



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.017/3
van 12 oktober 2020

avis 68.017/3
du 12 octobre 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot vaststelling van de
nadere regels voor de
toekenning van een
uitzonderlijke federale
financiële tegemoetkoming aan
de ziekenhuizen in het kader
van de coronavirus
COVID-19-epidemie'

un projet d'arrêté royal 'fixant
les modalités d'octroi d'une
intervention financière fédérale
exceptionnelle aux hôpitaux
dans le cadre de l'épidémie de
coronavirus COVID-19'

Op 11 september 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken, Volksgezondheid, Asiel en Migratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de nadere regels voor de toekenning van een uitzonderlijke federale financiële tegemoetkoming aan de ziekenhuizen in het kader van de coronavirus COVID-19-epidemie’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 29 september 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Pierre BARRA, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, 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 12 oktober 2020.

*

Le 11 septembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales, de la Santé publique, de l'Asile et de la Migration à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘fixant les modalités d'octroi d'une intervention financière fédérale exceptionnelle aux hôpitaux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 29 septembre 2020. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Pierre BARRA, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, 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 12 octobre 2020.

*

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 het vaststellen van de parameters voor de afrekening van de voorschotten die in het kader van de COVID-19-pandemie werden toegekend aan de ziekenhuizen op basis 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 ziekenhuizen in het kader van de epidemie door het coronavirus COVID-19’, zoals gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 35 van 24 juni 2020.

2.1. Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat aan de ziekenhuizen een “uitzonderlijke federale tegemoetkoming” wordt toegekend die bijkomende kosten en inkomensverlies door die ziekenhuizen in het kader van de epidemie moet compenseren. De voorwaarden voor elk element van de tegemoetkoming worden verder uitgewerkt in de artikelen 2 tot 8.

De artikelen 2 en 3 hebben betrekking op de tegemoetkoming voor uitzonderlijke kosten in het kader van de pandemie. Artikel 2 bepaalt welke kosten in aanmerking komen en hoe de gegevens over de omvang ervan worden verzameld. Artikel 3 regelt de vergoeding van die kosten via een aantal forfaits, alsook de vastlegging ervan bij ministerieel besluit.

De artikelen 4 en 5 hebben betrekking op de tegemoetkoming voor de impact voor de ziekenhuizen van de dalende reguliere activiteiten. Die tegemoetkoming houdt in wezen in dat het budget van financiële middelen (hierna: BFM) voor 2020 volledig wordt gegarandeerd, doordat het verschil tussen de werkelijke prestaties en het prestatieniveau van 2019 wordt bijgepast. Daarbij wordt ook voorzien in een compensatie voor de weggevallen afhoudingen van de honoraria van de zorgverleners.

Artikel 6 stelt de parameters vast voor een tegemoetkoming voor de kosten verbonden aan de bijkomende activiteiten van de zorgverleners in ziekenhuizen, zoals permanenties en opleidingen.

Artikel 7 heeft betrekking op de parameters voor een tegemoetkoming voor de impact op de activiteit van de zorgverleners in een ziekenhuis die gewoonlijk door honoraria wordt gefinancierd, en op de verplichting tot beschikbaarheid, voortvloeiend uit de verplichte reservatie van een percentage van de capaciteit aan ziekenhuisbedden voor de behandeling van COVID-19-zorg.

Artikel 8 bevat een aantal nadere verduidelijkingen die gemeen zijn aan de vier voormelde tegemoetkomingen.

2.2. Overeenkomstig artikel 9 wordt het bedrag van de voormelde tegemoetkomingen bepaald voor het tweede semester van 2020 en het eerste semester van 2021 en worden telkens twee elementen in mindering gebracht, namelijk de kosten van het personeel waarvoor een beroep is gedaan op tijdelijke werkloosheid en de waarde van ontvangen beschermingsmateriaal, farmaceutische producten en medische hulpmiddelen. Het aldus bekomen bedrag wordt verrekend met de in dat semester ontvangen voorschotten bedoeld in het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020. Als ziekenhuizen te weinig hebben ontvangen wordt het tekort bijgestort op hun bankrekening. Voor ziekenhuizen die te veel hebben ontvangen wordt dit verrekend via een negatief inhaalbedrag in het BFM, samen met de definitieve afrekening. In juli 2023 volgt de definitieve afrekening via inhaalbedragen in het BFM.

Artikel 10 van het ontwerp maakt de definitieve toekenning van de tegemoetkoming afhankelijk van drie voorwaarden. Ten eerste mag er geen akkoord worden gesloten tot verhoging van de ereloonsupplementen, ten tweede mag de afdrachtenregeling die in 2020 in het ziekenhuis wordt toegepast, niet leiden tot hogere afdrachten dan die toegepast in 2019, en ten derde moeten de ziekenhuizen rapporteren over de wijze waarop zij de toegewezen bedragen hebben gebruikt, volgens een nog uit te werken systeem.

2.3. Het te nemen besluit treedt overeenkomstig artikel 11 ervan in werking op de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.

RECHTSGROND

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt blijkens de aanhef gezocht in de volgende teksten:

- de wet ‘betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994’;
- artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’;
- het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’;
- 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 ziekenhuizen in het kader van de epidemie door het coronavirus COVID-19’, zoals gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 35 van 24 juni 2020.¹

¹ Koninklijk besluit nr. 35 van 24 juni 2020 ‘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’.

3.1. De Raad van State ziet niet in welke bepaling van de wet ‘betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994’ rechtsgrond kan bieden voor het ontworpen besluit. Ook de gemachtigde voert geen specifieke bepalingen aan als rechtsgrond. De voorschotten die werden toegekend bij het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 waren weliswaar afkomstig uit begrotingsmiddelen voor de ziekte- en invaliditeitsverzekering, maar de juridische uitwerking van die voorschotregeling is vervat in dat besluit.

3.2. Artikel 101 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’ (hierna: de ziekenhuiswet) bevat enkel een delegatie aan de Koning om het bestaan van een epidemie of pandemie vast te stellen – wat gebeurd is bij koninklijk besluit van 19 april 2020 ‘houdende de afkondiging van de toestand van de coronavirus COVID-19 epidemie op het Belgisch grondgebied’ – maar bevat verder geen delegatie met betrekking tot steun aan de ziekenhuizen. De vermelding dat het BFM kosten² “kan” dekken voor de dienstverlening ten gevolge van een pandemie, vormt als dusdanig geen rechtsgrond voor de ontworpen regeling.

Artikel 105, § 1, van de ziekenhuiswet, machtigt de Koning tot het bepalen van de voorwaarden en de regelen voor de vaststelling van het BFM en van de bestanddelen ervan. Die bepaling, gelezen in samenhang met de voormelde wetsbepaling, kan rechtsgrond bieden voor de artikelen 9, §§ 4 en 5, van het ontworpen besluit in zoverre de erin vermelde inhaalbedragen worden verrekend via het BFM.

Bij artikel 92 van de ziekenhuiswet wordt de Koning gemachtigd om de regels en de termijn te bepalen voor de mededeling door de ziekenhuisbeheerder van (onder meer) de financiële toestand van het ziekenhuis. Die bepaling vormt mede rechtsgrond voor de artikelen 2, § 3, en 10, punt 3, van het ontworpen besluit.

3.3. Het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’ kan geen rechtsgrond bieden voor een ander koninklijk besluit. In artikel 74^{septies} van dat besluit, waar door de gemachtigde naar wordt verwezen, wordt weliswaar bepaald dat in geval van toepassing van artikel 101 van de ziekenhuiswet, het budget B4 wordt verhoogd met een bedrag dat wordt bepaald volgens de regels en voorwaarden die worden vastgesteld door de Koning. Nog afgezien evenwel van het gegeven dat de rechtsgrond voor een dergelijke maatregel gesitueerd moet worden in artikel 105, § 1, van de ziekenhuiswet en niet in een bepaling van een koninklijk besluit dat zo’n maatregel aankondigt, moet worden vastgesteld dat voor de voorschottenregeling in het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 alvast werd gekozen voor een andere benadering, waarbij de voorschotten werden geconcipieerd als een voorlopige kostendekkende maatregel buiten het BFM om. Dat is ook grotendeels – met uitzondering van artikel 9, §§ 4 en 5, van het ontworpen besluit, zoals uiteengezet in opmerking 3.2 – het geval voor de ontworpen regeling, die voorziet in een verrekening van die voorschotten met een tegemoetkoming die gebaseerd is op objectieve en geformaliseerde parameters die pas na die verrekening wordt geïmputeerd op het BFM.

² Of het nu gaat om gedane kosten of om gederfde inkomsten.

3.4. Bij artikel 3/1 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 wordt de Koning onder meer gemachtigd om de nadere regels te bepalen inzake de manier waarop het saldo (na verrekening van de in dat besluit geregelde voorschotten) in mindering wordt gebracht (met inbegrip van een eventuele spreiding in de tijd over meerdere budgetten van financiële middelen), alsook inzake de verrekening van de voorschotbedragen.

Die bepaling biedt rechtstreeks rechtsgrond voor artikel 9 van het ontworpen besluit, in zoverre de verrekening wordt geregeld van de voormelde voorschotten.

Omdat een dergelijke verrekening noodzakelijkerwijze moet gebeuren aan de hand van bepaalde objectieve en geformaliseerde parameters, zoals de Raad van State eerder al had benadrukt,³ kan worden aangenomen dat voor de artikelen 1 tot 8 van het ontworpen besluit, waarbij de elementen worden vastgesteld van de tegemoetkoming, die aan de grondslag ligt van de verrekening die uiteindelijk kan leiden tot een aanrekening op het BFM, kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met artikel 3/1 van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020.

Dat is ook het geval voor artikel 10 van het ontworpen besluit, dat bijkomende voorwaarden inhoudt voor de definitieve toekenning van de voormelde tegemoetkoming, die bijdragen tot een correcte verrekening van de kosten van de COVID-19-pandemie.

Dit alles geldt echter slechts onder het voorbehoud van een tijdige bekrachtiging van het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020 en het koninklijk besluit nr. 35 van 24 juni 2020. In de Kamer van volksvertegenwoordigers werd weliswaar reeds een wetsontwerp ingediend tot bekrachtiging van onder meer het eerstgenoemde besluit⁴ en de Raad van State heeft reeds advies gegeven over een aantal amendementen waarbij de bekrachtiging van het laatstgenoemde besluit in dat wetsontwerp wordt geïntegreerd,⁵ maar al die bekrachtigingen moeten nog steeds gebeuren binnen een jaar na de inwerkingtreding van de betrokken besluiten.

³ Adv.RvS 67.210/3 van 14 april 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020, opmerking 6.2; adv.RvS 67.584/3 van 16 juni 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit nr. 35 van 24 juni 2020 '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', opmerking 5.

⁴ Wetsontwerp 'tot bekrachtiging van de koninklijke besluiten genomen met toepassing 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)', *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1442/001.

⁵ Zie adv.RvS 67.859/1-2-3-4 van 16 september 2020 over amendementen bij het voornoemde wetsontwerp.

VORMVEREISTEN

4. In de adviezen 67.210/3⁶ en 67.584/3⁷ werd reeds gewezen op de toepasselijkheid van de Europese staatssteunregels, meer bepaald op het nog niet voldaan zijn aan de voorwaarden om de voorschotregeling te beschouwen als een compensatie in het kader van openbardienstverplichtingen.⁸ De ontworpen regeling voorziet weliswaar in meer transparantie over de afstemming tussen de financiële middelen die aan de algemene ziekenhuizen ter beschikking worden gesteld en de doelstelling, alsook in een verrekeningsmechanisme om overcompensatie tegen te gaan, maar de omstandigheid dat die verrekening pas gebeurt in het BFM van 2023 komt erop neer dat een renteloze lening wordt toegestaan aan ziekenhuizen die een te groot voorschot zouden hebben ontvangen (zie daarover ook opmerking 7). Er moet dan ook nog steeds een ernstig voorbehoud worden geformuleerd bij de overeenstemming van de gehele regeling inzake voorschotten en verrekening ervan in het licht van de Europese staatssteunregels.

5. Aangezien artikel 105, § 1, van de ziekenhuiswet noodzakelijkerwijze rechtsgrond vormt voor de regeling van de verrekening van de inhaalbedragen in het BFM (zie opmerking 3.2), is het bij die wetsbepaling voorgeschreven advies van de Federale Raad voor de Ziekenhuisvoorzieningen vereist.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan,⁹ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

7. Artikel 9, §§ 4 en 5, van het ontwerp komt erop neer dat voor ziekenhuizen die bij de voorlopige afrekeningen te veel voorschotten hebben ontvangen na de verrekening met de in het ontwerp geregelde tegemoetkoming, dat teveel pas wordt teruggevorderd (door negatieve inhaalbedragen) bij de vaststelling van het BFM voor 2023, blijkbaar samen met de definitieve afrekening.¹⁰

⁶ Opmerkingen 5.1 tot 5.3.

⁷ Opmerking 4.

⁸ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg*, ECLI:EU:C:2003:415. Zie ook 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’).

⁹ Namelijk andere wijzigingen dan die waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

¹⁰ Althans in zoverre de zinsnede “het budget van financiële middelen van het ziekenhuis dat volgt op de definitieve afrekening in 2023” in artikel 9, § 4, punt 2, van het ontwerp moet worden begrepen als een verwijzing naar het BFM dat voor het betrokken ziekenhuis in 2023 wordt vastgesteld. Het verslag aan de Koning lijkt die interpretatie te

Daardoor wordt aan bepaalde ziekenhuizen een voordeel toegekend in de vorm van een renteloze lening ten belope van dat teveel, tussen het tijdstip van de voorlopige en de definitieve afrekening. Eigenlijk zijn de voorlopige afrekeningen daardoor *de facto* beperkt tot bijbetalingen voor ziekenhuizen die te weinig voorschotten hebben ontvangen. Daardoor ontstaat een verschillende behandeling tussen ziekenhuizen, naargelang zij te veel of te weinig voorschotten hebben ontvangen, die moet kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Als de reden voor het uitstellen van de afrekening van de te veel ontvangen voorschotten bijvoorbeeld zou liggen in de cashflowtoestand van de betrokken ziekenhuizen, moet aannemelijk zijn dat die overwegingen niet kunnen spelen voor de ziekenhuizen die niet te veel voorschotten hebben ontvangen. Veel hangt dan ook af van de mate waarin de initiële verdeling van de voorschotten overeenstemt met de werkelijke kosten en minderinkomsten van de ziekenhuizen.

8. Voor de artikelen 2, 4, 6, 7, 8, 9 en 10 van het ontwerp worden opschriften vermeld die allicht horen bij een indeling in hoofdstukken. In dat geval moeten uiteraard ook de hoofdstuknummers telkens worden vermeld bij die opschriften en moet er bovendien een apart hoofdstuk komen voor artikel 1 van het ontwerp en voor de artikelen 11 en 12 ervan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

9. De aanhef moet worden aangepast aan wat in de opmerkingen 3.1 tot 3.4 is uiteengezet over de rechtsgrond.

Artikel 1

10. De opsomming in artikel 1 van het ontwerp moet worden ingedeeld in 1°, 2°, enzovoort, in plaats van in paragrafen. Ook de verwijzingen verder in het ontwerp naar onderdelen van dit artikel moeten worden aangepast.

Artikel 9

11. In artikel 9, § 4, punt 1, van het ontwerp moet de zinsnede “koninklijk besluit n° 35 van 24 juni 2020” worden vervangen door de zinsnede “koninklijk besluit nr. 10 van 19 april 2020”.

*

bevestigen, aangezien daar wordt vermeld “In geval van een terug te storten bedrag, wordt de afrekening uitgesteld tot bij de definitieve afrekening”.

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 fixer les paramètres du décompte des avances qui ont été octroyées aux hôpitaux dans le cadre de la pandémie de COVID-19 sur la base de 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', modifié par l'arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020.

2.1. L'article 1^{er} du projet dispose qu'il est octroyé aux hôpitaux une « intervention financière fédérale exceptionnelle » qui doit compenser les frais supplémentaires engagés par ces hôpitaux et la perte de revenus qu'ils ont subie dans le cadre de l'épidémie. Les conditions pour chaque élément de l'intervention sont développées aux articles 2 à 8.

Les articles 2 et 3 concernent l'intervention pour frais exceptionnels exposés dans le cadre de la pandémie. L'article 2 détermine les coûts qui sont pris en compte et les modalités de la collecte des données concernant leur montant. L'article 3 règle l'indemnisation de ces frais par le biais d'un certain nombre de forfaits, ainsi que sa fixation par arrêté ministériel.

Les articles 4 et 5 concernent l'intervention pour l'impact sur les hôpitaux de la diminution des activités habituelles. Cette intervention implique essentiellement que le budget des moyens financiers (ci-après : BMF) est entièrement garanti pour 2020, du fait que la différence entre les prestations réelles et le niveau des prestations de 2019 est compensée. En outre, il est également prévu une compensation pour la suppression des prélèvements sur les honoraires des prestataires de soins.

L'article 6 fixe les paramètres de l'intervention pour les coûts liés aux activités supplémentaires des prestataires de soins hospitaliers, comme les permanences et les formations.

L'article 7 porte sur les paramètres de l'intervention pour l'impact sur l'activité des prestataires de soins hospitaliers, habituellement financée par des honoraires, et sur l'obligation de disponibilité découlant de la réservation obligatoire d'un pourcentage de la capacité en lits d'hôpitaux pour le traitement des soins COVID-19.

L'article 8 contient un certain nombre de précisions communes aux quatre interventions précitées.

2.2. Conformément à l'article 9, le montant des interventions précitées est fixé pour le deuxième semestre de 2020 et le premier semestre de 2021 et deux éléments sont chaque fois déduits, à savoir les coûts du personnel pour lequel il a été fait appel au chômage temporaire et la valeur des équipements de protection, produits pharmaceutiques et dispositifs médicaux reçus. Le

montant ainsi obtenu est imputé sur les avances visées dans l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 qui ont été perçues durant ce semestre. Si les hôpitaux ont enregistré un trop peu perçu, l'insuffisance est versée sur leur compte bancaire. Pour les hôpitaux qui ont enregistré un trop-perçu, la différence est imputée par le biais d'un montant de rattrapage négatif dans le BMF, en même temps que le décompte final. Le décompte final interviendra en juillet 2023 par des montants de rattrapage dans le BFM.

L'article 10 du projet subordonne l'attribution définitive de l'intervention à trois conditions. Premièrement, aucun accord sur l'augmentation des suppléments d'honoraires ne peut être conclu ; deuxièmement, la réglementation relative aux prélèvements appliquée en 2020 dans l'hôpital ne peut pas conduire à des prélèvements plus élevés que ceux appliqués en 2019 et troisièmement, les hôpitaux doivent faire rapport sur la manière dont ils ont utilisé les montants attribués, selon un système qui doit encore être élaboré.

2.3. Conformément à son article 11, l'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Il ressort du préambule que le fondement juridique de l'arrêté en projet est recherché dans les actes suivants :

- la loi 'relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités', coordonnée le 14 juillet 1994 ;
- l'article 101 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 'sur les hôpitaux et autres établissements de soins' ;
- l'arrêté royal de 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux' ;
- l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 'permettant l'octroi, les modalités de répartition et de liquidation d'une avance aux hôpitaux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19', modifié par l'arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020 ¹.

3.1. Le Conseil d'État n'aperçoit pas quelle disposition de la loi 'relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994' peut procurer un fondement juridique à l'arrêté en projet. Le délégué n'invoque pas non plus de dispositions spécifiques à titre de fondement juridique. S'il est vrai que les avances octroyées par l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 provenaient de moyens budgétaires de l'assurance maladie-invalidité, il n'en reste pas moins que la mise en œuvre juridique de ce régime d'avances est contenue dans cet arrêté.

¹ Arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020 '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'.

3.2. 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) ne contient qu'une délégation au Roi lui permettant de constater l'existence d'une épidémie ou pandémie – ce qu'a fait l'arrêté royal du 19 avril 2020 'déterminant l'état d'épidémie de coronavirus COVID-19 sur le territoire de la Belgique' –, mais ne contient pour le surplus aucune délégation portant sur l'aide aux hôpitaux. La mention que le BMF « peut » couvrir les frais² afférents à des services à la suite d'une pandémie ne procure pas comme telle un fondement juridique au régime en projet.

L'article 105, § 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux habilite le Roi à déterminer les conditions et les règles de fixation du BMF et de ses éléments constitutifs. Cette disposition, combinée avec la disposition légale précitée, peut procurer un fondement juridique aux articles 9, §§ 4 et 5, de l'arrêté en projet dans la mesure où les montants de rattrapage y mentionnés sont imputés dans le BMF.

L'article 92 de la loi sur les hôpitaux habilite le Roi à déterminer les règles et le délai de la communication par le gestionnaire de l'hôpital (notamment) de la situation financière de l'hôpital. Cette disposition procure également un fondement juridique aux articles 2, § 3, et 10, point 3, de l'arrêté en projet.

3.3. L'arrêté royal du 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux' ne peut pas procurer de fondement juridique à un autre arrêté royal. Certes, l'article 74^{septies} de cet arrêté, auquel le délégué se réfère, dispose qu'en cas d'application de l'article 101 de la loi sur les hôpitaux, le budget B4 est augmenté d'un montant déterminé selon les modalités et conditions fixées par le Roi. Indépendamment toutefois du fait que le fondement juridique d'une telle mesure doit être situé dans l'article 105, § 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux et non dans une disposition d'un arrêté royal qui annonce pareille mesure, force est de constater que le régime d'avances prévu dans l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 a en tout cas été choisi pour une autre approche, qui concevait les avances comme une mesure provisoire de couverture des coûts en dehors du BMF. Tel est également dans une large mesure – à l'exception de l'article 9, §§ 4 et 5, de l'arrêté en projet, ainsi qu'il a été exposé dans l'observation 3.2 – le cas pour le régime en projet, qui prévoit la déduction de ces avances d'une intervention basée sur des paramètres objectifs et formalisés qui ne sera imputée sur le BMF qu'après cette déduction.

3.4. L'article 3/1 de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 habilite le Roi notamment à définir les modalités relatives à la manière dont s'effectue la déduction du solde (après imputation des avances réglées dans cet arrêté) (en ce compris un éventuel étalement dans le temps sur plusieurs budgets des moyens financiers) ainsi qu'à l'imputation des montants d'avance.

Cette disposition procure directement un fondement juridique à l'article 9 de l'arrêté en projet, dans la mesure où l'imputation des avances précitées est réglée.

² Qu'il s'agisse de frais engagés ou de manque à gagner.

Dès lors que pareille imputation doit nécessairement être réalisée à l'aide de certains paramètres objectifs et formalisés, ainsi que le Conseil d'État l'a déjà souligné par le passé³, il peut être admis qu'en ce qui concerne les articles 1^{er} à 8 de l'arrêté en projet, qui fixent les éléments de l'intervention, qui fonde l'imputation qui peut finalement aboutir à une imputation sur le BMF, on peut s'appuyer sur le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec l'article 3/1 de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020.

Il en va de même de l'article 10 de l'arrêté en projet, qui prévoit des conditions supplémentaires pour l'attribution définitive de l'intervention précitée, qui contribuent à une imputation correcte des coûts de la pandémie de COVID-19.

Toutefois, ce qui précède s'applique sous la seule réserve d'une confirmation en temps utile de l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 et de l'arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020. Certes, un projet de loi portant confirmation notamment de l'arrêté cité en premier⁴ a déjà été déposé à la Chambre des représentants et le Conseil d'État a déjà donné un avis sur un certain nombre d'amendements intégrant la confirmation de l'arrêté cité en dernier dans ce projet de loi⁵, il n'en reste pas moins que toutes ces confirmations doivent encore intervenir dans l'année qui suit l'entrée en vigueur des arrêtés concernés.

FORMALITÉS

4. Les avis 67.210/3⁶ et 67.584/3⁷ ont déjà attiré l'attention sur l'applicabilité des règles européennes en matière d'aides d'État, et plus particulièrement sur le fait que les conditions requises pour considérer le régime d'avances comme une compensation dans le cadre des obligations de service public ne sont pas encore remplies⁸. Si le régime en projet prévoit plus de transparence quant à l'articulation entre les moyens financiers qui sont mis à la disposition des hôpitaux généraux et l'objectif, ainsi qu'un mécanisme d'imputation afin de neutraliser la surcompensation, la circonstance que cette imputation n'intervient que dans le BMF de 2023 revient à accorder un prêt sans intérêt aux hôpitaux qui auraient reçu une trop grande avance (voir à ce sujet également l'observation 7). Il convient dès lors de formuler encore une sérieuse réserve

³ Avis C.E. 67.210/3 du 14 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020, observation 6.2; avis C.E. 67.584/3 du 16 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020 '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 COVID19', observation 5.

⁴ Projet de loi 'portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1442/001.

⁵ Voir l'avis C.E. 67.859/1-2-3-4 du 16 septembre 2020 sur des amendements au projet de loi précité.

⁶ Observations 5.1 à 5.3.

⁷ Observation 4.

⁸ C.J.U.E., 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, ECLI:EU:C:2003:415. Voir également 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').

en ce qui concerne la conformité de l'ensemble du régime d'avances et de leur imputation au regard des règles européennes relatives aux aides d'État.

5. Dès lors que l'article 105, § 1^{er}, de la loi sur les hôpitaux constitue nécessairement le fondement juridique du régime d'imputation des montants de rattrapage dans le BMF (voir l'observation 3.2), l'avis du Conseil fédéral des établissements hospitaliers, prescrit par cette disposition légale, est requis.

6. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État⁹, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

7. Il résulte de l'article 9, §§ 4 et 5, du projet que le trop-perçu des hôpitaux qui, lors des décomptes provisoires, ont reçu trop d'avances après l'imputation sur l'intervention réglée par le projet ne sera récupéré (par le biais de montants de rattrapage négatifs) que lors de la fixation du BMF pour 2023, de toute évidence en même temps que le décompte final¹⁰.

Ce faisant, un avantage est octroyé à certains hôpitaux sous la forme d'un prêt sans intérêt d'un montant équivalent à ce trop-perçu, entre le moment du décompte provisoire et du décompte final. En fait, les décomptes provisoires sont ainsi *de facto* limités aux paiements supplémentaires octroyés aux hôpitaux ayant reçu trop peu d'avances. Il en résulte une différence de traitement entre hôpitaux, selon qu'ils ont reçu trop ou trop peu d'avances, qu'il faut pouvoir justifier au regard du principe d'égalité. Si le motif du report du décompte des avances reçues en trop réside dans la situation de trésorerie des hôpitaux concernés, il faut pouvoir admettre que ces considérations ne peuvent pas s'appliquer aux hôpitaux qui n'ont pas reçu trop d'avances. Beaucoup dépend dès lors de la mesure dans laquelle la répartition initiale des avances correspond aux charges et aux pertes de recettes réelles des hôpitaux.

8. Les articles 2, 4, 6, 7, 8, 9 et 10 du projet sont précédés de titres qui trouvent sans doute leur place dans une division en chapitres. Dans ce cas, les numéros de chapitre seront évidemment aussi chaque fois mentionnés en regard de ces intitulés et un chapitre distinct sera en outre prévu pour l'article 1^{er} du projet ainsi que pour ses articles 11 et 12.

⁹ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou des modifications visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

¹⁰ Du moins dans la mesure où le segment de phrase « le budget des moyens financiers de l'hôpital qui suit la communication du décompte définitif en 2023 », inscrit à l'article 9, § 4, point 2, du projet, doit être compris comme une référence au BMF fixé pour l'hôpital concerné en 2023. Le rapport au Roi semble confirmer cette interprétation, puisqu'il mentionne « En cas de montant à rembourser, le décompte sera reporté jusqu'au décompte final ».

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

9. On adaptera le préambule aux observations 3.1 à 3.4 formulées à propos du fondement juridique.

Article 1^{er}

10. L'énumération à l'article 1^{er} du projet doit être divisée en 1°, 2°, etc., plutôt qu'en paragraphes. On adaptera également les références à des éléments de cet article figurant dans la suite du projet.

Article 9

11. À l'article 9, § 4, point 1, du projet, il y a lieu de remplacer le segment de phrase « l'arrêté royal n° 35 du 24 juin 2020 » par le segment de phrase « l'arrêté royal n° 10 du 19 avril 2020 ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT