



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.973/3
van 15 maart 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen’

Op 10 februari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 maart 2017, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 7 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 maart 2017.

*

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

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot de invoering van een regeling inzake de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen. Die regeling past in de nieuwe bevoegdheid van de gemeenschappen, na de Zesde Staatshervorming, inzake de “investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten” van ziekenhuizen.¹ Die bevoegdheid omvat hetgeen thans wordt geregeld in de onderdelen A1 en A3 van het budget van financiële middelen, zoals dat wordt geregeld in het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’. Er wordt voorzien in een forfaitaire financiering van de infrastructuur, op basis van twee verschillende jaarlijkse forfaits, het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait. De subsidie wordt verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (VIPA).

2.2. Met het strategisch forfait, dat aan bod komt in hoofdstuk 2 van het ontwerp, wordt de financiering beoogd van investeringen in de volledige nieuwbouw, de uitbreiding van de capaciteit of de herconditionering van een ziekenhuis, met inbegrip van de eerste roerende medische en niet-medische investeringen van het ziekenhuis. Het strategisch forfait wordt toegekend op aanvraag en als de investering past binnen de zorgstrategische planning die de Vlaamse Regering bepaalt. Onder meer om in overeenstemming te zijn met het Europees Stelsel voor Nationale en Regionale Rekeningen (hierna: ESR),² wordt gekozen voor een jaarlijkse

¹ Artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a) en b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

² In het advies van het Instituut voor de Nationale Rekeningen van 16 januari 2017 wordt hierover het volgende uiteengezet: “Investeringsbijdragen in geld worden geregistreerd op het moment dat de betaling verschuldigd is (ESR 4.162). Als een algemene regel geldt dat wanneer een betalingsverplichting bestaat en wanneer de bedragen zeker zijn, de investeringsbijdrage geregistreerd dient te worden wanneer de verplichting ontstaat, ongeacht van het betalingsschema. In de praktijk ontstaat een dergelijke verplichting wanneer een onvoorwaardelijke vordering ontstaat voor de begunstigde en het bedrag met zekerheid vaststaat. In het beschreven systeem voor de ziekenhuizen kan de regelgever (*in casu* de Vlaamse Regering) te allen tijde de bedragen wijzigen en worden de forfaits toegekend voor een onbepaalde duur, waardoor *in* ESR-termen geen onvoorwaardelijke betalingsverplichting ontstaat voor de tegemoetkoming in de investeringen van de ziekenhuizen, zelfs wanneer de instap in het zorgstrategisch forfait gekoppeld is aan een investering, waarvan het totale bedrag met zekerheid vaststaat. Met andere woorden, het feit dat de Vlaamse Regering de jaarlijkse betalingen elk jaar goedkeurt, kan wijzigen en zelfs kan stopzetten genereert voldoende voorwaardelijkheid zodat de betalingen over de jaren gespreid kunnen worden en zij in de overheidsrekeningen dienen te worden geregistreerd op het moment dat zij officieel vaststaan voor elke periode (jaar).”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe: “Het is echter niet (alleen) omwille van ESR-redenen dat dit financieringsmodel op poten wordt gezet. In het verleden heeft het rechtstreeks voorzien van investeringssubsidies tot budgettaire ontsporing geleid, aangezien ziekenhuizen vanuit de regelgeving gestimuleerd werden bepaalde werken op te nemen die volledig door de overheid vergoed werden, ook al waren dit duurdere alternatieven of waren deze investeringen nog niet noodzakelijk. Een ander model zou zijn waarin de overheid elke investering die men wil vergoeden (ook onderhoud) rechtstreeks moet onderzoeken, controleren en toekennen. Hiervoor is omwille van

vergoeding die voor een onbepaalde duur wordt toegekend, veeleer dan voor een eenmalige vergoeding, al dan niet over verscheidene jaren gespreid. Die jaarlijkse vergoeding wordt bepaald aan de hand van een aantal parameters zoals het aantal bedden, het aantal operatiezalen, het aantal bevallingen en het type ziekenhuis.³ De vergoeding wordt ten dele geïndexeerd en verhoogd met een forfaitaire intrestvergoeding van 32% (al kan dat percentage door de Vlaamse Regering worden bijgesteld). Doordat de vergoeding voor onbepaalde duur wordt toegekend, wordt de infrastructuur gedurende de hele levenscyclus ervan gefinancierd.

2.3. Het instandhoudingsforfait (hoofdstuk 3 van het ontwerp) wordt eveneens bepaald aan de hand van een forfaitair bedrag per bed, plaats, of eenheid en wordt geacht alle andere kosten voor het onderhoud en de instandhouding van die infrastructuur te dekken. Ook dit bedrag wordt geïndexeerd en verhoogd met een intrestvergoeding. Het instandhoudingsforfait wordt automatisch toegekend. Gelet op de verschillen tussen de nieuwe en de bestaande regeling in het koninklijk besluit van 25 april 2002 wordt voorzien in een bijzondere berekeningswijze voor het instandhoudingsforfait voor ziekenhuizen waarvan de investeringslasten nog worden gedekt door de bestaande regeling.

2.4. Hoofdstuk 4 van het ontwerp bevat een reeks andere overgangsregelingen voor verschillende categorieën van bijzondere gevallen.

Artikel 13 van het ontwerp maakt het mogelijk om in afwachting van de vaststelling van de zorgstrategische planning toch een strategisch forfait toe te kennen voor investeringen die dringend of onafwendbaar zijn.

De artikelen 14, 15 en 16 voorzien in overgangsregelingen voor nog niet-gerealiseerde projecten die nog werden goedgekeurd volgens de bestaande regeling, maar die zich in verscheidene fasen van uitvoering bevinden en die daarbij al dan niet reeds gedeeltelijk subsidies hebben ontvangen. Telkens wordt de mogelijkheid gecreëerd om, met de nodige aanpassingen, over te stappen naar de nieuwe regeling.

Artikel 17 voorziet in een overgangsregeling voor de financiering van investeringen met betrekking tot diensten voor de functionele ondersteuning van bedden als de ondersteunde bedden niet in dezelfde mate het voorwerp uitmaken van de investeringen. Voor de toekomst worden dergelijke investeringen geacht inbegrepen te zijn in het met de ondersteunde bedden, plaatsen of eenheden overeenstemmende strategisch forfait en kunnen ze dus niet afzonderlijk worden gefinancierd.

Artikel 18 strekt tot de opheffing van de paragrafen 2 tot 7 en 9 van artikel 29 van het koninklijk besluit van 25 april 2002, waarin de berekeningswijze wordt bepaald van de afschrijvingen van de medische uitrusting, de niet-medische uitrusting en het rollend materieel. De overgangsregeling in paragraaf 8 wordt vervangen.

administratieve lastenverlaging en vanuit een idee van responsabilisering bewust niet voor gekozen. Het is dus niet zo dat dit model enkel om ESR-redenen geïnstalleerd wordt. Bijvoorbeeld de hogescholen en universiteiten en andere sectoren ontvangen ook via hun jaarlijkse werkingsenveloppe middelen voor investeringen.”

³ Zie bijlage 1 bij het ontworpen besluit.

Artikel 19 van het ontwerp strekt tot de invoeging van een artikel 92/3 in het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 ‘tot regeling van de alternatieve investeringsubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, teneinde de toekenning van nieuwe subsidies overeenkomstig de artikelen 13, tweede lid, 41, tweede lid, 69, § 1, eerste lid, en 71, § 1, eerste lid, van dat besluit stop te zetten vanaf de datum van bekendmaking van het thans te nemen besluit. Hangende aanvragen waarover nog geen beslissing werd genomen worden geacht aanvragen te zijn voor het nieuwe strategisch forfait.

2.5. Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2017 (artikel 20 van het ontwerp).

RECHTSGROND

3.1. 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 grond van die bepaling kan de Vlaamse Regering de regels 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’.

In de aanhef wordt ook nog verwezen naar het eerste lid, 1°/1, van het voormelde artikel 6. Die bepaling schrijft enkel voor dat het ten laste nemen van de voormelde financiering door het VIPA tot zijn kerntaken behoort, maar ze bevat geen machtiging aan de Vlaamse Regering die rechtsgrond kan bieden voor het ontworpen besluit.

3.2. In zoverre bij het ontworpen besluit aan het VIPA specifieke taken worden opgedragen, wordt de rechtsgrond daarvoor geboden door artikel 8 van het decreet van 2 juni 2006. Bij die bepaling wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om specifieke taken aan het VIPA toe te wijzen binnen het kader van de missie en de taken van het VIPA.

VORMVEREISTEN

A. Raadgevend comité dat is opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid

4. Overeenkomstig artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 moet over het ontworpen besluit advies worden ingewonnen van het raadgevend comité dat is opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid. Uit het dossier van de adviesaanvraag blijkt niet dat die vormvereiste werd nageleefd, wat bijgevolg alsnog moet gebeuren.

B. Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid

5. Op grond van artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 7 december 2007 ‘houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-)pleegzorgers’ is de Vlaamse Regering verplicht om het advies van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid te vragen over de ontwerpen van besluit van de Vlaamse Regering, waaraan de Vlaamse Regering haar principiële goedkeuring heeft gehecht en die van strategisch belang zijn.⁴ De gemachtigde bevestigde dat dit advies niet werd ingewonnen en verklaarde daarover het volgende:

“Neen, dat is niet gebeurd. Volgens artikel 4, § 2, van het decreet van 18 juli 2003 tot regeling van strategische adviesraden moeten ontwerpen van besluit van de Vlaamse Regering die van strategisch belang zijn, aan de SAR worden voorgelegd. Het gaat dan om ontwerpen van reglementair of organiek besluit die uitvoering geven aan de inhoud van een decreet en waarvan de Vlaamse Regering beslist dat het basisuitvoeringsbesluiten zijn. *In casu* heeft de Vlaamse Regering niet beslist dat het om een basisuitvoeringsbesluit gaat.”

De Raad van State kan zich niet bij die zienswijze aansluiten. De Vlaamse Regering heeft weliswaar een ruime appreciatieruimte om te beslissen of het gaat om een basisuitvoeringsbesluit,⁵ maar de ontworpen regeling betreft de eerste invulling van een nieuwe, naar aanleiding van de Zesde Staatshervorming overgehevelde bevoegdheid waarop onder meer in het zogenaamde Groenboek Zesde Staatshervorming uitgebreid wordt ingegaan.⁶ Uit de gegevens van het dossier blijkt dat er ruime aandacht werd besteed aan de voorbereiding en aan de beleidsvorming met betrekking tot de ontworpen regeling. De erin gemaakte beleidskeuzen hebben voor de betrokken ziekenhuizen aanzienlijke financiële implicaties, vormen een volledig nieuwe regeling in vergelijking met de bestaande regeling in het koninklijk besluit van 25 april 2002 en zijn ook beduidend in het ruimere perspectief van het Vlaamse gezondheidszorgbeleid.

De conclusie is dan ook dat het ontworpen besluit alsnog aan de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid moet worden voorgelegd.

C. Staatssteun

6.1. De ontworpen regeling behelst het toekennen van subsidies aan ziekenhuizen, hetgeen potentieel als staatssteun kan worden beschouwd. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie maakt een maatregel staatssteun uit in de zin van artikel 108, lid 3, van het

⁴ Die adviesverplichting vloeit ook voort uit artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 18 juli 2003 ‘tot regeling van strategische adviesraden’.

⁵ In het amendement dat heeft geleid tot de invoering van de notie van een besluit van de Vlaamse Regering van “strategisch belang” werd die notie omschreven als “ontwerpen van reglementair of organiek besluit die uitvoering geven aan de inhoud van een decreet en door de Vlaamse regering worden beschouwd als basisuitvoeringsbesluiten” (*Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1607/5, 2). Die nadere omschrijving is tijdens de verdere parlementaire bespreking weliswaar weggefallen, maar ze kan nog steeds gelden als interpretatierichtlijn ter zake.

⁶ Zie *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2185/1, 166-177.

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) indien aan de volgende voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat of een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet hij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde ervan een voordeel verschaffen. Ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.⁷

In dit geval wordt aan ziekenhuizen een voordeel toegekend dat bekostigd wordt met overheidsmiddelen. Aangezien deze ziekenhuizen zich ook kunnen richten tot buitenlandse patiënten, kunnen de subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden en de mededinging verstoren.⁸ Het lijkt dan ook vast te staan dat het gaat om staatssteun, die overeenkomstig artikel 108, lid 3, van de VWEU moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Aan die aanmeldingsverplichting kan enkel worden ontkomen indien een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsgrond.

Voorshands kan het beroep op de vrijstelling voor de-minimissteun⁹ al worden afgewezen, gezien de hoogte van de steun in veruit de meeste van de betrokken gevallen.¹⁰

6.2. De gemachtigde erkende dat de ontworpen regeling niet werd aangemeld bij de Europese Commissie, maar voerde aan dat een beroep wordt gedaan op het 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’ (hierna: DAEB-vrijstellingsbesluit), hoewel daar in het ontwerp, in strijd met artikel 4, f), van dat besluit, geen melding van wordt gemaakt.

Opdat op deze vrijstellingsregeling een beroep kan worden gedaan, moet evenwel voldaan zijn aan de materiële en formele voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit.

⁷ Zie HvJ 10 juni 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, punt 31; HvJ 29 maart 2012, C-417/10, *3M Italia*, punt 37; HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*, punt 74; HvJ 21 december 2016, C-76/15, *Vervloet e.a.*, punt 89.

⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Hof hoeft voor de kwalificatie van een nationale maatregel als staatssteun niet te worden vastgesteld dat de betrokken steun het handelsverkeer tussen de lidstaten werkelijk heeft beïnvloed en de mededinging daadwerkelijk heeft vervalst, maar dient enkel te worden onderzocht of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen. Wanneer de steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed. Volgens de rechtspraak van het Hof bestaat er bovendien geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed (HvJ 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*, punten 65-69).

⁹ Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’.

¹⁰ De bedragen die de betrokken ziekenhuizen ontvangen zullen immers zelden of nooit onder de *de-minimisdrempel* van 500 000 euro over een periode van 3 jaar blijven. Bij wijze van voorbeeld, zonder rekening te houden met indexering of de rentetoeslag, levert een investering in 20 bedden een jaarlijks bedrag van 171 547,60 euro op, of 514.642,80 - euro over drie jaar, waarmee de drempel al is overschreden. Bovenop dat strategisch forfait komt dan nog jaarlijks 70.244,6 euro voor het instandhoudingsforfait.

6.2.1. Artikel 4 van het DAEB-vrijstellingsbesluit schrijft voor dat een besluit waarmee een onderneming met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang wordt belast moet vermelden: (a) de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen, (b) de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied, (c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend, (d) een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie, (e) de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en (f) een verwijzing naar het DAEB-vrijstellingsbesluit.

In de eerste plaats is onduidelijk wat de precieze openbaredienstverplichting is die aan de ziekenhuizen in kwestie wordt opgelegd. Minstens wat betreft het strategisch forfait zijn het immers de ziekenhuizen zelf die een subsidie kunnen aanvragen voor de door hun geplande investeringen. Het is op zich niet ondenkbaar dat uit een combinatie van de erkenningsnormen voor ziekenhuizen en hun onderdelen, met inbegrip van de bouwtechnische voorschriften, enerzijds, en de zorgstrategische planning, anderzijds, een zekere omschrijving valt af te leiden van een openbaredienstverplichting. Die zorgstrategische planning is echter nog niet vastgesteld, terwijl op basis van de ontworpen regeling in afwachting daarvan toch al strategische forfaits kunnen worden toegekend.¹¹ Bovendien is onduidelijk in welke mate verplichtingen worden gefinancierd die de betrokken ziekenhuizen ook zonder overheidssteun zouden nakomen.

In de tweede plaats is noch het strategisch forfait, noch het instandhoudingsforfait in de tijd beperkt, zodat de duur van de openbaredienstverplichting niet kan worden geëxpliciteerd. De onbeperkte duur van de ontworpen subsidies druist bovendien in tegen het vereiste vervat in artikel 2, lid 2, van het DAEB-vrijstellingsbesluit dat de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, niet langer is dan tien jaar, tenzij van de dienstverrichter een aanzienlijke investering wordt geleverd die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven. In zoverre die laatste uitzondering hier van toepassing zou kunnen zijn, wordt in de ontworpen regeling alvast niet voorzien in een met die langere afschrijvingstermijn overeenstemmende subsidieduur.

In de derde plaats moet het compensatiemechanisme worden beschreven, evenals de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie. Die parameters lijken op zich wel duidelijk te zijn bepaald, onder voorbehoud van wat hierna bij artikel 7 van het ontwerp wordt opgemerkt. Desalniettemin gebeurt de vaststelling van de waarden van die gekozen parameters op een ondoorzichtige, zo niet arbitraire wijze. Zo is onduidelijk op basis waarvan de bedragen in de bijlagen bij het ontworpen besluit zijn vastgesteld. Bovendien zouden die bedragen zijn berekend op basis van een levenscyclus van 40 jaar, maar zijn de rentevergoedingen berekend op kortere leningstermijnen (10, 15 en 25 jaar), terwijl de gebruikelijke afschrijvingstermijn voor de gebouwen in kwestie 33 jaar bedraagt.

¹¹ Zie artikel 13 van het ontwerp, op grond waarvan de Vlaamse Regering bij het uitblijven van de zorgstrategische planning toch al strategische forfaits kan toekennen voor dringende of onafwendbare investeringen.

De parameters voor de monitoring en de herziening van de compensatie zijn vrijwel onbestaand. De ontworpen regeling bevat geen formele instrumenten inzake monitoring die verder gaat dan de controle of de gesubsidieerde bedden, plaatsen of eenheden nog effectief worden gebruikt en – althans wat het strategisch forfait betreft – of ze nog in de nog vast te stellen zorgstrategische planning passen. Wat de herziening van de compensatie betreft, is het formeel wel mogelijk om de bedragen in de bijlagen bij het ontworpen besluit aan te passen aan de evolutie van de werkelijke kosten voor de investeringen, maar het is nog de vraag, minstens wat betreft het strategisch forfait dat ten dele de vergoeding inhoudt voor reeds gedane investeringen, of de investeringssubsidies wel gewijzigd kunnen worden voor lopende investeringen.¹² In elk geval ontbreken de parameters om in voldoende mate te kunnen beoordelen of de actuele subsidieomvang geen overcompensatie inhoudt. Enkel met betrekking tot de intrestvergoeding is voorzien in de mogelijkheid voor de Vlaamse Regering om een aanpassing door te voeren aan de hand van het algemeen rentepeil.

In de vierde plaats is helemaal niet voorzien in een mechanisme om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen.

Ten slotte ontbreekt het vereiste dat bij de (jaarlijkse) toekenning van het strategisch forfait of het instandhoudingsforfait naar het DAEB-vrijstellingsbesluit wordt verwezen.

6.2.2. Artikel 5 van het DAEB-vrijstellingsbesluit schrijft voor dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan wat nodig is voor de dekking van de nettokosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst. Tevens bevat die bepaling nadere regels om die nettokosten te bepalen, alsook de verplichting om van de betrokken onderneming te eisen dat deze alle ontvangen overcompensatie terugbetaalt.

Er kan worden aangenomen dat investeringskosten voor ziekenhuisinfrastructuur kunnen worden ingepast in de in artikel 5, lid 3, d), van het DAEB-vrijstellingsbesluit bedoelde kosten verband houdende met investeringen, met name ten behoeve van infrastructuur, die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang noodzakelijk zijn. Daarmee staat echter allerminst vast dat de compensatie voor die kosten niet overmatig is.

Aangezien in de ontworpen regeling wordt gekozen voor een forfait, wordt in beginsel immers geen rekening gehouden met de werkelijke kosten van de ziekenhuizen. Bovendien wordt het strategisch forfait voor onbepaalde duur uitbetaald, zodat ook lang nadat de investering is afgeschreven en eventuele leningen zijn terugbetaald, er nog een strategisch forfait kan worden toegekend. Er kan dan ook op basis van de ontworpen regeling niet worden beoordeeld of de compensatie al dan niet hoger uitvalt dan voor de dekking van de nettokosten.

Bovendien wordt niet voorzien in een bepaling op grond waarvan een eventuele overcompensatie kan worden teruggevorderd van het ziekenhuis (zie ook opmerking 6.2.3).

¹² Voor het instandhoudingsforfait lijkt dit minder problematisch, omdat dit forfait de kosten dekt voor onderhoud die nu (of binnenkort) zullen worden uitgevoerd. Een afstemming van dat forfait op de prijsevolutie van onderhoudskosten hoeft geen gevolgen te hebben voor investeringsbeslissingen uit het verleden.

Daarbij moet worden opgemerkt dat de vergoeding voor de infrastructuurkosten die voortkomen uit de ontworpen regeling slechts een deelaspect vormt van het totale budget van financiële middelen van de ziekenhuizen. Overeenkomstig artikel 5, lid 4, van het DAEB-vrijstellingsbesluit moeten alle met de dienst van algemeen economisch belang behaalde inkomsten in aanmerking worden genomen, dus ook de middelen die afkomstig zijn van de federale overheid. De vraag rijst of daartoe niet het best een samenwerkingsakkoord kan worden gesloten.

6.2.3. Artikel 6 van het DAEB-vrijstellingsbesluit houdt in dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de compensatie ten behoeve van het beheer van de dienst van algemeen economisch belang voldoet aan de in dat besluit vastgestelde voorwaarden en met name dat de onderneming geen compensatie ontvangt die het overeenkomstig artikel 5 bepaalde bedrag overschrijdt. In geval van overschrijding van de compensatie moet de lidstaat van de betrokken onderneming de terugbetaling van alle ontvangen overcompensatie eisen.

In de ontworpen regeling wordt niet voorzien in procedurele waarborgen om de overcompensatie te vermijden, evenmin als in een terugvorderingsprocedure in het geval dat overcompensatie wordt vastgesteld. Er geldt ook geen verplichting om het nodige bewijsmateriaal ter beschikking van de Europese Commissie te houden, zoals de voormelde bepaling voorschrijft.¹³

6.3. De gemachtigde verklaarde met betrekking tot het voldaan zijn aan de voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit het volgende:

“Er kan bezwaarlijk twijfel over bestaan dat de ziekenhuizen daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen. De ziekenhuizen vallen onder de toepassing van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen. Artikel 2 van die wet bevat de basiskenmerken waaraan een ziekenhuis moet voldoen en stelt expliciet dat [e]en ziekenhuis een opdracht van algemeen belang vervult. Een ziekenhuis moet passen in de programmatie voor de ziekenhuizen en erkend zijn. De erkenningsnormen bepalen de noodzakelijke medische, medisch-technische en logistieke omkadering en bestaan hoofdzakelijk uit functionele, architecturale en personeelsnormen (zie o.a. KB van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd). Ze garanderen een minimaal kwaliteitsniveau waaraan de openbare dienstverlening van [e]en ziekenhuis moet voldoen. Alleen ziekenhuizen die passen in de programmatie en die erkend zijn, komen voor subsidiëring in aanmerking.

Het aan de ziekenhuizen verleend mandaat voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen is gebaseerd op meerdere beslissingen:

- de beslissing over het passen in de programmatie;
- de erkenningsbeslissing die verleend wordt voor onbepaalde duur voor de algemene ziekenhuizen en voor een verlengbare termijn van maximaal 6 jaar voor de psychiatrische ziekenhuizen. Ziekenhuizen die vóór 7 september 2014 erkend waren,

¹³ De enige relevante bepalingen buiten dit ontwerp lijken de boekhoudkundige voorschriften vastgesteld in en ter uitvoering van de artikelen 83 tot 85 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 ‘op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen’, in het bijzonder het koninklijk besluit van 19 juni 2007 ‘betreffende de jaarrekeningen van de ziekenhuizen’. Daarmee is echter nog geen specifieke verplichting vastgesteld om documenten ter beschikking te houden van de Europese Commissie.

kunnen nog voor een termijn van maximaal 6 jaar erkend zijn (zie de artikelen 12 en 55 van het BVR van 25 april 2014 tot vaststelling van de procedures voor de gezondheidszorgvoorzieningen). Volgens artikel 2, lid 2, van het Besluit 2012/21/EU kan de periode waarvoor een onderneming – *in casu* een ziekenhuis – met het beheer van een DAEB wordt belast, langer zijn dan 10 jaar voor zover van de onderneming een aanzienlijke investering wordt gevergd die over een langere periode moet worden afgeschreven in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen. In de overwegingen in de aanhef van dat Besluit leest men: ‘(12) In hoeverre een bepaalde compensatiemaatregel het handelsverkeer en de mededinging ongunstig beïnvloedt, hangt niet alleen af van het gemiddelde jaarlijks ontvangen compensatiebedrag en de betrokken sector, maar ook van de lengte van de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang is belast. Behalve wanneer een langere periode gerechtvaardigd is door de noodzaak van aanzienlijke investeringen, bijvoorbeeld in de sector van de sociale huisvesting, dient het toepassingsbereik van dit besluit derhalve te worden beperkt tot gevallen waarin de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang is belast, niet langer is dan tien jaar.’ Daaruit blijkt niet dat de periode waarvoor een onderneming met het beheer van een DAEB wordt belast, noodzakelijk beperkt moet zijn tot de afschrijvingstermijn van de gerealiseerde aanzienlijke investeringen;

- de beslissingen tot toekenning van financiering. In elk van die beslissingen betreffende een ziekenhuis worden de identificatiegegevens van het betrokken ziekenhuis expliciet vermeld. De programmatie waarin een ziekenhuis moet passen, wordt bepaald in functie van de behoeften van de bevolking.

Wat de problematiek van de eventuele overcompensatie betreft kan verwezen worden naar het feit dat de bedragen van het – federaal – ‘MB van 11 mei 2007 tot vaststelling van de maximumkostprijs die in aanmerking kan worden genomen voor de betoelaging van nieuwbouwwerken, uitbreidingswerken en herconditioneringswerken van een ziekenhuis of een dienst’, aan de basis liggen van de berekening van de forfaitaire bedragen. Die bedragen van het MB vloeien voort uit de adviezen van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, afdeling Financiering, gegeven op 9/11/2006 en 8/02/2007. Er wordt weliswaar een indexerings toegepast, maar die zal geenszins de kostenevolutie afdekken die gepaard gaat met de significante (kosten)evolutive verbonden aan het gebruik van specifieke technische installaties en IT-infrastructuur in de specifieke context van de ziekenhuizen. Deze vaststelling heeft zonder meer ook consequenties voor de mate waarin overcompensatie via deze regeling op het niveau van het individuele ziekenhuis van toepassing zou kunnen zijn.

Voorliggend besluit vormt bovendien een startbasis gezien er een studie zal worden uitgeschreven om alle gehanteerde parameters en bedragen extra te toetsen en te verfijnen.

Bijlage 1 geeft weer op welke manier van die bedragen van het MB tot de forfaitaire bedragen van voorliggend BVR wordt gekomen.

Cel G2: rekening houdend met het omslagpercentage¹⁴ dat van toepassing is in kader van het Budget voor Financiële Middelen (BFM) wordt het bedrag van MB

¹⁴ Voetnoot in de verklaring van de gemachtigde: Het begrip ‘omslagsleutel’ wordt door de dienst Boekhouding ziekenhuizen van de FOD Volksgezondheid gebruikt in het kader van het Budget van Financiële Middelen (BFM) zowel voor de berekening van de werkingskosten als de investeringslasten die in het BFM aanvaard worden. In het KB van 25/4/2002 is bepaald welke diensten in het BFM kunnen gefinancierd worden. Diensten die hier niet in voorkomen vallen buiten het bestek van het BFM. Het MB van 11/5/2007 op de federale bouwplafonds berekent echter een bouwplafond voor het geheel van het ziekenhuis inclusief de diensten die niet in aanmerking komen voor opname in het BFM. Om het aandeel te bepalen dat kan opgenomen worden is dus een toewijzing ‘in’ en ‘uit’ BFM

herrekend naar een aangepast bedrag met enerzijds de 60% van VIPA en 40% van het BFM als uitgangspunt. Beide luiken worden ook geactualiseerd.

Cel K2: om tot het strategisch forfait te komen worden op het bouwplafond (cel J2) volgende verhogingen toegepast:

21% voor BTW

10% voor algemene onkosten (vs. via BFM normaliter 15%)

10% voor kosten boven bouwplafond (vs. via BFM op basis van reële lasten)

30% voor herconditionering (omwille van de levenscyclus benadering)

Op basis van steekproeven bij VIPA bedraagt de kostprijs voor de roerende investeringen minimaal 20% van het bouwplafond. Eigen aan de roerende investeringen zijn kosten boven bouwplafond, noch algemene onkosten van toepassing.

Cel O2: een bouwkalenderproject dat normaliter in verhouding van 60% via VIPA en 40% via het BFM zou gefinancierd worden, verkrijgt een strategisch forfait dat samengesteld is uit 40% van het strategisch forfait aan 100% (K2) en 100% van het luik herconditionering in dat strategisch forfait. (Cel M2 bevat reeds 40% van dat luik herconditionering.)

Het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait worden jaarlijks toegekend. Ze kunnen jaarlijks door de Vlaamse Regering worden aangepast via een wijziging van de bedragen per parameter of via een wijziging van de intrestvergoeding in functie van de evolutie van het algemeen rentepeil (artikel 7, tweede lid, en artikel 10, tweede lid, van het ontwerpbesluit; zie ook het advies INR dd. 16 januari 2017). Ze zullen ook worden aangepast in functie van de wijziging van het gebruik van bedden, plaatsen of eenheden (artikel 7, vierde lid, en artikel 11, derde lid, van het ontwerpbesluit).

Zoals blijkt uit artikel 5, tweede lid, van het ontwerpbesluit is nog een besluit van de Vlaamse Regering vereist voor de aanvraag en de toekenning van het strategisch forfait. Het is de bedoeling dat in dat besluit ook bepalingen worden opgenomen die de mededeling van het bedrag van instandhoudingsforfait aan het ziekenhuis en de bezwaarmogelijkheid tegen het meegedeelde bedrag betreffen. Tevens is het de bedoeling dat in dat besluit bepalingen worden opgenomen die erin voorzien (...):

- [dat] het akkoord voor het (later) toekennen van het strategisch forfait moet worden aangevraagd en verkregen voor aanvang van de investeringswerkzaamheden die in een goed te keuren masterplan worden beschreven en, eens dat akkoord verkregen, een controle ter plaatse op de werkzaamheden wordt georganiseerd met het oog op conformiteit met het goedgekeurde masterplan en met het akkoord; dat ook na de ingebruikname en bij de toekenning van het jaarlijkse forfait die conformiteit zal worden nagegaan;

- dat het VIPA en de andere personen, belast met het toezicht, op regelmatige basis en minstens om de drie jaar controles uitoefenen op de aanwending van de forfaits door de ziekenhuizen;

- dat, rekening houdend met een beperkte reservevorming voor toekomstige investeringen, bedragen van de forfaits die niet worden aangewend voor het doel waarvoor ze zijn verleend, worden teruggevorderd.

nodig. De eerste sleutel om te bepalen welke bouwkosten in aanmerking komen voor opname in het BFM is de selectie van de diensten. De oppervlakte van deze diensten kan direct worden toegewezen 'in' of 'uit' BFM. Zo horen bijvoorbeeld de medisch-technische diensten klinische biologie en medische beeldvorming niet tot de diensten die in het BFM kunnen vergoed worden.

In het ontwerpbesluit kan worden ingeschreven dat het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait worden verleend met toepassing van het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011.

Wat de gescheiden boekhoudkundige verwerking betreft van de kosten en inkomsten die met eigenlijke ziekenhuisactiviteit verband houden, kan worden verwezen naar de artikelen 83 tot en met 85 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 en de uitvoeringsbesluiten.”

6.4. De Raad van State kan zich slechts ten dele aansluiten bij deze zienswijze en meent dat het voldoen aan de voorwaarden vervat in het DAEB-vrijstellingsbesluit veel grondiger aanpassing vergt van het ontworpen besluit dan hetgeen de gemachtigde vooropstelt.

6.4.1. Sommige aspecten van de ontworpen regeling zouden inderdaad kunnen worden aangevuld gelet op de voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit. Zo kan er worden voorzien in boekhoudkundige verplichtingen en controlemechanismen om op te treden bij overcompensatie. De suggesties die de gemachtigde ter zake formuleert, lijken pertinent, maar ze moeten ook effectief worden opgenomen in het ontworpen besluit of in het (ontwerp)besluit bedoeld in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp.

6.4.2. Andere aspecten vergen een veel grondiger aanpassing van het ontwerp.

Zo is de omschrijving van de openbardienstverplichting niet evident. Daarbij is het probleem niet zozeer of de ziekenhuizen als een dienst van algemeen economisch belang kunnen worden beschouwd,¹⁵ maar vooral hoe die openbardienstverplichting precies wordt omschreven. De verwijzing naar de programmatie en naar de erkenningsnormen is daarvoor beslist zinvol, maar die elementen worden thans niet vermeld in het ontwerp.¹⁶ Of met de subsidiëring enkel het voldoen aan die erkenningsnormen wordt beoogd, dan wel een hogere kwaliteitsstandaard, is immers relevant vanuit het oogpunt van het DAEB-vrijstellingsbesluit. Bovendien kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat ziekenhuizen hun infrastructuur ook gebruiken of ter beschikking stellen voor taken die niet tot de openbardienstverplichting behoren, zoals bijvoorbeeld het uitbaten van een cafetaria, een dagblad- of een bloemenwinkel, al dan niet door middel van een concessie, of bepaalde diensten ten behoeve van andere zorginstellingen. Gelet op artikel 4, a), van het DAEB-vrijstellingsbesluit moet de openbardienstverplichting voldoende nauwkeurig worden omschreven.

Ook de marktconforme vaststelling van de parameters en het vermijden van overcompensatie is problematisch. Het door de gemachtigde aangehaalde ministerieel besluit van 11 mei 2007 ‘tot vaststelling van de maximumkostprijs die in aanmerking kan worden genomen voor de betoelaging van nieuwbouwwerken, uitbreidingswerken en herconditioneringswerken van een ziekenhuis of een dienst’ volstaat allerminst als waarborg ter zake, nog afgezien van de vraag hoe dat besluit moet worden gecombineerd met de ontworpen subsidieregeling.¹⁷ In dat

¹⁵ Zie in dat verband ook mededeling 2012/C 8/02 van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie’, punten 21-25.

¹⁶ Met uitzondering dan van de verwijzing naar de zorgstrategische planning.

¹⁷ In de ontworpen regeling wordt niet eens verwezen naar het ministerieel besluit van 11 mei 2007, laat staan dat het uitdrukkelijk wordt betrokken bij de bepaling van het maximale bedrag van de ontworpen subsidies.

besluit wordt gewag gemaakt van een aantal vergoedingen buiten het globale plafond, die in het ontworpen besluit niet langer apart worden toegekend en dan blijkbaar gezien moeten worden als een impliciet onderdeel van het strategisch forfait. Een dergelijke inhoudelijke indeling kan weliswaar een rol spelen bij de beoordeling van de overcompensatie, maar het ministerieel besluit van 11 mei 2007 volstaat allerminst in het licht van hetgeen wordt vereist bij artikel 4, d) en e), van besluit 2012/21/EU.

Uit overweging 12 van het DAEB-vrijstellingsbesluit kan inderdaad niet worden afgeleid dat de looptijd van de subsidiëring noodzakelijk moet worden beperkt tot de afschrijvingstermijn van de betrokken investeringen. In artikel 2, lid 2, van hetzelfde besluit wordt echter bepaald dat wanneer de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast langer is dan tien jaar, de vrijstellingsregeling alleen van toepassing is voor zover van de dienstverrichter een aanzienlijke investering wordt gevergd die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven, zoals de gemachtigde zelf ook heeft vermeld. Aan die voorwaarde moet ook effectief zijn voldaan. Hoewel kan worden aangenomen dat voor de investeringen die door het strategisch forfait worden vergoed, een dergelijke langere afschrijvingstermijn geldt, blijkt niet dat de vergoeding dan in de tijd zou worden beperkt overeenkomstig die afschrijvingstermijn.

Meer in het algemeen hinkt de ontworpen regeling met betrekking tot het strategisch forfait op twee gedachten. Enerzijds willen de stellers van het ontwerp in elk geval gedurende de afschrijvingstermijn van investeringen, ook op lange termijn, in subsidies voorzien. Anderzijds pogen de stellers te ontkomen aan de gevolgen die het ESR verbindt aan een initiële vastlegging van een vergoeding voor die investeringen (zelfs als die vergoeding over een bepaalde periode wordt gespreid), door de subsidies te concipiëren als jaarlijkse subsidies, waarvan de voorwaarden jaarlijks door de Vlaamse Regering zouden kunnen worden herzien. Dat laatste impliceert echter ook dat de openbardienstverplichting jaarlijks opnieuw wordt gedefinieerd en dat er eigenlijk geen zekerheid kan worden geboden over de vergoeding van de investeringen. Bovendien valt niet in te zien hoe een reeds afgeschreven gebouw nog kan leiden tot “kosten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt” in de zin van artikel 5, lid 3, van het DAEB-vrijstellingsbesluit. De dubbelzinnigheid omtrent de duur van de openbardienstverplichtingen die daardoor wordt veroorzaakt, is op zichzelf al strijdig met hetgeen vereist wordt door artikel 4, a), van dat besluit.

De subsidiaire argumentatie dat de forfaitaire bedragen hoe dan ook niet de volledige infrastructuurkosten dekken, overtuigt niet. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 6.2.2 moet immers ook rekening worden gehouden met andere inkomstenbronnen voor het ziekenhuis. Indien ziekenhuizen via andere inkomstenstromen (naast de federale financiering bijvoorbeeld ook de facturering aan patiënten of hun verzekeraars en afdrachten door artsen) ook een gedeelte van de infrastructuurkosten kunnen dragen, kan immers niet bij voorbaat worden uitgesloten dat ook een gedeeltelijke vergoeding nog te hoog is, omdat het geheel van de relevante inkomsten hoger uitvalt dan de netto-kosten en een redelijke winst. Uit artikel 5, lid 4, van het DAEB-vrijstellingsbesluit volgt dat “alle met de dienst van algemeen economisch belang behaalde inkomsten, ongeacht of deze inkomsten als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag worden aangemerkt” in rekening moeten worden gebracht. De forfaitaire aard van de

vergoeding en het gebrek aan transparantie bij het bepalen van de (waarde van de) parameters in het ontworpen besluit is van die aard dat de Raad van State zich niet kan uitspreken over de vraag of er effectief geen overcompensatie voorligt.

6.4.3. Indien de stellers het ontworpen besluit in zijn huidige vorm wensen te handhaven, moet het bijgevolg worden aangemeld bij de Europese Commissie, aangezien thans niet voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden voor het DAEB-vrijstellingsbesluit.

In dit verband dient te worden herinnerd aan de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding. Niet aangemelde staatssteun is *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard indien ze correct werd aangemeld),¹⁸ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,¹⁹ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) die in dat geval is vereist, te verhinderen.²⁰ De nationale rechter is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.²¹

D. Slotopmerking

7. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voormelde vormvereisten nog wijzigingen ondergaat, 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. Zoals zo-even reeds werd geconcludeerd in opmerking 6.4, lijkt dat alleszins onvermijdelijk wat betreft het voldoen aan de Europeesrechtelijke voorschriften inzake staatssteun.

Dit voorbehoud klemmt nog meer nu de ontworpen regeling inhoudelijk nauw samenhangt met het ontwerpbesluit waaraan wordt gerefereerd in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp, en met het zorgstrategisch plan, die allebei nog niet zijn uitgewerkt.

ALGEMENE OPMERKING

8. Gelet op verscheidene opmerkingen in dit advies die nopen tot nadere toelichting, is het raadzaam een verslag aan de Vlaamse Regering op te stellen, dat samen met het te nemen besluit en dit advies in het Belgisch Staatsblad zal moeten worden bekendgemaakt.

¹⁸ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, overweging 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, overweging 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, overweging 30.

¹⁹ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, overweging 61.

²⁰ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

²¹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

9. Gelet op hetgeen is uiteengezet aangaande de rechtsgrond voor het ontworpen besluit moet de verwijzing naar het eerste lid, 1^o/1, van artikel 6 van het decreet van 2 juni 2006 worden weggelaten en moet een verwijzing naar artikel 8 worden toegevoegd.

Artikel 1

10. Op de vraag of er bij de definitie van het begrip ‘herconditionering’ in artikel 1, 1^o, van het ontwerp stilzwijgend vanuit wordt gegaan dat na het strippen de betrokken infrastructuur wordt heropgebouwd met het oog op het vestigen van diensten of functies, en dus niet bijvoorbeeld om plaats te maken voor een cafetaria of ontspanningsruimte of voor administratieve diensten, of om het gebouw verder in ‘gestripte’ toestand te laten zonder het te gebruiken, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Er zal steeds gekeken worden naar het aantal bedden, plaatsen en/of eenheden die het voorwerp uitmaken van de investering en daarvoor zal het ziekenhuis een forfait ontvangen. (Een hernieuwing van een investering waarvoor reeds een strategisch forfait wordt ontvangen, impliceert echter niet dat voor dezelfde investering een extra strategisch forfait zal worden betaald.) Ondersteunende diensten en ruimten (bv. de administratieve diensten) kunnen volgens de benadering van artikel 17 ook vergoed worden via het strategisch forfait.”

Wat betreft de laatste door de gemachtigde aangehaalde hypothese moet er op worden gewezen dat artikel 17 van het ontwerp een overgangsbepaling is met een beperkt toepassingsgebied, ook vanuit temporeel oogpunt (zie ook opmerking 48).

11. Uit de nota aan de Vlaamse Regering en het advies van de Inspectie van Financiën blijkt dat de positie van het universitair ziekenhuis van de Universiteit Gent in de ontworpen regeling nog niet volledig is uitgeklaard, aangezien de financiering van dat ziekenhuis thans zou gebeuren via de onderwijsbegroting. Nochtans wordt in de definitie van het begrip ‘universitair ziekenhuis’ in artikel 1, 4^o, van het ontwerp geen uitzondering gemaakt voor dat ziekenhuis, zodat het toch onder de ontworpen regeling zou vallen. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Zowel wat het Budget Financiële Middelen betreft als wat het Vlaamse luik (via Onderwijs ipv via VIPA) betreft, was een aparte regeling voor UGent van toepassing. De techniciteit van voornamelijk het BFM-luik dient verder onderzocht om de juiste verwijzingen in de regelgeving te kunnen opnemen opdat een gelijkaardige regeling voor UGent van kracht zou kunnen worden.”

Het ontwerp moet op dit punt dan eventueel worden aangepast.

12. De definitie van het begrip ‘eenheid’ in artikel 1, 8°, van het ontwerp is relatief eng en heeft tot gevolg dat de infrastructuur van bepaalde ziekenhuisfuncties, zoals de spoeddienst of de ziekenhuisapotheek niet (langer) afzonderlijk zou kunnen worden gesubsidieerd, maar enkel als ondersteunende dienst die vergoed wordt door middel van de forfaits voor de bedden, plaatsen en eenheden, opgesomd in de bijlagen 1 en 2 bij het ontworpen besluit.

De overgangsregeling in artikel 17, tweede lid, van het ontwerp voorziet weliswaar in een afzonderlijke financiering van dergelijke ondersteunende diensten, maar die regeling is tijdelijk. Bovendien omvat ze zowel medische diensten (zoals de spoeddienst of de ziekenhuisapotheek) als logistieke diensten (zoals de centrale keuken of omkleedruimtes voor het personeel). Voor de tweede categorie is het echter veel aannemelijker dat ze als een accessorium van bedden, plaatsen of eenheden kunnen worden beschouwd dan voor de eerste.

Op de vraag of de definitie van het begrip ‘eenheid’ dan ook niet moet worden verruimd, zodat het minstens ook de infrastructuur voor de andere medische diensten en functies zou omvatten, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“In artikel 1, 8°, worden alleen die “eenheden” vermeld waarvoor een strategisch of instandhoudingsforfait i[s] bepaald in bijlage 1 of 2 bij het ontwerpbesluit. In artikel 17 gaat het om ondersteunende diensten ten aanzien van bedden of eenheden (operatiezalen) waarvoor in voormelde bijlagen een forfait is vermeld.”

Zoals reeds in opmerking 10 is uiteengezet, is artikel 17, tweede lid, van het ontwerp slechts een tijdelijke overgangsbepaling met een beperkt toepassingsgebied. De stellers van het ontwerp moeten nagaan of het effectief de bedoeling is dat in de uiteindelijke permanente regeling de zo-even aangehaalde medische diensten niet als dusdanig worden gesubsidieerd. Zoals in opmerking 48 wordt uiteengezet, kan dit problematisch zijn in het licht van artikel 23 van de Grondwet.

Artikel 2

13. Indien het ontwerp wordt omgewerkt om te voldoen aan de vereisten van het DAEB-vrijstellingsbesluit, kan de verwijzing naar dat besluit het best worden opgenomen in artikel 2 van het ontwerp.

14. De vermelding dat de investeringssubsidies aan erkende ziekenhuizen worden verleend “volgens de bepalingen van dit besluit” heeft enkel betrekking op de materiële voorwaarden. Naast het ontworpen besluit moeten immers ook nog bepalingen worden uitgevaardigd met betrekking tot de procedure voor de aanvraag, de toekenning, de eventuele bezwaarprocedure, de uitbetaling, de controle en de eventuele terugvordering van de subsidies (zie ook opmerking 17).

Het is dan ook raadzaam om die ontworpen verwijzing aan te vullen met een verwijzing naar die laatstgenoemde bepalingen, van zodra die tot stand zijn gekomen.

Artikel 4

15. De volledige nieuwbouw (artikel 4, 1° van het ontwerp) of de uitbreiding van de capaciteit van het ziekenhuis (artikel 4, 2° van het ontwerp) resulteren in nieuwe bedden, plaatsen of eenheden, waaraan vervolgens een concreet bedrag voor het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait kan worden verbonden op grond van de parameters in de bijlagen 1 en 2 bij het ontworpen besluit.

In het geval van herconditioneringswerken (artikel 4, 3°, van het ontwerp), zoals gedefinieerd bij artikel 1, 1°, van het ontwerp (zie daarover opmerking 10), komt er niet noodzakelijk capaciteit bij, maar ook hier blijven na afloop van de werken een aantal bedden, plaatsen of eenheden over, aan de hand waarvan het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait kunnen worden berekend (opnieuw op grond van de parameters in de bijlagen 1 en 2 bij het ontworpen besluit).

Dat geldt echter niet voor artikel 4, 4°, van het ontwerp, waarin gewag wordt gemaakt van “de eerste roerende medische en niet-medische investeringen van het ziekenhuis” en dat er bijgevolg van moet blijken dat naar aanleiding van een nieuwbouw, capaciteitsuitbreiding of herconditionering niet in een bijkomende subsidie (naast het strategisch forfait) wordt voorzien voor de eerste roerende medische en niet-medische investeringen van het ziekenhuis. Latere roerende investeringen vallen onder het instandhoudingsforfait.

De gemachtigde stemde ermee in dat artikel 4, 4°, van het ontwerp als een tweede lid van artikel 4 wordt opgenomen, dat luidt als volgt:

“Het strategisch forfait dekt ook de eerste roerende medische en niet-medische investeringen verbonden aan de in het eerste lid bedoelde investeringen.”

Artikel 5

16.1. In artikel 5, eerste lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van de zorgstrategische planning die de Vlaamse Regering bepaalt. In dat verband kan worden opgemerkt dat vorig jaar al een ontwerpbesluit ter zake voor advies werd voorgelegd aan de Raad van State. In advies 60.134/3 van 19 september 2016 heeft die echter afgezien van een verder onderzoek van het ontwerp nadat werd vastgesteld dat de essentiële elementen van die planning niet in het ontwerp waren opgenomen en slechts zouden worden uitgewerkt door een *stakeholderoverleg* onder de auspiciën van het agentschap Zorg en Gezondheid. De Raad van State heeft in dat advies alvast het volgende opgemerkt:²²

“4. In afwachting daarvan kan nu reeds het volgende worden opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond voor het ontworpen besluit en, daarmee samenhangend, de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap.

Het beschikken over een goedgekeurd zorgstrategisch plan is een voorwaarde voor het verkrijgen van een planningsvergunning voor werken aan ziekenhuizen of ziekenhuisdiensten, van een erkenning als ziekenhuis of van een aanwijzing als

²² Adv.RvS 60.134/3 van 19 september 2016 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende thematische zorgstrategische planning’.

referentiecentrum. Omdat de Raad van State op dit moment nog geen duidelijk inzicht heeft in de inhoudelijke invulling van dat zorgstrategische plan, kan nog niet worden uitgemaakt in welke mate het ontworpen besluit rechtsgrond kan vinden in de artikelen 28 en 29 van het decreet van 20 maart 2009. Het is echter enkel in zoverre het zorgstrategische plan cijfermatige beperkingen van het zorgaanbod inhoudt, dat rechtsgrond kan worden gevonden in artikel 28 van dat decreet, dat immers enkel betrekking heeft op aanvullende programmatieregels.²³ Bovendien kan daarbij, zoals ook in die decretale bepaling in herinnering wordt gebracht, geen afbreuk worden gedaan aan de federale regels inzake programmatie.²⁴

Aangezien kan worden aangenomen dat het zorgstrategische plan vooral inhoudelijke en minder cijfermatige voorwaarden zal inhouden, zal de rechtsgrond voor het ontworpen besluit vooral moeten worden gezocht in artikel 29 van het decreet van 20 maart 2009, dat betrekking heeft op de vaststelling van erkenningsnormen.²⁵ Daarbij moet dan weer het voorbehoud worden gemaakt dat de gemeenschapsbevoegdheid inzake erkenningsnormen weliswaar is uitgebreid naar aanleiding van de Zesde Staatshervorming, maar dat de federale overheid nog steeds bevoegd is voor de organieke wetgeving,²⁶ waaronder de basiskenmerken van de ziekenhuizen en hun onderdelen.²⁷ Ook op dit punt kan nog geen oordeel worden geveld over de verenigbaarheid van de beoogde inhoudelijke invulling van het zorgstrategische plan met die bevoegdheidsverdeling.”

Aangezien uit artikel 5, eerste lid, van het onderhavige ontwerp kan worden opgemaakt dat de zorgstrategische planning een bijkomende rol krijgt, namelijk als toekenningsvoorwaarde voor het verkrijgen van het strategisch forfait, die niet kon worden voorzien toen het voormelde advies werd gegeven, moet het voorbehoud met betrekking tot de rechtsgrond voor dat strategisch forfait en de inpasbaarheid in de bevoegdheidsverdeling worden herhaald.

16.2. Over de vooruitgang van de zorgstrategische planning verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Heden is een studie lopende om vermelde zorgstrategische planning uit te tekenen. De resultaten van die studie zullen normaliter beschikbaar zijn in oktober van dit jaar.”

²³ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Zie de omschrijving van de notie programmatie in de artikelen 36 en 37 van de Ziekenhuiswet. In de laatstgenoemde bepaling wordt gewag gemaakt van “forfaitaire, rekenkundige regelen of formules bestemd om de behoeften te meten, rekening houdende ondermeer met de bevolkingscijfers, de leeftijdsstructuur, de morbiditeit en met de geografische spreiding”.

²⁴ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Adv.RvS 53.194/1 van 13 mei 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 24 mei 2013 ‘tot vaststelling van aanvullende normen waaraan de zorgprogramma’s cardiale pathologie B moeten voldoen om erkend te worden’.

²⁵ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Dat was overigens ook de reden waarom de stellers van het ontwerp, overeenkomstig artikel 5, § 1, I, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, de tekst voor verslag hebben voorgelegd aan het Rekenhof. In die bijzonderewetsbepaling wordt immers enkel verwezen naar erkenningsnormen.

²⁶ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Zie artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

²⁷ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 35-36.

Gelet op de cruciale rol die de zorgstrategische planning speelt bij de toekenning van het zorgstrategisch forfait moet worden gewaarschuwd dat als die zorgstrategische planning niet voor het einde van het jaar in juridisch bindende teksten is omgezet, de financiering van nieuwe infrastructuurwerken – met uitzondering van de “dringende of onafwendbare” werken bedoeld in artikel 13 van het ontwerp – voor 2017 zal stilvallen, aangezien de oude regeling is stopgezet voor nieuwe projecten²⁸ bij een besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 2015.²⁹

Deze opmerking klemmt des te meer nu de terugwerkende kracht van het te nemen besluit tot 1 januari 2017 is ingegeven door het streven om een dergelijk hiaat te vermijden. Indien ziekenhuizen onvoldoende zekerheid hebben aangaande de tijdige inwerkingtreding van het juridische kader dat een belangrijke voorwaarde inhoudt voor de infrastructuursubsidies, zouden zij ertoe gebracht kunnen worden om investeringen in infrastructuur uit te stellen. Dit kan ernstige problemen veroorzaken voor ziekenhuizen die reeds verregaande voorbereidingen hebben getroffen voor die investeringen.

De Raad van State dringt dan ook met klem aan op een spoedige juridische formalisering van de zorgstrategische planning.

17. In artikel 5, tweede lid, van het ontwerp wordt voorgeschreven dat de Vlaamse Regering de regels voor de aanvraag en de toekenning van het strategisch forfait bepaalt. Een dergelijke delegatie van de Vlaamse Regering aan zichzelf is juridisch zinloos, aangezien ze, enerzijds, niet wegneemt dat nog steeds een decretale rechtsgrond vereist is voor een dergelijke regeling en ze, anderzijds, niet kan waarborgen dat een dergelijke regeling er uiteindelijk komt, aangezien de Vlaamse Regering zich niet op afdwingbare wijze kan verbinden voor een toekomstig regelgevend optreden.

Bovendien wordt de indruk gewekt dat voor andere aspecten van de ontworpen regeling geen procedurebepalingen vereist zouden zijn en dat ook voor het strategisch forfait geen andere procedurebepalingen nodig zijn dan voor de aanvraag en de toekenning, namelijk voor de eventuele bezwaarprocedure, de uitbetaling, de controle en de eventuele terugvordering van de subsidies. Wat dat laatste betreft, kan overigens worden verwezen naar hetgeen onder meer in opmerking 6.2.3 is uiteengezet aangaande de inpassing van de ontworpen regeling in de procedurele voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit.

De praktische betekenis van artikel 5, tweede lid, van het ontwerp is dan ook beperkt tot de vermelding dat het strategisch forfait moet worden aangevraagd, of toch minstens de eerste keer. Dat is echter slechts een deelaspect van een ruimere en noodzakelijke procedurele regeling, zodat beter kan worden afgezien van artikel 5, tweede lid, van het ontwerp.

²⁸ Dat zijn projecten die buiten het toepassingsgebied vallen van artikel 47/9, § 4, eerste lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten’.

²⁹ Besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 2015 ‘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, wat betreft de investeringslasten en de aanloopkosten die voor de vaststelling van het voormelde budget in aanmerking worden genomen’.

Artikel 6 en bijlage 1

18. Overeenkomstig artikel 6 van het ontwerp wordt het strategisch forfait per bed, plaats of eventueel eenheid bepaald overeenkomstig kolom B van bijlage 1 bij het ontworpen besluit. De pertinentie van de onderdelen die in aanmerking worden genomen en de bedragen die eraan worden verbonden, worden niet nader verantwoord en roept toch enkele vraagtekens op. Zo is het de Raad van State niet duidelijk waarom bepaalde eenheden afzonderlijk worden vermeld en andere niet, waardoor dan blijkbaar moet worden teruggevallen op de bedden of plaatsen. De vraag rijst ook waarom voor nogal wat eenheden een financiering per bed of plaats wordt gehanteerd, terwijl men zich kan voorstellen dat er andere, op zijn minst eveneens relevante criteria zijn. Zo wordt voor een verloskwartier en voor een N-functie (lokale neonatale zorg) voorzien in een financiering per 100 bevallingen, terwijl voor een spoeddienst niet het aantal opnames maar het aantal bedden zou moeten worden gehanteerd. De Raad van State ziet voorts niet in waarom in de bedragen geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende soorten van investeringsprojecten (nieuwbouw, uitbreiding of herconditionering), die op het eerste gezicht toch een beduidend verschillende financiële weerslag kunnen hebben.

De loutere verantwoording door de gemachtigde van de hoogte van de bedragen met een verwijzing naar de bedragen die zijn opgenomen in het ministerieel besluit van 11 mei 2007 volstaat niet,³⁰ evenmin als de toezegging door de gemachtigde dat “een studie [zal] worden uitgeschreven om alle gehanteerde parameters en bedragen extra te toetsen en te verfijnen”.

Gezien de gevolgen van de gemaakte beleidskeuzen in het licht van de artikelen 10, 11, 23 en desgevallend artikel 7bis van de Grondwet, is het raadzaam om ze nader te verantwoorden in een verslag aan de Vlaamse Regering.

Artikel 7

19. Overeenkomstig artikel 7 van het ontwerp wordt het strategisch forfait jaarlijks toegekend, blijkbaar zonder beperking in de tijd. Dit neemt niet weg dat bij de berekening van de bedragen blijkbaar is uitgegaan van een levenscyclus van 40 jaar en van kortere leningstermijnen (10, 15 en 25 jaar) voor de rentevergoedingen, terwijl de gebruikelijke afschrijvingstermijn voor dergelijke gebouwen 33 jaar bedraagt (zie ook opmerking 6.2.1). Afgezien van het reeds eerder geschetste risico van overcompensatie (zie daarover opmerking 6.4.2 met betrekking tot de staatssteunregeling), kan het financieren van projecten die al volledig zijn afgeschreven, ten nadele van projecten die dat nog niet zijn, problematisch zijn in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

20. Het is de Raad van State niet duidelijk waarom overeenkomstig artikel 7, eerste lid, tweede zin, van het ontwerp slechts 15% van het strategisch forfait wordt geïndexeerd. In het advies van de Inspectie van Financiën wordt vermeld dat “dit gedeelte het relatief aandeel van herconditionering in het forfait zou zijn”. Aangezien een herconditioneringsproject evenwel

³⁰ Dit ministerieel besluit werd overigens in ontwerpvorm niet om advies aan de Raad van State voorgelegd.

neerkomt op het volledig strippen van een gebouw en overeenkomstig artikel 4 van het ontwerp wordt gelijkgesteld met een nieuwbouw of een uitbreiding, lijkt dit niet te kunnen volstaan als verantwoording.

Duidelijkheidshalve zou overigens in de beschrijving van de indexeringsindexering moeten worden bepaald wat het referentiepunt is voor de indexeringsindexering. Er kan worden aangenomen dat dat referentiepunt 1 januari is van het eraan voorafgaande jaar, maar dat kan beter uitdrukkelijk worden vermeld.

21. Ook de forfaitaire intrestvergoeding van 32% waarin wordt voorzien bij artikel 7, eerste lid, derde zin, van het ontwerp, moet kunnen worden verantwoord. De werkelijke hoogte van de intrestlasten hangt immers af van de onderliggende leningen of kapitaalsvergoedingen, die sterk kunnen verschillen, onder meer aan de hand van de looptijd van de leningen en de kredietwaardigheid van het ziekenhuis. Uit de uitleg van de gemachtigde kan worden opgemaakt dat het forfait is ingegeven door de structurering van leningen (op lange, middellange en korte termijn) bij aanvragen voor het toekennen van een VIPA-waarborg. De vraag is echter of die prognose in voldoende mate aansluit bij de werkelijke intrestlasten.

22.1. Overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van het ontwerp kan de Vlaamse Regering de intrestvergoeding aanpassen in functie van de evolutie van het algemene rentepeil. Die mogelijkheid is nuttig, maar ze veronderstelt dat de ziekenhuizen bij dalende intrestvoeten effectief in staat zijn om hun leningen te herfinancieren aan een lagere rentevoet, dan wel dat die leningen van in het begin met een variabele rentevoet zijn afgesloten. Het is onduidelijk of die premisse juist is.

Bovendien valt niet goed in te zien op basis van welke parameters de Vlaamse Regering een nieuwe intrestvergoeding zou kunnen berekenen, aangezien niet blijkt hoe de referentiewaarde van de forfaitaire intrestvergoeding wordt bepaald. De woorden “evolutie van het algemeen rentepeil” bieden ook geen duidelijk houvast, aangezien de rentevoeten op verschillende termijnen op verschillende wijze kunnen evolueren, aangezien onduidelijk is met welke referentiewaarden moet worden vergeleken en welk gewicht die verschillende rentevoeten krijgen.

22.2. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt bovendien het volgende vermeld:

“Voor de investeringen waarvoor een strategisch forfait werd toegekend, zal de intrestvergoeding ongewijzigd blijven tijdens de looptijd van de leningen die door het ziekenhuis werden afgesloten om die investeringen te financieren.”

Die belangrijke nuance is niet opgenomen in het ontwerp, hetgeen moet worden verholpen. Een dergelijke regeling impliceert evenwel ook dat na verloop van tijd gedifferentieerde intrestvoeten moeten worden vastgesteld voor lopende (na verloop van tijd nog verder opgesplitst naargelang het startjaar) en nieuwe projecten. Ook dat moet in het ontwerp worden geëxpliciteerd.

23. Overeenkomstig artikel 7, vierde lid, van het ontwerp wordt het strategisch forfait “[m]et behoud van de toepassing van artikel 5, eerste lid” (zie daarover opmerking 24) aangepast in functie van de wijziging van het gebruik van de bedden, plaatsen of eenheden waarvan het forfait de investeringskosten dekt. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt in dat verband uiteengezet dat “het bedrag van het strategisch forfait [tussentijds] aangepast [zal] worden indien blijkt dat betoelaagde bedden, plaatsen, eenheden die het voorwerp uit maakten van desbetreffende investering niet langer in gebruik zijn”.

Dit lijkt evenwel in te gaan tegen de doelstelling van het strategisch forfait, namelijk de realisatie van nieuwe infrastructuur. Het is immers mogelijk dat bepaalde infrastructuur nog niet is afgeschreven of afbetaald, maar dat het strategisch forfait wordt stopgezet doordat de betrokken bedden, plaatsen of eenheden, eventueel buiten de wil van het ziekenhuis om, niet meer in gebruik zijn. Een dergelijke bepaling staat dan ook op zeer gespannen voet met het vertrouwensbeginsel.

Men zou kunnen voorhouden dat een gelijkaardige mogelijkheid ook bestaat binnen de huidige regeling inzake het budget van financiële middelen van ziekenhuizen, maar een dergelijke bedenking gaat voorbij aan het gegeven dat daar ook was voorzien in een bijzondere vergoeding voor het sluiten van een ziekenhuis of van een gedeelte ervan, namelijk in hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 ‘houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’. Aangezien dat hoofdstuk inmiddels is opgeheven (met uitzondering van artikel 10bis),³¹ is ook die mogelijke financiële compensatie voor de nadelige gevolgen van de thans ontworpen bepaling niet meer voorhanden.

De regeling inzake vergoedingen bij het niet-uitvoeren van bouwprojecten in hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 geldt weliswaar nog steeds voor de Vlaamse Gemeenschap, maar die vergoeding geldt niet bij het hier geïllustreerde geval waarbij het bouwproject is afgewerkt en de al in gebruik genomen bedden, plaatsen of eenheden worden geschrapt.

24. De draagwijdte van de woorden “[m]et behoud van de toepassing van artikel 5, eerste lid” in artikel 7, vierde lid, van het ontwerp is onduidelijk. De vermelding lijkt in te houden dat als een bed, plaats of eenheid niet langer in de strategische planning past, de toekenning van het strategisch forfait eenzijdig door de overheid kan worden stopgezet. Dat zou betekenen dat ziekenhuizen die eerst de toestemming kregen om een bepaalde investering te doen, door een latere beslissing van dezelfde overheid hun strategisch forfait zouden kunnen verliezen op een ogenblik dat de infrastructuur nog niet is afbetaald. Dat zou op zeer gespannen voet staan met het vertrouwensbeginsel.

³¹ Koninklijk besluit van 18 december 2016 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 ‘houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’, in werking getreden op de dag van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (9 januari 2017).

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

“Dat is enkel het geval wanneer er een hernieuwde toetsing op het vlak van zorgstrategie wordt uitgevoerd naar aanleiding van een hernieuwing van een investering waarvoor al een strategisch forfait van toepassing is. Dit impliceert dat het nieuw zorgstrategisch kader dat op dit moment wordt uitgewerkt na verloop van tijd ook geactualiseerd zal worden.”

Indien artikel 5, eerste lid, van het ontwerp enkel het zo-even geschetste gevolg heeft wanneer het gaat om een vernieuwing van een investering en niet voor een lopende investering, rijst de vraag waarom dan wordt bepaald dat artikel 5, eerste lid, van het ontwerp in elk geval van toepassing is, want dat is precies de strekking van de vermelding “met behoud van de toepassing van”. Bij een nieuwe investering – en dus ook een nieuwe aanvraag – moet hoe dan ook een toetsing worden doorgevoerd zoals voorgeschreven door artikel 5, eerste lid, van het ontwerp.

De woorden “[m]et behoud van de toepassing van artikel 5, eerste lid” moeten dan ook worden weggelaten uit artikel 7, vierde lid, van het ontwerp.

25. De vraag rijst of in artikel 7 van het ontwerp niet in een gelijkaardige bepaling moet worden voorzien als in artikel 11, tweede lid, tweede zin, van het ontwerp met betrekking tot de mededeling aan de ziekenhuizen van het bedrag van het instandhoudingsforfait. Een gelijkaardige regeling voor het strategisch forfait lijkt wenselijk, aangezien het uiteindelijke bedrag ervan jaarlijks zal schommelen, gelet op de indexering, de eventuele rentevoetcorrecties en de eventuele uitsluitingen op grond van artikel 7, laatste lid. De gemachtigde stemde daarmee in.

Artikel 9 en bijlage 2

26. Net zoals voor het strategisch forfait (zie opmerking 18) rijst voor artikel 9 en bijlage 2 van het ontwerp de vraag naar de pertinentie van de onderdelen die in aanmerking worden genomen voor het instandhoudingsforfait en de bedragen die eraan worden verbonden. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Het instandhoudingsforfait wordt berekend als een % op het bouwplafond (incl. 21% BTW, incl. 10% voor algemene onkosten en incl. 10% voor kosten boven bouwplafond - zie bijlage 1). De toetsing en verfijning van die % zal mee het voorwerp uitmaken van de studie tot verfijning van alle gehanteerde parameters en bedragen.”

Deze uitleg neemt niet weg dat dezelfde bezwaren die in opmerking 18 zijn geformuleerd ook hier gelden, ook wat betreft de toezegging dat een studie zal worden uitgevoerd voor de toetsing en de verfijning van de gehanteerde parameters en bedragen. Ook hier is het raadzaam, gezien de gevolgen van de gemaakte beleidskeuzen in het licht van de artikelen 10, 11, 23 en desgevallend artikel 7bis van de Grondwet, deze beleidskeuzen nader te verantwoorden in een verslag aan de Vlaamse Regering.

Artikel 10

27. De Raad van State ziet niet goed in waarom in het kader van het instandhoudingsforfait in artikel 10 van het ontwerp moet worden voorzien in een intrestvergoeding. Het instandhoudingsforfait is immers een vergoeding voor de kosten die jaarlijks worden gemaakt om de bestaande onroerende en roerende infrastructuur in stand te houden. Het is weliswaar in bepaalde gevallen denkbaar dat een meerjarige lening wordt aangegaan voor de aanschaf van roerende goederen die over meerdere jaren zouden worden afgeschreven, maar dan nog is onduidelijk welke afschrijvingstermijnen en rentevoeten in acht werden genomen en of de forfaitaire intrestvergoeding daarvoor een gepaste compensatie vormt (zie ook opmerking 21 wat betreft de intrestvergoeding voor het strategisch forfait).

Wat betreft de vermelding “de evolutie van het algemeen rentepeil” wordt verwezen naar opmerking 22.1.

Artikel 12

28. In een verslag aan de Regering zou een verantwoording moeten worden opgenomen voor de keuze van de coëfficiënt 0,33 waarmee verscheidene bedragen vermeld in artikel 12, tweede lid, van het ontwerp worden vermenigvuldigd.

29. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt verduidelijkt dat de intrestvergoeding wordt toegevoegd na de correctie. Dit lijkt niet te sporen met de tekst van het ontwerp: aangezien in artikel 11, eerste lid, van het ontwerp, waar artikel 12 van afwijkt, al gewag wordt gemaakt van de verhoging overeenkomstig artikel 10, wordt volgens die tekst de intrestvergoeding toegepast voor de correctie. Deze tegenspraak tussen de nota aan de Vlaamse Regering en de tekst van het ontwerp moet worden verholpen.

30. De vraag rijst ten slotte of artikel 12 van het ontwerp niet veeleer thuishoort bij de overgangsbepalingen.

Hoofdstuk 4

31. Hoofdstuk 4 (“Slotbepalingen”) van het ontwerp bevat overgangsbepalingen (artikelen 13 tot 17), wijzigingsbepalingen (artikelen 18 en 19), en slechts twee eigenlijke slotbepalingen, namelijk een inwerkingtredingsbepaling (artikel 20) en een uitvoeringsbepaling (artikel 21). Het is dan ook raadzaam om de overgangsbepalingen en de wijzigingsbepalingen in afzonderlijke hoofdstukken onder te brengen.

Artikel 13

32. Bij artikel 13 van het ontwerp wordt voorzien in de mogelijkheid voor de Vlaamse Regering om het strategisch forfait in afwachting van de vaststelling van het zorgstrategisch plan toe te kennen voor investeringen die “dringend moeten worden uitgevoerd of die onafwendbaar zijn”. In het eerste geval is daarover het advies van het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid vereist, in het tweede geval moet het Fonds adviseren. Op de vraag hoe de begrippen “dringend” en “onafwendbaar” moeten worden ingevuld, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Bij ‘dringend’ betreft het investeringen die noodzakelijk zijn vanuit functioneel oogpunt (bv. omwille van patiëntveiligheid). Bij ‘onafwendbaar’ betreft het investeringen die vanuit bouwtechnisch oogpunt onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.”

Het is raadzaam om deze uitleg ook op te nemen, hetzij in de ontworpen bepaling zelf, hetzij in een verslag aan de Vlaamse Regering, gezien het belang ervan voor de betrokken ziekenhuizen.

33. Om te vermijden dat ziekenhuizen voor de toekenning van een strategisch forfait afhankelijk zijn van een noodzakelijk ietwat subjectieve en dus moeilijk voorspelbare beoordeling van de twee voormelde begrippen, verwijst de Raad van State nogmaals naar de noodzaak van een spoedige juridische formalisering van de zorgstrategische planning (zie opmerking 16).

Artikel 14 en bijlage 1

34. Bij artikel 14 van het ontwerp wordt voor de ziekenhuizen met zogenaamde ‘bouwkalenderprojecten’ voorzien in de mogelijkheid om te verzaken aan de financiering via het budget van financiële middelen en om te opteren voor het strategisch forfait. Daarbij wordt een aangepast bedrag bepaald, vermeld in kolom C of kolom D van bijlage 1 bij het ontwerp, die zouden moeten overeenstemmen met respectievelijk 40 en 90 procent van het basisbedrag vermeld in kolom B (afhankelijk van het federale aandeel in de financiering dat wordt overgenomen). De bedragen blijken echter af te wijken van deze percentages, hetgeen het best in een verslag aan de Vlaamse Regering wordt verduidelijkt.

35. Bij artikel 14, derde lid, van het ontwerp wordt voorzien in de mogelijkheid om de forfaitaire wijze van vergoeding van de intrestlasten te vervangen door een vergoeding van de reële intrestlasten. Na afloop van de terugbetalingstermijn wordt dan echter opnieuw een forfaitaire intrestvergoeding toegekend. Dit laatste wordt door de gemachtigde verantwoord vanuit de “levenscyclus benadering”.

In dit verband kan worden verwezen naar de opmerkingen 19 en 21, waar eveneens wordt herinnerd aan de bezwaren in het licht van de staatssteunregeling.

Die opmerking geldt ook voor artikel 15, derde lid, van het ontwerp.

Artikel 16

36. Artikel 16 van het ontwerp heeft betrekking op de mogelijkheid voor bepaalde projecten om in de plaats van de gebruikstoelage van het VIPA het strategisch forfait te ontvangen. Op de vraag hoe de hoogte van die gebruikstoelage zich verhoudt tot die van het strategisch forfait, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De gebruikstoelage betreft enkel het VIPA-gedeelte, daar waar het strategisch forfait – ten gevolge van de staatshervorming – in de plaats moet komen van de vroegere VIPA-betoelaging én de BFM-betoelaging. De berekening van de gebruikstoelage gebeurt op basis van het besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouwfysische normen voor de verzorgingsvoorzieningen van 16/07/2010. De berekening van het strategisch forfait vertrekt van het MB van 11 mei 2007.”

Deze uitleg wordt het best opgenomen in een verslag aan de Vlaamse Regering.

Artikel 17

37. Artikel 17 van het ontwerp behelst een in de tijd beperkte regeling voor de financiering van investeringen voor “diensten voor de functionele ondersteuning van bedden”. In artikel 17, eerste lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van percentages x, y, z, die nog moeten worden geconcretiseerd. Dat geldt ook voor het percentage x vermeld in het derde lid (waarmee overigens een ander percentage wordt bedoeld dan het percentage x vermeld in het eerste lid, zoals de gemachtigde bevestigde).

Nog afgezien van de weerslag van die concretisering op de budgettaire impact van de ontworpen regeling – waardoor eventueel de begrotingscontrole opnieuw moet worden doorlopen – moet de Raad van State een voorbehoud maken wat betreft de eventuele verschillende behandeling van algemene, universitaire en psychiatrische en categorale ziekenhuizen die eruit kan voortvloeien.

38. Artikel 17 van het ontwerp heeft ook een inhoudelijk beperkt toepassingsgebied, aangezien het enkel geldt voor de gevallen bedoeld in het vierde lid. De vraag rijst dan ook hoe de investeringen in deze ondersteunende diensten in de toekomst zullen worden opgevat, tenzij als accessorium van de ondersteunde bedden, plaatsen en eenheden op basis van het voor die bedden, plaatsen en eenheden toegekende strategisch forfait. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Dit zal mee het voorwerp uitmaken van de studie tot verfijning van alle gehanteerde parameters en bedragen.”

Een dergelijk antwoord volstaat niet in het licht van het recht op bescherming van de gezondheid en sociale en geneeskundige bijstand, vervat in artikel 23, tweede lid, 2°, van de Grondwet. Ook ondersteunende diensten die niet vallen onder de definitie van de term ‘eenheid’ in artikel 1, 8°, van het ontwerp (zie daarover opmerking 12), kunnen essentieel zijn voor een dienstverlening die voldoet aan het zo-even aangehaalde grondrecht. De ondersteunende diensten omvatten immers niet enkel logistieke voorzieningen, maar ook bepaalde ziekenhuisfuncties zoals de ziekenhuisapotheek³² en de spoeddienst.³³ Het volstaat niet om voor infrastructuurinvesteringen in dergelijke ondersteunende diensten zonder meer te verwijzen naar een toekomstige studie. De stellers van het ontwerp moeten dan ook hetzij de berekening van het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait herzien met deze diensten in het achterhoofd, hetzij voorzien in een rechtstreekse financiering van deze diensten.

Artikelen 18 tot 20

39. In het ontworpen artikel 29, § 8, van het koninklijk besluit van 25 april 2002 (artikel 18 van het ontwerp) wordt gewag gemaakt van de bedragen die “vóór 1 januari 2017” werden vastgesteld, terwijl in het ontworpen artikel 92/3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 (artikel 19 van het ontwerp) geldt “vanaf de datum van bekendmaking van [het te nemen besluit] in het Belgisch Staatsblad”. Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2017 (artikel 20 van het ontwerp). De gemachtigde antwoordde als volgt op de vraag hoe deze data zich onderling verhouden.

“Het is de bedoeling dat zowel het strategisch forfait (zie artikel 7, derde lid, van het ontwerpbesluit) als het instandhoudingsforfait vanaf 2017 kunnen worden uitbetaald. De Vlaamse Regering besliste immers bij BVR van 18 december 2015 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, wat betreft de investeringslasten en de aanloopkosten die voor de vaststelling van het voormelde budget in aanmerking worden genomen, om de financiering van de onderdelen A1 en A3 van dat budget stop te zetten voor investeringen die niet onder artikel 47/9, § 4, eerste lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten vallen. Zonder inwerkingtreding van het nieuwe financieringssysteem zijn alle investeringen in ziekenhuizen met een afschrijving vanaf 1 januari 2016, die niet onder de bijzondere financieringswet vallen, niet subsidiabel. Het is dus van belang dat het nieuwe financieringssysteem zo snel mogelijk in werking treedt. Vandaar dat geopteerd is voor 1 januari 2017 als datum van inwerkingtreding van het nieuwe systeem. Die teugwerkende kracht brengt geen nadeel toe aan de ziekenhuizen.

³² Artikel 17, tweede lid, 2°, van het ontwerp.

³³ Artikel 17, tweede lid, 16°, van het ontwerp. Op de vraag waarom de spoeddienst, nochtans een afzonderlijke ziekenhuisfunctie, als een ‘ondersteunende dienst’ wordt beschouwd, antwoordde de gemachtigde het volgende: “Omdat patiënten via de spoeddienst potentieel terecht kunnen komen in heel wat verschillende diensten van het ziekenhuis en de spoeddienst daarbij als bijzondere ‘ingangspoort’ fungeert voor quasi het volledige ziekenhuis.”

Wat artikel 18 betreft, zal vanaf de datum van inwerkingtreding van het nieuwe financieringssysteem (1 januari 2017) het theoretisch forfait medisch, niet-medisch en rollend materieel, zoals geregeld in artikel 29 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, deel uitmaken van het instandhoudingsforfait en niet langer deel uitmaken van het systeem van het BFM. Als echter een ziekenhuis in het BFM op basis van reële afschrijvingen meer ontvangt dan het voormelde theoretisch forfait, zal het bedrag dat het theoretisch forfait overschrijdt, verder via het BFM worden betaald. Vandaar dat in voornoemd artikel 29 de paragrafen 2 tot en met 7 en paragraaf 9, die op de berekening van de theoretische forfaits betrekking hebben, worden opgeheven met ingang van 1 januari 2017. Aangezien artikel 29, § 8, dat op het surplus boven het theoretisch forfait betrekking heeft, voor de berekening van bedragen verwijst naar de op te heffen paragrafen 2 tot 5 van dat artikel, moet de formulering van paragraaf 8 gedeeltelijk worden aangepast. De bedragen, berekend conform de paragrafen 2 tot 5, zijn dan uiteraard berekening[en] die werden gemaakt met toepassing van die paragrafen zoals die golden “vóór 1 januari 2017” (datum van hun opheffing).

Wat artikel 19 betreft, is het, gelet op de terugwerkende kracht tot op 1 januari 2017 van het (ontwerp)besluit, de bedoeling rekening te houden met aanvragen die met toepassing van het BVR van 18 maart 2011 (alternatieve investeringssubsidies) zijn ingediend vóór de datum van de publicatie in het Belgisch Staatsblad van het (ontwerp)besluit. Vanaf die laatste datum kunnen ziekenhuizen immers officieel kennis hebben van de inhoud van het besluit. Aanvragen die vóór de publicatiedatum zijn ingediend en waarvoor vóór die datum met toepassing van het BVR van 18 maart 2011 hetzij nog geen voorlopig of definitief principieel akkoord is verleend, hetzij nog geen gunstig advies is verleend door de coördinatiecommissie (projecten met financiering zonder voorafgaand principieel akkoord), worden geacht aanvragen te zijn voor het strategisch forfait volgens het (ontwerp)besluit. Aanvragen die in het raam van het BVR van 18 maart 2011 worden ingediend vanaf de publicatiedatum van het (ontwerp)besluit worden daarentegen geacht onontvankelijk te zijn en worden niet verder behandeld.”

De gemachtigde bezorgde ook het volgende overzicht met de datum van inwerkingtreding van elk van de vergoedingen waarin het ontwerp voorziet:

“Instandhoudingsforfait: voor alle ziekenhuizen vanaf 1 januari 2017

Strategisch forfait:

Art 13: van toepassing na beslissing door de Vlaamse Regering m.b.t. een investering en ten vroegste vanaf 1 januari 2017

Art 14: van toepassing vanaf 1 januari 2017 na aanvraag door een ziekenhuis met een bouwkalenderproject waarvoor nog geen provisioneel bedrag in het BFM is opgenomen.

Art 15: van toepassing vanaf 1 januari 2017 na aanvraag door een ziekenhuis met een bouwkalenderproject waarvoor nog geen provisioneel bedrag in het BFM is opgenomen, noch een gebruikstoelage door VIPA (of een éénmalige betaling van de alternatieve investeringssubsidies) werd uitbetaald.

Art 16: van toepassing vanaf 1 januari 2017 na aanvraag door een ziekenhuis dat beschikt over een positief advies van de VIPA-coördinatiecommissie in kader van autofinanciering binnen de alternatieve investeringssubsidies, na toetsing van de investering aan het nieuw zorgstrategisch kader.

Art 17: van toepassing voor de investeringen gevat door artikels 13,14,15 en 16 vanaf 1 januari 2017

Art 19: van toepassing vanaf datum publicatie voor de investeringen waarvoor op die datum nog geen aanvraag tot het bekomen van alternatieve investeringssubsidies werd ingediend en voor de investeringen waarvoor op die datum wel een dergelijke aanvraag in kader van de alternatieve investeringssubsidies werd ingediend, maar waarvoor nog geen voorlopig of definitief akkoord werd verleend, noch een goedkeuring in autofinanciering werd gegeven.”

De Raad van State kan zich bij die verantwoording aansluiten.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT