



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 64.060/1/V  
van 24 augustus 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen en het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’

Op 24 juli 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege verlengd tot 7 september 2018,<sup>(\*)</sup> een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen en het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 14 augustus 2018. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Stephan DE TAEYE en Koen MUYLLE, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 augustus 2018.

\*

---

<sup>(\*)</sup> 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.

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 besluit van de Vlaamse Regering strekt tot de wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’ (hierna: het subsidiebesluit) en van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 ‘houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’ (hierna: het procedurebesluit).

2.1. Wat betreft het subsidiebesluit worden verschillende veeleer beperkte aanpassingen doorgevoerd.

In de eerste plaats wordt een terminologische aanpassing doorgevoerd doorheen het besluit. De term “categoraal ziekenhuis” wordt vervangen door de term “revalidatieziekenhuis”, die wordt gedefinieerd in het ontworpen artikel 1, 5°, van het subsidiebesluit (artikelen 1, 2, 4, 1°, 8, 1° en 2°, 9 en 10 van het ontwerp).

De bepaling over de begindatum voor de toekenning van het strategisch forfait wordt geschrapt om te worden overgebracht naar het procedurebesluit (artikel 3).

De wijze waarop een centrum voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie in rekening wordt gebracht voor het berekenen van het instandhoudingsforfait wordt verduidelijkt (artikel 4, 2°).

De regeling inzake de verrekening van de lasten van opbouw bij psychiatrische ziekenhuizen wordt verduidelijkt (artikel 5, 1°) en een rechtzetting wordt aangebracht in de af te trekken bedragen voor de berekening van het instandhoudingsforfait voor het Universitair Ziekenhuis Gent (artikel 5, 2°).

Er wordt voorzien in de mogelijkheid om bij investeringen met een dringend of onafwendbaar karakter af te wijken van de bepalingen in het procedurebesluit over de aanvraag van een akkoord en een opstartbeslissing betreffende het strategisch forfait (artikel 6).

Het advies van Toegankelijk Vlaanderen wordt niet langer vereist bij aanvragen betreffende het strategisch forfait door ziekenhuizen die reeds over een akkoord beschikken van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (VIPA) (artikel 7).

Er wordt voorzien in een nadere regeling voor de bepaling van de oppervlakte van de diensten voor de functionele ondersteuning van bedden (artikel 8, 3° en 4°).

Bijlage 3 bij het subsidiebesluit, die betrekking heeft op de berekeningsmethodiek voor het strategisch forfait, wordt vervangen met het oog op het wegwerken van een aantal inconsistenties (artikel 11).

2.2. Wat het procedurebesluit betreft zijn de aanpassingen meer verstrekkend.

Ook hier wordt de term “categoraal ziekenhuis” vervangen door de term “revalidatieziekenhuis” (artikel 12).

De op te heffen bepaling in het subsidiebesluit over de begindatum voor de toekenning van het strategisch forfait wordt in het procedurebesluit ingevoegd (artikel 13, 1°), net als een regeling van de wijze waarop de effectieve opstartdatum en het genotsrecht van de infrastructuur moeten worden meegedeeld (artikel 13, 2°).

Er wordt voorzien in een nieuwe regeling voor de vaststelling van het aantal bedden, plaatsen en eenheden met het oog op het berekenen van het strategisch forfait, waarbij de notie van verantwoorde bedden en zalen wordt geïntroduceerd (artikel 14).

Er worden wijzigingen aangebracht in de regeling voor de vaststelling van het aantal bedden, plaatsen en eenheden met het oog op het berekenen van het instandhoudingsforfait (artikel 15).

2.3. Het te nemen besluit treedt in werking (met toepassing van artikel 84, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’) de tiende dag na de bekendmaking ervan, met uitzondering van de artikelen 4, 2°, 5, 1°, 7 en 11, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2017 (artikel 16), dat is de dag van de inwerkingtreding van het subsidiebesluit en het procedurebesluit.

## RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 ‘tot omvorming van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden tot een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, en tot wijziging van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’, op basis waarvan de Vlaamse Regering de regels kan bepalen voor het bedrag, de voorwaarden, de toekenning en de vereffening van de financiering van de investeringen in de infrastructuur en de medisch-technische diensten van de ziekenhuizen, vermeld in artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Voor de revalidatieziekenhuizen is dat evenwel minder vanzelfsprekend, omdat die verzorgingsinstellingen formeel vallen onder artikel 5, § 1, eerste lid, 3° en 4°, van de voormelde bijzondere wet. Uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde decretale bepaling kan evenwel worden afgeleid dat het de bedoeling was om een nieuwe rechtsgrond te creëren in de plaats van artikel 105, § 1, van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’ (hierna: de ziekenhuiswet) voor “[d]e financiering van de investeringen in de infrastructuur en de medisch-technische diensten van de

ziekenhuizen”.<sup>1</sup> Die wetsbepaling betreft wel degelijk ook revalidatieziekenhuizen. Het is immers om die reden dat in het reeds in de plenaire vergadering van het Vlaams Parlement aangenomen ontwerp van decreet ‘betreffende de overname van de sectoren psychiatrische verzorgingstehuizen, initiatieven van beschut wonen, revalidatieovereenkomsten, revalidatieziekenhuizen en multidisciplinaire begeleidingsequipes voor palliatieve verzorging’ wordt bepaald dat niet is inbegrepen in het budget van het revalidatieziekenhuis “de investeringskosten voor de infrastructuur en de medisch-technische diensten, vermeld in artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, van de revalidatieziekenhuizen”.<sup>2</sup> Er kan dan ook worden aangenomen dat de decreetgever met de wat ongelukkig geformuleerde verwijzing in artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 wel degelijk ook de revalidatieziekenhuizen beoogde.

Dat neemt niet weg dat het raadzaam is om de verwijzing in de laatstgenoemde decretale bepaling bij de volgende nuttige gelegenheid aan te passen zodat geen twijfel meer kan bestaan omtrent die interpretatie.

### VORMVEREISTEN

4. Overeenkomstig artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 is het advies vereist van het raadgevend comité dat is opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid. Dit advies moet bijgevolg nog worden ingewonnen.<sup>3</sup>

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van dit advies nog wijzigingen zou ondergaan, 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.

5. In de adviezen 60.973/3 van 15 maart 2017 en 61.651/3 van 10 juli 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het subsidiebesluit heeft de Raad van State reeds een uitgebreid onderzoek gewijd aan de overeenstemming van dat besluit met de voorschriften van het DAEB-vrijstellingsbesluit,<sup>4</sup> teneinde na te gaan of het overeenkomstig artikel 1 van dat besluit zou zijn vrijgesteld van de bij artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) voorgeschreven verplichting tot aanmelding bij de Europese Commissie. Voor de thans ontworpen wijzigingen wordt naar die analyse verwezen.

---

<sup>1</sup> *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 773/1, 51-52.

<sup>2</sup> Ontworpen artikel 102, 6°, van de ziekenhuiswet (zie *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1588/3, 29-30).

<sup>3</sup> Zie in dat verband ook opmerking 7 in advies 61.651/3 van 10 juli 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het subsidiebesluit.

<sup>4</sup> 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’.

In zoverre met de ontworpen regeling een aanzienlijke besparing wordt gerealiseerd – en bijgevolg een vermindering van de omvang van de staatssteun – rijst de vraag of de initieel voorziene financiering toch geen hogere compensatie vormde dan wat nodig is voor de dekking van de nettokosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst. De Raad van State beschikt – evenmin als bij het geven van de twee voormelde adviezen – over het vereiste inzicht om daarover uitsluitsel te geven. Hij kan dan ook enkel opnieuw het belang benadrukken van een zorgvuldige inschatting van de parameters voor de compensatie en voor het vermijden van overcompensatie.

### ALGEMENE OPMERKING

6. Uit het advies van de inspecteur van financiën blijkt dat het ontworpen besluit een recurrente besparing van meer dan 70 miljoen euro inhoudt. Op de vraag of deze besparing kan worden verantwoord in het licht van het *standstill*-beginsel vervat in artikel 23 van de Grondwet, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het betreft – op dit moment – een theoretische besparing, nl. op kruissnelheid; wanneer alle ziekenhuizen voor alle parameters in het strategisch forfait zouden zitten. Het ontwerp zal het strategisch forfait van de ziekenhuizen die reeds een strategisch forfait toegekend hebben gekregen niet verlagen. Tot dusver zijn dat enkel de afgebakende groep ziekenhuizen die gekozen hebben voor het nieuw forfaitair financieringssysteem ipv de financiering via het Budget voor Financiële Middelen. Er is dus geen onmiddellijke besparing.”

Dat de impact op korte termijn beperkt is tot een specifieke groep van ziekenhuizen neemt niet weg dat de maatregel niet beperkt is in de tijd en dat er op langere termijn een aanzienlijke achteruitgang zou kunnen voorliggen inzake het recht op sociale zekerheid, bescherming van de gezondheid en sociale en geneeskundige bijstand, doordat investeringen in ziekenhuisinfrastructuur achterop zouden hinken in verhouding tot de maatschappelijke behoeften. De Raad van State beschikt zelf niet over het vereiste inzicht om dat te kunnen uitmaken, maar indien de ontworpen maatregel een dergelijke aanzienlijke achteruitgang zou betekenen van het in artikel 23, derde lid, 2<sup>o</sup>, van de Grondwet gewaarborgde recht op bescherming van de gezondheid, zal die moeten worden verantwoord, bijvoorbeeld in een verslag aan de Vlaamse Regering bij het ontworpen besluit.

### ONDERZOEK VAN DE TEKST

#### Artikel 13

7. Op 31 mei 2018 heeft de Raad van State advies 63.433/3 gegeven over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’, dat een wijziging aanbrengt in artikel 15, derde lid, van het procedurebesluit. De gemachtigde bevestigde dat dit ontwerpbesluit reeds definitief is goedgekeurd door de Vlaamse Regering en dat de thans ontworpen wijzigingen bij artikel 13 van het ontwerp rekening houden met de eerstgenoemde wijziging.

In dat geval moet erover worden gewaakt dat het eerstgenoemde ontwerpbesluit eerder in werking treedt dan het thans ontworpen besluit.

### Artikelen 14 en 15

8.1. In de ontworpen artikelen 20, § 2, tweede en derde lid, en 27, derde en vierde lid, van het procedurebesluit (artikelen 14 en 15 van het ontwerp) wordt een formule ingevoerd voor de berekening van het aantal verantwoorde plaatsen in een dagziekenhuis. In die formule blijkt er slechts één variabele parameter te zijn, namelijk het aantal daghospitalisaties. De andere parameters zijn cijfers waarbij in de erop volgende opsomming (2° tot 3°) telkens een toelichting wordt gegeven, die eigenlijk niet normatief is. De formule zou eigenlijk vereenvoudigd kunnen worden tot “aantal daghospitalisaties x 0,00375”, met enkel de precisering in punt 1° over de bepaling van het aantal daghospitalisaties.

Een eventuele toelichting bij de formule kan worden opgenomen in een verslag aan de Vlaamse Regering bij het ontworpen besluit.

8.2. Daar komt nog bij dat in het erop volgende lid wordt vermeld dat voor een functie daghospitalisatie de dagactiviteiten minimaal 80% bedragen van het aantal erkende daghospitalisatieplaatsen. Dat voorschrift kan echter niet normatief zijn bedoeld, want de parameter 0,8 in de voormelde formule, die blijkt overeen te stemmen met de minimale bezettingsgraad van 80%, wordt gehanteerd ongeacht of die minimale bezettingsgraad effectief wordt gehaald. De gemachtigde bevestigde deze conclusie:

“Het gaat inderdaad om een toelichting van de reden waarom er 0,8 wordt gebruikt in het voorgaande lid.”

De betrokken vermelding moet dan ook worden weggelaten. Een eventuele toelichting over die minimale bezettingsgraad kan worden opgenomen in een verslag aan de Vlaamse Regering bij het ontworpen besluit.

9. De Raad van State vraagt zich af of het ontworpen artikel 20, §§ 2 tot 5, van het procedurebesluit (artikel 14 van het ontwerp) niet veeleer de inhoudelijke voorwaarden betreft waaraan een ziekenhuis moet voldoen om voor het strategisch forfait in aanmerking te komen en of de ontworpen bepalingen dan ook niet moeten worden opgenomen in het subsidiebesluit in plaats van in het procedurebesluit. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Om consistent te zijn met de bepalingen die mbt het instandhoudingsforfait opgenomen zijn in artikel 27 van het procedurebesluit werd het ontworpen artikel 20 eveneens opgenomen in het procedurebesluit.”

Het ontworpen artikel 27, tweede tot vierde en zesde lid, van het procedurebesluit (artikel 15 van het ontwerp) bevat effectief ook dergelijke inhoudelijke voorwaarden betreffende het instandhoudingsforfait, maar dan is de logische conclusie dat in beide gevallen de betrokken ontworpen bepalingen moeten worden overgeheveld naar het subsidiebesluit.

### Artikel 16

10. Overeenkomstig artikel 16 van het te nemen besluit hebben de artikelen 4, 2°, 5, 1°, 7 en 11 uitwerking met ingang van 1 januari 2017.

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 indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

De gemachtigde verstrekte dienaangaande de volgende verantwoording:

“Art 4,2°: Brengt een verduidelijking aan in de definities opdat die vollediger en in lijn zijn met de parameters die expliciet opgenomen zijn in de bijlage en die toegepast werden bij de berekening van het instandhoudingsforfait in 2017.

Art 5, 1°: Bij het initieel concipiëren van de regelgeving werd er van uit gegaan dat er geen PVT-bedragen opgenomen waren in het BFM van de ziekenhuizen. Pas later is gebleken dat dat echter wel geval was. Bij de berekening van het instandhoudingsforfait 2017 werden de PVT-bedragen reeds uitgezuiverd.

Art 7: (cf. nota Vlaamse Regering) Gezien de dossiers die vallen onder artikel 14 of 15 van het subsidiebesluit reeds beschikken over een formele goedkeuring van het VIPA aangaande hun uitvoeringsplannen (definitief principieel akkoord VIPA in uitvoering van het BVR van 18 maart 2011 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies) en die bouwplannen in uitvoering zijn gegaan, is het niet relevant om post factum nog een advies inzake de toegankelijkheid te vragen. Dit was een procedureel element waar geen enkel dossier vallende onder artikel 14 of 15 van het subsidiebesluit aan kon voldoen. Gegeven het feit dat er in 2017 aan dergelijke dossiers strategische forfaits werden toegekend, wordt deze verplichting met terugwerkende kracht geschrapt.

Art 11: De toelichtende bijlage wordt met terugwerkende kracht vervangen omdat de toelichting een aantal technische consistenties [lees: inconsistenties] bevatte waardoor de toelichting haar doel voorbij schoot.”

Met die verantwoording kan worden ingestemd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jeroen VAN NIEUWENHOVE