (artikel 2) en een nieuwe bijlage 22 met de nadere regels voor de herziening wordt ingevoegd (artikel 3).

Overeenkomstig artikel 4 heeft het te nemen besluit uitwerking met terugwerkende kracht tot 1 juli 2020.

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 OPMERKING

4.1. In advies 65.819/3¹ heeft de Raad van State al gewaarschuwd voor de rechtsonzekerheid die kleeft aan de werkwijze waarbij criteria worden vastgesteld voor de herziening die eigenlijk neerkomen op een herverdeling achteraf van het budget van financiële middelen op basis van criteria die tijdens het jaar waarop ze betrekking hadden nog niet bekend waren:

“7. Op verscheidene plaatsen in het ontworpen artikel 79^{quater} van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 3 van het ontwerp) komen machtigingen voor die de Koning aan zichzelf verleent om in de toekomst bijkomende regels vast te stellen of bestaande regels aan te passen. Dergelijke machtigingen zijn juridisch betekenisloos en kunnen beter worden weggelaten. Indien daarvoor een wettelijke rechtsgrond bestaat, kan de Koning steeds overgaan tot nieuwe wijzigingen of aanpassingen, ook zonder deze

¹ Adv.RvS 65.819/3 van 2 mei 2019 over een ontwerp dat heeft 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’.

machtigingen. Bovendien waarborgen deze machtigingen niet dat die beoogde wijzigingen of aanpassingen ook effectief zullen plaatsvinden.

Wat betreft de problematiek van de terugwerkende kracht die aan het ontworpen artikel 79*quater* (en dus ook aan de ontworpen machtigingen) wordt verleend, wordt verwezen naar opmerking 8.4.

(...)

8.4. Voorts moeten kanttekeningen worden geplaatst bij het mechanisme van de herziening van het dienstjaar 2018 in het ontworpen artikel 79, § 3, 3°, b), van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 2 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 79*quater*, § 1, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 3 van het ontwerp). Herzieningen hebben tot doel om een correcte afrekening mogelijk te maken voor een bepaalde periode, op het ogenblik dat de definitieve waarden voor bepaalde parameters voor het betrokken dienstjaar bekend zijn. Het gaat bijgevolg om een herberekening op basis van bijgestuurde gegevens en niet om een impliciete wijziging van de toepasselijke materiële regels. In dit geval worden echter herzieningen in het vooruitzicht gesteld waarbij regels zullen worden toegepast die op 1 januari 2019 nog niet bekend waren. Bovendien wordt die techniek bij het ontworpen artikel 79*quater*, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 3 van het ontwerp) ook in het vooruitzicht gesteld voor de herzieningen van 2019 en 2020.

De gemachtigde reageerde als volgt op de vraag of een herziening wel het geëigende instrument is om met terugwerkende kracht de verdelingsregels te wijzigen:

‘Comme indiqué ci-dessus, les modalités de révisions des provisions octroyées pour l’IFIC ont fait l’objet de plusieurs avis du CFEH. Il est apparu que l’augmentation des barèmes du personnel hospitalier allait avoir un effet sur la prime octroyée à certains travailleurs dans le cadre des mesures de fins de carrière car la prime est un pourcentage du salaire. Il a donc été prévu d’augmenter le montant des primes prévues. Pour l’année 2019 cela se fera dans l’arrêté qui va prévoir les modalités de révisions, afin d’avoir toutes les modalités de révision dans un même arrêté. Pour 2018 il est trop tard puisque les hôpitaux ont déjà versés les primes mais sans avoir le supplément de financement – cela sera donc réglé lors de la révision des provisions octroyées pour l’année 2018.’

Dat dit ertoe kan leiden dat sommige ziekenhuizen ingevolge het ontworpen artikel 79*quater* met terugwerkende kracht minder middelen zouden kunnen krijgen, werd door de gemachtigde bevestigd:

‘Certains hôpitaux pourraient effectivement devoir rembourser une partie de la provision octroyée car il est possible que le budget prévu pour l’IFIC pour la première phase de la mise en œuvre soit supérieur au coût total de l’implémentation de l’IFIC pour cette même phase.’

De ontworpen regeling voor de jaren 2019 en 2020 werd door de gemachtigde als volgt toegelicht:

‘Annoncer les budgets supplémentaires prévus pour 2019 et 2020 permet de rassurer les hôpitaux sur le fait que ce qui a été décidé dans l’accord social de 2017 et validé financièrement par le Conseil général de l’Inami sera effectivement financé sur base de modalités de répartition qui ont fait l’objet de nombreuses discussions et qui seront finalement reprises dans un projet d’arrêté qui vous sera envoyé prochainement.

Les modalités de révisions des financements provisoires ne sont toujours pas définitives et sont encore en discussion au sein du CFEH suite à la nouvelle demande d'avis de la Ministre datée du 26 mars 2019 (cf ci-dessus).'

Het gevolg van de ontworpen regeling is echter dat voor 2019 weliswaar een totaalbudget en een verdeelsleutel (ten belope van het aantal VTE's per ziekenhuis) in het vooruitzicht worden gesteld, maar dat tegelijkertijd, eveneens met terugwerkende kracht, wordt bepaald dat de middelen voor 2019 nog wijzigingen kunnen ondergaan, die eventueel ongunstig kunnen uitdraaien voor bepaalde ziekenhuizen. Voor 2020 wordt enkel een totaalbudget bepaald, zonder verdeelsleutel. De terugwerkende kracht die aan de ontworpen regeling wordt gegeven kan alleszins niet tot gevolg hebben dat die terugwerkende kracht voor latere wijzigingen zonder meer doorgang kan vinden."

4.2. De Raad van State verwelkomt de overgang, met de thans ontworpen regeling, naar een meer duurzaam systeem van financiering voor de betrokken uitgaven. Dat neemt echter niet weg dat het thans ontworpen systeem nieuwe opties hanteert inzake de verdeelsleutel tussen de ziekenhuizen, aangezien de criteria voor de toekenning van de provisionele bedragen wezenlijk verschillen van de berekeningswijze voor de bedragen tijdens de herziening.

Dit kan tot gevolg hebben dat sommige ziekenhuizen in vergelijking met andere ziekenhuizen een lager bedrag zullen ontvangen door bepaalde keuzen die zij hebben gemaakt bij de aanwerving van hun personeel, zonder dat zij op de hoogte konden zijn van de nieuwe opties die in het ontworpen besluit worden genomen. Aangezien de Raad van State geen zicht heeft op de feitelijke situatie waarin elk ziekenhuis zich ter zake bevindt, kan hij dan ook enkel een voorbehoud maken met betrekking tot de overeenstemming met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

5. Samen met het ontworpen besluit werd aan de afdeling Wetgeving ook een ander ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 voorgelegd, dat een meer uiteenlopende strekking heeft (adviesaanvraag 67.742/3).

Om de twee te nemen besluiten uit elkaar te houden, is het aangewezen om het opschrift van dit ontwerp aan te vullen met een beknopte inhoudelijke omschrijving van de inhoud van de wijzigingen. Dat is zelfs zonder meer noodzakelijk indien de twee besluiten op dezelfde dag zouden worden ondertekend door de Koning.

Artikel 4

6.1. Overeenkomstig artikel 4 heeft het te nemen besluit uitwerking met terugwerkende kracht tot 1 juli 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.

6.2. Wat betreft het budget van financiële middelen voor 2018 en 2019 heeft de terugwerkende kracht geen zin, aangezien de betrokken provisionele bedragen al zijn uitgekeerd en er voor die jaren via de ontworpen bijlage 22 enkel criteria worden vastgesteld voor de herziening ervan.

Wat betreft het budget van financiële middelen voor 2020, moet worden vastgesteld dat de omvang van dat budget werd bepaald op 1 januari 2020. Op het eerste gezicht komt een vervanging van artikel 79*quater*, § 3, en van bijlage 21 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 met ingang van 1 juli 2020 dus te laat om nog gevolgen te hebben. Het huidige artikel 79*quater*, § 3, bevat weliswaar nog geen criteria om het provisionele bedrag te verdelen voor 2020, maar dat is op zich nog geen reden om aan het te nemen besluit terugwerkende kracht te verlenen tot 1 juli 2020.

De conclusie is dan ook dat artikel 4 moet worden weggelaten uit het ontwerp.

*

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 entend modifier l'article 79^{quater} de l'arrêté royal du 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'. Cette disposition prévoit, pour les années 2018, 2019 et 2020, un financement provisionnel des coûts supplémentaires résultant de l'instauration du nouveau système IF-IC de classification des fonctions, selon un *prorata* calculé en fonction du nombre d'ETP dans l'hôpital. L'article 1^{er} du projet vise à établir les modalités de la révision moyennant un montant forfaitaire propre à chaque fonction. L'annexe 21 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (comprenant le nombre d'ETP par hôpital) est remplacée (article 2) et une nouvelle annexe 22 indiquant les modalités de la révision est insérée (article 3).

Conformément à l'article 4, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} juillet 2020.

FONDEMENT JURIDIQUE

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

OBSERVATION GÉNÉRALE

4.1. Dans l'avis 65.819/3¹, le Conseil d'État a déjà attiré l'attention sur l'insécurité juridique résultant du procédé consistant à fixer des critères de révision qui, en réalité, reviennent à redistribuer *a posteriori* le budget des moyens financiers sur la base de critères qui n'étaient pas encore connus au cours de l'année sur laquelle ils portaient :

« 7. En divers endroits de l'article 79^{quater} en projet de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 3 du projet) figurent des habilitations que le Roi s'octroie à lui-même afin de pouvoir ultérieurement définir des modalités ou adapter des règles existantes. De telles délégations sont sans utilité du point de vue juridique et seront de préférence omises. S'il existe un fondement légal à cette fin, le Roi pourra toujours procéder à de nouvelles modifications ou adaptations, même sans ces délégations. En outre, ces délégations ne garantissent pas que les modifications ou adaptations visées se concrétiseront effectivement.

¹ Avis 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'.

En ce qui concerne la problématique de la rétroactivité conférée à l'article 79^{quater} en projet (et donc également aux habilitations en projet), il est renvoyé à l'observation 8.4.

(...)

8.4. En outre, il y a lieu de formuler des observations quant au mécanisme de révision de l'exercice 2018 à l'article 79, § 3, 3°, b), en projet, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 2 du projet) ainsi qu'à l'article 79^{quater}, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 3 du projet). Les révisions ont pour objectif de permettre un calcul correct pour une période déterminée, lorsque les valeurs définitives pour certains paramètres sont connues pour l'exercice concerné. Il s'agit par conséquent d'un nouveau calcul sur la base de données corrigées et non d'une modification implicite des règles matérielles applicables. En l'espèce, on envisage toutefois des révisions pour lesquelles les règles appliquées n'étaient pas encore connues au 1^{er} janvier 2019. En outre, il est également prévu à l'article 79^{quater}, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 (article 3 du projet) d'utiliser la même technique pour les révisions de 2019 et 2020.

À la question de savoir si une révision constituait bien l'instrument le plus approprié pour modifier les règles de répartition avec effet rétroactif, le délégué a réagi comme suit :

‘Comme indiqué ci-dessus, les modalités de révisions des provisions octroyées pour l'IFIC ont fait l'objet de plusieurs avis du CFEH. Il est apparu que l'augmentation des barèmes du personnel hospitalier allait avoir un effet sur la prime octroyée à certains travailleurs dans le cadre des mesures de fins de carrière car la prime est un pourcentage du salaire. Il a donc été prévu d'augmenter le montant des primes prévues. Pour l'année 2019 cela se fera dans l'arrêté qui va prévoir les modalités de révisions, afin d'avoir toutes les modalités de révision dans un même arrêté. Pour 2018 il est trop tard puisque les hôpitaux ont déjà versés les primes mais sans avoir le supplément de financement – cela sera donc réglé lors de la révision des provisions octroyées pour l'année 2018’.

Le fait qu'il est possible que certains hôpitaux reçoivent moins de moyens avec effet rétroactif en application de l'article 79^{quater} en projet a été confirmé par le délégué :

‘Certains hôpitaux pourraient effectivement devoir rembourser une partie de la provision octroyée car il est possible que le budget prévu pour l'IFIC pour la première phase de la mise en œuvre soit supérieur au coût total de l'implémentation de l'IFIC pour cette même phase’.

Les règles en projet pour les années 2019 et 2020 ont été commentées par le délégué en ces termes :

‘Annoncer les budgets supplémentaires prévus pour 2019 et 2020 permet de rassurer les hôpitaux sur le fait que ce qui a été décidé dans l'accord social de 2017 et validé financièrement par le Conseil général de l'Inami sera effectivement financé sur base de modalités de répartition qui ont fait l'objet de nombreuses discussions et qui seront finalement reprises dans un projet d'arrêté qui vous sera envoyé prochainement.

Les modalités de révisions des financements provisoires ne sont toujours pas définitives et sont encore en discussion au sein du CFEH suite à la nouvelle demande d'avis de la Ministre datée du 26 mars 2019 (cf ci-dessus)’.

Le régime en projet implique cependant qu'un budget total et une clé de répartition (à hauteur du nombre d'ETP par hôpital) sont certes envisagés pour 2019 mais que parallèlement, l'on prévoit, toujours avec effet rétroactif, que les moyens pourront encore

être modifiés pour 2019, ces modifications pouvant avoir un impact négatif pour certains hôpitaux. Pour 2020, le projet prévoit uniquement un budget total, sans clé de répartition. En tout cas, l'effet rétroactif qui est conféré au régime en projet ne peut impliquer que cette rétroactivité pourra être appliquée automatiquement pour des modifications ultérieures ».

4.2. Le Conseil d'État salue le passage, opéré par le dispositif actuellement en projet, à un régime de financement plus durable pour les dépenses concernées. Il n'en demeure pas moins que le régime actuellement en projet contient de nouvelles options concernant la clé de répartition entre les hôpitaux, dès lors que les critères d'attribution des montants provisionnels sont fondamentalement différents du mode de calcul des montants appliqué au cours de la révision.

Cela peut avoir pour effet que, par comparaison à d'autres, certains hôpitaux recevront un montant moins élevé du fait de certains choix qu'ils ont opérés lors du recrutement de leur personnel, sans avoir pu connaître les nouvelles options retenues dans l'arrêté en projet. Le Conseil d'État n'ayant pas connaissance de la situation de fait dans laquelle chaque hôpital se trouve à cet égard, il peut dès lors uniquement formuler une réserve au sujet de la conformité avec le principe constitutionnel d'égalité.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

5. Un autre projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002, qui a une portée plus diversifiée (demande d'avis 67.742/3), a également été soumis à la section de législation en même temps que l'arrêté en projet.

Afin de distinguer les deux arrêtés envisagés, il est indiqué de compléter l'intitulé de ce projet par une définition succincte de la substance des modifications. Cela s'impose *a fortiori* dans l'hypothèse où les deux arrêtés seraient signés le même jour par le Roi.

Article 4

6.1. Conformément à l'article 4, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} juillet 2020.

Il faut observer à cet égard qu'il ne peut être conféré d'effet rétroactif aux arrêtés que sous certaines conditions. 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.

6.2. En ce qui concerne le budget des moyens financiers pour 2018 et 2019, la rétroactivité n'a pas de sens, dès lors que les montants provisionnels concernés ont déjà été

alloués et que, pour ces années, l'annexe 22 en projet fixe seulement des critères de révision de ces montants.

En ce qui concerne le budget des moyens financiers pour 2020, force est de constater que le montant de ce budget a été fixé le 1^{er} janvier 2020. À première vue, l'article 79^{quater}, § 3, et l'annexe 21 de l'arrêté royal du 25 avril 2020 sont remplacés avec effet au 1^{er} juillet 2020, à savoir trop tard pour encore avoir des effets. Il est vrai que l'article 79^{quater}, § 3, actuel ne comporte pas encore de critères permettant de répartir le montant provisionnel pour 2020, mais cela ne justifie pas en soi de conférer à l'arrêté envisagé un effet rétroactif au 1^{er} juillet 2020.

Il s'impose dès lors d'en conclure que l'article 4 doit être omis du projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jan CLEMENT