RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 75.512/3
van 26 maart 2024

over

een voorontwerp van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘betreffende de financiering van de infrastructuur van ziekenhuizen en psychiatrische verzorgingstehuizen’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 75.512/3
du 26 mars 2024

sur

un avant-projet d’ordonnance de la Commission communautaire commune ‘relative au financement des infrastructures des hôpitaux et des maisons de soins psychiatriques’

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Op 1 februari 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, Leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, bevoegd voor Welzijn en Gezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie 'betreffende de financiering van de infrastructuur van ziekenhuizen en psychiatrische verzorgingstehuizen'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 maart 2024. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Elly VAN DE VELDE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Yves DEPOORTER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tina COEN, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 maart 2024.

*

Le 1er février 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune, en charge de l'Action sociale et de la Santé à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune 'relative au financement des infrastructures des hôpitaux et des maisons de soins psychiatriques'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 12 mars 2024. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Elly VAN DE VELDE, conseillers d'État, Bruno PEETERS, assesseur, et Yves DEPOORTER, greffier.

Le rapport a été présenté par Tina COEN, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 mars 2024.

*

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie strekt ertoe de financiering te regelen van de investeringskosten voor de infrastructuur en de uitrusting van ziekenhuizen en psychiatrische verzorgingstehuizen.

Hoofdstuk 1 van het voorontwerp bevat algemene bepalingen, waaronder artikel 2, dat een aantal van de in de ontworpen ordonnantie gehanteerde begrippen definieert, de artikelen 3 en 4, die het toepassingsgebied regelen, en artikel 5, dat bepaalt dat de subsidies worden toegekend in overeenstemming met het DAEB-besluit.[2]

Hoofdstuk 2 legt de voorwaarden vast om voor financiering in aanmerking te komen en bepaalt de mogelijke financieringsvormen (artikelen 6 tot 12). Hoofdstuk 3 bepaalt per financieringsvorm welke bedragen voor financiering in aanmerking komen (artikelen 13 tot 18). Hoofdstuk 4 regelt per financieringsvorm hoe de toegekende subsidies zullen worden uitgekeerd (artikelen 19 tot 27).

Hoofdstuk 5 bepaalt de wijze waarop subsidies worden toegekend. De artikelen 28 en 29 regelen de opmaak van het gewestelijk strategisch zorgplan door het Verenigd College. Artikel 30 regelt het particulier zorgplan dat elke instelling moet opmaken om voor financiering in aanmerking te komen. Artikel 31 betreft de vaststelling van een investeringskalender door het Verenigd College. Artikel 32 regelt de indiening van de financieringsaanvragen, terwijl artikel 33 de indiening regelt van een dossier met het oog op de gunning van overheidsopdrachten met betrekking tot in de financieringsaanvraag opgenomen percelen. De artikelen 35 en 36 bepalen de opmaak van een vijfjarenonderhoudsplan door elke instelling, regelen de minimale inhoud ervan en bepalen dat het bedrag van de onderhoudssubsidie op basis van dit plan wordt vastgesteld. Artikel 37 machtigt het Verenigd College om de procedures te bepalen betreffende de informatie die de bouwheer moet verstrekken over de uitvoering van de overheidsopdrachten die het voorwerp uitmaken van een subsidiedossier.

[1] Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

[2] 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'.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Hoofdstuk 6 machtigt het Verenigd College om de controle op de aanwending van de toegekende subsidiebedragen en de wijze van terugvordering te regelen en legt dienaangaande enkele beginselen vast (artikelen 38 en 39).

Hoofdstuk 7 bevat een aantal opheffings- en overgangsbepalingen (artikelen 40 en 42 tot 44). De aan te nemen ordonnantie treedt in werking op de door het Verenigd College te bepalen datum (artikel 41).

BEVOEGDHEID

3. De Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie is integraal bevoegd voor de financiering van psychiatrische verzorgingstehuizen als een onderdeel van de gemeenschapsbevoegdheid inzake geestelijke gezondheidszorg.[3] Wat betreft de financiering van ziekenhuizen zijn de gemeenschappen evenwel slechts ten dele bevoegd, namelijk voor de financiering van de investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten.[4] In de praktijk gaat het om de onderdelen A1 en A3 van het zogenaamde budget van financiële middelen, zoals geregeld in de artikelen 9 en 11 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 'betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen'.

Overeenkomstig de artikelen 7, eerste lid, 2°, 9, 16 en 22 tot 24 van het voorontwerp wordt onder meer voorzien in een onderhoudssubsidie, die de kosten dekt die nodig zijn voor het onderhoud van de infrastructuur om deze in goede staat te houden. De term "Onderhoud" wordt in artikel 2, 14°, van het voorontwerp gedefinieerd als "herstellings- en onderhoudswerken, al dan niet periodiek, die geen aanleiding geven tot een waardestijging van het onroerend goed, bedoeld om de bestaande infrastructuur in goede staat te houden of de vervanging van installaties".

De aan de gemeenschappen overgehevelde bevoegdheid inzake de financiering omvat weliswaar de afschrijvingen van de lasten van grote onderhoudswerken,[5] maar niet de kosten voor gewone onderhoudswerken, die vallen onder onderdeel B1 van het budget van financiële middelen,[6] waarvoor de federale overheid bevoegd is gebleven.

Dat impliceert dat de ontworpen bepalingen zo moeten worden begrepen dat ze enkel betrekking hebben op de grote onderhoudswerken. De delegatie aan het Verenigd College, in artikel 9, tweede lid, van het voorontwerp, om te "bepalen welke werken van minder belang buiten beschouwing kunnen worden gelaten", moet dan ook worden weggelaten of op zijn minst worden aangepast zodat ze enkel betrekking kan hebben op grote onderhoudswerken.

4. Artikel 38, derde en vierde lid, van het voorontwerp voorziet respectievelijk in de verplichting of in de mogelijkheid van een wettelijke hypotheek ten behoeve van de

[3] Artikel 5, § 1, I, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

[4] Artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a) en b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

[5] Artikel 9, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 25 april 2002.

[6] Artikel 12, §§ 1, b), en 2, b), van het koninklijk besluit van 25 april 2002.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie wanneer de investeringssubsidie wordt toegekend met het oog op het aanschaffen van zakelijke rechten met betrekking tot een pand (derde lid) of met het oog op het uitvoeren van werken (vierde lid). Met die hypotheek wordt beoogd de terugbetaling te waarborgen van de nominale waarde van de infrastructuur waarvoor een investeringssubsidie werd verleend.

Zoals het Grondwettelijk Hof heeft uiteengezet in arrest nr. 27 van 22 oktober 1986, kan "[i]edere wetgever (…) van oordeel zijn aan een schuldvordering die voortvloeit uit bepalingen die hij heeft uitgevaardigd ter regeling van een hem toegekende aangelegenheid, een voorrecht of een hypotheek te moeten verbinden".[7]

Volgens de Franse tekst van artikel 38, derde lid, van het voorontwerp, gaat het om een wettelijke hypotheek "de premier rang". De gemachtigde bevestigde dat, ook al komt die precisering niet voor in de Nederlandse tekst, dat wel degelijk de bedoeling is.

Anders dan voor voorrechten verbonden aan de rechten van de Staatskas, waarvoor artikel 15 van de hypotheekwet van 16 december 1851 voorschrijft dat de wetgever de orde bepaalt waarin ze worden uitgeoefend (maar niet ten nadele van vroeger door derden verkregen rechten), nemen hypotheken, en dus ook die gevestigd door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, volgens artikel 81 van dezelfde wet tussen de schuldeisers onderling "niet eerder rang [in] dan van de dag der inschrijving in de registers van de hypothecaire openbaarmaking gedaan, in de vorm en op de wijze die de wet voorschrijft". Door te bepalen dat de nieuwe wettelijke hypotheek die wordt ingesteld bij artikel 38, derde lid, van het voorontwerp een hypotheek van eerste rang is, wordt afgeweken van de bestaande voorrangsregeling waarin artikel 81 van de hypotheekwet van 16 december 1851 voorziet.

Zoals het Grondwettelijk Hof heeft uiteengezet in het voormelde arrest, moet het belang dat de wetgever beoogt te beschermen door het instellen van een voorrecht, worden afgewogen ten aanzien van de andere belangen die door voorrechten ingesteld door andere wetgevers worden beschermd en moet daarbij het evenredigheidsbeginsel worden nageleefd.[8] Dit geldt *a fortiori* voor hypotheken, waarvoor het uitgangspunt voor de uitoefening ervan de datum van inschrijving in de registers van de hypothecaire openbaarmaking is, zodat het instellen van een voorrang "van eerste rang" betekent dat alle andere hypothecaire schuldeisers zonder meer worden achtergesteld. Een dergelijke maatregel heeft tot gevolg dat de uitoefening van de bevoegdheid ter zake door andere overheden (inzake het instellen van hypotheken voor schuldvorderingen binnen hun materiële bevoegdheden) op onevenredige wijze wordt bemoeilijkt of zelfs onmogelijk wordt gemaakt.

De conclusie is dan ook dat de woorden "de premier rang" in de Franse tekst van artikel 38, derde lid, van het voorontwerp moeten worden weggelaten.

[7] GwH 22 oktober 1986, nr. 27, 3.B.3.3.

[8] *Ibid.*

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

VORMVEREISTEN

5. De ontworpen regeling behelst het toekennen van subsidies aan ziekenhuizen en psychiatrische verzorgingstehuizen en moet als staatssteun worden beschouwd, die overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) moet worden aangemeld bij de Europese Commissie, tenzij indien een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsgrond.

Uit artikel 5 van het voorontwerp blijkt dat een beroep zal worden gedaan op het DAEB-besluit. Volgens de memorie van toelichting wordt "[i]n de zin van het Europese recht inzake staatssteun (…) voorgesteld zich te baseren op het 'mandaat' zoals vervat in de gecoördineerde wet op de ziekenhuizen. Dit mandaat – met inbegrip van zijn karakter als dienst van algemeen economisch belang (DAEB) – is immers bekrachtigd door de Europese Commissie, die ook de erop toe te passen begrenzingen heeft bevestigd".

Op de vraag wat precies wordt bedoeld met die bekrachtiging door de Europese Commissie, antwoordde de gemachtigde als volgt:

> "Parallèlement à une enquête approfondie concernant le financement des hôpitaux publics bruxellois, des échanges ont eu lieu avec l'Etat belge. À l'occasion de ces échanges, il a été constaté que l'article 2 de la loi sur les hôpitaux ne fait pas formellement référence au mandat du SIEG. L'article 2 de la loi sur les hôpitaux a été modifié à cette fin par la loi portant des dispositions diverses (I) du 27 décembre 2006 (art. 268). Il y a été précisé que '*Ces hôpitaux remplissent une mission d'intérêt général*'. Ceci permet de finir de rencontrer les obligations découlant de la communication de la Commission européenne sur les SIEG."

De Europese Commissie heeft inderdaad bij besluit van 5 juli 2016 geoordeeld dat de compensatie van de tekorten van de Brusselse openbare IRIS-ziekenhuizen voldoet aan de vereisten van het DAEB-besluit en daarom verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 106, lid 2, van het VWEU.[9] Die conclusie kan in beginsel ook gelden voor de thans ontworpen regeling, mits erop wordt toegezien dat bij het uitwerken van de uitvoeringsbesluiten van de aan te nemen ordonnantie rekening wordt gehouden met de materiële en formele voorwaarden vervat in het DAEB-besluit en de nodige bepalingen worden opgenomen om dat te waarborgen.[10]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

6. De verwijzing, in de definitie van het begrip "Financiële instelling" (artikel 2, 11°, van het voorontwerp), naar artikel 11 van het intussen opgeheven Wetboek van vennootschappen

[9] Besluit van de Commissie van 5 juli 2016 (C(2016) 4051 final) 'betreffende steunmaatregel SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) die door België ten uitvoer is gelegd – Overheidsfinanciering van de Brusselse openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk', punt 7.3.9, overweging 263.

[10] Zie in dat verband adv.RvS 60.973/3 van 15 maart 2017 en adv.RvS 61.651/3 van 10 juli 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 'betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen'.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel 1:20 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

7. De omschrijving van bepaalde begrippen in artikel 2 van het voorontwerp komt in grote mate neer op een parafrasering van andere artikelen van het voorontwerp. Zo herneemt de definitie van het begrip "Gewestelijk strategisch zorgplan" (punt 19°) ten dele de inhoud van de artikelen 28, eerste lid, en 29 van het voorontwerp. Hetzelfde geldt onder meer voor de begrippen "Particulier zorgplan" en "Investeringskalender" (punten 20° en 21°) waarvan de omschrijvingen overlappen met de inhoud van de artikelen 30 respectievelijk 31 van het voorontwerp.

Als de stellers van het voorontwerp een definitie van deze begrippen noodzakelijk achten, kan worden overwogen om artikel 2, 19° tot 21°, van het voorontwerp als volgt te redigeren:

"19° Gewestelijk strategisch zorgplan: het plan, bedoeld in de artikelen 28, eerste lid, en 29;

20° Particulier zorgplan: het plan, bedoeld in artikel 30;

21° Investeringskalender: de kalender, bedoeld in artikel 31;".

Artikel 4

8. Luidens artikel 4, eerste lid, van het voorontwerp kan financiering worden toegekend om de kosten te dekken die nodig zijn om te beschikken over duurzame en kwaliteitsinfrastructuur, terwijl artikel 7, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat een financiering kan worden verleend ter dekking van de kosten die de instelling maakt om over een kwalitatieve zorginfrastructuur te beschikken, waarna een opsomming volgt van de elementen waaruit de financiering kan bestaan. Op de vraag hoe beide bepalingen zich tot elkaar verhouden, antwoordde de gemachtigde als volgt:

> "L'article 7 précise comment se compose les possibilités de financement auquel une institution de soins peut prétendre pour avoir une infrastructure de soins de qualité et durable dans le sens où celle-ci doit être maintenue en état tout au long de son exploitation (c'est ce qui est repris dans l'article 4)."

Dit antwoord verklaart evenwel niet waarom artikel 7, eerste lid, eerste zin, ten dele overlapt met artikel 4, eerste lid, van het voorontwerp. Als er een verschillende betekenis wordt beoogd, moet die minstens in de memorie van toelichting nader worden geduid. Als dat niet het geval is, moet de overlapping worden weggewerkt door ofwel artikel 4, eerste lid, ofwel artikel 7, eerste lid, eerste zin, van het voorontwerp weg te laten.

Artikel 6

9.1. Een ziekenhuis of psychiatrisch verzorgingstehuis komt overeenkomstig artikel 6 van het voorontwerp enkel voor financiering in aanmerking wanneer het geen winstoogmerk heeft. Op de vraag wanneer een instelling wordt geacht geen winstoogmerk te hebben, antwoordde de gemachtigde als volgt:

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

"Il s'agit en effet des entreprises qui ne distribuent ni procurent directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à quiconque, sauf dans le but désintéressé en vue duquel ces entités sont constituées. (voir l'article 1:2 du CSA)."

Het is desalniettemin raadzaam om de tekst van artikel 6 van het voorontwerp af te stemmen op die van artikel 1:2 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

9.2. De verschillende behandeling die uit de zo-even geschetste vereiste voortvloeit tussen instellingen met en zonder winstoogmerk, werd door de gemachtigde als volgt verantwoord:

"Le choix est fait de soutenir les entreprises chargées de missions d'intérêt général en veillant à ce que les moyens disponibles soient intégralement alloués à la mission d'intérêt général et non pas à la rémunération des associés, administrateurs ou autres."

Met die verantwoording kan worden ingestemd.

Artikel 8

10. Luidens artikel 8, eerste lid, 3°, van het voorontwerp geven projecten die bestaan uit de aankoop van onroerend goed door bestemming[11] recht op een investeringssubsidie. Gevraagd of onroerende goederen door incorporatie[12] bewust niet worden vermeld, antwoordde de gemachtigde dat het om een vergetelheid gaat en dat deze categorie van onroerende goederen nog zal worden toegevoegd. Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 11

11. Artikel 11, derde lid, van het voorontwerp schrijft voor dat elke wijziging van het huurcontract eerst aan de administratie moet worden voorgelegd. Artikel 25, derde lid, van het voorontwerp bepaalt dat de instelling de administratie onverwijld informeert van enige wijziging met betrekking tot de huurovereenkomst, met inbegrip van de verlenging, hernieuwing of vroegtijdige beëindiging ervan, alsook dat de huursubsidie van rechtswege wordt opgeschort indien de instelling de administratie een wijziging van de huurovereenkomst niet meedeelt.

Op de vraag hoe die twee bepalingen zich tot elkaar verhouden, antwoordde de gemachtigde:

"Afin d'éviter une lourdeur administrative qui prévoirait un renouvellement de la demande de subvention location, étant donné qu'un contrat de bail est signé pour une période déterminée, la subvention sera versée chaque année pendant la durée du bail. Néanmoins l'institution doit impérativement avertir l'administration d'une quelconque modification au niveau du contrat de bail, sans quoi il pourrait perdre le droit à cette subvention. Il doit en avertir l'administration au préalable afin de s'assurer que la location

[11] Dit betreft de accessoria van een onroerend goed (artikel 3.47, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek).

[12] Luidens artikel 3.47, tweede en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek zijn onroerend door incorporatie, alle bouwwerken en beplantingen die, doordat zij geïncorporeerd zijn in onroerende goederen uit hun aard, hiervan een inherent bestanddeel vormen. Ook inherente bestanddelen van deze bouwwerken en beplantingen zijn onroerend door incorporatie, ongeacht of zij geïncorporeerd zijn.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

s'inscrit toujours bien dans les conditions de la subvention. L'institution ne pourra en aucun cas invoquer que le bail a déjà été signé pour obtenir une subvention.

Le but est, en effet, d'éviter que les institutions puissent 'forcer' l'octroi d'un subside en dehors des hypothèses de validation préalable de la conformité du projet avec l'objectif d'offre de soins de santé."

Deze toelichting noopt tot twee bedenkingen.

Enerzijds voegt artikel 11, derde lid, van het voorontwerp inhoudelijk niets toe aan de in artikel 25, derde lid, van het voorontwerp opgenomen verplichting om de administratie op de hoogte te brengen van enige wijziging met betrekking tot de huurovereenkomst, waaraan bovendien een sanctie wordt verbonden. Artikel 11, derde lid, van het voorontwerp zou dan ook beter worden weggelaten.

Anderzijds willen de stellers van het voorontwerp volgens de gemachtigde vermijden dat een ziekenhuis of psychiatrisch verzorgingstehuis een subjectief recht op huursubsidies heeft, louter omwille van het gegeven dat reeds een huurovereenkomst is gesloten. Dit blijkt evenwel niet uit het voorontwerp, wel integendeel, aangezien artikel 11, eerste lid, van het voorontwerp met zoveel woorden bepaalt dat "het feit dat een huurovereenkomst werd gesloten" "recht [geeft] op huursubsidie".[13] Als dat niet de bedoeling is, moet deze bepaling worden aangepast.

Artikel 33

12. Artikel 33, § 1, van het voorontwerp bepaalt dat alle overheidsopdrachten worden gegund overeenkomstig de bepalingen van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en de latere wijzigingen ervan. Overeenkomstig artikel 33, § 2, van het voorontwerp moet de opdrachtgever vóór de gunning van een overheidsopdracht voor één of meerdere in de financieringsaanvraag opgenomen percelen een gunningsdossier indienen bij de administratie.

De gemachtigde bevestigde dat voor werken, leveringen en diensten waarvoor de instellingen financiering vragen, de wet van 17 juni 2016 toepasselijk is. Op de vraag wat de ontworpen bepalingen dan precies toevoegen aan wat reeds voortvloeit uit die wet, antwoordde de gemachtigde als volgt:

"Il s'agit d'un rappel destiné, notamment à lever tout doute d'interprétation. En effet, dans la mesure où il existe une distinction entre l'hôpital et la personne morale qui l'exploite, l'ajout de cette précision permet d'éviter toute argutie juridique destinée à se prévaloir d'une faille dans la loi pour échapper à cette obligation."

[13] Overigens is de wijze van toekenning van huursubsidies, in tegenstelling tot de toekenning van investeringssubsidies, projectsubsidies en onderhoudssubsidies en het verlenen van een waarborg, niet nader geregeld, waardoor een combinatie van artikel 11, eerste lid, van het voorontwerp met andere bepalingen ervan niet tot een andere conclusie leidt. Hoofdstuk 5 ("Toekenningsprocedure") van het voorontwerp regelt weliswaar financieringsaanvragen voor projecten die zijn opgenomen in de investeringskalender, maar huursubsidies houden niet noodzakelijk verband met investeringen.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Nog daargelaten de vraag of de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie bevoegd is om te beslissen over de toepasselijkheid van de wet van 17 juni 2016, is artikel 33, §§ 1 en 2, van het voorontwerp overbodig en moet het worden weggelaten. Dat geldt ook voor de delegatie aan het Verenigd College, in artikel 33, § 3, van het voorontwerp, om de procedures met betrekking tot het indienen en de samenstelling van het gunningsdossier te bepalen.

Artikelen 38 en 39

13. De draagwijdte van de artikelen 38, tweede lid, en 39 van het voorontwerp moet op een aantal punten worden verduidelijkt.

13.1. Artikel 38, tweede lid, van het voorontwerp machtigt het Verenigd College om de terugvorderingsmechanismen te bepalen van de toegewezen bedragen in geval van beëindiging van de activiteit die recht gaf op financiering. Deze algemene formulering wekt de indruk dat alle toegekende bedragen moeten worden teruggevorderd zodra de activiteit die recht gaf op financiering werd beëindigd, ongeacht of de financiering werd toegekend in de vorm van huursubsidies, onderhoudssubsidies of projectsubsidies en ongeacht de termijn die sinds het toekennen van de subsidies en de beëindiging van de activiteit is verstreken.[14] Hierdoor komt de ontworpen regeling eigenlijk neer op een renteloze lening voor onbepaalde duur, waarvan de terugbetalingsverplichting opeisbaar wordt op het ogenblik dat de instelling de betrokken activiteit beëindigt.

De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

> "L'idée est de ne porter que sur la subvention investissements et, le cas échéant, sur la subvention projet si celle-ci portait sur un projet plus étendu. Dans ce dernier cas, pourtant, c'est dans les modalités d'octroi de la subvention que ce serait précisé. La règle générale ne doit concerner que la subvention investissement."

Teneinde geen twijfel te laten bestaan over de door de gemachtigde geschetste draagwijdte van artikel 38, tweede lid, van het voorontwerp, moet de zinsnede "toegewezen bedragen" worden vervangen door "toegewezen investeringssubsidies".

13.2. Ten tweede wordt het Verenigd College bij de voormelde ontworpen bepaling enkel gemachtigd om de terugvorderingsmechanismen te bepalen in geval van beëindiging van de activiteit die recht gaf op financiering, terwijl luidens artikel 39, 2°, van het voorontwerp de nominale waarde van de infrastructuur waarvoor investeringssubsidies werden verleend, ook zal moeten worden teruggestort in geval van ontmanteling van de infrastructuur. Gevraagd of de voormelde delegatie aan het Verenigd College ook deze hypothese beoogt te dekken, antwoordde de gemachtigde:

> "Pour ce qui concerne le démantèlement, il nous semble qu'aucune autre précision ne doit être donnée. La délégation ne semblait donc pas utile/nécessaire."

[14] Voor investeringssubsidies geldt een afzonderlijke regeling waarbij niet de toegekende bedragen maar de nominale waarde van de infrastructuur wordt teruggevorderd (zie artikel 39 van het voorontwerp).

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

13.3. Ten derde wordt volgens artikel 39 van het voorontwerp in geval van de terugvordering van een investeringssubsidie niet het toegewezen bedrag maar wel de *nominale waarde van de infrastructuur waarvoor een investeringssubsidie werd verleend* teruggestort, althans bij beëindiging van de activiteit of bij ontmanteling van de infrastructuur.

Volgens de gemachtigde is de nominale waarde "la valeur initialement déclarée dans les comptes de l'institution". Het lijkt alvast raadzaam om dat te expliciteren in de ontworpen bepaling.

De vraag rijst of de nominale waarde van een gebouw (of van een ander goed onroerend door bestemming of incorporatie) na verscheidene jaren effectief ongewijzigd zal zijn, louter omwille van de aanwending van onderhoudssubsidies. Nog afgezien van de vaststelling dat de onderhoudssubsidie waarop een instelling aanspraak kan maken, wordt geplafonneerd (artikel 16, tweede lid, van het voorontwerp), zijn er diverse andere externe factoren denkbaar die de waarde van een onroerend goed (in positieve of negatieve zin) beïnvloeden. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de infrastructuur, ondanks het goede onderhoud, op het ogenblik van de beëindiging van de activiteit of de ontmanteling ervan sterk verouderd is, waardoor de reële waarde ervan op dat ogenblik lager ligt dan de destijds toegekende investeringssubsidies.

Gevraagd of van de instelling in zo'n geval ook zal worden verlangd dat zij de nominale waarde terugbetaalt, antwoordde de gemachtigde:

> "Cette hypothèse n'a pas été envisagée tant elle semble improbable. Il est pourtant attendu de l'institution qu'elle restitue effectivement la somme perçue."

Er zal wel rekening moeten worden gehouden met artikel 13, eerste lid, van de wet van 16 mei 2003 'tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof', op grond waarvan de begunstigde tot onmiddellijke terugbetaling van de *subsidie* is gehouden indien hij de voorwaarden niet naleeft waaronder de subsidie werd verleend, de subsidie niet aanwendt voor de doeleinden waarvoor zij werd verleend of de controle op de aanwending van de subsidie verhindert. Dat betekent dat wel degelijk in elk geval het bedrag van de subsidie moet worden teruggevorderd, ook indien de nominale waarde van de infrastructuur lager ligt.

13.4. In de memorie van toelichting wordt nog het volgende uiteengezet over de terugstorting van de nominale waarde van de infrastructuur bij wijziging van de subsidiërende overheid:

> "8° Bovendien schuilt het belang van het belangrijke mechanisme voor de goede benutting van de onderhoudssubsidie ook in de terugvordering in geval van bestemmingswijziging (hetzij door de bestemmingswijziging van een gebouw waarvoor in het verleden een bouwsubsidie werd toegekend, hetzij door wijziging van de subsidiërende overheid in geval van samenwerking met een instelling die afhangt van een andere overheid dan de GGC): omdat de waarde van het gebouw ongewijzigd wordt geacht door de waarde van de onderhoudssubsidie, wordt de bouwsubsidie geacht nog steeds aanwezig te zijn.
>
> Bijgevolg :

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

1° In geval van overdracht van een gebouw wordt de nominale waarde van de werken teruggevorderd van de instelling waarbij die waarde - voorkomend geval - van een volgende subsidie wordt afgetrokken;

2° In geval van wijziging van de subsidiërende overheid wordt diezelfde waarde ook teruggevorderd.

Dit mechanisme maakt het mogelijk de financiering van de aankoop van het pand in het kader van de bouwsubsidie te overwegen, voor zover aan het eind van de gebruiksperiode van het aldus verworven pand de waarde ervan kan worden teruggevorderd van de instelling."

De gemachtigde gaf daarover ook nog de volgende toelichting:

"L'activité hospitalière est une activité qui s'exerce sur 'mandat' de l'autorité compétente. Partant, si on change d'autorité compétente, le mandat change également et le mandat de la COCOM prend fin. Il y a alors lieu de rembourser.

(…)

L'hypothèse – peu probable – est celle de la fusion d'une institution avec une autre institution présente sur le territoire bruxellois, mais relevant d'une autre entité. On pense ainsi à l'absorption d'une institution par une institution universitaire, par exemple."

Er zou nochtans kunnen worden geargumenteerd dat in dergelijke hypothese de activiteit niet eindigt, maar wordt voortgezet onder de subsidieregeling van een andere overheid. Ter wille van de rechtszekerheid valt te overwegen om de wijziging van subsidiërende overheid als afzonderlijke grond voor het ontstaan van de terugstortingsverplichting op te nemen in artikel 39 van het voorontwerp.

14. Ook artikel 38, derde lid, van het voorontwerp noopt tot een aantal opmerkingen.

14.1. Vooreerst moeten, zoals is uiteengezet in opmerking 4, in de Franse tekst de woorden "de premier rang" worden weggelaten.

14.2. Ten tweede gaat het volgens zowel de Nederlandse als de Franse tekst om een wettelijke hypotheek, namelijk een "hypotheek die uit de wet ontstaat" (artikel 44, eerste lid, van de hypotheekwet van 16 december 1851), terwijl zowel de Nederlandse tekst van artikel 38, derde lid, van het voorontwerp als de bespreking van artikel 38 in de memorie van toelichting gewag maken van een verplichting om een hypotheek af te sluiten. Een wettelijke hypotheek ontstaat evenwel van rechtswege en wordt dus per definitie niet afgesloten. Ook is niet meteen duidelijk op welke onroerende goederen de hypotheek precies zal worden gevestigd, wat moet worden gepreciseerd.

14.3. Ten derde is de draagwijdte van de wettelijke hypotheek beperkt tot "zakelijke rechten met betrekking tot een pand". Gevraagd naar de precieze draagwijdte van deze zinsnede, antwoordde de gemachtigde:

"L'idée est d'y assimiler le terrain et les immeubles par destination et par incorporation."

Het begrip "onroerende goederen" dekt die lading evenwel beter dan het begrip "pand". Om geen twijfel te laten bestaan over de precieze draagwijdte van artikel 38, derde lid, is

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

het dan ook raadzaam om de bepaling te herformuleren, waarbij volgende formulering kan worden overwogen:

"Als een investeringssubsidie werd toegekend met het oog op het aanschaffen van een onroerend goed, wordt de betaling, bedoeld in artikel 39, gewaarborgd met een wettelijke hypotheek die ten gunste van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie wordt gevestigd op de aangeschafte zakelijke rechten."

15. Tot slot blinkt ook artikel 38, vierde lid, van het voorontwerp niet uit in duidelijkheid.

15.1. Enerzijds wordt in de Nederlandse tekst gewag gemaakt van een "wettelijke hypotheek", terwijl de Franse tekst enkel een "hypothèque" vermeldt. De gemachtigde bevestigde dat het ook hier een wettelijke hypotheek betreft.

15.2. Anderzijds bevat de ontworpen bepaling een met het ontworpen derde lid vergelijkbare regeling voor investeringssubsidies die worden toegekend met het oog op het uitvoeren van werken, met dien verstande dat het gaat om een wettelijke hypotheek die *kan* worden afgesloten. Hierover wordt in de memorie van toelichting het volgende uiteengezet:

> "Een soortgelijk mechanisme wordt ingesteld voor de financiering van werken. Het gaat hier in het bijzonder om werken die tot gevolg of tot doel hebben het vastgoedpatrimonium van de instelling te doen toenemen. Deze waarborg is bedoeld om het risico op vastgoedspeculatie of vervreemding van overheidsgeld te voorkomen. Het is aan het Verenigd College om de hypotheses van een dergelijke hypotheek nader te omschrijven, om rekening te houden met de gevallen waarin dergelijke waarborgen passend zijn of daarentegen het risico inhouden dat de financieringskosten voor de instelling hoger uitvallen."

Uit de ontworpen bepaling kan echter niet worden afgeleid dat het de bedoeling is om het Verenigd College toe te laten het toepassingsgebied ervan nader te bepalen. Dit kan alleszins niet worden afgeleid uit het gebruik van het woord "kan". De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

> "Le troisième alinéa vise l'hypothèse d'un bien qui est acquis avec des fonds publics. L'apport de l'institution quant à l'immeuble est réduit, puisque la subvention y est affectée. Dans ce cas, en vue de s'assurer d'un retour en cas de désaffection ou de fin d'activité, l'hypothèque de premier rang est requise pour garantir le remboursement.
>
> Le quatrième alinéa concerne un bien dont la propriété peut avoir été acquise de toutes les manières possibles. Dans ce cas, il s'agit d'évaluer, dans le cadre de l'octroi de la subvention, la solution la plus adéquate pour offrir la garantie minimale dont doit pouvoir jouir l'autorité.
>
> Le choix est fait de ne pas imposer la forme de la garantie lorsqu'elle n'est pas indispensable. Seule l'hypothèse de l'alinéa 3 est jugée à ce point importante qu'une hypothèque légale de premier rang est absolument indispensable."

De gemachtigde lijkt artikel 38, vierde lid, van het voorontwerp zo te begrijpen dat het Verenigd College wordt gemachtigd om, per financieringsaanvraag, na te gaan of het vestigen van een hypotheek aangewezen is. Dat valt echter niet in overeenstemming te brengen met de

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

voormelde passage in de memorie van toelichting én met de affirmatie door de gemachtigde dat ook artikel 38, vierde lid, van het voorontwerp een wettelijke hypotheek betreft. Bovendien is ook hier niet duidelijk op welke onroerende goederen de hypotheek precies zal worden gevestigd.

De stellers van het voorontwerp moeten dan ook nagaan welke draagwijdte zij precies aan artikel 38, vierde lid, van het voorontwerp willen geven:

- een machtiging aan het Verenigd College om namens de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie een conventionele hypotheek te vestigen op (nader te preciseren) onroerende goederen van de aanvrager; of

- een machtiging aan het Verenigd College om te bepalen in welke gevallen (van rechtswege) een wettelijke hypotheek ten gunste van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie wordt gevestigd op (nader te preciseren) onroerende goederen van de aanvrager.

In beide gevallen zal de tekst van artikel 38, vierde lid, van het voorontwerp moeten worden geherformuleerd om geen twijfel te laten bestaan over de precieze draagwijdte ervan.

*

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune soumis pour avis a pour objet d'organiser le financement des coûts des investissements d'infrastructure et d'équipement des hôpitaux et des maisons de soins psychiatriques.

Le chapitre 1er de l'avant-projet contient des dispositions générales dont l'article 2 qui définit un certain nombre de notions employées dans l'ordonnance en projet, les articles 3 et 4 qui règlent le champ d'application, et l'article 5 qui prévoit que les subventions sont octroyées conformément à la décision SIEG [2].

Le chapitre 2 fixe les conditions d'éligibilité au financement et détermine les formes de financement possibles (articles 6 à 12). Le chapitre 3 détermine les montants qui sont admis aux financements par forme de financement (articles 13 à 18). Le chapitre 4 fixe, pour chaque forme de financement, les modalités du versement des subventions allouées (articles 19 à 27).

Le chapitre 5 définit les modalités d'octroi des subventions. Les articles 28 et 29 règlent l'élaboration du plan stratégique régional en matière de soins par le Collège réuni. L'article 30 règle le plan particulier en matière de soins que chaque institution doit élaborer pour être éligible au financement. L'article 31 concerne l'adoption d'un calendrier des investissements par le Collège réuni. L'article 32 règle l'introduction de demandes de financement, tandis que l'article 33 organise le dépôt d'un dossier en vue de l'attribution de marchés publics relatifs aux lots repris dans la demande de financement. Les articles 35 et 36 prévoient l'établissement d'un plan quinquennal d'entretien par chaque institution, en règlent la teneur minimale et précisent que le montant de la subvention entretien est fixé sur la base de ce plan. L'article 37 habilite le Collège réuni à fixer les modalités de l'information à donner par le maître de l'ouvrage en ce qui concerne l'exécution des marchés faisant l'objet d'un dossier de subvention.

Le chapitre 6 habilite le Collège réuni à régler le contrôle de l'utilisation des montants de la subvention alloués ainsi que le mode de récupération de ces montants et arrête quelques principes en la matière (articles 38 et 39).

[1] S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

[2] Décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général'.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Le chapitre 7 contient un certain nombre de dispositions abrogatoires et transitoires (articles 40 et 42 à 44). L'ordonnance à adopter entre en vigueur à une date devant être fixée par le Collège réuni (article 41).

COMPÉTENCE

3. La Commission communautaire commune est entièrement compétente pour le financement des maisons de soins psychiatriques dans le cadre de sa compétence communautaire en matière de soins de santé mentale [3]. Toutefois, en ce qui concerne le financement des hôpitaux, les communautés ne sont que partiellement compétentes, à savoir pour le financement du coût des investissements de l'infrastructure et des services médicotechniques [4]. Dans la pratique, il s'agit des sous-parties A1 et A3 du budget dit des moyens financiers que règlent les articles 9 et 11 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux'.

Conformément aux articles 7, alinéa 1er, 2°, 9, 16 et 22 à 24 de l'avant-projet, une subvention entretien est notamment prévue, qui couvre les coûts nécessaires à l'entretien de l'infrastructure pour la maintenir en état. Le terme « Entretien » est défini à l'article 2, 14°, de l'avant-projet comme « les travaux de réparation et d'entretien, qu'ils soient périodiques ou non, ne donnant pas lieu à un accroissement de la valeur du patrimoine, destinés à maintenir en l'état l'infrastructure existante ou les travaux de remplacement des installations ».

La compétence en matière de financement transférée aux communautés comprend certes les amortissements des charges de gros travaux d'entretien [5] mais pas les frais des travaux d'entretien ordinaires qui relèvent de la sous-partie B1 du budget des moyens financiers [6] pour lesquels l'autorité fédérale est restée compétente.

Cela implique que les dispositions en projet doivent être interprétées en ce sens qu'elles concernent uniquement les gros travaux d'entretien. Aussi la délégation accordée au Collège réuni par l'article 9, alinéa 2, de l'avant-projet, afin de « déterminer les travaux de moindre importance qui peuvent ne pas être pris en compte » doit-elle être omise ou au moins adaptée pour ne concerner que les gros travaux d'entretien.

4. L'article 38, alinéas 3 et 4, de l'avant-projet instaure respectivement l'obligation ou la possibilité d'une hypothèque légale au bénéfice de la Commission communautaire commune lorsque la subvention investissement est accordée en vue de l'acquisition de droits réels relatifs à un immeuble (alinéa 3) ou en vue de la réalisation de travaux (alinéa 4). Cette hypothèque vise à garantir le remboursement de la valeur nominale de l'infrastructure ayant fait l'objet d'une subvention investissement.

[3] Article 5, § 1er, I, alinéa 1er, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

[4] Article 5, § 1er, I, alinéa 1er, 1°, a) et b), de la loi spéciale du 8 août 1980.

[5] Article 9, alinéa 2, 3°, de l'arrêté royal du 25 avril 2002.

[6] Article 12, §§ 1er, b), et 2, b), de l'arrêté royal du 25 avril 2002.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Ainsi que la Cour constitutionnelle l'a exposé dans son arrêt n° 27 du 22 octobre 1986, « [c]haque législateur peut estimer devoir assortir d'un privilège ou d'une hypothèque une créance née des dispositions qu'il a prises pour régler une matière qui lui est attribuée » [7].

Selon le texte français de l'article 38, alinéa 3, de l'avant-projet, il s'agit d'une hypothèque légale « de premier rang ». Le délégué a confirmé que telle est bien l'intention poursuivie, même si cette précision n'apparaît pas dans le texte néerlandais.

À la différence des privilèges, à raison des droits du trésor public, à propos desquels l'article 15 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 prescrit que le législateur règle l'ordre dans lequel ils s'exercent (mais pas au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers), aux termes de l'article 81 de cette même loi, les hypothèques, et donc aussi celles établies par la Commission communautaire commune, n'ont entre les créanciers « de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres de la publicité hypothécaire, dans la forme et de la manière prescrites par la loi ». En précisant que la nouvelle hypothèque légale instituée par l'article 38, alinéa 3, de l'avant-projet est une hypothèque de premier rang, il est dérogé à la règle de priorité existante inscrite à l'article 81 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851.

Ainsi que l'a exposé la Cour constitutionnelle dans l'arrêt précité, l'intérêt que le législateur entend protéger en créant un privilège doit être mis en balance avec les autres intérêts qui sont protégés par des privilèges créés par d'autres législateurs en observant, à cet égard, le principe de proportionnalité [8]. Cela s'applique *a fortiori* aux hypothèques pour lesquelles le point de départ de leur exercice est la date d'inscription dans les registres de la publicité hypothécaire, de sorte que l'établissement d'une priorité « de premier rang » implique que tous les autres créanciers hypothécaires sont tout simplement relégués au second plan. Une telle mesure a pour effet de rendre disproportionnément difficile, voire impossible, l'exercice des compétences d'autres autorités en la matière (en ce qui concerne l'établissement d'hypothèques pour les créances dans les limites de leurs compétences matérielles).

En conclusion, on omettra donc les mots « de premier rang » dans le texte français de l'article 38, alinéa 3, de l'avant-projet.

FORMALITÉS

5. Le régime en projet comprend l'octroi de subventions aux hôpitaux et maisons de soins psychiatriques et doit être considéré comme une aide d'État devant être notifiée à la Commission européenne conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), sauf si un motif de dispense peut être invoqué.

Il ressort de l'article 5 de l'avant-projet que la décision SIEG est invoquée. Selon l'exposé des motifs, « [a]u sens du droit européen des aides d'État, il est donc proposé de se fonder

[7] C.C., 22 octobre 1986, n° 27, 3.B.3.3.

[8] *Ibid*.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

sur le 'mandat' contenu dans la loi coordonnée sur les hôpitaux. En effet, ce mandat – en ce compris donc son caractère de Service d'Intérêt Économique Général (SIEG) – a été validé par la Commission européenne qui a confirmé également les balises à y appliquer ».

À la question de savoir ce que vise exactement cette validation par la Commission européenne, le délégué a répondu ce qui suit :

> « Parallèlement à une enquête approfondie concernant le financement des hôpitaux publics bruxellois, des échanges ont eu lieu avec l'Etat belge. À l'occasion de ces échanges, il a été constaté que l'article 2 de la loi sur les hôpitaux ne fait pas formellement référence au mandat du SIEG. L'article 2 de la loi sur les hôpitaux a été modifié à cette fin par la loi portant des dispositions diverses (I) du 27 décembre 2006 (art. 268). Il y a été précisé que '*Ces hôpitaux remplissent une mission d'intérêt général*'. Ceci permet de finir de rencontrer les obligations découlant de la communication de la Commission européenne sur les SIEG ».

En effet, dans sa décision du 5 juillet 2016, la Commission européenne a jugé que la compensation des déficits des hôpitaux publics bruxellois IRIS est conforme aux exigences de la décision SIEG et est donc compatible avec le marché intérieur en application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE [9]. Cette conclusion peut en principe également s'appliquer au régime actuellement en projet, à condition de veiller à ce que lors de l'élaboration des arrêtés d'exécution de l'ordonnance à adopter, les conditions matérielles et formelles contenues dans la décision SIEG soient respectées et que les dispositions nécessaires soient inscrites afin de garantir ce respect [10] .

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

6. Dans la définition de la notion d'« Organisme financier » (article 2, 11°, de l'avant-projet), la référence à l'article 11 du Code des sociétés, entre-temps abrogé, sera remplacée par une référence à l'article 1:20 du Code des sociétés et des associations.

7. La définition de certaines notions à l'article 2 de l'avant-projet revient dans une large mesure à paraphraser d'autres articles de l'avant-projet. Ainsi, la définition de la notion de « Plan stratégique régional en matière de soins » (point 19°) reproduit partiellement le contenu des articles 28, alinéa 1er, et 29 de l'avant-projet. Il en va de même, entre autres, pour les notions de « Plan particulier en matière de soins » et de « Calendrier des investissements » (points 20° et 21°), dont les définitions font double emploi avec le contenu, respectivement, des articles 30 et 31 de l'avant-projet.

[9] Décision de la Commission du 5 juillet 2016 (C(2016) 4051 final) 'concernant l'aide d'État SA.19864 — 2014/C (ex 2009/NN54) mise à exécution par la Belgique — Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale', point 7.3.9, considérant 263.

[10] Voir à cet égard l'avis C.E. 60.973/3 du 15 mars 2017 et l'avis C.E. 61.651/3 du 10 juillet 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 14 juillet 2017 'betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen'.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Si les auteurs de l'avant-projet estiment qu'une définition de ces notions est nécessaire, on peut envisager de rédiger l'article 2, 19° à 21°, de l'avant-projet comme suit :

« 19° Plan stratégique régional en matière de soins : le plan visé aux articles 28, alinéa 1er, et 29 ;

20° Plan particulier en matière de soins : le plan visé à l'article 30 ;

21° Calendrier des investissements : le calendrier visé à l'article 31 ; ».

Article 4

8. Aux termes de l'article 4, alinéa 1er, de l'avant-projet, un financement peut être octroyé pour couvrir les coûts nécessaires afin de disposer d'infrastructures durables et de qualité, alors que l'article 7, alinéa 1er, de l'avant-projet dispose qu'un financement peut être octroyé pour couvrir les frais exposés par l'institution en vue de disposer d'infrastructures de soins de qualité, les éléments pouvant constituer le financement étant ensuite énumérés. À la question de savoir comment les deux dispositions s'articulent entre elles, le délégué a répondu comme suit :

> « L'article 7 précise comment se compose les possibilités de financement auquel une institution de soins peut prétendre pour avoir une infrastructure de soins de qualité et durable dans le sens où celle-ci doit être maintenue en état tout au long de son exploitation (c'est ce qui est repris dans l'article 4) ».

Cette réponse n'explique cependant pas pourquoi l'article 7, alinéa 1er, première phrase, fait partiellement double emploi avec l'article 4, alinéa 1er, de l'avant-projet. Si l'on vise une signification différente, il faut à tout le moins le préciser dans l'exposé des motifs. Si tel n'est pas le cas, le chevauchement doit être éliminé, en omettant soit l'article 4, alinéa 1er, soit l'article 7, alinéa 1er, première phrase, de l'avant-projet.

Article 6

9.1. Conformément à l'article 6 de l'avant-projet, un hôpital ou une maison de soins psychiatriques n'entre en ligne de compte pour un financement que s'il ou si elle ne poursuit pas de but de lucre. À la question de savoir quand une institution est réputée ne pas poursuivre un but de lucre, le délégué a répondu ce qui suit :

> « Il s'agit en effet des entreprises qui ne distribuent ni procurent directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à quiconque, sauf dans le but désintéressé en vue duquel ces entités sont constituées. (voir l'article 1:2 du CSA) ».

Il est néanmoins conseillé d'aligner le texte de l'article 6 de l'avant-projet sur celui de l'article 1:2 du Code des sociétés et des associations.

9.2. La différence de traitement qui découle de l'exigence susmentionnée entre les institutions qui poursuivent un but de lucre et celles qui ne poursuivent pas un tel but, a été justifiée par le délégué de la manière suivante :

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

« Le choix est fait de soutenir les entreprises chargées de missions d'intérêt général en veillant à ce que les moyens disponibles soient intégralement alloués à la mission d'intérêt général et non pas à la rémunération des associés, administrateurs ou autres ».

Cette justification peut être accueillie.

Article 8

10. Selon l'article 8, alinéa 1er, 3°, de l'avant-projet, les projets qui consistent en l'achat de biens immobiliers par destination [11] ouvrent le droit à une subvention investissement. À la question de savoir si c'est volontairement que les biens immobiliers par incorporation [12] ne sont pas mentionnés, le délégué a répondu qu'il s'agit d'un oubli et que cette catégorie de biens immobiliers va encore être ajoutée. On peut se rallier à cette proposition.

Article 11

11. L'article 11, alinéa 3, de l'avant-projet prescrit que toute modification au contrat de bail doit au préalable être soumise à l'administration. L'article 25, alinéa 3, de l'avant-projet dispose que l'institution informe sans délai l'administration de tout changement concernant le bail, en ce compris sa prolongation, son renouvellement ou sa fin anticipée, et que la subvention location est interrompue de plein droit si l'institution n'informe pas l'administration d'un changement concernant le bail.

Interrogé sur le point de savoir comment ces deux dispositions s'articulent entre elles, le délégué a répondu :

« Afin d'éviter une lourdeur administrative qui prévoirait un renouvellement de la demande de subvention location, étant donné qu'un contrat de bail est signé pour une période déterminée, la subvention sera versée chaque année pendant la durée du bail. Néanmoins l'institution doit impérativement avertir l'administration d'une quelconque modification au niveau du contrat de bail, sans quoi il pourrait perdre le droit à cette subvention. Il doit en avertir l'administration au préalable afin de s'assurer que la location s'inscrit toujours bien dans les conditions de la subvention. L'institution ne pourra en aucun cas invoquer que le bail a déjà été signé pour obtenir une subvention.

Le but est, en effet, d'éviter que les institutions puissent 'forcer' l'octroi d'un subside en dehors des hypothèses de validation préalable de la conformité du projet avec l'objectif d'offre de soins de santé ».

Cette explication appelle deux observations.

D'une part, l'article 11, alinéa 3, de l'avant-projet n'ajoute rien quant au fond à l'obligation figurant à l'article 25, alinéa 3, de l'avant-projet d'informer l'administration de tout

[11] Il s'agit des accessoires d'un bien immobilier (article 3.47, alinéa 4, du Code civil).

[12] Selon l'article 3.47, alinéas 2 et 3, du Code civil, sont immeubles par incorporation, tous ouvrages et plantations qui, s'incorporant aux immeubles par nature, en constituent une composante inhérente. Sont aussi immeubles par incorporation, les composantes inhérentes de ces ouvrages et plantations, que ces composantes inhérentes soient incorporées ou non.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

changement concernant le bail, obligation à laquelle est en outre attachée une sanction. Mieux vaudrait par conséquent omettre l'article 11, alinéa 3, de l'avant-projet.

D'autre part, selon le délégué, les auteurs de l'avant-projet veulent éviter qu'un hôpital ou une maison de soins psychiatriques ait un droit subjectif à des subventions location uniquement parce qu'un contrat de bail a déjà été conclu. Cette volonté ne ressort cependant pas de l'avant-projet, au contraire même, puisque l'article 11, alinéa 1er, de l'avant-projet dispose explicitement que « le fait d'avoir conclu un bail » « [o]uvre le droit à une subvention location » [13]. Si telle n'est pas l'intention, cette disposition devra être adaptée.

Article 33

12. L'article 33, § 1er, de l'avant-projet dispose que tous les marchés publics sont passés selon les prescrits de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et ses modifications ultérieures. Conformément à l'article 33, § 2, de l'avant-projet, avant d'attribuer un marché public pour un ou plusieurs lots repris dans la demande de financement, le maître de l'ouvrage doit introduire un dossier passation de marché auprès de l'administration.

Le délégué a confirmé que la loi du 17 juin 2016 est applicable pour les travaux, fournitures et services pour lesquels les institutions demandent un financement. À la question de savoir ce que les dispositions en projet ajoutent précisément à ce qui découle déjà de cette loi, le délégué a répondu comme suit :

> « Il s'agit d'un rappel destiné, notamment à lever tout doute d'interprétation. En effet, dans la mesure où il existe une distinction entre l'hôpital et la personne morale qui l'exploite, l'ajout de cette précision permet d'éviter toute argutie juridique destinée à se prévaloir d'une faille dans la loi pour échapper à cette obligation ».

Outre la question de savoir si la Commission communautaire commune est compétente pour décider de l'applicabilité de la loi du 17 juin 2016, l'article 33, §§ 1er et 2, de l'avant-projet est superflu et doit être omis. Tel est également le cas de la délégation au Collège réuni, à l'article 33, § 3, de l'avant-projet, lui permettant de fixer les procédures relatives à l'introduction et à la composition du dossier passation de marché.

Articles 38 et 39

13. La portée des articles 38, alinéa 2, et 39 de l'avant-projet sera précisée sur un certain nombre de points.

[13] D'ailleurs, contrairement à l'octroi de subventions investissement, de subventions projets et de subventions entretien et à l'octroi d'une garantie, les modalités d'octroi des subventions location ne sont pas précisées, de sorte qu'une combinaison de l'article 11, alinéa 1er, de l'avant-projet avec d'autres dispositions de celui-ci ne permet pas de tirer une autre conclusion. Le chapitre 5 (« Procédure d'octroi ») de l'avant-projet règle, il est vrai, les demandes de financement pour des projets inscrits dans le calendrier d'investissements, mais les subventions location ne sont pas nécessairement liées aux investissements.

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

13.1. L'article 38, alinéa 2, de l'avant-projet habilite le Collège réuni à arrêter les mécanismes de récupération des sommes allouées en cas de cessation de l'activité ayant ouvert le droit au financement. Cette formulation générale donne l'impression que tous les montants octroyés doivent être récupérés dès que l'activité ayant ouvert le droit au financement a cessé, que le financement ait été octroyé sous la forme de subventions location, de subventions entretien ou de subventions projets et quel que soit le délai écoulé entre l'octroi des subventions et la cessation de l'activité [14]. De ce fait, le régime en projet équivaut en réalité à un prêt sans intérêt d'une durée indéterminée, dont l'obligation de remboursement devient exigible au moment où l'institution cesse l'activité en question.

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « L'idée est de ne porter que sur la subvention investissements et, le cas échéant, sur la subvention projet si celle-ci portait sur un projet plus étendu. Dans ce dernier cas, pourtant, c'est dans les modalités d'octroi de la subvention que ce serait précisé. La règle générale ne doit concerner que la subvention investissement ».

Afin de ne laisser subsister aucun doute quant à la portée de l'article 38, alinéa 2, de l'avant-projet, évoquée par le délégué, on remplacera le membre de phrase « sommes allouées » par « subventions investissement allouées ».

13.2. Par ailleurs, le Collège réuni est uniquement habilité, par la disposition en projet précitée, à arrêter les mécanismes de récupération en cas de cessation de l'activité ayant ouvert le droit au financement, tandis qu'aux termes de l'article 39, 2°, de l'avant-projet, la valeur nominale de l'infrastructure ayant fait l'objet de subventions investissement devra aussi être remboursée en cas de désaffectation de l'infrastructure. À la question de savoir si la délégation précitée au Collège réuni vise également à couvrir cette hypothèse, le délégué a répondu :

> « Pour ce qui concerne le démantèlement, il nous semble qu'aucune autre précision ne doit être donnée. La délégation ne semblait donc pas utile/nécessaire ».

13.3. En outre, l'article 39 de l'avant-projet prévoit qu'en cas de récupération d'une subvention investissement, ce ne sont pas les sommes allouées qui sont remboursées, mais la *valeur nominale de l'infrastructure ayant fait l'objet d'une subvention investissement*, du moins en cas de cessation de l'activité ou de désaffectation de l'infrastructure.

D'après le délégué, la valeur nominale est « la valeur initialement déclarée dans les comptes de l'institution ». Il semble en tout cas conseillé d'expliciter ce point dans la disposition en projet.

La question se pose de savoir si la valeur nominale d'un bâtiment (ou de tout autre bien immeuble par destination ou par incorporation) restera effectivement inchangée après plusieurs années, du seul fait de l'emploi de subventions entretien. Outre la constatation que la subvention entretien à laquelle peut prétendre une institution est plafonnée (article 16, alinéa 2, de l'avant-projet), divers autres facteurs externes susceptibles d'influencer (positivement ou négativement) la valeur d'un bien immobilier sont envisageables. Par exemple, il est concevable

[14] Pour les subventions investissements, c'est un régime distinct qui s'applique, selon lequel ce ne sont pas les montants octroyés mais la valeur nominale de l'infrastructure qui est récupérée (voir l'article 39 de l'avant-projet).

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

que, bien qu'elle soit bien entretenue, l'infrastructure soit très désuète au moment de la cessation des activités ou de sa désaffectation, de sorte que sa valeur réelle à ce moment-là est inférieure aux subventions investissement accordées à l'époque.

À la question de savoir si, dans pareil cas, il sera également exigé de l'institution qu'elle rembourse la valeur nominale, le délégué a répondu :

> « Cette hypothèse n'a pas été envisagée tant elle semble improbable. Il est pourtant attendu de l'institution qu'elle restitue effectivement la somme perçue ».

Il faudra toutefois tenir compte de l'article 13, alinéa 1er, de la loi du 16 mai 2003 'fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes', selon lequel le bénéficiaire est tenu de rembourser sans délai le montant de la *subvention* s'il ne respecte pas les conditions d'octroi de la subvention, n'utilise pas la subvention aux fins pour lesquelles elle est accordée ou met obstacle au contrôle de l'emploi de la subvention. Cela signifie que le montant de la subvention doit bel et bien être récupéré dans tous les cas, même si la valeur nominale de l'infrastructure est inférieure.

13.4. En ce qui concerne le remboursement de la valeur nominale de l'infrastructure en cas de changement d'autorité subsidiante, l'exposé des motifs ajoute :

> « 8° Par ailleurs, l'intérêt du mécanisme de valorisation importante de la subvention entretien réside aussi dans la récupération en cas de désaffection (soit par désaffection d'un bâtiment pour lequel une subvention construction a été allouée par le passé, soit par changement d'autorité subsidiante en cas de rapprochement avec une institution dépendant d'une autre autorité que la COCOM) : la valeur du bâti étant réputée inaltérée par la valeur de la subvention entretien, la subvention construction est réputée encore présente.
>
> Dès lors :
>
> 1° En cas de cession d'un bâtiment, la valeur nominale des travaux est récupérée à charge de l'institution – elle est, le cas échéant, déduite d'une subvention suivante ;
>
> 2° En cas de changement d'autorité subsidiante, cette même valeur est récupérée également.
>
> Ce mécanisme permet d'envisager le financement de l'acquisition immeuble dans le cadre de la subvention construction dans la mesure où, en fin de période d'utilisation de l'immeuble ainsi acquis, pourra voir sa valeur récupérée auprès de l'institution ».

À ce sujet, le délégué a encore donné l'explication suivante :

> « L'activité hospitalière est une activité qui s'exerce sur 'mandat' de l'autorité compétente. Partant, si on change d'autorité compétente, le mandat change également et le mandat de la COCOM prend fin. Il y a alors lieu de rembourser.
>
> (…)
>
> L'hypothèse – peu probable – est celle de la fusion d'une institution avec une autre institution présente sur le territoire bruxellois, mais relevant d'une autre entité. On pense ainsi à l'absorption d'une institution par une institution universitaire, par exemple ».

Toutefois, on pourrait faire valoir que dans une telle hypothèse, l'activité ne cesse pas, mais se poursuit dans le cadre du régime de subvention d'une autre autorité. Dans un souci de

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

sécurité juridique, il pourrait être envisagé d'inscrire à l'article 39 de l'avant-projet le changement d'autorité subsidiante comme motif distinct entraînant l'obligation de remboursement.

14. L'article 38, alinéa 3, de l'avant-projet donne également lieu à un certain nombre d'observations.

14.1. Premièrement, il convient, ainsi qu'il est indiqué dans l'observation 4, d'omettre les mots « de premier rang » dans le texte français.

14.2. Deuxièmement, il s'agit, tant selon le texte néerlandais que selon le texte français, d'une hypothèque légale, à savoir une hypothèque « qui résulte de la loi » (article 44, alinéa 1er, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851), alors que tant le texte néerlandais de l'article 38, alinéa 3, de l'avant-projet que le commentaire consacré à l'article 38 dans l'exposé des motifs font état d'une obligation de constituer une hypothèque. Une hypothèque légale naît cependant de plein droit et n'est donc par définition pas constituée. On n'aperçoit pas non plus d'emblée sur quels biens immeubles portera précisément l'hypothèque, ce qui doit être précisé.

14.3. Troisièmement, la portée de l'hypothèque légale est limitée aux « droits réels relatifs à un immeuble ». Interrogé sur la portée exacte de ce membre de phrase, le délégué a répondu :

> « L'idée est d'y assimiler le terrain et les immeubles par destination et par incorporation ».

Les termes « biens immeubles » couvrent cependant mieux cette notion que le terme « immeuble ». Afin de ne laisser subsister aucun doute quant à la portée précise de l'article 38, alinéa 3, il est dès lors conseillé de reformuler la disposition, la formulation suivante pouvant être envisagée :

« Lorsqu'une subvention investissement a été accordée en vue de l'acquisition d'un bien immeuble, le paiement visé à l'article 39 est garanti par une hypothèque légale constituée en faveur de la Commission communautaire commune sur les droits réels acquis ».

15. Enfin, l'article 38, alinéa 4, de l'avant-projet manque également de clarté.

15.1. D'une part, le texte néerlandais fait mention d'une « wettelijke hypotheek », tandis que le texte français ne mentionne qu'une « hypothèque ». Le délégué a confirmé qu'il s'agit également en l'occurrence d'une hypothèque légale.

15.2. D'autre part, la disposition en projet contient un régime similaire à l'alinéa 3 en projet pour les subventions investissement qui sont octroyées en vue de la réalisation de travaux, étant entendu qu'il s'agit d'une hypothèque légale qui *peut* être constituée. L'exposé des motifs précise ce qui suit sur ce point :

> « Un mécanisme similaire est mis en place dans le cas de financement de travaux. L'on vise ici en particulier des travaux qui auraient pour effet ou objet d'accroître le patrimoine immobilier de l'institution. Cette garantie est destinée à prévenir le risque de spéculation immobilière ou d'aliénation de deniers publics sans contrôle. Il appartient au Collège réuni de préciser les hypothèses de telle hypothèque, afin de prendre en compte les cas où de telles garanties sont opportunes ou, au contraire, risquent d'induire un coût de financement supérieur dans le chef de l'institution ».

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡

Il ne peut cependant se déduire de la disposition en projet que l'intention est de permettre au Collège réuni d'en préciser le champ d'application. Cette intention ne peut en tout cas pas se déduire de l'emploi du mot « peut ». À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Le troisième alinéa vise l'hypothèse d'un bien qui est acquis avec des fonds publics. L'apport de l'institution quant à l'immeuble est réduit, puisque la subvention y est affectée. Dans ce cas, en vue de s'assurer d'un retour en cas de désaffection ou de fin d'activité, l'hypothèque de premier rang est requise pour garantir le remboursement.
>
> Le quatrième alinéa concerne un bien dont la propriété peut avoir été acquise de toutes les manières possibles. Dans ce cas, il s'agit d'évaluer, dans le cadre de l'octroi de la subvention, la solution la plus adéquate pour offrir la garantie minimale dont doit pouvoir jouir l'autorité.
>
> Le choix est fait de ne pas imposer la forme de la garantie lorsqu'elle n'est pas indispensable. Seule l'hypothèse de l'alinéa 3 est jugée à ce point importante qu'une hypothèque légale de premier rang est absolument indispensable ».

Le délégué semble comprendre l'article 38, alinéa 4, de l'avant-projet en ce sens que le Collège réuni est habilité à vérifier, par demande de financement, s'il est indiqué de constituer une hypothèque. Toutefois, cette interprétation ne peut se concilier avec le passage précité de l'exposé des motifs ni avec l'affirmation du délégué selon laquelle l'article 38, alinéa 4, de l'avant-projet concerne également une hypothèque légale. En outre, on n'aperçoit pas non plus clairement en l'occurrence sur quels biens immobiliers portera précisément l'hypothèque.

Les auteurs de l'avant-projet devront dès lors vérifier quelle portée ils entendent précisément attribuer à l'article 38, alinéa 4, de l'avant-projet :

- une habilitation au Collège réuni lui permettant de constituer, au nom de la Commission communautaire commune, une hypothèque conventionnelle sur des biens immeubles du demandeur (à préciser) ; ou

- une habilitation au Collège réuni lui permettant de déterminer dans quels cas une hypothèque légale est constituée (de plein droit) en faveur de la Commission communautaire commune sur des biens immobiliers du demandeur (à préciser).

Dans les deux cas, il y aura lieu de reformuler le texte de l'article 38, alinéa 4, de l'avant-projet afin de ne laisser subsister aucun doute quant à la portée précise de celui-ci.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Yves DEPOORTER Jeroen VAN NIEUWENHOVE

‡LW-AJEYPBFFE-HFFBCYM‡