



RIZIV-INAMI



Informatieblad bijzonder  
nummer -  
Bulletin d'information  
hors série 2014

.be

# Inhoud - Sommaire

Voorwoord – Avant-propos	3
1 <sup>e</sup> Deel - Verslagen van het colloquium – 1 <sup>re</sup> Partie - Actes du colloque	5
I. L' (in)capacité de travail, par J. Ameeuw	6
II. De arbeids(on)geschiktheid, door L. Van Daele	14
III. Arbeidsongeschiktheid evalueren : een kwestie van, door W. Van Eeckhoutte	27
IV. Geneeskundige verzorging in het buitenland/ Internationale relatie, door A.Huys	29
V. Het Bijzonder Solidariteitsfonds : zeldzame aandoening/ zeldzame ziekte, door L. Phang	36
VI. La Charte de l'assuré social, par V. Jacquemin	49
VII. Handvest van de sociaal verzekerde, door L. Phang	54
VIII. Slotwoord - Epilogue	58
2 <sup>e</sup> Deel - Studiën – 2 <sup>e</sup> Partie - Études <sup>1</sup>	61
I. Incapacité de travail : comparaison entre les régimes salarié et indépendant, par M. Dumont	62
II. Knelpunten bij de evaluatie van de arbeids(on)geschiktheid in het kader van de uitkeringsverzekering voor de loontrekkenden, door L. Verbruggen	72
III. Overzicht van rechtspraak in verband met de voorafbestaande toestand (Art. 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14.07.1994), door L. Verbruggen	79
IV. Het Europeesrechtelijk kader van geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg, door H. Verschuere (UA)	97
V. Toegang tot en terugbetaling van medisch noodzakelijke geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf en geplande geneeskundige zorg in de Europese Economische Ruimte en Zwitserland voor Belgische verzekerden, door C. Segaert	110

1. De ondergetekende bijdragen verbinden enkel hun auteur(s) - Les articles signés n'engagent que leur(s) auteur(s).

VI. Het Bijzonder Solidariteitsfonds: bespreking van “de tussenkomst voor verzorging verleend in België”, door M. Van Cotthem (UA)	134
VII. L'article 17 de la Charte de l'assuré social – Réflexions autour de la récupération de l'indu, par A. Zuinen ; S. Koval ; C. Marthus ; C. Lekane ; N. de Marneffe	154

## Voorwoord

Ter gelegenheid van zijn 50-jarig bestaan organiseerde het RIZIV in samenwerking met het Instituut voor Gerechtelijke Opleiding (IGO) op 24 april 2014 een colloquium voor magistraten met als titel “Geneeskundige verzorging en uitkeringen”.

Dankzij de ontmoeting tussen de verschillende actoren die de wetgeving betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen toepassen, kreeg iedereen een beter inzicht in de situaties waarmee elke partij wordt geconfronteerd. Naast dit aspect van ‘voortgezette opleiding’, is van bij het begin de nadruk erop gelegd dat het de bedoeling was om bij die gelegenheid de weg te openen naar een nieuwe doctrine over de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen. Hoewel het om een van de belangrijkste takken van de Belgische sociale zekerheid gaat, wagen paradoxaal genoeg immers vrij weinig auteurs zich eraan om de thema’s van de ZIV in hun juridische analyses aan te snijden.

Deze speciale editie van het Informatieblad van het RIZIV bevat, in het eerste deel, niet alleen de verslagen en besluiten van het colloquium van 24 april 2014, maar ook, in het tweede deel, een reeks bijdragen die dieper ingaan op de thema’s die tijdens het colloquium zijn uiteengezet.

Wij zouden ook nog alle collega’s willen bedanken die aan het succes van dit project hebben meegewerkt, door deel te nemen aan de organisatie van het evenement, aan de groep deskundigen of aan het Publicatiecomité, of door deze artikels te schrijven waarmee ze hun expertise met ons delen.

*“Zowel in het geestelijke als in het praktische leven geldt dat diegene wiens kennis standhoudt, steeds vooruitgaat en slaagt. Hij die echter zijn tijd verspilt door opnieuw te leren wat hij is vergeten, blijft ter plaatse trappelen.”*

William James, filosoof van het pragmatisme

## Team MAGIGO

*MAGIGO is het acroniem dat verwijst naar het team verantwoordelijk voor de organisatie van het colloquium « Geneeskundige verzorging en uitkeringen » bestemd voor de magistraten (MAG) van de arbeidsrechtbanken en –hoven. Deze studiedag werd georganiseerd door het RIZIV, in samenwerking met het Instituut voor Gerechtelijke Opleiding (IGO).*

## Avant-propos

Le 24 avril 2014, à l’occasion de son 50<sup>e</sup> anniversaire, l’INAMI organisait en collaboration avec l’Institut de formation judiciaire (IFJ) un colloque destiné aux magistrats intitulé “Soins de santé et indemnités”.

Cette rencontre entre les différents acteurs mettant en application la législation en matière d’assurance obligatoire soins de santé et indemnités a permis de comprendre concrètement les situations auxquelles sont confrontées chacune des parties. Outre cet aspect “formation continue”, un accent particulier a été mis dès le départ sur l’objectif d’ouvrir, à cette occasion, la voie à une nouvelle doctrine en matière d’assurance obligatoire soins de santé et indemnités. En effet, assez paradoxalement, alors qu’il s’agit pourtant d’une des branches majeures de la sécurité sociale belge, relativement peu d’auteurs s’aventurent à aborder les thèmes de l’AMI dans leurs analyses juridiques.

Aussi, le présent numéro hors-série du Bulletin d'information de l'INAMI reprend non seulement, dans sa première partie, les actes et les conclusions du colloque du 24 avril 2014 mais également, dans sa seconde partie, une série de contributions approfondissant les thèmes développés au cours du colloque.

Qu'il nous soit permis de remercier ici tous les collègues qui ont contribué à la réussite de ce projet que ce soit par leur participation à l'organisation de l'événement, au groupe d'experts ou au Comité de publication ou encore par la réalisation de ces articles par lesquels ils nous font partager leur expertise.

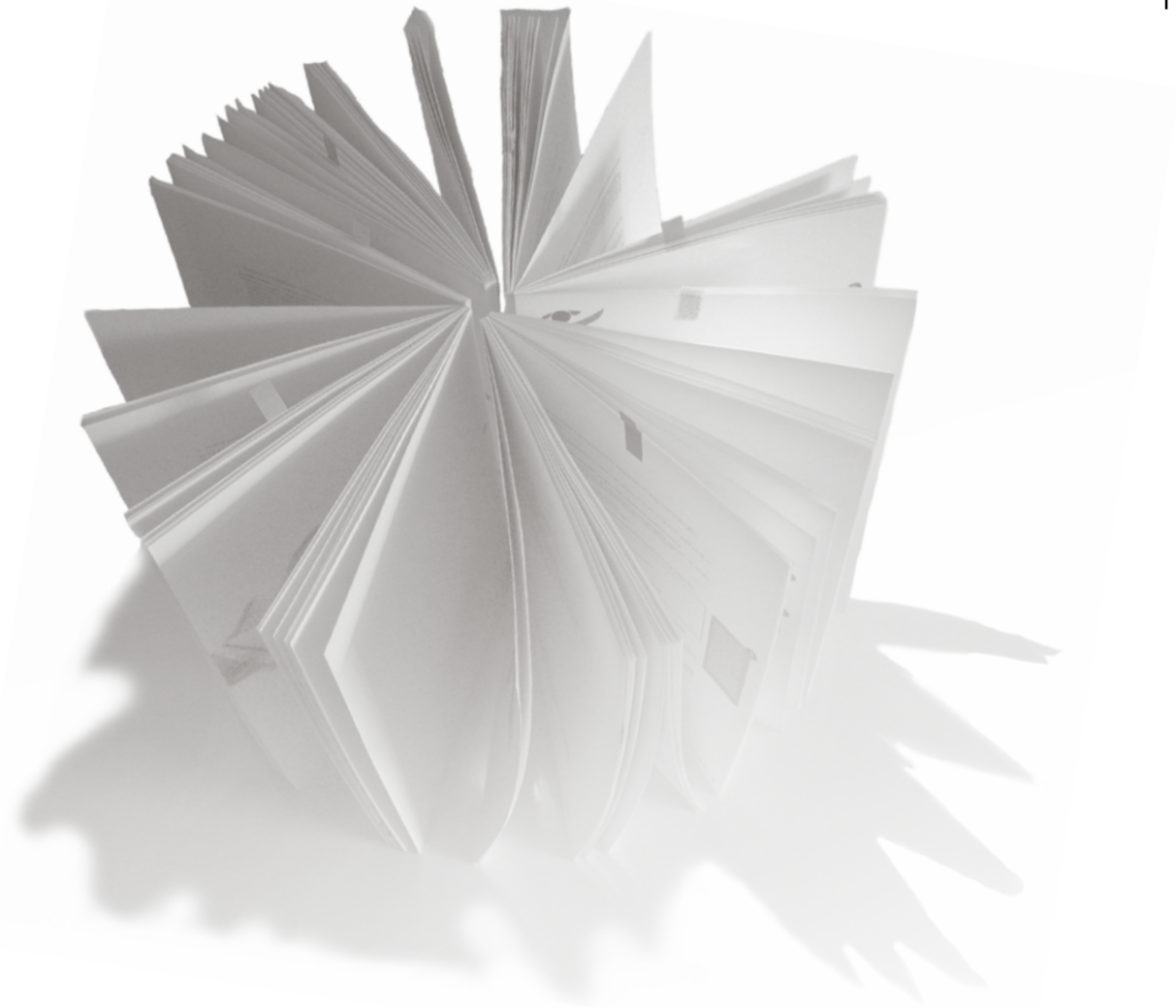
*"Dans la vie de l'esprit comme dans la vie pratique, celui dont les connaissances tiennent progresse toujours et réussit. Celui, au contraire, piétine qui perd son temps à réapprendre ce qu'il a oublié."*

William James, philosophe du pragmatisme

## Équipe MAGIGO

*MAGIGO est l'acronyme désignant le nom de l'équipe responsable de l'organisation du colloque intitulé "Soins de santé et indemnités" à l'attention des magistrats (MAG) des juridictions du travail. Cette journée d'étude a été organisée par l'INAMI en collaboration avec l'Institut de Formation Judiciaire - Instituut voor Gerechtelijke Opleiding (IGO).*

1<sup>ste</sup> Deel - Verslagen van  
het colloquium  
1<sup>re</sup> Partie- Actes du  
colloque



# I. L'incapacité de travail

## Cas pratique relatif à l'incapacité de travail

### Casus

L'article 100, § 1<sup>er</sup>, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 détermine les conditions devant être remplies pour pouvoir être reconnu en incapacité de travail dans le cadre de l'assurance indemnités des travailleurs salariés.


*"Est reconnu incapable de travailler au sens de la présente loi coordonnée, le travailleur qui a cessé toute activité en conséquence directe du début ou de l'aggravation de lésions ou de troubles fonctionnels dont il est reconnu qu'ils entraînent une réduction de sa capacité de gain, à un taux égal ou inférieur au tiers de ce qu'une personne de même condition et de même formation peut gagner par son travail, dans le groupe de professions dans lesquelles se range l'activité professionnelle exercée par l'intéressé au moment où il est devenu incapable de travailler ou dans les diverses professions qu'il a ou qu'il aurait pu exercer du fait de sa formation professionnelle".*

Trois conditions doivent donc être remplies :

- 1) la cessation de toute activité ;
  - 2) en conséquence directe du début ou de l'aggravation de lésions ou de troubles fonctionnels (une reconnaissance ne peut être accordée en cas de situation préexistante) ;
  - 3) dont il est reconnu qu'ils entraînent une réduction de la capacité de gain, à un taux égal ou inférieur au tiers (autrement dit, il doit s'agir d'une incapacité de travail d'au moins 66 %).
- La réduction de la capacité de gain est estimée en fonction de la capacité de gain de la personne de référence, qui est une personne de même condition et de même formation (pour éviter un déclassement social de l'assuré social), dans un certain nombre de professions de référence, à savoir :

- dans le groupe de professions dans lequel se range la dernière activité professionnelle exercée par l'assuré
- dans les différentes professions que l'assuré a ou aurait pu exercer du fait de sa formation professionnelle.

L'appréciation de l'incapacité de travail en fonction des professions de référence (3<sup>e</sup> condition) et la problématique de la situation préexistante (2<sup>e</sup> condition) ont été développées plus avant dans le cas pratique suivant, qui peut servir de fil conducteur à l'échange de vues du groupe de travail.

 Martine, Patrick et Luc se rencontrent le 24 avril 2014 dans un club de randonnée. Ils ne s'étaient plus vus depuis longtemps.

Martine (née le 13.12.1958, âgée de 55 ans) raconte aux autres qu'elle a longtemps été malade et donne davantage d'explications sur sa situation personnelle.

Elle explique qu'elle présentait, il y a deux ans, des signes importants de fatigue. Le syndrome de fatigue chronique (SFC) a été diagnostiqué par son médecin de famille. Elle commençait, en outre, à souffrir de douleurs lombaires, ce qui l'a obligée, en fin de compte, à mettre entièrement fin à son activité en tant qu'infirmière A1 dans le service pédiatrie d'un hôpital. Le 16 janvier 2012, elle a été reconnue incapable de travailler suite à une hospitalisation pour une opération au dos. Elle est alors tombée entièrement à charge de la mutualité. Début avril 2014, Martine a été convoquée à un examen médical par le Conseil médical de l'invalidité (CMI) et a été exclue de l'assurance indemnités sur la base de l'article 100, § 1<sup>er</sup>, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, à partir du 15 avril 2014. Le CMI a estimé que ses troubles fonctionnels s'étaient stabilisés et normalisés après l'opération et a, en outre, fait remarquer qu'elle n'a jamais suivi de traitement visant à réduire les symptômes de fatigue chronique. Martine est déclarée apte à reprendre un travail administratif et intellectuel comme infirmière.

Martine ne comprend pas pourquoi il a été mis fin à son incapacité de travail. Elle ne sent aucune amélioration depuis son exclusion et elle dispose d'un certain nombre de certificats médicaux qui confirment qu'elle souffre bel et bien du syndrome de fatigue chronique et de douleurs lombaires.

Elle précise par ailleurs qu'elle a déjà une longue carrière professionnelle derrière elle et qu'elle n'a jamais été malade auparavant. Après ses études secondaires (enseignement secondaire général), elle a suivi une formation de deux ans en comptabilité (1977-1979), dont elle a le diplôme. Elle n'a toutefois jamais exercé ce métier parce qu'à l'époque, elle n'avait pas trouvé immédiatement un emploi dans cette branche. Elle a travaillé temporairement (10 mois) comme sténodactylo pour une ASBL (exclusivement de la dactylographie à l'aide d'une machine à écrire) et a combiné ce travail à temps partiel à une formation comme infirmière A1. Elle a achevé ses études en 1983 et a ensuite travaillé pendant près de 29 ans, jusqu'à son entrée en incapacité de travail, comme infirmière (emploi à temps plein).

Martine demande conseil à Patrick et à Luc qui lui conseillent d'introduire un recours contre la décision d'exclusion auprès du tribunal du travail. Luc fait remarquer que son épouse, qui a à peu près cinq ans de moins que Martine et qui a toujours travaillé comme aide gériatrique, est reconnue incapable de travailler depuis 3 ans déjà en raison du syndrome de fatigue chronique et que son incapacité de travail a été prolongée par le CMI suite à un nouvel examen médical en mars 2014.

Quelques jours plus tard, Martine décide d'introduire un recours et apporte, pour justifier sa requête, des certificats médicaux sur la base desquels elle pense devoir être reconnue en incapacité de travail. Elle signale en outre dans sa requête que, compte tenu de son état de santé, elle s'estime incapable de reprendre son travail à temps plein en tant qu'infirmière et qu'elle est convaincue qu'aucun employeur ne serait disposé à lui offrir un travail adapté.

## Questions

1. Sur quels critères se base-t-on pour conclure que la capacité de gain de Martine a été réduite à un taux égal ou inférieur à un tiers, suite aux lésions/troubles fonctionnels ?
2. Comment détermine-t-on le groupe de professions de Martine ?
3. Qu'entend-on par "toutes les professions qu'elle a ou qu'elle aurait pu exercer du fait de sa formation professionnelle" ?
  - Faut-il tenir compte de sa formation en comptabilité, même si elle n'a jamais exercé la profession ?
  - Et que se passe-t-il si la formation professionnelle dont elle a le diplôme a été suivie il y a des années ? (la formation en comptabilité a, en l'occurrence, été suivie il y a plus de 30 ans). Faut-il en tenir compte ?



- Faut-il, pour l'évaluation de l'incapacité de travail, tenir compte de l'activité professionnelle en tant que sténodactylo même si cette profession n'existe plus sur le marché du travail ? (tout est entre-temps informatisé)
- Faut-il tenir compte des connaissances et de l'expérience acquises sur le terrain, sans formation (professionnelle) ou diplôme ?

4. Et s'il ressort de l'examen médical (de l'expert) que Martine est de nouveau apte à travailler, ne fût-ce qu'à temps partiel ? Faut-il alors automatiquement prolonger sa reconnaissance en incapacité de travail ?

Quid si le médecin expert estime qu'une reprise du travail est indiquée pour des raisons purement thérapeutiques ?

5. Quid si Martine ne possède pas l'expérience professionnelle requise pour exercer les professions pour lesquelles elle est encore jugée apte sur le plan médical (sa connaissance informatique est, par ex., limitée) ?

Par qui la réhabilitation professionnelle (rafraîchissement des connaissances et des aptitudes) doit-elle être prise en charge ?

6. Et si Martine n'arrive pas à trouver un travail adapté sur le marché du travail ou si, comme elle l'invoque elle-même, aucun employeur ne sera encore disposé à l'engager (compte tenu de ses antécédents médicaux) ? Faut-il en tenir compte dans l'évaluation de l'incapacité de travail ?

7. Pour justifier son incapacité de travail, Martine fournit plusieurs certificats médicaux, entre autres :

- a) un certificat du médecin du travail qui estime qu'elle est définitivement incapable d'exercer son ancienne activité d'infirmière à partir du 16 juillet 2012
- b) une déclaration médicale de son médecin traitant disant qu'elle est, à partir de la décision d'exclusion contestée, définitivement incapable d'exercer quelque activité que ce soit
- c) un certificat d'un spécialiste qui confirme qu'elle souffre véritablement de SFC.

Est-ce suffisant pour prolonger sa reconnaissance en incapacité de travail dans le cadre de l'assurance indemnités ? Y a-t-il des examens que le médecin expert doit effectuer chez un patient atteint de fatigue chronique pour pouvoir évaluer son incapacité de travail ?

8. Quid si Martine invoque qu'elle a été reconnue incapable de travailler à partir du 16 janvier 2012 suite à un accident du travail, dans le cadre de la législation sur les accidents du travail ? Cela a-t-il une incidence sur l'évaluation de son incapacité de travail en vertu de l'article 100, § 1<sup>er</sup> ?

9. Est-ce que le fait de ne pas avoir suivi de traitement thérapeutique adapté peut être une raison pour reconnaître quelqu'un apte à travailler ?

# Compte rendu des discussions

Par Julien Ameeuw, stagiaire judiciaire

Dans le groupe francophone, le cas pratique relatif à l'incapacité de travail a été l'occasion d'un échange d'idées et d'expériences entre les différents participants, qu'ils soient magistrats, médecins ou juristes de l'INAMI, qui, bien que se rencontrant rarement, sont tous des acteurs de la matière des soins de santé et indemnités.

Les discussions ont d'ailleurs souvent dépassé le cadre des questions posées, ce qui a eu pour conséquence que, des deux cas prévus, seul celui de Martine a été étudié.

Martine est âgée de 55 ans et est infirmière depuis 29 ans. Elle est titulaire d'un diplôme en comptabilité, profession qu'elle n'a jamais exercée, et a débuté sa carrière par un emploi de sténodactylo occupé pendant 10 mois en le combinant avec une formation comme infirmière A1. Avant d'être déclarée incapable de travailler suite à des douleurs lombaires soignées par une opération chirurgicale, elle souffrait depuis deux ans d'un Syndrome de Fatigue Chronique (SFC). Néanmoins, suite à la résolution de ses problèmes de dos, elle a fait l'objet d'une décision de fin d'incapacité de travail qu'elle souhaite contester.

## 1. Critères de l'incapacité de travail

La première question portait sur les critères sur lesquels il faut se baser pour évaluer la réduction de la capacité de gain de Martine.

Il s'agit tout d'abord de déterminer si le SFC est bien une lésion au sens de l'article 100 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994. Les médecins présents ont alors indiqué que certains experts pensent que celui-ci est bien une lésion, une pathologie, mais que d'autres experts pensent que ce n'est pas le cas.

La difficulté d'évaluer ce syndrome vient du fait que les médecins se trouvent face à des plaintes subjectives des personnes examinées qu'ils sont amenés à croire ou à ne pas croire, sans qu'existe un test objectif permettant d'évaluer la présence ou l'absence d'une telle pathologie dans le chef des intéressés.

Cette particularité que, parmi les experts, il y ait des "croyants" et des "non croyants" a notamment pour conséquence qu'un examen adéquat de cette pathologie nécessite d'en trouver un capable de dépasser les préjugés qu'il pourrait avoir.

Afin de pallier cette difficulté, il existe actuellement au sein du Conseil Technique Médical (CTM), un groupe d'experts qui travaille à tenter de trouver une approche uniforme relativement au SFC et autres troubles somatoformes.

Quoi qu'il en soit et pour en revenir au cas de Martine, celle-ci a tout de même subi une opération du dos, qui constitue un fait objectif qui a donné lieu à une reconnaissance d'incapacité de travail. C'est d'ailleurs la résolution des problèmes de dos qui a motivé la décision de fin d'incapacité.

De manière générale, il faut examiner l'ensemble des lésions et des troubles fonctionnels, ainsi que les critères énoncés à l'article 100 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994.

Il faut donc également prendre en compte l'état antérieur de Martine, dès lors que celle-ci travaillait auparavant alors qu'elle souffrait déjà du SFC.

Quant à la profession dont il faut tenir compte pour examiner la perte de capacité de gain de Martine, il ne faut pas prendre en compte son passé de sténodactylo dès lors que cette activité est actuellement obsolète.

Enfin, à l'égard de la profession d'infirmière, il est intéressant de noter qu'il ne s'agit pas forcément d'un travail lourd, puisqu'il peut être accompli en tant que, par exemple, assistante d'un ophtalmologue ou d'un autre médecin.

## 2. Groupe de professions à prendre en compte

La question, relative au groupe de professions dans lequel se range l'activité professionnelle de Martine, n'a pas fait l'objet de longues discussions. Pour les travailleurs salariés, c'est généralement, mais pas nécessairement, la dernière activité exercée qui est déterminante.

Dans le cas de Martine, nous sommes en présence d'une infirmière qui a suivi une formation de comptable, qui a travaillé comme sténodactylo et dont on doit en principe prendre en compte le passé professionnel.

Les participants ont été également interrogés sur ce qu'il faut entendre par "toutes les professions que Martine a ou aurait pu exercer du fait de sa formation professionnelle", en sachant que celle-ci est diplômée en comptabilité et a exercé la profession de sténodactylo avant de devenir infirmière.

Faut-il tenir compte du diplôme en comptabilité de Martine ? Ou est-il dépassé ?

Ce genre de question doit être examiné au cas par cas. Mais pour ce qui concerne Martine, il faut examiner si elle peut maintenant et concrètement exercer les professions auxquelles elle a été formée, ce qui semble peu probable pour ce qui concerne le métier de comptable dès lors que son diplôme est trop ancien et qu'elle n'a jamais exercé ce métier.

Enfin, il faut évidemment tenir compte de l'expérience acquise sur le terrain.

À partir de là, les participants ont quelque peu digressé sur la précision de la motivation des décisions de fin d'incapacité et sur la prise en compte éventuelle du contexte socio-économique dans lequel s'inscrivent les potentielles activités professionnelles que pourrait exercer l'intéressé.

Quant aux décisions de fin d'incapacité, qui peuvent reprendre les professions pouvant être exercées par l'intéressé mais qui ne mentionnent parfois que "travail adapté possible", les magistrats ont indiqué qu'il faudrait suggérer aux médecins-conseils et au Conseil médical de l'invalidité (CMI) de toujours expliciter quel travail est adapté, afin d'être plus précis à l'égard de l'assuré social et de permettre un débat contradictoire en cas de recours.

À cet égard, le Service des indemnités de l'INAMI est interpellé par les assurés sociaux qui ne comprennent pas la décision de fin d'incapacité et tente de répondre à leurs questions.

Quoi qu'il en soit, tout le monde y gagnerait à combler certaines lacunes de la décision écrite en étant plus précis, même s'il arrive au médecin-conseil ou au CMI d'expliquer oralement sa décision à l'assuré social.

Qu'en est-il de la prise en compte de la réalité socio-économique de la région où habite l'assuré social ?

En ce qui concerne les professions que pourrait exercer la personne en incapacité de travail, il a été rappelé au cours des discussions que la difficulté de retrouver un travail relève de l'assurance chômage. Par conséquent, même si les postes auxquels l'intéressé pourrait postuler sont peu nombreux, une décision de fin d'incapacité peut être valablement prise. Le médecin-conseil ou le CMI ne peut donc pas prendre en compte le contexte socio-économique.

À cet égard, lorsque l'intéressé est lié par un contrat de travail, il est difficile en pratique de négocier avec l'employeur un travail adapté qui ne correspondrait pas au travail convenu. Il y a cependant des évolutions grâce à la législation et la réglementation relatives au bien-être des travailleurs et à la loi anti-discrimination, qui imposent notamment certaines obligations d'aménagements raisonnables du poste de travail ou des tâches à effectuer.

Quant à Martine, il a été précisé que la profession d'infirmière, qu'elle exerce au moment où elle tombe en incapacité de travail, est en pénurie, ce qui a pour conséquence que les hôpitaux acceptent rarement l'adaptation du travail à l'incapacité dont souffre le travailleur.

### 3. Possibilité de reprendre le travail à temps partiel

Était également posée la question de savoir quelles sont les conséquences de la possibilité de reprendre le travail à temps partiel, ce qui fait l'objet d'une divergence de jurisprudence entre les juridictions du nord et du sud du pays.

Il faut prendre en compte la réduction de la capacité de gain (critère économique), c'est-à-dire examiner si Martine peut gagner plus d'un tiers de ce que gagnerait le travailleur de référence à temps plein.

La jurisprudence est divisée sur ce point car la loi n'indique pas explicitement si le critère de la réduction de la capacité de gain renvoie à la rémunération à laquelle pourrait prétendre le travailleur s'il reprenait le travail à temps partiel.

Pour M. Michel Dumont, la réponse est négative car l'assuré social qui pourrait reprendre le travail à temps partiel reste incapable de poursuivre l'activité professionnelle à temps plein qui était la sienne.

Par contre, si Martine travaillait déjà à temps partiel avant son incapacité, il n'y a pas de problème parce qu'il faut tenir compte de son passé professionnel et qu'elle serait donc capable de reprendre sa dernière activité professionnelle.

Il serait intéressant que le législateur tranche cette question, même si cela paraît difficile car il faudrait qu'il définisse le travail à temps partiel.

Quant à la reprise de travail pour des raisons purement thérapeutiques, cela peut être dangereux car une décision de fin d'incapacité suivie directement d'une période de chômage en raison d'une absence de travail adapté peut aboutir à une détérioration de la santé de l'intéressé. Dès lors, il est intéressant d'appliquer le paragraphe 2, de l'article 100, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994, qui concerne la reprise de travail autorisée par le médecin-conseil.

Il y a une évolution en la matière car il est un fait que la désinsertion sociale peut aggraver la santé d'une personne. Le métier de médecin-conseil devient donc pluridisciplinaire : au lieu de se contenter d'un instantané, il doit suivre l'évolution de la personne en l'accompagnant vers la reprise de travail. En effet, des études montrent que le retour au travail s'effectue dans de meilleures conditions si la personne a bénéficié de ce suivi.

Par conséquent, il ne peut pas y avoir de décision de fin d'incapacité si la reprise du travail est indiquée pour des raisons purement thérapeutiques.

#### 4. Réhabilitation professionnelle et difficultés à retrouver un emploi

Deux questions ont été l'occasion de rappeler qu'il appartient à l'assurance chômage de prendre en charge la réhabilitation professionnelle de Martine, ainsi que son éventuelle difficulté à trouver un travail adapté, dès lors qu'elle est apte sur le plan médical à reprendre l'une de ses professions de référence.

#### 5. Attestation médicale du médecin traitant

Une question interrogeait les effets du certificat médical du médecin traitant de Martine indiquant une incapacité définitive d'exercer la profession d'infirmière à partir de la décision de fin d'incapacité contestée.

Il a été tout d'abord rappelé que le travail convenu n'est pas un critère repris à l'article 100 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994, mais détermine une éventuelle force majeure médicale qui mettrait fin au contrat de travail.

La question importante est de savoir quelles informations l'assuré social doit transmettre pour étayer son recours introduit devant les juridictions du travail à l'encontre d'une décision de fin d'incapacité.

Le certificat médical joue un rôle prépondérant à cet égard, puisque il s'agit souvent de la seule pièce médicale qui permette de répondre à la décision d'exclusion contestée.

Quels éléments ou quelles précisions, doit-il contenir ?

À cet égard, les médecins présents au sein du groupe ont indiqué que la loi coordonnée le 14 juillet 1994 est brièvement abordée au cours des études de médecine.

En outre, le certificat médical fait actuellement l'objet d'une discussion au sein de l'INAMI, car il faudrait responsabiliser les médecins quant à l'évaluation de la durée normale ou naturelle de la maladie et les inviter à éventuellement indiquer la date probable de fin d'incapacité.

Enfin, l'auditorat du travail joue également un rôle important dès lors qu'il est chargé d'instruire le recours introduit par l'assuré social afin que le tribunal puisse disposer d'un dossier complet.

Par exemple, il peut demander à l'intéressé de lui transmettre un certificat médical reprenant les informations suivantes :

- les lésions ou troubles fonctionnels dont il souffre et leurs répercussions fonctionnelles
- le taux de son incapacité de travail
- la durée probable de celle-ci.

À titre d'exemple encore, l'auditorat du travail peut demander à un assuré social ce qui l'empêcherait d'exercer un travail léger, si le médecin-conseil considère qu'il peut exercer un tel travail. Il peut ensuite interpeller le médecin-conseil ou le CMI relativement à la réponse de l'intéressé ou de son médecin traitant.

En bout de course, il appartient au tribunal du travail d'évaluer le caractère sérieux de la contestation afin d'ordonner une éventuelle expertise médicale, au cours de laquelle le médecin traitant et le médecin-conseil de la mutuelle ou le médecin-inspecteur de l'INAMI pourront encore faire valoir leur point de vue.

## 6. Incapacité de travail suite à un accident du travail

Les participants ont également dû répondre à la question des implications d'une incapacité de travail consécutive à un accident de travail sur l'assurance soins de santé et indemnités.

La loi coordonnée le 14 juillet 1994 et la législation relative à la réparation du dommage causé par les accidents du travail ne font pas référence aux mêmes critères. Mais cela n'empêche pas que la reconnaissance d'une incapacité de travail en matière d'accident du travail puisse être une indication pour l'évaluation d'une incapacité de travail dans le cadre de l'article 100 de la loi précitée.

Les discussions se sont alors tournées vers une autre question intéressante : qu'en est-il du travailleur à temps partiel qui exerce deux activités auprès de deux employeurs différents et qui est reconnu incapable de travailler dans l'une de ces deux activités seulement ? Quelles sont les conséquences sur l'autre activité ?

Les principes sont clairs : le travailleur ne peut pas être reconnu incapable de travailler s'il continue à travailler par ailleurs. La condition de la cessation de toute activité et le critère de la perte de deux tiers de sa capacité de gain l'empêchent *a priori* d'exercer une autre activité.

À cet égard, le médecin-conseil peut autoriser le travailleur à reprendre une activité à temps partiel mais il faut avoir au préalable cessé toute activité.

Il s'agit d'un vide législatif reconnu par la Cour constitutionnelle<sup>1</sup>, le problème tournant autour de la notion de "cessation d'activité". Pour combler ce vide législatif, le législateur risque de devoir revoir les critères de l'article 100 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994.

## 7. Absence de suivi du traitement médical

La dernière question, qui portait sur les conséquences de l'absence de suivi du traitement médical prescrit, n'a pas fait l'objet de longues discussions, le temps imparti s'étant écoulé trop rapidement. Elle peut se poser notamment en cas de hernie discale, dépression ou obésité importante.

Cependant, l'absence de suivi du traitement médical prescrit ne peut pas motiver une fin d'incapacité s'il s'agit du seul élément pris en compte. Et on ne peut de toute façon pas contraindre quelqu'un à suivre un traitement.

Les discussions se sont achevées ici mais elles auraient encore pu durer longtemps, tant les participants semblaient avoir des choses à dire.

1. Cour const., arrêt n° 51/2013 du 28.03.2013.

## II. De arbeids(on)geschiktheid

### Casus inzake de arbeidsongeschiktheid

#### Casus

Artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 bepaalt de voorwaarden die moeten vervuld zijn om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend in het kader van de uitkeringsverzekering voor de loontrekkenden.

*“Wordt als arbeidsongeschikt erkend als bedoeld in deze gecoördineerde wet, de werknemer die alle werkzaamheid heeft onderbroken als rechtstreeks gevolg van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen waarvan erkend wordt dat ze zijn vermogen tot verdienen verminderen tot een derde of minder dan een derde van wat een persoon, van dezelfde stand en met dezelfde opleiding, kan verdienen door zijn werkzaamheid in de beroepencategorie waartoe de beroepsarbeid behoort, door betrokkene verricht toen hij arbeidsongeschikt is geworden, of in de verschillende beroepen die hij heeft of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van zijn beroepsopleiding”.*

Er dienen dus cumulatief drie voorwaarden te zijn vervuld:

- 1) De onderbreking van alle werkzaamheid
- 2) Als rechtstreeks gevolg van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen (er is geen erkenning mogelijk in geval van een voorafbestaande toestand)
- 3) Die aanleiding geven tot een vermindering van het verdienvermogen tot een derde of minder dan een derde (het moet met andere woorden gaan om een arbeidsongeschiktheid van tenminste 66 %).

Die vermindering van het verdienvermogen wordt beoordeeld ten aanzien van het verdienvermogen van de zogenaamde “maatman”, dit is een persoon van dezelfde stand en met dezelfde opleiding (om een sociale declassering te voorkomen in hoofde van de sociaal verzekerde) in een aantal referentieberoepen, met name :

- in de beroepencategorie waartoe de door verzekerde laatst uitgeoefende beroepsactiviteit behoort
- in de verschillende beroepen die de verzekerde heeft of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van zijn beroepsopleiding.

De beoordeling van de arbeidsongeschiktheid in functie van de referentieberoepen (3<sup>de</sup> voorwaarde) evenals de problematiek van de voorafbestaande toestand (2<sup>de</sup> voorwaarde) zijn verder uitgewerkt in navolgende casus, die als leidraad dient voor de werkgroep om hierover van gedachten te wisselen.



Martine, Patrick en Luc komen elkaar op 24 april 2014 tegen in de wandelclub, na een lange tijd niets meer van elkaar gehoord te hebben.

Martine (geboren op 13.12.1958 en dus 55 jaar oud) vertelt aan de anderen dat zij geruime tijd ziek is geweest en ze geeft wat meer toelichting over haar persoonlijke situatie.

Zij vertelt dat zij twee jaar geleden ernstige vermoeidheidsklachten vertoonde. Haar huisarts diagnosticeerde dit als CVS. Bovendien kreeg ze last van lage rugpijn waardoor zij uiteindelijk haar werkzaamheden als verpleegster A1 op de afdeling pediatrie van een ziekenhuis volledig moest stopzetten. Op 16 januari 2012 werd zij ingevolge een hospitalisatie wegens een rugoperatie arbeidsongeschikt erkend en kwam zij hierdoor volledig ten laste van het ziekenfonds. Begin april 2014 werd Martine opgeroepen voor een geneeskundig onderzoek door de Geneeskundige raad voor invaliditeit (GRI) en werd zij uitgesloten uit de uitkeringsverzekering op grond van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 vanaf 15 april 2014. De GRI was van oordeel dat haar functionele stoornissen na de operatie gestabiliseerd en genormaliseerd waren en merkte bovendien op dat zij nooit enige behandeling heeft gevolgd gericht op het verminderen van haar CVS-klachten. Martine werd opnieuw geschikt geacht voor het uitoefenen van administratief en intellectueel werk als verpleegster.

Martine begrijpt niet waarom een einde werd gesteld aan haar arbeidsongeschiktheid. Zij voelt geen verbetering in haar klachten sinds haar uitsluiting en zij beschikt over een aantal medische attesten, die bevestigen dat zij wel degelijk lijdt aan de diagnose van CVS en lage rugpijn.

Zij voegt er verder nog aan toe dat zij al een lange beroepsloopbaan achter de rug heeft en dat ze voordien nooit ziek is geweest. Na haar middelbare studies (algemeen secundair onderwijs) volgde zij een opleiding boekhouder van 2 jaar (1977-1979), waarvan zij een diploma heeft behaald. Zij heeft dit beroep evenwel nooit uitgeoefend vermits zij destijds niet onmiddellijk werk vond in die branche. Zij heeft tijdelijk (10 maanden) gewerkt als steno-dactylo voor een VZW (uitsluitend typwerk met de typmachine) en ze heeft dit werk deels gecombineerd met het volgen van een opleiding als verpleegster A1. Zij is afgestudeerd in 1983 en heeft vervolgens gedurende bijna 29 jaar, tot aan haar arbeidsongeschiktheid, gewerkt als verpleegster (voltijdse activiteit).

Martine vraagt raad aan Patrick en Luc die haar adviseren om beroep aan te tekenen tegen haar uitsluitingsbeslissing voor de Arbeidsrechtbank. Luc merkt op dat zijn echtgenote, die een 5-tal jaren jonger is dan Martine en die steeds heeft gewerkt als bejaardenhelpster reeds gedurende 3 jaar arbeidsongeschikt is erkend wegens CVS en dat in maart 2014 naar aanleiding van een nieuw geneeskundig onderzoek haar arbeidsongeschiktheid werd verlengd door de GRI.

Enkele dagen later beslist Martine in beroep te gaan en ze brengt ter staving van haar verzoekschrift medische attesten bij op basis waarvan zij meent arbeidsongeschikt te moeten worden erkend. Zij meldt in haar verzoekschrift tevens dat het voor haar, gelet op haar gezondheidstoestand, onmogelijk is om haar werk als verpleegster voltijds te hervatten en dat ze er bovendien van overtuigd is dat zij geen enkele werkgever bereid zal vinden om haar aan te werven voor het uitoefenen van aangepast werk.

## Vragen

1. Aan de hand van welke criteria wordt nagegaan of het verdienvermogen van Martine ten gevolge van de letsels/functionele stoornissen verminderd is tot een derde of minder dan een derde?
2. Hoe wordt de eigen beroepencategorie van Martine bepaald?
3. Welke beroepen worden begrepen onder "alle beroepen die zij heeft of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van haar beroepsopleiding"?
  - Dient de opleiding boekhouder in aanmerking te worden genomen ook al heeft zij nooit als dusdanig gewerkt ?
  - Wat indien de beroepsopleiding waarvoor zij over het diploma beschikt dateert van jaren geleden (*in casu* werd de opleiding boekhouden gevolgd meer dan 30 jaar geleden)? Dient hiermee dan te worden rekening gehouden?



- Dient de beroepsactiviteit als steno-dactylo in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid, ook al bestaat deze niet meer op de arbeidsmarkt? (onder-tussen is alles geïnformatiseerd)
- Wat met kennis en ervaring die in de praktijk werd verworven, zonder (beroeps) opleiding of diploma?

4. Wat indien uit het geneeskundig onderzoek (van de deskundige) blijkt dat Martine opnieuw in staat is om te werken, zij het deeltijds. Dient zij dan automatisch verder als arbeidsongeschikt te worden erkend?

Quid indien de geneesheer-deskundige oordeelt dat een werkhervatting om puur therapeutische redenen aangewezen is?

5. Quid indien Martine voor de beroepsactiviteiten waarvoor zij medisch nog geschikt wordt geacht niet over de vereiste beroepservaring beschikt om deze uit te oefenen (bv. haar kennis van informatica is beperkt)?

Door wie moet de professionele rehabilitatie (opfrissing van de kennis en vaardigheden) ten laste worden genomen?

6. Wat indien het Martine niet lukt om aangepast werk te vinden op de arbeidsmarkt of, zoals ze zelf inroept, geen enkele werkgever nog bereid zal zijn om haar in dienst te nemen (gelet op haar medische voorgeschiedenis)? Dient hiermee te worden rekening gehouden bij de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid?

7. Martine brengt ter staving van haar arbeidsongeschiktheid een aantal medische attesten bij, waaronder

- a) een attest van de arbeidsgeneesheer die oordeelt dat zij vanaf 16 juli 2012 definitief ongeschikt is om haar vroegere werkzaamheid als verpleegster uit te oefenen
- b) een medische verklaring van haar behandelend geneesheer dat zij vanaf de bestreden uitsluitingsbeslissing definitief ongeschikt is om om het even welke werkzaamheid uit te oefenen
- c) Een attest van een specialist die bevestigt dat ze wel degelijk lijdt aan CVS.

Is dit voldoende om haar verder arbeidsongeschikt te erkennen in de uitkeringsverzekering? Zijn er onderzoeken die de geneesheer-deskundige bij een CVS-patiënt moet uitvoeren om diens arbeidsongeschiktheid te kunnen beoordelen?

8. Wat als Martine inroept dat zij vanaf 16 januari 2012 wegens een arbeidsongeval erkend is in het kader van de arbeidsongevallenwetgeving. Heeft dit een weerslag op de evaluatie van haar arbeidsongeschiktheid overeenkomstig artikel 100, § 1?

9. Kan het gebrek aan het volgen van een adequate medische behandeling een reden zijn om iemand arbeidsgeschikt te erkennen?



Patrick (geboren op 16.01.1988 en dus 26 jaar oud), vertelt Martine en Luc op zijn beurt dat hij ongeveer hetzelfde heeft meegemaakt als Martine.

Hij beschrijft zijn situatie als volgt:

Hij heeft problemen aan zijn gezichtsvermogen sinds 10-jarige leeftijd (zijn gezichtsvermogen aan een oog bedraagt slechts 2/10<sup>e</sup>); hij heeft op heel onregelmatige tijdstippen epilepsieaanvallen (absentie); bovendien is hij op 17-18-jarige leeftijd zwaar verslaafd geweest aan drugs (hasj).

Hij volgde lager onderwijs en hoger beroepsonderwijs (in de bouw - metselwerk); hij heeft regelmatig zijn studies moeten onderbreken om gezondheidsredenen; uiteindelijk is hij er toch in geslaagd om tijdens zijn studies een paar stages als metser te doorlopen en op zijn 20<sup>e</sup> heeft hij zijn einddiploma behaald.

Na zijn studies is hij ongeveer 2 jaar werkloos gebleven.

Daarna heeft hij op onregelmatige tijdstippen gedurende 10 maanden als uitzendkracht gewerkt. Hij werkte met verschillende contracten van korte duur: 4 maanden, 1 maand en 15 dagen (hij moest zijn laatste contract beëindigen om gezondheidsredenen). Nadien belandde hij opnieuw in de werkloosheid.

Op 15 juni 2012, op 24-jarige leeftijd, heeft hij een zwaar auto-ongeluk gehad. Hij was bestuurder en zijn vader is bij dat ongeval omgekomen.

Als gevolg van het ongeval verbleef hij 3 maanden in het ziekenhuis en heeft hij aangifte gedaan van zijn arbeidsongeschiktheid. De adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds heeft de arbeidsongeschiktheid erkend gelet op zijn zware depressie die werd veroorzaakt door zijn intense schuldgevoel aan de dood van zijn vader.

Begin april 2014 werd Patrick onderzocht door de GRI die besloot om hem uit te sluiten vanaf 10 april 2014 omdat de stopzetting van zijn activiteiten niet het rechtstreekse gevolg was van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen. Om de woordenschat van de geneesheren, die wordt gehanteerd in dergelijke gevallen, te verduidelijken, legt hij hen uit dat de GRI van oordeel was dat zijn ongeschiktheid te wijten was aan een "voorafbestaande toestand", waardoor hij niet meer ten laste kan worden genomen in het kader van de uitkeringsverzekering. Men heeft hem duidelijk gemaakt dat hij ten onrechte arbeidsongeschikt was erkend en een ziekte-uitkering had gekregen terwijl hij in werkelijkheid nooit een voldoende verdienvermogen heeft gehad aangezien het al bij zijn intrede op de arbeidsmarkt verminderd was met minstens 2/3.

Patrick kan zich niet akkoord verklaren met de beslissing van de GRI en vraagt Martine en Luc om hun advies over zijn situatie.

Hij vertelt hen dat hij overweegt om beroep aan te tekenen tegen de beslissing van de GRI bij de arbeidsrechtbank op basis van volgende argumentatie, enerzijds, het feit dat zijn behandelend geneesheer van oordeel is dat hij zich nog steeds in een staat van depressie bevindt (aangezien er geen enkele verbetering is vastgesteld sedert het begin van zijn ongeschiktheid) en anderzijds, het feit dat hij meent te kunnen aantonen over een voldoende verdienvermogen te hebben beschikt gelet op zijn werkperiodes als stagiair en uitzendkracht.

Martine en Luc adviseren hem om beroep aan te tekenen en zeggen hem dat er in zijn geval een manifeste beoordelingsfout is begaan. Ze verzekeren hem dat zijn situatie op geen enkele wijze kan beschouwd worden als een voorafbestaande toestand. Zij menen dat hij arbeidsongeschikt erkend moet blijven gelet op hetgeen hij heeft meegemaakt en zijn nog steeds aanwezige depressieve toestand en ongewijzigd gezichtsvermogen.

Hebben Martine en Luc gelijk om hun vriend aan te raden beroep aan te tekenen en hem zonder enig voorbehoud te bevestigen dat hij in het gelijk zal worden gesteld? Hoe denkt u hierover?

## Vragen

1. Patrick roept in dat hij nog steeds depressief is en dat hij bijgevolg verder arbeidsongeschikt erkend moet blijven in de zin van artikel 100 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994? Mag de Arbeidsrechtbank deze redenering volgen?

2. Zou het iets aan de zaak veranderen indien hij niet meer depressief zou zijn maar hij wel nog altijd drugsverslaafd is en af en toe nog epilepsieaanvallen heeft?
3. Dient er voor de beoordeling van het verdienvermogen enkel rekening te worden gehouden met de nieuwe aandoening, namelijk de depressie, of dienen alle aandoeningen en letsels waaraan hij lijdt, met name het aanzienlijk verlies van zijn gezichtsvermogen aan een oog, zijn epilepsieaanvallen en zijn drugsverslaving - mee in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling?
4. Indien Patrick gedurende 10 maanden op regelmatige wijze en ononderbroken voltijds had gewerkt, zou dat iets aan de beslissing van de GRI hebben veranderd?
5. Indien Patrick door het OCMW was tewerkgesteld op grond van artikel 60, § 7 van de wet van 8 juli 1976, zou dit iets aan de beslissing van de GRI hebben veranderd?
6. Aangenomen dat Patrick nooit heeft gewerkt en dat hij vanaf het einde van zijn studies werkloos is geweest, kan dan het bestaan van een voorafbestaande toestand worden ingeroepen?
7. Op welk ogenblik moet het bestaan van een voldoende verdienvermogen (van ten minste 1/3) bij Patrick worden vastgesteld?
8. Zou de GRI een andere beslissing hebben genomen indien Patrick een inkomensvervangende tegemoetkoming in de regeling van de gehandicapten zou hebben ontvangen?
9. Zou de arbeidsrechtbank bereid zijn om een andere beslissing te nemen dan de GRI indien Patrick een beperkt verminderd verdienvermogen zou vertoond hebben bij zijn intrede op de arbeidsmarkt en hij desondanks toch gedurende twee jaar een activiteit zou hebben uitgeoefend waarvoor sociale zekerheidsbijdragen werden betaald?
10. Indien Patrick al gedurende 10 jaar arbeidsongeschikt zou zijn erkend, zou hij dan nog door de GRI kunnen uitgesloten zijn op grond van een voorafbestaande toestand?
11. Stel dat Patrick gedurende 2,5 jaar als zelfstandig helper in de bouwfirma van zijn vader zou hebben gewerkt en de stopzetting van de activiteiten van het familiebedrijf te wijten zou zijn aan het overlijden van zijn vader, had de GRI dan een andere beslissing moeten nemen?

## Verslag van de discussies

Door Liesbeth Van Daele, gerechtelijke stagiaire

### JURIDISCH KADER

Artikel 100 Gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen

§ 1. Wordt als arbeidsongeschikt erkend als bedoeld in deze gecoördineerde wet, de werknemer die alle werkzaamheid heeft onderbroken als rechtstreeks gevolg van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen waarvan erkend wordt dat ze zijn vermogen tot verdienen verminderen tot een derde of minder dan een derde van wat een persoon, van dezelfde stand en met dezelfde opleiding, kan verdienen door zijn werkzaamheid in de beroepencategorie waartoe de beroepsarbeid behoort, door betrokkene verricht toen hij arbeidsongeschikt is geworden, of in de verschillende beroepen die hij heeft of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van zijn beroepsopleiding.

Vrijwilligerswerk in de zin van de wet van 3 juli 2005 betreffende de rechten van vrijwilligers wordt niet beschouwd als werkzaamheid, voor zover de adviserende geneesheer of de administratie van de medische expertise van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu vaststelt dat deze activiteiten verenigbaar zijn met de algemene gezondheidstoestand van de betrokkene.

Indien die werknemer bovendien een beroepsopleiding heeft verworven tijdens een tijdvak van her-scholing, wordt met die nieuwe opleiding rekening gehouden ter waardering van de vermindering van zijn vermogen tot verdienen. De Koning bepaalt de voorwaarden waaronder en de termijn binnen welke de arbeidsongeschiktheid opnieuw geëvalueerd wordt na een programma van beroeps-herscholing.

Nochtans wordt die vermindering van het vermogen tot verdienen, over de eerste zes maanden primaire arbeidsongeschiktheid, gewaardeerd ten aanzien van het gewone beroep van de betrokkene, in zover de oorzakelijke aandoening voor een gunstig verloop of voor genezing vatbaar is binnen een tamelijk korte tijdsspanne.

Is een werknemer opgenomen in een door de Minister die de Volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, erkende verplegingsinrichting of in een militair ziekenhuis, dan wordt aangenomen dat hij de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid bereikt heeft.

De Koning kan, op voorstel van het Beheerscomité van de Dienst voor uitkeringen, de voorwaarden verruimen waaronder wordt aangenomen dat een werknemer de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid bereikt.

De Koning kan, op voorstel van het Beheerscomité van de Dienst voor uitkeringen en in afwijking van de voorafgaande bepalingen, bijzondere voorwaarden en specifieke evaluatiecriteria vaststellen voor de categorieën van werknemers die Hij bepaalt.

§ 2. Wordt als arbeidsongeschikt erkend, de werknemer die een toegelaten arbeid hervat op voorwaarde dat hij, van een geneeskundig oogpunt uit, een vermindering van zijn vermogen van ten minste 50 procent, behoudt.

De Koning bepaalt binnen welke termijn en onder welke voorwaarden de toelating tot werkhervatting als bedoeld in het eerste lid wordt verleend.

De Koning bepaalt eveneens onder welke voorwaarden en in welke mate de uitkeringen worden toegekend in geval van niet naleving van de termijn of de voorwaarden bepaald met toepassing van het tweede lid.

De weigeringsbeslissing om de toelating tot werkhervatting te verlenen of de beslissing die een einde aan de arbeidsongeschiktheid stelt omdat de gerechtigde, van een geneeskundig oogpunt uit, geen vermindering van zijn vermogen van ten minste 50 procent behoudt, heeft uitwerking ten vroegste vanaf de dag na de datum van de verzending of overhandiging van de beslissing aan de gerechtigde. De Koning bepaalt onder welke voorwaarden en in welke mate de uitkeringen worden toegekend voor de periode die de ingangsdatum van de hogervermelde beslissingen voorafgaat.

## CASUS 1

- **Vooreerst kan de vraag worden gesteld aan de hand van welke criteria dient nagegaan te worden of het verdienvermogen van Martine ten gevolge van de letsels/functionele stoornissen verminderd is tot een derde of minder dan een derde?**

In deze casus heeft Martine twee problemen:

1. Rugproblemen: deze blijken redelijk groot, aangezien er een operatie is gebeurd.

2. Chronisch vermoeidheidssyndroom (CVS): dit is een syndroom met bepaalde criteria, dewelke internationaal zijn vastgesteld. Er zijn ook graden naargelang de ernst. Zo kunnen slaapproblemen bijvoorbeeld aanleiding geven tot functionele stoornissen met al dan niet invloed op het uitoefenen van de functie. Als die klachten er in belangrijke mate zijn, dan heeft dat belangrijke repercussies op de uitoefening van de job.

In casu heeft Martine echter nooit medische hulp gezocht voor CVS. Wellicht heeft ze bepaalde vermoeidheidsklachten. Het etiket van "CVS" wordt soms erg snel gegeven.

De Geneeskundige Raad voor Invaliditeit (hierna "GRI" genoemd) had beslist om Martine op grond van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 uit te sluiten uit de uitkeringsverzekering vanaf 15 april 2014, vermits zij nog in aanmerking kwam voor het uitoefenen van administratief en intellectueel werk als verpleegster

In het kader van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 moet immers nagegaan worden wat de functionele weerslag is van de letsels of functionele stoornissen op haar verdienvermogen. Het is dus niet omdat Martine lijdt aan CVS of rugklachten heeft, dat zij daardoor verder arbeidsongeschikt dient te worden erkend. De vraag die dient gesteld te worden is of Martine met de gekende letsels en functionele stoornissen in staat is om een werkzaamheid uit te oefenen waarmee zij meer kan verdienen dan een derde van wat de maatman (met name een normaal gezond persoon met dezelfde kwalificatie en opleiding) kan verdienen.

In het geval van Martine sluiten de rugklachten en het chronisch vermoeidheidssyndroom waaraan zij lijdt, niet uit dat zij eventueel nog een deeltijdse activiteit als administratief verpleegkundige zou kunnen uitoefenen.

In dit verband wordt nog de vraag gesteld in welke mate Martines leeftijd – 55 jaar – geen probleem vormt?

De leeftijd van de betrokkene is geen evaluatiecriterium voor de arbeidsongeschiktheid van de sociaal verzekerde. Martines leeftijd is op zich geen beletsel voor de herintrede op de arbeidsmarkt, ook al kan dit in de praktijk soms wel een probleem zijn voor de werkgever. Het feit dat betrokkene verminderde kansen heeft op de arbeidsmarkt gelet op haar letsels of functionele stoornissen en gelet op haar leeftijd is aannemelijk maar impliceert geenszins de erkenning van een arbeidsongeschiktheid overeenkomstig artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994. Dit risico wordt ten laste genomen door de werkloosheidsverzekering. In het kader van de uitkeringsverzekering moet alleen de geschiktheid van de werknemer worden beoordeeld om al dan niet een bepaalde beroepsactiviteit binnen een groep van toegankelijke beroepen uit te oefenen.

Verder wordt ook de vraag gesteld of er rekening moet of kan gehouden worden met het feit dat Martine nooit therapie heeft gevolgd voor CVS?

Het al dan niet volgen van therapie is géén criterium dat wordt voorzien in de wet. Bijgevolg kan hier juridisch gezien geen rekening mee worden gehouden.

Volgens het RIZIV blijkt uit een analyse van de rechtspraak echter dat de rechtbanken vaak wél rekening houden met het feit of de betrokkene meewerkt aan het herstel of niet. Als er geen therapie gevolgd wordt, is de rechtbank vaak geneigd om te stellen dat de betrokkene arbeidsgeschikt is. Nochtans is er in principe therapeutische vrijheid: men is niet verplicht therapie te volgen. Zo kan men bijvoorbeeld geen rugoperatie opleggen, ook al zal de betrokkene dan mogelijks langer arbeidsgeschikt blijven.

Specifiek omtrent de problematiek van CVS merkt het RIZIV op dat hierover conventies zijn gesloten door het RIZIV. Deze werden recent herzien. Hierin worden een aantal criteria opgenomen. Zo wordt verwezen naar twee verschillende therapieën dewelke internationaal zijn erkend, namelijk cognitieve gedragstherapie en graduele oefentherapie (kinesithérapie). Een derde factor betreft de vraag of er stappen gezet zijn voor re-integratie. De adviserend geneesheer kan hierbij bijvoorbeeld een geleidelijke werkhervatting adviseren en voorstellen om te beginnen met 2 dagen per week, 3 uur per dag... De adviserend geneesheer kan de betrokkene hiertoe evenwel niet verplichten. Een progressieve werkhervatting gebeurt op vrijwillige basis. De adviserend geneesheer kan de sociaal verzekerde evenmin verplichten een bepaalde therapie te volgen.

Wel heeft de adviserend geneesheer een wettelijke verplichting om de sociaal verzekerde te begeleiden. Dit houdt onder meer in dat hij op empathische wijze (en niet als believer of non believer) naar de patiënt moet kijken, luisteren en de nodige vragen moet stellen. De adviserende geneesheeren dienen hier in de toekomst nog meer aandacht aan te besteden en dit aspect dient ook duidelijker te worden uitgewerkt in het dossier. Van bij het begin van de arbeidsongeschiktheid dient er reeds een uitgebreid dossier te worden samengesteld.

Vanwege de rechters wordt hierbij de opmerking gemaakt dat een dergelijk uitgebreid dossier jammer genoeg niet wordt overgemaakt aan de arbeidsrechtbank.

Wanneer een zaak voor de arbeidsrechtbank komt, wordt er vooral gekeken naar de medische attesten die worden neergelegd door de sociaal verzekerde. Veel hangt bijgevolg af van de criteria die de geneesheer gebruikt in het medisch attest. Wordt er een medisch attest neergelegd waarin CVS als aandoening wordt vermeld en is er volgens dit attest meer dan 66 % arbeidsongeschiktheid, dan zal een deskundige worden aangesteld om te kijken naar de vermindering van het verdienvermogen. In dergelijk geval wordt de rechtbank immers geconfronteerd met twee verschillende meningen, namelijk enerzijds de mening van de adviserend geneesheer of de GRI en anderzijds de mening van de geraadpleegde arts(en). Of er therapie gevolgd wordt of niet, wordt in dergelijk geval onderdrukt door het medisch attest dat zegt dat de betrokkene meer dan 66 % arbeidsongeschikt is.

Verder erkennen de aanwezige rechters dat er sowieso rekening moet worden gehouden met de keuzevrijheid van de patiënt. De verzekerde heeft de keuze om al dan niet therapie te volgen. Zo kan het bijvoorbeeld ook voorkomen dat de sociaal verzekerde naar een bediscussieerd arts gaat. De arbeidsrechtbank kan hier in principe geen rekening mee houden.

Daarnaast stellen de arbeidsgerechten in de praktijk ook vast dat in het geval van CVS vaak verschillende medische attesten worden neergelegd. CVS wordt meestal ook pas vermeld als er enige vorm van therapie wordt gevolgd. Bovendien zouden weinig huisartsen CVS, zonder dat er een onderzoek is gebeurd, zomaar in een medisch attest opnemen.

Als conclusie wordt opgemerkt dat het ganse plaatje in aanmerking moet worden genomen bij de eindbeslissing. Alle letsels en aandoeningen worden meegenomen om te kijken of de betrokkene al dan niet aan de voorwaarden om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend, voldoet. Het is hierbij belangrijk om na te gaan wat de functionele weerslag is van de letsels en aandoeningen op het verdienvermogen.

- **Verder kan de vraag worden gesteld welke de referentieberoepen zijn die in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van Martine? Dient de opleiding boekhouder bijvoorbeeld ook in aanmerking te worden genomen ook al heeft zij nooit als dusdanig gewerkt? En ook al betreft het een opleiding die zij jaren geleden heeft gevolgd?**

Met de vroeger gevolgde opleiding van boekhouder kan volgens de meerderheid van de rechters in deze casus geen rekening gehouden worden. Het RIZIV is hiermee akkoord, maar merkt op dat er ook rechtspraak is die stelt dat er wél rekening mee moet worden gehouden.

Op heden is er binnen het RIZIV een evolutie merkbaar, waarbij nu sterk de nadruk wordt gelegd op de activering van arbeidsongeschikt erkende gerechtigden onder meer via “Professionele revalidatie”. Dit houdt in dat de sociaal verzekerde met toestemming van de Hoge Commissie van de GRI een opleiding kan volgen en ondertussen ten laste blijft van de uitkeringsverzekering. De actualisering van de opleiding wordt dan aangeraden door de adviserend geneesheer. Dit gebeurt echter op vrijwillige basis, de betrokkene kan niet gedwongen worden.

Anderzijds merkt het RIZIV op dat bepaalde opleidingen sterk onderhevig zijn aan evolutie. De opleiding informatica of boekhouding van 20 jaar geleden is bijvoorbeeld erg verschillend in vergelijking met nu. Indien men 20 jaar geleden een opleiding informatica of boekhouding gevolgd heeft, is dit helemaal niet meer aangepast aan de noden van vandaag. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn om iemand arbeidsgeschikt te verklaren door te verwijzen naar een opleiding die 20 jaar geleden gevolgd werd, zonder het beroep daarna daadwerkelijk uit te oefenen, en waarbij de opleiding inmiddels sterk geëvolueerd is. Men kan in dergelijk geval niet zomaar terugkeren naar dat beroep.

Zowel het RIZIV als de magistraten menen dat in deze casus enkel nog het beroep als verpleegster als referentieberoep in aanmerking moet worden genomen. Zo zou je voor een verpleegster zoals *in casu* kunnen zeggen dat zij nog activiteiten op een medisch secretariaat kan uitoefenen.

Algemeen voor wat betreft de vraag met welke referentieberoepen rekening kan worden gehouden, wordt vanuit de magistratuur de opmerking gemaakt dat wat meer aandacht zou moeten worden besteed aan de omschrijving van de beroeps categorieën. De arbeidsrechter heeft immers vaak eerder een beperkte kennis van het bestaan van de verschillende soorten beroepen, voornamelijk gebaseerd op eigen ervaringen. Dit staat in schril contrast met een ergonoom bijvoorbeeld, die veel meer beroepen en activiteiten kent. Het probleem is dat ergonomen doorgaans echter niet als deskundige wensen te worden aangesteld.

Ook het RIZIV meent dat voor Martine enkel nog het beroep van “verpleegster” als referentieberoep in aanmerking kan worden genomen. En door de rugklachten wordt dat moeilijk. De adviserend geneesheer kan haar wel begeleiden, samen met een jobcoach (werkgever, VDAB, ziekenhuis). Er dient nagegaan te worden wat ze nog kan doen. Vaak zijn er verschillende mogelijkheden, bijvoorbeeld in dit geval coördinatie in de zorg (zijnde een administratieve activiteit), mits een korte opleiding.

In dit verband is er ook contact tussen de arbeidsgeneesheer en adviserend geneesheer nodig in een vroeg stadium. Hiertoe is er volgens het RIZIV momenteel een mailbox in creatie tussen de arbeidsgeneesheer en de adviserend geneesheer. Er worden verschillende initiatieven genomen om mensen opnieuw te activeren.

Algemeen wordt hierover door de rechters de opmerking gemaakt dat de medische beslissingen tot uitsluiting van een sociaal verzekerde eigenlijk veel beter zouden moeten worden gemotiveerd door de adviserend geneesheer of de GRI. Verschillende rechters stellen dat zij in de praktijk zelden een beslissing hebben gezien van de adviserend geneesheer of de GRI waar echt concreet wordt verwezen naar beroepsactiviteiten. Meestal wordt eerder een vage vermelding opgenomen, zoals bijvoorbeeld “geschikt voor niet rugbelastend werk”. Het RIZIV erkent dit en stelt dat dit in de toekomst moet veranderen. Wanneer de adviserend geneesheer of de GRI bijvoorbeeld meent dat “licht aangepast werk” mogelijk is, dan dient ook verder te worden verduidelijkt wat hier concreet mee bedoeld wordt.

De rechters voegen hier nog aan toe dat wanneer dit uitvoeriger zou worden gemotiveerd door de adviserend geneesheer of de GRI, de arbeidsrechter ook aan de deskundige de vraag zou kunnen stellen: “Dit beroep (bijvoorbeeld coördinator in de zorg) wordt voorgesteld door de adviserend geneesheer of de GRI; beantwoordt de betrokkene aan de voorwaarden om dit beroep uit te oefenen?”. Dit zou dan aldus mee opgenomen kunnen worden in de expertise.

Als algemeen besluit wordt gesteld dat er bij het nemen van de beslissing door de adviserend geneesheer of de GRI duidelijk zou moeten gemotiveerd worden naar de beroepsmogelijkheden toe, zodat de arbeidsrechtbank hier rekening mee kan houden bij de aanstelling van de deskundige en de beoordeling van het deskundigenverslag.

- **Wat indien uit het geneeskundig onderzoek (van de deskundige) blijkt dat Martine opnieuw in staat is om te werken, zij het deeltijds. Dient zij dan automatisch verder als arbeidsongeschikt te worden erkend?**

Een eerste vraag die hierbij wordt gesteld, is of dit in het kader van artikel 100, § 1 of artikel 100, § 2 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 dient te worden beschouwd?

Volgens de meerderheid van de aanwezigen dient dit te worden getoetst aan artikel 100, § 1 van deze wet. Zo kan het zijn dat men deeltijds kan werken maar toch meer dan 66 % arbeidsongeschikt is. Het deeltijds werken dient in de eerste plaats te worden getoetst aan het arbeidspotentieel gelinkt aan § 1 en niet aan § 2.

Verder wordt opgemerkt dat het woordje “automatisch” hier dient te worden geschrapt. Het is immers niet omdat je (slechts) deeltijds zou kunnen werken, dat je automatisch arbeidsongeschikt of arbeidsongeschikt bent. Dit moet steeds *in concreto* worden bekeken.

Het RIZIV wijst er op dat door deeltijds te werken de kans bestaat dat je verdienvermogen meer dan 1/3 is. Het is niet omdat iemand slechts deeltijds kan werken, dat je moet zeggen dat hij arbeidsongeschikt moet blijven. Het feit dat een verzekerde niet meer voltijds kan werken impliceert hoogstens dat hij een aangetast verdienvermogen heeft.

Indien hij door zijn deeltijdse activiteit nog tenminste één derde kan verdienen van hetgeen een vergelijkbare en voltijdse werknemer kan verdienen, kan hij niet verder als arbeidsongeschikt worden beschouwd in de zin van artikel 100 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.

Indien dit niet het geval is, komt betrokkene desgevallend in aanmerking voor de uitoefening van een aan zijn gezondheidstoestand aangepaste activiteit overeenkomstig de voorwaarden van artikel 100, § 2 van de wet (50 % ongeschiktheid op medisch vlak en verenigbaarheid van de activiteit met de gezondheidstoestand).

Bij wijze van conclusie zou men kunnen stellen dat bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid niet het arbeidsvolume dat een betrokkene nog kan uitoefenen van belang is, maar wel het feit of hij al dan niet in staat is om een activiteit uit te oefenen waardoor hij nog tenminste 1/3 kan verdienen van een voltijds werknemer (ongeacht het arbeidsvolume).



- **Quid indien de geneesheer-deskundige oordeelt dat een werkhervatting om puur therapeutische redenen aangewezen is?**

De aanwezigen zijn het erover eens dat het niet de taak van de deskundige is om zich over therapeutische overwegingen uit te spreken. De deskundige dient enkel een antwoord te geven op de vraag gesteld door de arbeidsrechtbank (inzake de medische discussie; niet over therapeutische redenen). Anders zou er protest komen vanwege advocaten en volmachtdraggers inzake de geldigheid van het verslag.

Als een deskundige zich hier wel over zou uitlaten, hetgeen in de praktijk wel al eens gebeurt (bijvoorbeeld bij een depressie), dan beantwoordt dit niet aan de opdracht en dient men dit aan de kant te schuiven.

Ook het RIZIV wijst er op dat therapeutische overwegingen niet als criterium in artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 opgenomen zijn. Het is bijgevolg ook geen argument om iemand geschikt te verklaren. Er dient gekeken te worden naar de vermindering van het verdienvermogen. Een verzekerde kan arbeidsgeschikt worden verklaard in zoverre zijn verdienvermogen niet meer verminderd is tot een derde of minder dan een derde.

- **In het kader hiervan wordt nog de vraag gesteld of er niet meer aandacht moet worden besteed aan de activering van de sociaal verzekerde?**

De rechters merken op dat het Belgische systeem op dit gebied ouderwets is. Bij ontslag wordt bijvoorbeeld outplacement aangeboden. Ook de RVA voorziet coaching met het oog op activering.

Het lijkt logisch dat men ook vanuit het RIZIV de sociaal verzekerde meer zou motiveren, uitleggen wat mogelijk is. Een motivatiegesprek met de adviserend geneesheer is noodzakelijk. Nu zijn er vaak mensen die zeggen dat ze maar 5 minuten binnen waren en dan hun beslissing krijgen.

Het is nochtans erg belangrijk dat hier meer aandacht aan wordt besteed. Mensen zijn na 15 jaar bijvoorbeeld niet meer in staat om zomaar weer te gaan werken. Een betere begeleiding is hier dan ook noodzakelijk. Waarom wordt dit niet aangeboden door het RIZIV?

Het RIZIV bevestigt dat er in Nederland op heden meer aandacht is voor activering, maar benadrukt dat er nu ook bij het RIZIV een tendens bestaat om meer aandacht te besteden aan activering. De adviserend geneesheer wordt nu sterk gemobiliseerd om hier in de toekomst meer aandacht voor te hebben en de sociaal verzekerde beter te coachen met het oog op activering. Dit is echter nog heel recent. Er is hiertoe een hervorming voorzien betreffende de rol van de GRI en adviserend geneesheer. Deze hervorming zou eind 2015 in werking treden.

Anderzijds blijft het wel nog steeds een vrijwillige keuze van de sociaal verzekerde om mee te werken aan zijn activering. Als de sociaal verzekerde er ondanks de inspanningen van de adviserend geneesheer niet op ingaat, dan zijn hier geen gevolgen aan verbonden. De activering is geen verplichting, dit gebeurt enkel op vrijwillige basis. De arbeidsrechtbank kan louter op basis hiervan niet beslissen om de sociaal verzekerde toch als arbeidsgeschikt te erkennen. Dergelijke sanctie is immers niet voorzien in de wet.

De rechters merken hierbij nog op dat het voor de arbeidsrechter belangrijk is dat dit aspect ook in de verslagen zou worden opgenomen, zodat hiermee rekening zal kunnen worden gehouden.

Het RIZIV bevestigt dit en stelt dat het belangrijk is dat de adviserend geneesheer, wanneer de sociaal verzekerde zijn intrede doet in de invaliditeit, ook motiveert welke stappen al dan niet reeds werden ondernomen (als er stappen mogelijk zijn) tot activering, zodat het een goed gefundeerde beslissing is.

Tenslotte wordt nog opgemerkt dat in sommige gevallen een verzekerde arbeidsongeschikt wordt erkend tot de pensioenleeftijd en dat dan een aantal jaren later wordt gesteld dat er toch een einde komt aan de arbeidsongeschiktheid. Dit is nogal tegenstrijdig en moeilijk uit te leggen aan de sociaal verzekerde. Ook hier zou er volgens het RIZIV een hervorming op komst zijn.

- **Wat indien het Martine niet lukt om aangepast werk te vinden op de arbeidsmarkt of, zoals ze zelf inroept, geen enkele werkgever nog bereid zal zijn om haar in dienst te nemen (gelet op haar medische voorgeschiedenis)? Dient hiermee rekening te worden gehouden bij de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid?**

Volgens de magistraten zal de arbeidsrechtbank hier wettelijk gezien geen rekening mee kunnen houden. Het enige criterium is artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994. Vaak kan de arbeidsrechtbank trouwens niet zomaar anders oordelen gelet op het deskundigenverslag.

Professor van Eeckhoutte maakt in dit verband nog een vergelijking met de (vroegere) berekening van de opzegtermijn voor een hogere bediende. Zo moet men ook bij de toepassing van artikel 100 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 niet kijken hoe snel men *in concreto* werk vindt, maar dient nagegaan te worden: is het *in abstracto* mogelijk om werk te vinden?

Het RIZIV bevestigt dat het niet de tewerkstellingsvooruitzichten zijn, maar wel de fysieke geschiktheid om activiteiten uit te oefenen, die bepalend zijn bij de evaluatie van de vermindering van het verdienvermogen in het kader van de uitkeringsverzekering.

Het niet voorhanden zijn van een aangepaste job op de arbeidsmarkt is een sociaal risico dat dient te worden opgevangen door de werkloosheidsverzekering.

Het probleem is echter dat zelfs de werkloosheid er niet in slaagt om die mensen te activeren. Mensen moeten geresponsabiliseerd worden. Men bevindt zich hier eigenlijk op de scheidingslijn tussen uitkeringsverzekering en werkloosheid.

Er wordt voorgesteld dat de wetgever initiatieven zou nemen om het gemakkelijker te maken om dergelijke mensen terug aan het werk te krijgen.

Er wordt tenslotte benadrukt dat er ook waarborgen moeten worden voorzien voor sociaal verzekerden die inspanningen leveren om, ondanks hun restletsels, bijvoorbeeld via professionele rehabilitatie, terug aan het werk te gaan en die vervolgens zouden hervallen. Het gegeven van de (poging tot) werkhervatting mag hen niet benadelen ten aanzien van degenen die geen enkele inspanning tot werkhervatting hebben geleverd, vermits dit anders een belemmering zou kunnen vormen voor het volgen van een mogelijke professionele rehabilitatie.

## CASUS 2

Gelet op de gezichtsproblemen en epilepsie die Patrick reeds vertoonde tijdens zijn kinder- en jeugd jaren zou men enerzijds geneigd zijn om te stellen dat er sprake is van een voorafbestaande toestand. Anderzijds werd Patrick blijkbaar door de RVA als arbeidsgeschikt erkend, anders zou hij niet toegelaten zijn tot de werkloosheid. Hieruit zou dan kunnen worden afgeleid dat hij een voldoende verdienvermogen heeft gehad.

- **De vraag wordt hierbij gesteld in welke mate de inschrijving als werkzoekende moet worden beschouwd als een bewijs van de arbeidsgeschiktheid van de betrokkene? Met andere woorden: moet uit het feit dat Patrick aanspraak kon maken op werkloosheidsuitkeringen worden afgeleid dat hij voorheen over een voldoende verdienvermogen beschikte?**

Er bestaan hier verschillende meningen over. Het RIZIV wijst er op dat er in de sector werkloosheid geen systematische controle gebeurt van de arbeidsgeschiktheid van een sociaal verzekerde op het ogenblik van de inschrijving als werkzoekende. Het kan bijgevolg voorkomen dat iemand ingeschreven wordt als werkzoekende en aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen, terwijl hij eigenlijk niet geschikt is om te werken. De toelating tot de werkloosheid kan dan ook niet gebruikt worden als een bewijs van de arbeidsgeschiktheid. Het recht op werkloosheidsuitkeringen impliceert met andere woorden niet automatisch dat de betrokkene arbeidsgeschikt is. Er moet steeds concreet worden nagekeken of er toch geen sprake is van een voorafbestaande toestand, bijvoorbeeld wanneer men vaststelt dat de verzekerde op het ogenblik van zijn inschrijving als werkzoekende reeds gezondheidsproblemen vertoonde.

In bepaalde rechtspraak – zoals de rechtspraak van het Arbeidshof van Brussel – wordt gesteld dat het genot van werkloosheidsuitkeringen een weerlegbaar vermoeden van arbeidsgeschiktheid vormt. Men moet immers vermijden dat alle bewijslast bij de sociaal verzekerde wordt gelegd. De GRI moet ook aantonen waarom er sprake is van een voorafbestaande toestand. Het RIZIV kan hiermee akkoord gaan, maar merkt op dat de sociaal verzekerde toch ook enig bewijs moet leveren.

In deze casus betreft het een twijfelgeval. Vooral de medische problemen moeten bekeken worden. Het is aangewezen dat in deze casus een deskundige wordt aangesteld om te zien hoe ernstig de situatie was qua “voorafbestaande toestand”. De rechtbank kan in dergelijk geval niet zomaar oordelen zonder aanstelling van een deskundige.

Het RIZIV stelt vast dat in de praktijk bij dergelijke discussie door de rechtbank inderdaad ook meestal een deskundige wordt aangesteld alvorens een beslissing wordt genomen.

◦ **In welke mate speelt het verloop van een zekere tijdsspanne tussen de aanvangsdatum van de erkende arbeidsongeschiktheid en de vaststelling van een voorafbestaande toestand een rol bij de beoordeling?**

Eén van de aanwezige rechters stelt dat er inderdaad een onderscheid moet worden gemaakt naar gelang de tijdsspanne die is verstreken tussen de aanvangsdatum van de erkende arbeidsongeschiktheid en de vaststelling van een voorafbestaande toestand. Zo komt het voor dat de GRI na een jarenlange erkenning van de arbeidsongeschiktheid ineens in vraag stelt of de verzekerde wel arbeidsongeschikt had mogen worden erkend, gelet op het bestaan van een voorafbestaande toestand.

Juridisch gezien bestaat hiervoor geen enkel wettelijk beletsel. De bepalingen van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 zijn van openbare orde, wat betekent dat de beoordeling van de aanwezigheid van een voorafbestaande toestand op ieder ogenblik kan gebeuren en dus niet alleen bij de aanvang van de erkende ziekteperiode. In dergelijk geval is het in het kader van de bewijsvoering dan wel aangewezen dat de GRI haar beslissing zou motiveren.

Na jaren te zijn erkend als arbeidsongeschikt kun je immers nog moeilijk verlangen van de sociaal verzekerde dat hij nog bewijst dat er geen voorafbestaande toestand is. In dergelijk geval verschuift de bewijslast dus enigszins naar de GRI.

Het RIZIV erkent dat het inderdaad moeilijk te begrijpen is voor een sociaal verzekerde waarom hij na een aantal jaren erkend te zijn geweest als arbeidsongeschikt plots niet meer erkend wordt wegens het bestaan van een voorafbestaande toestand. Om dit probleem naar de toekomst te vermijden zijn er interne richtlijnen ontwikkeld door het RIZIV, waarin indicatoren worden opgenomen die kunnen wijzen op een voorafbestaande toestand. Deze indicatoren vormen knipperlichten voor de medische instanties die bevoegd zijn voor de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid en die op basis daarvan zullen moeten nagaan of er geen sprake zou zijn van een voorafbestaande toestand. Deze richtlijnen zijn voorlopig niet gepubliceerd, maar dit zou in de toekomst wel gebeuren. Er is een kenniscentrum opgericht binnen het RIZIV om de richtlijnen consulteerbaar te maken voor geneesheer-deskundigen, de adviserend geneesheren en de rechtbanken.

Een voorbeeld van een knipperlicht kunnen psychische antecedenten zijn, bijvoorbeeld schizofrenie in de jeugd en gebruik van cocaïne.

Door een rechter wordt opgemerkt dat dit aangehaalde voorbeeld nu net wel een probleemgeval betreft. Betekent dit dan dat het RIZIV dergelijke probleemgevallen zomaar opgeeft?

Volgens het RIZIV niet; er is immers een belangrijk verschil tussen druggebruik, drugproblemen en drugspsychose. Iemand met schizofrenie die drugs gebruikt, heeft een drugspsychose. In dergelijk geval is het meestal erg moeilijk om re-integratie naar het normaal arbeidscircuit te organiseren. Bovendien is het ook maar een knipperlicht. De toestand moet altijd nog verder medisch geanalyseerd worden.

## III. Arbeidsongeschiktheid evalueren: een kwestie van

Door Willy van Eeckhoutte

Staffhouder van de Orde van advocaten bij het Hof van Cassatie  
Buitengewoon hoogleraar aan de Universiteit Gent

Op het colloquium dat het RIZIV op 24 april 2014 organiseerde in de lokalen van het Instituut voor Gerechtelijke Opleiding te Brussel, gingen magistraten van de zetel en van de auditoraten bij de arbeidsgerechten 's voormiddags in dialoog met juristen en geneesheren van de Dienst voor uitkeringen van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering.

Juristen en medici met elkaar laten spreken, is op zich al geen sinecure: zij spreken een verschillende taal. Maar wanneer beiden het dan nog moeten hebben over economische, meer bepaald arbeidsmarkt gerelateerde elementen, wordt hun gesprek wel een heikele operatie. Laat het nu precies dat zijn wat de wetgeving op de ziekteverzekering oplegt als het erop aankomt uit te maken of een sociaal verzekerde arbeidsongeschikt is: in juridische regels (art. 100 van de Ziektewet en de art. 19 en 20 van het Arbeidsongeschiktheidsbesluit Zelfstandigen) is vastgelegd hoe medici (adviserend geneesheren van ziekenfondsen en geneesheren verbonden aan de Geneeskundige Raad voor Invaliditeit) moeten uitmaken of is voldaan aan een economisch criterium (vermindering van het verdienvermogen of, wat zelfstandigen in de periode van invaliditeit betreft, ongeschikt zijn om het even welke beroepsbezigheid uit te oefenen).

Desondanks is de dialoog zeer vruchtbaar gebleken. Kort samengevat leidde hij tot een roep om meer. Meer van dat soort gedachtewisselingen, heel zeker, maar ook meer op drie andere punten.

### 1. Meer eenvormigheid

De omschrijving van hoe arbeidsongeschiktheid wordt gemeten, is verouderd. De criteria zijn achterhaald en het echt toepassen ervan is moeilijk. Een herziening dringt zich op.

Daarbij zou niet uit het oog mogen worden verloren dat het begrip arbeidsongeschiktheid niet alleen verschillend is voor werknemers enerzijds, zelfstandigen anderzijds, maar dat de begrippen van de ziekteverzekering ook nog eens verschillen van die van de arbeidsongevallen- en beroepsziekteregeling en, waarom dat ook niet meteen meenemen, die welke worden gehanteerd om uit te maken of een persoon met een handicap recht heeft op een inkomensvervangende tegemoetkoming, of recht ontstaat op verhoogde kinderbijslag of om te zien of de arbeidsovereenkomst van een werknemer wettig is geschorst met recht op gewaarborgd loon.

Het moge dan al zo zijn dat de verschillende deelregelingen van de sociale zekerheid een eigen wetmatigheid kennen en die op haar beurt verschilt van de mechanismen van het arbeidsovereenkomstenrecht, meer kruisbestuiving tussen de onderscheiden arbeidsongeschiktheidsbegrippen zou tot een aan de eisen van de eenentwintigste eeuw aangepaste benadering kunnen leiden.

## 2. Meer empathie

Door die onoverzichtelijkheid en ondoorzichtigheid wekt het geen verbazing dat beslissingen over de arbeidsongeschiktheid vaak op onbegrip stuiten van de sociaal verzekerden, zeker als die wordt geconfronteerd met een onverwachte andere beoordeling na lange tijd arbeidsongeschikt te zijn erkend.

De actoren die bij het proces van evaluatie van arbeidsongeschiktheid zijn betrokken, of het nu geneesheren zijn die optreden in het kader van de ziekteverzekering dan wel om gerechtsdeskundigen, zouden er meer oog moeten voor hebben dat hun beslissingen zeer ingrijpend kunnen zijn voor de sociaal verzekerden, zodat hun recht op een omstandige en begrijpelijke uitleg, in overeenstemming met de informatieverplichtingen waarin het Handvest van de Sociaal Verzekerde voorziet, ten volle moet worden gehonoreerd.

## 3. Meer transparantie

En ten slotte zou er, in dezelfde lijn, meer aandacht moeten zijn voor transparantie in de concrete wijze waarop de verschillende actoren in het proces van besluitvorming de wettelijke criteria van arbeidsongeschiktheid invullen.

Als een sociaal verzekerde geschikt wordt geacht om nog bepaalde beroepswerkzaamheden uit te oefenen, wordt niet altijd voldoende verduidelijkt welke werkzaamheden hij nog zou kunnen verrichten en op basis waarvan tot die conclusie wordt gekomen.

Waarom, om nog een voorbeeld te geven, zouden de richtlijnen die binnen de ziekteverzekering gebruikt worden, niet kenbaar worden gemaakt ten behoeve van de behandelende artsen en van de rechtbanken die bij betwisting de knoop moeten doorhakken? Dit zou het de behandelende artsen mogelijk maken daarmee rekening te houden bij hun oordeelsvorming en motivering en de rechters de criteria te toetsen in hun overwegingen.

Mogen de drie “meers” die uit de dialoog tussen artsen en juristen als na te streven naar voren kwamen, een bron van inspiratie vormen voor al wie in welke hoedanigheid ook betrokken is bij de evaluatie van arbeidsongeschiktheid. De ziekteverzekering, de sociaal verzekerden en, bij uitbreiding, de maatschappij kunnen er maar wel bij varen.

## IV. Geneeskundige verzorging in het buitenland / internationale relaties

### Casus inzake geneeskundige verzorging in het buitenland – internationale relaties

#### Casus

De heer Pierre C., woont in Brussel, en op basis van de aanwijsregels betreffende de toepasselijke wetgeving van Verordening (EG) 883/2004 is België aangemerkt als bevoegde lidstaat. Dit betekent dat de heer Pierre C. een rechthebbende is van de Belgische verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging.

De heer Pierre C., 63 jaar oud, is in het algemeen in goede gezondheid met uitzondering van een aanslepend heupletsel als gevolg van artrose. Uiteindelijk dient hij een orthopedische ingreep te ondergaan – namelijk de plaatsing van een totale prothese van de linkerheup – die een ziekenhuisopname van een 7-tal dagen vereist.

De plaatsing van een totale heupprothese is een geneeskundige verstrekking die door de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging wordt vergoed.

De heer Pierre C. wint de nodige adviezen in, en hoewel de orthopedische ingreep – namelijk de plaatsing van een totale prothese van de linkerheup – in België technisch even goed kan worden verricht als in Frankrijk, beslist hij deze ingreep in het ziekenhuis “Saint-Auguste” in Parijs (Frankrijk) te laten uitvoeren. Dit Franse ziekenhuis geniet internationale faam op het gebied van de orthopedische chirurgie, in het bijzonder op het gebied van arthroplastiek, omwille van de nieuwe, vooruitstrevende chirurgische technieken die zij toepassen.

De heer Pierre C. vraagt de adviserend geneesheer van zijn Belgische verzekeringsinstelling om een voorafgaande toestemming om deze ingreep te laten plaatsvinden in het ziekenhuis “Saint-Auguste” in Parijs (Frankrijk).

#### Vragen

1: onder welke omstandigheden kan/moet de adviserend geneesheer de voorafgaande toestemming toekennen dan wel weigeren? Is het hierbij van belang of het ziekenhuis “Saint-Auguste” in Parijs (Frankrijk) werkzaam is binnen het Franse publieke gezondheidszorgstelsel dan wel een privé-ziekenhuis is?

2: in de veronderstelling dat de heer Pierre C. een voorafgaande toestemming (formulier S2) krijgt op grond van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004, wat zijn dan zijn rechten op het gebied van de terugbetaling van de geneeskundige kosten?

3: indien de heer Pierre C. aan zijn verzekeringsinstelling duidelijk laat weten dat hij zijn aanvraag wenst behandeld te zien op grond van de principes van Richtlijn 2011/24/EU (= art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996), wat zijn dan zijn rechten op het gebied van de terugbetaling van de geneeskundige kosten in de veronderstelling dat hij een voorafgaande toestemming (document *ad hoc*) van zijn verzekeringsinstelling krijgt?

4: wat is de eventuele toegevoegde waarde van artikel 294, § 1, 2°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 voor de heer Pierre C. ? Is er een toegevoegde waarde ? En zo ja, in alle situaties of enkel bij weigering van een voorafgaande toestemming wegens het niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 en/of artikel 294, § 1, 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 ?

## Juridisch kader

Het juridisch kader voor deze *case-study* bestaat uit:

(i) de bepalingen van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels<sup>1</sup>, meer bepaald de hoofdstukken met betrekking tot de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging, en

(ii) artikel 294 van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996, zoals dit vanaf 25 oktober 2013 van toepassing is ingevolge de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg<sup>2</sup>.

Binnen de Europese Unie, en bij uitbreiding de Europese Economische Ruimte en Zwitserland, bestaan er twee systemen voor de tenlasteneming van de kosten voor (geplande) geneeskundige zorg van een patiënt in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat:

(i) enerzijds, het systeem van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 in samenhang met artikel 26 van Verordening (EG) 987/2009 dat onder bepaalde voorwaarden de vergoeding garandeert van de kosten voor geneeskundige verzorging ten laste van de bevoegde lidstaat volgens de tarieven vastgesteld door de wetgeving van de lidstaat waar de behandeling is verleend (= "alsof men verzekerd is in het land van behandeling")

(ii) anderzijds, het systeem dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en gebaseerd is op de principes van het vrij verkeer van goederen en diensten zoals vastgelegd in het Verdrag tot Werking van de Europese Unie en dat de vergoeding van de kosten voor geneeskundige verzorging garandeert volgens de tarieven vastgesteld door de wetgeving van de lidstaat waar de patiënt sociaal verzekerd is (= "alsof men behandeld werd in het bevoegde land"). Deze rechtspraak van het Hof is gecodificeerd in voornoemde Richtlijn 2011/24/EU ; de desbetreffende bepalingen op het gebied van de terugbetaling van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verzorging zijn in onze nationale wetgeving omgezet en van toepassing met ingang van 25 oktober 2013<sup>3</sup>.

Bevoegde lidstaat vs. lidstaat van aansluiting.

In het kader van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 wordt onder "bevoegde lidstaat" verstaan de lidstaat waar zich het bevoegd orgaan (verzekeringsinstelling) bevindt dat de financiële kost van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen ten laste dient te nemen.

1. Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29.04.2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PBEU L.166 van 30.04.2004), en Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16.09.2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PBEU L.284 van 30.10.2009).

2. Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 09.03.2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (PBEU L.88 van 04.04.2011).

3. K.B. van 18.10.2013 tot wijziging van het K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994, wat de buitenlands verleende verstrekkingen betreft (B.S. van 24.10.2013, erratum in B.S. van 29.10.2013) ; M.B. van 18.10.2013 tot wijziging van het M.B. van 05.06.1990 tot vaststelling van de tegemoetkoming van de verplichte verzekering in de verpleegdaggprijs in geval van opname in een ziekenhuis in het buitenland (B.S. van 24.10.2013, erratum in B.S. van 20.11.2013); Omzendbrief V.I. 2013/352 van 30.10.2013 houdende vaststelling van de lijst van geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist is op grond van artikel 294, § 1, 14°, tweede lid, onder a), van het K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994.

In principe is dit de lidstaat waar een persoon ziektekostenverzekerd is, behoudens de situatie met betrekking tot de afgifte van een voorafgaande toestemming (formulier S2) aan de gezinsleden van een verzekerde of de pensioengerechtigde en/of zijn gezinsleden die in een andere dan de bevoegde lidstaat wonen waarbij het woonland heeft gekozen voor vergoeding van de kosten voor verstrekkingen op basis van vaste bedragen (= het woonland is ingeschreven op Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009).

In het kader van Richtlijn 2011/24/EU wordt de lidstaat die de financiële kost van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen ten laste dient te nemen, aangemerkt als "lidstaat van aansluiting" en daaronder dient verstaan te worden de lidstaat :

(i) die bevoegd is voor het verlenen van een voorafgaande toestemming (formulier S2) voor geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat (behoudens België) in het kader van Verordening (EG) 883/2004, dan wel Verordening (EEG) 1408/71 in samenhang met Verordening (EG) 859/2003, en de hieraan verbonden financiële verplichtingen,

(ii) waar de personen, die niet onder de bovenvermelde categorieën behoren, ziektekostenverzekerd zijn.

## Verslag van de discussies

Door Annelies Huys, gerechtelijke stagiaire

### 1. DE VOORAFGAANDE TOESTEMMING VAN DE ADVISEREND GENEESHEER

De eerste vraag die zich stelt, is onder welke omstandigheden de adviserend geneesheer de voorafgaande toestemming kan/moet toekennen dan wel weigeren.

Eén van de rechters in de werkgroep verwijst naar artikel 294, § 1, 14°, lid 5, d) van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996, dat stelt dat de voorafgaande toestemming *wordt geweigerd* als de behandeling op 's lands grondgebied kan worden verleend binnen een termijn die, gelet op de gezondheidstoestand van de rechthebbende op dat moment en het te verwachten ziekteverloop, medisch verantwoord is.

Andere aanwezigen wijzen naar artikel 294, § 1, 14°, lid 4 van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996, dat bepaalt dat de voorafgaande toestemming *niet geweigerd mag worden* als de behandeling niet kan worden verleend binnen een termijn die, gelet op de gezondheidstoestand van de rechthebbende op dat moment, de voorgeschiedenis en het te verwachten ziekteverloop, medisch verantwoord is op het tijdstip waarop het verzoek om een voorafgaande toestemming is ingediend of opnieuw is ingediend.

Er dient hierbij wel eerst nagegaan te worden of het statuut van het ziekenhuis "Saint-Auguste" in Parijs werkzaam is binnen het Franse publieke gezondheidsstelsel dan wel een privé-ziekenhuis is. Een privé-ziekenhuis dient hier begrepen te worden als een ziekenhuis dat buiten de terugbetalingsmogelijkheden van de (Franse) sociale zekerheid valt. Welnu, indien het ziekenhuis Saint-Auguste een "privé-ziekenhuis" is, dan zouden enkel de bepalingen van de Richtlijn 2011/24/EU (omgezet naar Belgisch recht) toegepast kunnen worden. Als het echter gaat om een ziekenhuis "werkzaam binnen het publieke gezondheidszorgstelsel", dan kunnen zowel de bepalingen van de Verordening (EG) 883/2004 toegepast worden als die opgesteld conform de Richtlijn 2011/24/EU. De patiënt krijgt in principe de toestemming overeenkomstig de Verordening, tenzij hij anderszins verzoekt (zie ook art. 8.3 van de Richtlijn 2011/24/EU).



De adviserend geneesheer dient dus eerst na te gaan of het gaat om een verstrekking in het pakket van verzekerde prestaties van de Belgische verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging. Ten tweede dient hij na te kijken of er een wachttijd is in België om de behandeling tijdig aan te bieden, rekening houdend met de medische toestand van de patiënt. Die twee elementen zijn gemeenschappelijk in de Richtlijn 2011/24/EU en in de Verordening (EG) 883/2004.

Als beide elementen positief beantwoord moeten worden, dan zal de adviserend geneesheer toestemming moeten verlenen. Dat is zeker zo op basis van de Verordening (EG) 883/2004. Op basis van de Richtlijn 2011/24/EU kan er wel nog geweigerd worden om toestemming te verlenen als er (i) een veiligheidsrisico is voor patiënt of bevolking, of (ii) als geweten is dat de buitenlandse zorgverstreker niet voldoet aan de kwaliteitseisen voorzien door de wetgeving van het land van behandeling.

Verder dient nagezien te worden welke zorg onderworpen is aan voorafgaande toestemming. Welnu, onder de Verordening (EG) 883/2004 is er steeds toestemming vereist. Op basis van de Richtlijn 2011/24/EU is er in principe geen toestemming vereist, tenzij er (i) een opname is in een ziekenhuis van minstens één nacht of er gebruik dient gemaakt te worden van zeer gespecialiseerde en dure medische apparatuur of infrastructuur, of (ii) als er getwijfeld kan worden aan de kwaliteit van de gezondheidszorg van de buitenlandse zorgverlener, of (iii) als er een risico is voor de patiënt of bevolking.

Alle hypothesen in de Richtlijn 2011/24/EU voor gezondheidszorg die aan een voorafgaande toestemming kunnen worden onderworpen, werden overgenomen in Belgische wetgeving.

Voormelde Richtlijn voorziet in nationale contactpunten waar kan nagegaan worden of de betrokken zorgverstreker voldoet aan bepaalde kwaliteitsvereisten. Lidstaten worden geacht hierop te kunnen antwoorden.

De vraag kan gesteld worden of onder meer de kwaliteitsvereisten van de Richtlijn 2011/24/EU ook zouden kunnen worden ingeroepen in het kader van de Verordening (EG) 883/2004, bijvoorbeeld als de toestemming niet kan geweigerd worden omdat België ze niet tijdig kan verstrekken. Het Belgisch recht zegt hier voorlopig niets over. Het RIZIV vermeldt tijdens het debat dat volgens de Europese Commissie de bijkomende voorwaarden en rechten voor de patiënt die voortvloeien uit Richtlijn 2011/24/EU ook zouden gelden voor toepassing van de Verordening (EG) 883/2004. Men zou dus kunnen argumenteren dat de toestemming voorzien in de Verordening kan geweigerd worden indien de buitenlandse zorgverlener niet voldoet aan de kwaliteitsvereisten van het land waar hij zijn beroep uitoefent. Deze beïnvloeding van rechten op basis van de Richtlijn ten voordele van de procedure voorzien in de Verordening geldt bijvoorbeeld ook voor de mogelijkheid die moet voorzien worden om beroep aan te tekenen tegen een beslissing.

In de werkgroep wordt besloten met het standpunt van het RIZIV: indien de voorwaarden voor afgifte van een voorafgaande toestemming zijn vervuld, dan moet in principe een voorafgaande toestemming worden verleend. Indien het ziekenhuis "Saint-Auguste" een privékliniek is (dus buiten de Franse sociale zekerheid werkt), dan kan de toestemming eventueel nog geweigerd worden omdat bijv. de kwaliteit onvoldoende is of er een risico is voor de patiënt (in het voordeel van de patiënt).

## 2. TERUGBETALING VAN DE GENEESKUNDIGE KOSTEN

### a. Op basis van de Verordening 883/2004

Indien Pierre C. op grond van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 een voorafgaande toestemming (formulier S2) krijgt, dan dient nagegaan te worden wat zijn rechten zijn op het gebied van terugbetaling van de geneeskundige kosten.

Pierre C. zal op basis van de afgifte van het formulier S2 behandeld worden op basis van het Franse sociale zekerheidsrecht. Vanuit België zal aan Frankrijk betaald worden wat de Franse sociale zekerheid betaalt.

Als de terugbetaling in Frankrijk lager is dan wat de terugbetaling zou zijn in België, dan heeft de patiënt recht op een aanvullende vergoeding, als hij hierom verzoekt (dus niet automatisch). Dit werd door het Hof van Justitie van de Europese Unie gesteld in het arrest Vanbraekel (H.v.J. nr. C-368/98, 12.07.2001). Het RIZIV plaatst een kanttekening bij deze rechtspraak: op macro-niveau zal de hoogte van de bijkomende vergoeding conform het arrest Vanbraekel lager zijn dan de kost van de administratie die dit moet onderzoeken.

De Verordening (EG) 883/2004 heeft als voordeel dat de patiënt op basis van het formulier S2 enkel het remgeld dient te betalen, terwijl de factuur eerst integraal dient betaald te worden in het geval van terugbetaling op basis van de Richtlijn 2011/24/EU. Als er toestemming moet worden gegeven op basis van Verordening (EG) 883/2004, dan heeft de patiënt volgens het RIZIV recht op terugbetaling ten belope van het Belgisch tarief (als dit gunstiger is dan die in Frankrijk én op voorwaarde dat de patiënt om de zgn. "aanvullende vergoeding Vanbraekel" verzoekt).

Uit het arrest Herrera (H.v.J. nr. C-466/04, 15.06.2006) vloeit voort dat reis- of verblijfskosten, die een patiënt (en zijn eventuele begeleider/familie) in verband met een behandeling in het buitenland maken, op dezelfde wijze en omvang kunnen vergoed worden als in het land waarin de patiënt verzekerd is.



Als er in België wordt voorzien in vergoeding voor reiskosten voor een bepaalde behandeling, dan heeft de patiënt (onder dezelfde voorwaarden) ook recht op vergoeding van de reiskosten voor deze behandeling in het buitenland. Deze vergoeding dient automatisch toegekend te worden.

#### **b. Op basis van de Richtlijn 2011/24/EU**

Stel dat Pierre C. aan zijn verzekeringsinstelling duidelijk laat weten dat hij zijn aanvraag behandeld wenst te zien op grond van de principes van Richtlijn 2011/24/EU (= art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996) en hij krijgt een voorafgaande toestemming van zijn verzekeringsinstelling via een document *ad hoc*, dan heeft hij in principe dezelfde rechten op het gebied van de terugbetaling van de geneeskundige kosten alsof de behandeling in België zou hebben plaatsgevonden.

Hierbij dient aangestipt te worden dat er in België geen standaarddocument bestaat voor een voorafgaande toestemming op basis van de Richtlijn, maar er werd door het RIZIV met de verzekeringsinstellingen wel afgesproken dat dit document *ad hoc* een aantal minimale gegevens dient te bevatten op basis van het Handvest van de sociaal verzekerde (Wet van 11.04.1995).

Het Ministerieel Besluit van 5 juni 1990 tot vaststelling van de tegemoetkoming van de verplichte verzekering in de verpleegprijs in geval van opname in een ziekenhuis in het buitenland werd gewijzigd bij Ministerieel Besluit van 18 oktober 2013 (B.S. 24.10.2013): als een Belgisch<sup>1</sup> verzekerde in een buitenlands ziekenhuis moet worden opgenomen en de bepalingen van het instrument van de internationale rechtsorde (bijv. de Verordening (EG) 883/2004) zijn op hem niet van toepassing (bijv. in de gevallen die onder de Richtlijn 2011/24/EU vallen), dan zijn de bepalingen van dit Ministerieel Besluit van toepassing voor wat betreft de tegemoetkoming in de kosten van verpleegdagprijs van het buitenlandse ziekenhuis.

Stel dat de verzekerde in een privé-ziekenhuis zou terecht komen waar de prijs is vastgesteld op 700 EUR per dag hospitalisatie. Vermits hij in een privé-ziekenhuis wordt verpleegd, valt hij onder de Richtlijn 2011/24/EU. Welnu, de maximale verpleegdagprijs die in België in rekening zal worden genomen voor de berekening van de terugbetaling, bedraagt in 2014 **445,68 EUR** (art. 2 van voormeld M.B. van 1990). De rest zal betrokkene zelf moeten betalen.

Ter vergelijking: indien een verzekerde, in het bezit van een formulier S2, in een publiek ziekenhuis zou behandeld worden waar de prijs is vastgesteld op 700 EUR per dag hospitalisatie, en dit bedrag wordt volledig terugbetaald door de ziekteverzekering van het land van behandeling, dan zal deze verzekerde in dit geval niets zelf moeten betalen. Op basis van de principes van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2004 zal het buitenland dit bedrag integraal van België terugvorderen.

1. "Belgisch" verwijst in dit geval niet naar de nationaliteit maar naar "een verzekerde van de Belgische wetgeving" ongeacht zijn nationaliteit.

Er zal echter nooit meer terugbetaald worden dan de kostprijs van de behandeling. Als met andere woorden het privé-ziekenhuis in Frankrijk 1.000 EUR zou aanrekenen en de prijs van de behandeling in België zou vastgesteld zijn op 1.500 EUR (met 1.200 EUR terugbetaling), dan wordt het bedrag van de terugbetaling beperkt tot 1.000 EUR.

De factuur van de buitenlandse verzorgingsinstelling zal per prestatie ontrafeld moeten worden om te zien hoeveel de terugbetaling zou bedragen in België. Als een dergelijk dossier voorkomt voor de rechtbank, dan zal er wellicht discussie zijn over de hoegrootheid van de terugbetaling. Er kan in eerste instantie bijkomende informatie opgevraagd worden aan het ziekenfonds en in tweede instantie kan er een medisch expert worden aangesteld die nagaat of de omzetting door het ziekenfonds correct is gebeurd. Het taalaspect kan mogelijks problemen geven (vertalen factuur en hopen dat het een gedetailleerde factuur is). Als iets niet opgenomen is in de nomenclatuur, dan is de terugbetaling nihil.

Als de nomenclatuur stelt dat iets wordt terugbetaald en hierbij niet uitdrukkelijk en nauwkeurig de toegepaste behandelingsmethode vermeldt maar wel de soorten behandelingen definieert die door het bevoegde orgaan worden vergoed, dan zal op basis van het arrest Elchinov (H.v.J. C-173/09, 05.10.2010) terugbetaling moeten gebeuren, indien - na een op objectieve en niet-discriminerende criteria gebaseerd onderzoek en rekening houdend met alle relevante medische elementen en beschikbare wetenschappelijke gegevens - is vastgesteld dat de betrokken behandelingswijze beantwoordt aan in die lijst vermelde soorten behandelingen.

De Richtlijn 2011/24/EU voorziet dat de nationale contactpunten onder meer administratieve bijstand moeten verlenen om de inhoud van facturen te verduidelijken. Dus als een Belgisch ziekenfonds een Bulgaarse (ziekenhuis)factuur krijgt, dan kan het Belgisch ziekenfonds bijkomende informatie vragen aan het Bulgaarse nationale contactpunt. Deze nationale contactpunten bestaan sedert 25 oktober 2013.

Besluit: De Verordening (EG) 883/2004 heeft als voordeel dat ze altijd vertrekt van de terugbetaling zoals voorzien door de wetgeving van het land waar verzorging wordt verleend. Bij de Richtlijn 2011/24/EU is er de moeilijkheid dat, met het oog op de berekening van de terugbetaling, de nomenclaturen van de verschillende landen zullen moeten worden vergeleken.

### **c. Gunstiger geneeskundige voorwaarden in het buitenland**

Nu artikel 294, § 1, 14° van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996 werd ingevoerd ter omzetting van de Richtlijn 2011/24/EU, stelt zich de vraag of en wat de toegevoegde waarde is van het artikel 294, § 1, 2° van datzelfde Koninklijk Besluit voor de heer Pierre C. ? Indien er inderdaad een toegevoegde waarde is, bestaat die dan in alle situaties of enkel bij weigering van een voorafgaande toestemming wegens het niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 20 van Verordening 883/2004 en/of artikel 294 § 1, 14°, van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996?

Deze vraag is de stok in het hoenderhok.

Artikel 294, § 1, 2° van het Koninklijk Besluit bepaalt dat in het buitenland verleende geneeskundige verstrekkingen toegekend worden aan de rechthebbende, wanneer het herstel van zijn gezondheid een opname in een verplegingsinstelling vereist welke in gunstiger geneeskundige voorwaarden in het buitenland kan geschieden en door de adviserend geneesheer vooraf onontbeerlijk wordt geacht.

Over dit artikel bestaat er rechtspraak waarbij de rechtbank oordeelde dat de weigering van de toestemming voor een behandeling in Zwitserland van een kind, dat gedrogeerd en alcoholisch was, omwille van de leefomstandigheden van zijn ouders, niet correct was. De rechtbank meende in dit geval dat de opname in een instelling in Zwitserland beter zou zijn, omdat betrokkene zo uit zijn omgeving gehaald werd...

Dit gezegd zijnde, kan de vraag gesteld worden of taal of religie een reden kunnen zijn om zich te beroepen op voormeld artikel. Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een gehandicapt kind van strikt joodse religie, waarvoor er opvang in België is tot 12 jaar, maar daarna meent men dat er enkel nog opvang zou zijn in een instelling in Nederland met dezelfde religieuze omkadering. In de Verordening (EG) 883/2004 of de Richtlijn 2011/24/EU is dit geen argument om toestemming te geven als er gelijkaardige behandeling mogelijk is in België.

Het RIZIV wil voor deze gevallen indicatoren ontwikkelen om het begrip “gunstiger geneeskundige voorwaarden” te verduidelijken.

Laatste uitsmijter: wat indien de adviserend geneesheer beslist dat de voorwaarden voor de afgifte van een formulier S2 onder normale omstandigheden niet zijn vervuld of dat voorwaarden van de Richtlijn 2011/24/EU niet zijn vervuld, maar dat er wel gunstiger geneeskundige voorwaarden van toepassing zijn in het buitenland? Ingeval de verstrekkingen in een publieke verplegingsinstelling worden verleend, zal een formulier S2 worden uitgereikt en vindt de terugbetaling plaats op basis van het buitenlands stelsel (met eventueel een “aanvullende vergoeding Vanbraekel”), maar als het gaat om verstrekkingen in een privé-ziekenhuis, dan kunnen enkel de Belgische terugbetalingstarieven toegekend worden.

Dikwijls zal de rechtbank de verzekeringsinstelling verplichten om bepaalde betalingen te doen. Soms is het niet duidelijk hoe dergelijke beslissingen moeten geïnterpreteerd worden. Vanuit de verzekeringsinstellingen wordt de vraag gesteld of de rechtbank in dergelijke gevallen in het beschikbare gedeelte kan bepalen dat er betaald moet worden op basis van Verordening (EG) 883/2004 of op basis van de Richtlijn 2011/24/EU. Indien een vonnis voor uitvoeringsproblemen zorgt, kan de rechtbank binnen bepaalde contouren ook uitlegging geven aan het vonnis/arrest (zie art. 793 e.v. Ger. W.).

Besluit: er zal niet zo veel discussie voor de rechtbank komen met betrekking tot geneeskundige verstrekkingen in het buitenland, maar het kan wel gebeuren over volgende items:

- was de weigering om toestemming te verlenen door de adviserend geneesheer al dan niet gegrond? De twee wegen kunnen bewandeld worden: er is niet zo veel verschil tussen Verordening (EG) 883/2004 en Richtlijn 2011/24/EU, behalve voor prestaties verleend door privé-zorgverleners
- het verschil in terugbetaling en wat er moet terugbetaald worden: daarbij kan onder andere verwezen worden naar de arresten Vanbraekel en Herrera (cf. supra), alsook naar de terugbetaling volgens nomenclatuur (uitbetaling via een globale factuur of gedetailleerd per item)
- de gunstiger geneeskundige voorwaarden in het buitenland: kan in België in de rechtspraak aan bod komen (ev. op termijn ook in de Europese rechtspraak), gelet op de al dan niet verbondenheid van artikel 294, § 1, 2° met artikel 294, § 1, 14° van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996.

## V. Het Bijzonder Solidariteitsfonds : zeldzame aandoening/zeldzame ziekte

### Casus inzake het Bijzondere Solidariteitsfonds : zeldzame aandoening/zeldzame ziekte

#### Casus 1

De aanvraag bij het Bijzonder Solidariteitsfonds betreft een dame geboren in 1980 bij wie ter gelegenheid van een preconceptuele consultatie vastgesteld wordt dat ze een verhoogd aantal bloedplaatjes heeft.

Verder onderzoek wijst uit dat ze lijdt aan "essentiële trombocytemie," een ernstige aandoening van het beenmerg.

Dit is een zeldzame ziekte met een prevalentie van 1-5/10000 personen.

De ziekte kan asymptomatisch zijn zoals in het geval van deze dame.

Ze kan echter ook een reeks symptomen veroorzaken waaronder vasomotorische stoornissen/migraine, gezichtsstoornissen, duizeligheid, atypische borstpijn, distale paresthesieën, erytromelalgie, hemorragie, trombose, embolie.

Gezien de ernst van de aandoening wordt onmiddellijk een behandeling opgestart met Hydrea (hydroxyureum).

Dit is een antineoplastisch agens dat een inhibitie veroorzaakt van de DNA-synthese.

Een contra-indicatie is bijvoorbeeld beenmergdepressie (anemie, leukopenie, trombocytopenie).

Het belangrijkste probleem echter in deze casus vormt het teratogeen effect van Hydrea.

Dit kan in geval van zwangerschap aanleiding geven tot ernstige problemen: dood foetus, misvormingen, intra-uteriene groeivertraging, functionele gebreken.

Aangezien de dame zwanger wenst te worden is het voortzetten van de behandeling op basis van Hydrea bijgevolg onmogelijk.

Daarom wordt overgeschakeld op het geneesmiddel INTRON A. (interferon & een cytokine met antiviraal en antitumoraal effect).

Probleem is nu dat er via Hoofdstuk IV wel verzekeringstussenkomst is voorzien voor de behandeling met INTRON A van een hele reeks ziekten (haarcelleucemie, larynxpapilloom, Kaposi-syndroom, basocellulair carcinoom, carcinoïde tumoren, Non Hodgkin-lymfoom, huidlymfoom met T-cellen, chronische myeloïde leucemie, kwaadaardig melanoom, chronische actieve hepatitis B, chronische hepatitis C).

Voor een behandeling van essentiële trombocytemie is echter geen verzekeringstussenkomst voorzien, alhoewel INTRON A hiervoor ook kan gebruikt worden.

De behandeling is duur: 350 EUR per maand gedurende 1 jaar.

Daarom wordt een aanvraag bij het BSF gedaan.

Vraag: betreft het een zeldzame indicatie?

## Casus 2

Op 5 februari 2010 deed Mevr. H.R. een aanvraag bij het Bijzonder Solidariteitsfonds voor een financiële tussenkomst voor in 2009 geplaatste osteogeïntegreerde implantaten. In de aanvraag werden deze implantaten voorgeschreven door een tandarts.

Deze dame was al jaren in behandeling voor Systemische Lupus Erythematoses (SLE). De osteogeïntegreerde implantaten werden ingeplant om het gebruik van een “vaste” tandprothese mogelijk te maken. Deze dame had nood aan een prothese omwille van het ontbreken van tanden in de onderkaak. Bovendien was de kaak atrofisch (belangrijk verlies van botweefsel) zodat ze onvoldoende verankering bood voor een losse prothese.

Systemische lupus Erythematoses (SLE) is een auto-immuunziekte. Het afweersysteem van de patiënt heeft zich gekeerd tegen het eigen lichaam. De patiënt maakt auto-antistoffen aan die leiden tot ontsteking in een aantal organen. Zo kunnen onder meer aangetast raken: huid en slijmvliezen, bloedvaten, nieren, gewrichten, het zenuwstelsel en het beenmerg.

Over de prevalentie van SLE lopen de schattingen uiteen maar Orphanet vermeldt 6-9/10 000. De man/vrouw verhouding is 1/9.

De behandeling is gebaseerd op medicatie die de auto-immune stoornis moet onderdrukken: immunomodulators (Imuran, Plaquenil.), anti-tumorale middelen (Endoxan.) en corticoïden. Het langdurig gebruik van deze medicatie houdt op zich een risico in op gezondheidsschade zodat de behandeling een continue opvolging en aanpassing vergt.

Osteogeïntegreerde implantaten werden in de tweede helft van de twintigste eeuw ontwikkeld als biocompatibele verankeringspunten die in het bot worden geschroefd.



Biocompatibel betekent dat deze implantaten geen afstoting of ontsteking uitlokken maar integendeel aanleiding geven tot een integratie in het bot zodat de verankering met de tijd zelfs beter wordt.

Deze implantaten kennen meerdere toepassingen, onder meer in de tandzorgen. Een implantaat kan een kroon dragen om zo een individuele tand te vervangen.



Ze kunnen ook gebruikt worden voor het dragen van een brug (meer dan één kroon) of zelfs een volledige tandprothese.



De verplichte ziekteverzekering (ZIV) komt op selectieve wijze tussen voor de plaatsing van osteo-geïntegreerde implantaten. Ze komen dus voor in de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen (lijst van vergoedbare prestaties).

In de nomenclatuur stomatologie (sedert 01.01.1991):

312756 312760

Plaatsen van osteo-geïntegreerde implantaten en/of van middelen ter vervanging van been bij patiënten met een ernstige functionele en psychosociale handicap ten gevolge van een ernstige been-dermutilatie na trauma of tumorresectie of ten gevolge van aangeboren misvormingen. De vergoeding dekt de heelkundige ingreep ter waarde van K180 en beoogt daarnaast een tussenkomst in de kosten van het materiaal. K 1250

In de nomenclatuur van de Tandartsen (sedert 01.05.2009):

308512 308523 \*

Plaatsen van twee osteogeïntegreerde implantaten in de edentate onderkaak in geval van ernstige dysfunctie van de bestaande uitneembare volledige tandprothese welke voldoet aan de voorwaarden gesteld onder artikel 6, § 5*bis*, vanaf de 70<sup>e</sup> verjaardag L 1860 P 77

308534 308545 \*

Plaatsen van het abutment op twee implantaten en aanbrengen van de bijhorende verankeringen in de bestaande uitneembare volledige onderprothese, vanaf de 70<sup>e</sup> verjaardag L 1745 P 77

Het recht op verzekeringstegemoetkoming voor de verstrekkingen 308512-308523 en 308534-308545 is eenmalig en afhankelijk van de volgende voorwaarden, die allen gelijktijdig volledig moeten vervuld zijn :

1) de verzekerde moet minstens 12 maanden drager zijn van een uitneembare volledige onderprothese op een volledig edentate onderkaak

2) deze uitneembare volledige onderprothese moet een correcte pasvorm, vormgeving, occlusie en articulatie hebben, minstens 12 maanden oud zijn, en tegemoetkoming genoten hebben van de verplichte verzekering voor een verstrekking uit de rubriek "Uitneembare tandprothesen, inclusief raadplegingen" of de vrije aanvullende verzekering voor zelfstandigen.

.....

Daarbij stellen wij twee problemen vast. De via deze regelgeving vergoedbare toepassingen van implantaten vormen slechts een fractie van hun reële gebruik. Bovendien is de hoogte van de ZIV-tussenkost, vooral in de stomatologie, laag in verhouding tot hun kostprijs die doorgerekend wordt aan de patiënt. Daarbij mag men ook niet vergeten dat de kronen, bruggen en vaste prothesen die verankerd staan op deze implantaten, niet opgenomen zijn in het ZIV-pakket. Een terugbetaling van de implantaten draagt dus maar beperkt bij tot het verlichten van de financiële last die de patiënten ondervinden.

In het geval van Mevrouw H.R. was niet voldaan aan de voorwaarden om een ZIV-tussenkost via de nomenclatuur te genieten. Dit vormde de reden om aan te kloppen bij het Bijzonder Solidariteitsfonds: tussenkomst krijgen voor een indicatie die niet vermeld staat in de nomenclatuur.

De tandarts die de indicatie voor de plaatsing van implantaten heeft gesteld, verwees in zijn motivatie naar de verregaande atrofie van de onderkaak. Hij vergeleek de situatie met die van een 70-jarige; daarmee hanteerde hij een analogie met de voorwaarden in de nomenclatuur van de tandartsen. Een klassieke losse prothese was niet geschikt. Anderzijds durfde hij zich niet uitspreken over de mate waarin de jarenlange therapie van SLE verband hield met deze kaakatrofie.

Het College van Geneesheren Directeurs was geacht te toetsen of de verleende prestatie (osteogeïntegreerde implantaten) in de ruimere medische context van mevr. H.R. voldeed aan de cumulatieve voorwaarden die geformuleerd staan in de paragrafen van artikel 25 van de GVU-wet.

Betreft het een "Zeldzame indicatie" (art. 25*bis*)?

Artikel 25*bis*. In het kader van de in België verstrekte verzorging kan het College van geneesheren-directeurs tegemoetkomingen verlenen in de kosten van de geneeskundige verstrekkingen in zeldzame indicaties.



Deze verstrekkingen moeten bovendien voldoen aan elk van de volgende voorwaarden :

- a) de verstrekking is duur;
- b) de verstrekking bezit een wetenschappelijke waarde en een doeltreffendheid die door de gezaghebbende medische instanties in ruime mate worden erkend en het experimenteel stadium is voorbij;
- c) de verstrekking wordt gebruikt voor de behandeling van een aandoening die de vitale functies van de rechthebbende bedreigt;
- d) er bestaat geen alternatief op medisch-sociaal vlak inzake diagnose of therapie in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging;
- e) de verstrekkingen worden voorgeschreven door een geneesheer-specialist, gespecialiseerd in de behandeling van de betreffende aandoening, en die wettelijk gemachtigd is om de geneeskunde uit te oefenen in een lidstaat van de Europese Unie of een Staat behorend tot de Europese Economische Ruimte . Het College van geneesheren-directeurs kan desgevallend een bijkomend advies vragen van een geneesheer-specialist, die gespecialiseerd is in de behandeling van de desbetreffende aandoening en gemachtigd is om de geneeskunde in België uit te oefenen.

Het feit dat de gevraagde verstrekking niet terugbetaald wordt in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging of ten minste niet voor de indicatie die de aanvraag rechtvaardigt, terwijl dit wel het geval zou kunnen zijn voor andere indicaties, vormt op zich geen aanduiding voor het zeldzame karakter ervan.

Betreft het een "Zeldzame aandoening" (art. 25ter)?

Artikel 25ter, § 1. Het College van geneesheren-directeurs kan aan rechthebbenden die lijden aan een zeldzame aandoening tegemoetkoming verlenen in de kosten van de geneeskundige verstrekkingen.

Deze verstrekking moet voldoen aan elk van de volgende voorwaarden :

- a) de verstrekking is duur;
- b) de verstrekking wordt door de gezaghebbende medische instanties op gemotiveerde wijze aangeduid als de specifieke fysiopathologische aanpak van de zeldzame aandoening;
- c) de verstrekking wordt gebruikt voor de behandeling van een aandoening die de vitale functies van de rechthebbende bedreigt;
- d) er bestaat geen therapeutisch alternatief in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging;
- e) de verstrekkingen worden voorgeschreven door een geneesheer-specialist, gespecialiseerd in de behandeling van de betreffende aandoening, en die wettelijk gemachtigd is om de geneeskunde uit te oefenen in een lidstaat van de Europese Unie of een Staat behorend tot de Europese Economische Ruimte. Het College van geneesheren-directeurs kan desgevallend een bijkomend advies vragen van een geneesheer-specialist, die gespecialiseerd is in de behandeling van de desbetreffende aandoening en gemachtigd is om de geneeskunde in België uit te oefenen.

In het kader van het Bijzonder Solidariteitsfonds kan er niet worden afgeweken van de beslissingen van het College van geneesheren voor weesgeneesmiddelen, bedoeld in artikel 2 van het Koninklijk besluit van 8 juli 2004 betreffende de vergoeding van weesgeneesmiddelen.

§ 2. Het College van geneesheren-directeurs kan aan rechthebbenden die lijden aan een zeldzame aandoening die een continue en complexe verzorging vereist, een tegemoetkoming verlenen in de kosten ervan.

Een tegemoetkoming in de kostprijs van deze verzorging kan worden verleend, indien wordt voldaan aan elk van de volgende voorwaarden :

- a) de verzorging is in haar totaliteit duur;
- b) de verzorging heeft betrekking op een bedreiging van de vitale functies van betrokkene die een rechtstreeks en specifiek gevolg is van de zeldzame aandoening;
- c) er bestaat geen therapeutisch alternatief in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging;
- d) de complexe verzorging wordt voorgeschreven in het raam van een behandelingsplan door een geneesheer-specialist gespecialiseerd in de behandeling van betreffende aandoening en die wettelijk gemachtigd is om de geneeskunde uit te oefenen in een lidstaat van de Europese Unie of een Staat behorend tot de Europese Economische Ruimte . Het College van geneesheren-directeurs kan desgevallend een bijkomend advies vragen van een geneesheer-specialist, die gespecialiseerd is in de behandeling van de desbetreffende aandoening en gemachtigd is om de geneeskunde in België uit te oefenen.

Het College van geneesheren-directeurs stelt de verstrekkingen vast die voldoen aan bovenbedoelde voorwaarden.

### Casus 3

#### Een duur, niet terugbetaald kankergeneesmiddel: Avastin bij colon-/rectumkanker

Bij een 27 jaar oude patiënt wordt een carcinoom van het rectum (de endeldarm) vastgesteld. Op moment van diagnose is de kanker al uitgezaaid naar beide leverlobben. Na een eerste kuur chemotherapie zijn de levermetastasen onvoldoende verkleind om een resectie mogelijk te maken. De patiënt, die zelf op zoek is gegaan naar resterende alternatieven, vraagt de kankerspecialist of Avastin niet te overwegen is; hij is bereid dit zelf te financieren. In samenspraak met de kankerspecialist wordt een nieuwe reeks chemo gestart waar Avastin wordt aan toegevoegd. De kostprijs voor de toegediende Avastin bedraagt 20.400 EUR. De patiënt dient toch een vraag tot tussenkomst in bij het Bijzonder Solidariteitsfonds (BSF).

Is een colon-/rectumkanker zeldzaam?

- De incidentie is 5/10.000/jaar; de prevalentie dus hoger
- Het is de 3<sup>e</sup> meest frequente kanker bij mannen en 4<sup>e</sup> voor mannen+vrouwen
- Maar de aandoening komt zeer overwegend voor op latere leeftijd; van alle colon-/rectumkankers komt maar 1,1 % voor in leeftijdstranche 20-30 jaar. Daar is het dus zeker een zeldzame aandoening.

Over het geneesmiddel Avastin

- Het remt de groei van (abnormale) bloedvaten en wordt dus ingezet tegen meerdere types van kanker
- Op moment van deze aanvraag (voor 2008) werd het nog niet in België terugbetaald, omdat de regulerende Belgische instanties de hoge vraagprijs van firma Roche niet hadden aanvaard

- De indicatie “colonkanker” op zich was al wel aanvaard, zowel in de U.S. (FDA) als in Europa (EMA)
- Er kwam een terugbetaling in België voor de meer beperkte indicatie “behandeling van colonkanker in 1<sup>e</sup> lijn” in 2008
- Prijsonderhandelingen in verband met de indicatie “behandeling van colonkanker in 2<sup>e</sup> lijn” werden pas in 2014 gestart
- Vóór reguliere terugbetaling ontving het BSF > 30 aanvragen die allen werden geweigerd (“geen zeldzame indicatie, geen zeldzame aandoening”)
- **Er is geen verschil in aanpak (dosis, frequentie van toediening etc.) naargelang de leeftijd van de (volwassen) patiënt.**

De uitspraak van de rechtbank:

De rechter oordeelde dat het wel degelijk om een zeldzame ziekte ging o.w.v. de lage prevalentie van colon-/rectumkanker op de leeftijd van 27 jaar.

Bedenkingen bij de uitspraak:

Er is bij de behandeling met Avastin geen verschil in aanpak tussen patiënten van 20 of van 70 jaar. En colonkanker in zijn geheel is één van de meest frequente kankers. Het College oordeelde dus dat de leeftijd hier geen relevant criterium is om aan een subgroep op basis van leeftijd een bijzonder recht toe te kennen.

Er zijn situaties waarin er goede redenen zijn om binnen een bepaalde patiëntenpopulatie een subgroep te definiëren (bijvoorbeeld op basis van de leeftijd) waarvoor een behandeling wordt terugbetaald (en voor de anderen dus niet). Maar die goede redenen moeten dan wel blijken uit de subgroepanalyses van de gevalideerde klinische studies.

We menen dus dat het criterium “zeldzame ziekte” hier ten onrechte werd ingeroepen.

Algemene bedenking:

Op moment van de aanvraag oordeelde de CTG (Commissie Terugbetaling Geneesmiddelen) dat terugbetaling niet wenselijk was o.w.v. te hoge kostprijs in vergelijking met de verwachte gezondheidswinst. De verleiding voor sommige firma's is groot om in dergelijke situatie de druk op de prijs- onderhandelingen te verhogen via aanvragen bij het BSF. Nochtans kunnen firma's in behartenswaardige gevallen het geneesmiddel ook ter beschikking stellen via compassionate use of medical need programma's.

## Verslag van de discussies

Door Lisbet Phang, gerechtelijke stagiaire

### CASUS 1

**I. Geen tegemoetkoming van de verplichte ziektekostenverzekering voor Intron A voor de behandeling van de aandoening**

Geen tegemoetkoming van de verplichte ziektekostenverzekering – Vooreerst werd vastgesteld dat voor de behandeling van essentiële trombocytomie geen tegemoetkoming van de verplichte verzekering geneeskundige verzorging en uitkeringen (hierna: de “verplichte ziektekostenverzekering”) is voorzien voor het geneesmiddel Intron A.

Bijgevolg dient te worden nagegaan of het geneesmiddel in toepassing van artikel 25bis van de Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 (hierna: de “Gecoördineerde Ziektewet”) in aanmerking komt voor een tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds. Hierbij komt de vraag aan bod of er *in casu* sprake kan zijn van een *indicatie* in de betekenis van artikel 25bis Gecoördineerde Ziektewet en, zo ja, of sprake is van een *zeldzame* indicatie.

## II. Indicatie

Indicatie – Ten eerste stelt zich de vraag of de medische situatie van de patiënte onder het begrip *indicatie* valt. Het begrip is niet wettelijk omschreven, waardoor het voor juristen niet steeds evident is te bepalen wat wel of geen indicatie is.

Eenvoudig gesteld, is de indicatie het *doel* van de concrete behandeling of therapie. De indicatie is de reden om in een bepaalde omstandigheid een bepaalde behandeling met een bepaald doel (genezing dan wel stabilisering van de patiënt) toe te dienen.

Indicatie versus ziekte/aandoening – Het onderscheid tussen enerzijds een ziekte en anderzijds een indicatie is evenmin eenvoudig te maken. Het onderscheid werd – op vereenvoudigde wijze – als volgt toegelicht.

De ziekte of de aandoening is de *benaming* van deze ziekte of aandoening zoals men deze in de *wetenschappelijke omschrijvingen* kan terugvinden.

De indicatie is het *doel* van de behandeling dat geval per geval dient te worden bepaald, rekening houdend met de concrete omstandigheden waarin de patiënt zich bevindt, *in casu* de ziekte én de zwangerschapswens van de patiënte.

## III. Zeldzame indicatie

Zeldzame indicatie – Ten tweede stelt zich de vraag of de medische situatie van de patiënte een *zeldzame* indicatie uitmaakt. De beoordeling van het zeldzame karakter omvat zowel een beoordeling van de objectieve (wetenschappelijke) als van de subjectieve (eigen aan de persoon van de patiënt) elementen en gebeurt steeds op strikt individuele basis.

Beoordeling van het zeldzame karakter van de indicatie: zowel objectieve als subjectieve beoordeling – Vanuit medisch oogpunt wordt geredeneerd dat *in deze casus* géén sprake kan zijn van een zeldzame indicatie indien:

(1) de patiënte in dergelijke feitelijke omstandigheden zou verkeren dat zij niet of niet meer zwanger kan worden (objectieve beoordeling door het College geneesheren-directeurs) of

(2) de patiënte in kwestie geen zwangerschapswens zou hebben (subjectieve beoordeling door de patiënte).

Beoordeling van het zeldzame karakter van de indicatie: strikt individuele beoordeling - Een moeilijk punt dat bij de bespreking aan bod kwam is de vraag wanneer de patiënte al dan niet in omstandigheden verkeert dat zij niet of niet meer zwanger kan worden. Er werd verduidelijkt dat elk geval strikt individueel wordt beoordeeld. Dit heeft twee gevolgen.

Ten eerste zal het College van geneesheren-directeurs per individueel geval vanuit medisch oogpunt de realiseerbaarheid van een zwangerschap beoordelen. Zo werd aangegeven dat onder andere de leeftijd van de patiënte een rol zal spelen om de haalbaarheid van de zwangerschap vast te stellen.

Ten tweede heeft deze individuele benadering tot gevolg dat voor de ene patiënte het bestaan van de zwangerschapswens als component van de zeldzame indicatie zal worden aanvaard daar waar dit voor een andere patiënte niet het geval zal zijn.

Zeldzame aandoening – Een aandoening is zeldzaam wanneer minder dan 5 op 10.000 Europeanen eraan lijden. Of anders gezegd, een ziekte is zeldzaam wanneer er een prevalentie<sup>1</sup> is van minder dan 5 op 10.000.

#### IV. Besluit

Beoordeling van de casus – *In casu* werd geoordeeld dat de patiënte lijdt aan een *zeldzame ziekte*. De zwangerschapswens op zich is daarentegen geen zeldzaam gegeven. In dit geval werd er van uitgegaan dat deze wens realiseerbaar is, gelet op de leeftijd en de medische achtergrond van patiënte. De combinatie van de ziekte (zeldzaam) en de zwangerschapswens (niet-zeldzaam en realiseerbaar) vormden samen dan wél weer een *zeldzame indicatie*.

Schema - Schematisch kan de analyse van de casus als volgt worden voorgesteld:

Ziekte (= *in casu* zeldzaam)

+ zwangerschapswens (= *in casu* niet zeldzaam + realiseerbaar)

---

= zeldzame indicatie

## CASUS 2

### I. Nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen

Nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen – Vooreerst werd vastgesteld dat osteogeïntegreerde implantaten opgenomen zijn in de *nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen van zowel de stomatologen als de tandartsen*. De implantaten komen aldus onder bepaalde voorwaarden in aanmerking voor tegemoetkoming van de verplichte ziektekostenverzekering.

Beide nomenclaturen hanteren zeer strikte terugbetalingsvoorwaarden.

#### 1. Stomatologie

312756 312760 - K 1250: “Plaatsen van osteogeïntegreerde implantaten en/of van middelen ter vervanging van been bij patiënten met een ernstige functionele en psychosociale handicap ten gevolge van een ernstige beendermutilatie na trauma of tumorresectie of ten gevolge van aangeboren misvormingen. De vergoeding dekt de heelkundige ingreep ter waarde van K180 en beoogt daarnaast een tussenkomst in de kosten van het materiaal.”

#### 2. Tandheelkunde

308512 308523 - L 1860 P 77: “Plaatsen van twee osteogeïntegreerde implantaten in de edentate onderkaak in geval van ernstige dysfunctie van de bestaande uitneembare volledige tandprothese welke voldoet aan de voorwaarden gesteld onder artikel 6, § 5bis, vanaf de 70<sup>e</sup> verjaardag”.

308534 308545 - L 1745 P 77: “Plaatsen van het abutment op twee implantaten en aanbrengen van de bijhorende verankeringen in de bestaande uitneembare volledige onderprothese, vanaf de 70<sup>e</sup> verjaardag”.

1. De prevalentie is het aantal patiënten dat op een bepaald moment aan een ziekte lijdt, zonder hierbij een onderscheid te maken tussen nieuwe en oude gevallen.

Artikel 6, § 5bis van de bijlage bij het Koninklijk besluit van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen onderwerpt de terugbetaling van deze orale implantaten daarenboven aan bijkomende voorwaarden. Zo wordt bepaald dat het recht op verzekeringstegevoetkoming voor de verstrekkingen 308512-308523 en 308534-308545 eenmalig is en afhankelijk is van de volgende voorwaarden, die allen gelijktijdig volledig moeten vervuld zijn:

- 1) de verzekerde moet minstens 12 maanden drager zijn van een uitneembare volledige onderprothese op een volledig tandeloze onderkaak;
- 2) deze uitneembare volledige onderprothese moet een correcte pasvorm, vormgeving, occlusie en articulatie hebben, minstens 12 maanden oud zijn;
- 3) de implantaten moeten een minimumdiameter van 3 mm en minimumlengte van 7 mm hebben op het osteointegreerbaar deel;
- 4) enkel implantaten waarvan het abutment afschroefbaar is van het implantaat worden weerhouden;
- 5) de implantaten zijn niet voorlopig van aard;
- 6) de technische gegevens betreffende de gebruikte materialen - de implantaten, de abutments en verankeringen - worden in het tandheelkundige dossier van de patiënt bewaard.

Niet vervuld zijn van de nomenclatuurvoorwaarden - *In casu* zijn de nomenclatuurvoorwaarden om verschillende redenen niet vervuld, noch wat betreft de nomenclatuur van de stomatologen noch deze van de tandartsen. Zo was er geen sprake van een ernstige functionele en psychosociale handicap ten gevolge van een ernstige beendermutilatie na trauma of tumorresectie of ten gevolge van aangeboren misvormingen. Betrokkene had de leeftijdsgrens van 70 jaar ook niet bereikt. Het medisch dossier was daarenboven lacunair.

Bijgevolg kwamen de implantaten niet in aanmerking voor een tegemoetkoming van de verplichte ziektekostenverzekering.

Daarom dient te worden nagegaan of deze implantaten al dan niet in aanmerking komen voor een tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds.

In het kader van deze casus werd voornamelijk besproken of sprake is van een zeldzame indicatie in de betekenis van artikel 25bis van de Gecoördineerde Ziektewet.

## II. Zeldzame indicatie

Beoordeling van het zeldzame karakter van de indicatie – Bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van een zeldzame indicatie werden twee vaststellingen gedaan.

Ten eerste is het *plausibel* dat de Systemische Lupus Erythematoses (SLE) een rol heeft gespeeld bij het voortijdig verlies van de tanden. Ten gevolge van de SLE zal de patiënte over een onvoldoende ziekteafweer hebben beschikt tegen ziektekiemen in de mond met tandverlies tot gevolg. Ten gevolge van het verlies van de tanden heeft de patiënte gedurende jaren een losse tandprothese gedragen.

Ten tweede is het *onwaarschijnlijk* dat de SLE een rol heeft gespeeld bij de atrofie (d.i. het slinken van het weefsel) van de onderkaak. De atrofie is daarentegen het gevolg van langdurig gebruik van de losse prothese. Het langdurig dragen van een losse prothese heeft namelijk een negatief effect op het behoud van het bot.

Aldus kan men besluiten dat de behoefte aan het implantaat niet het rechtstreekse gevolg is van de aandoening van de patiënte, namelijk de SLE. De behoefte aan het implantaat is daarentegen het gevolg van het jarenlang dragen van een losse tandprothese.

Uit na de studiedag verkregen informatie blijkt dat deze situatie vaak voorkomt vermits duizenden Belgen langdurig een losse tandprothese dragen, met een geleidelijk over de jaren optredend verlies van het kaakbeen als gevolg. Atrofie van het kaakbeen als gevolg van het dragen van een losse prothese vormt dan ook géén zeldzame indicatie voor het plaatsen van osteogeïntegreerde implantaten.

Wie niet vertrouwd is met SLE en tandzorgen zou in de verleiding kunnen komen een rechtstreeks verband te leggen tussen SLE en de plaatsing van de implantaten, daarbij onterecht SLE als (zeldzame) indicatie beschouwend voor het plaatsen van de implantaten. Het is echter slechts indirect, omwille van het langdurig dragen van een losse prothese dat de indicatie voor implantaten optreedt. Daarbij vormen de personen met SLE slechts een minderheid onder de personen die een losse prothese dragen.

Bijgevolg kan geen tegemoetkoming worden bekomen op grond van artikel 25*bis* van de Gecoördineerde Ziektewet.

### III. Fysiopathologische aanpak van de zeldzame aandoening

Tevens werd de hypothese getoetst of de SLE van de patiënte als zeldzame aandoening zou kunnen worden beschouwd, waarbij de implantaten dan een specifieke fysiopathologische aanpak van de ziekte zouden inhouden, en dus in aanmerking zouden komen voor een tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds (art. 25*ter* Gecoörd. Ziektewet).

De SLE is een *zeldzame aandoening* die het tandoos zijn tot gevolg heeft. De SLE is als inflammatoire aandoening (m.a.w. gepaard gaande met ontstekingsreacties) de primaire oorzaak van het tandoos zijn. Evenwel, de implantaten kunnen het tandoos zijn als gevolg van SLE verhelpen, maar ze hebben geen invloed op SLE zelf. De implantaten beïnvloeden op geen enkele wijze de inflammatie. Er is dan ook *geen* sprake van een *fysiopathologische aanpak* van SLE, alleen van de gevolgen (het tandoos zijn) van de aandoening.

Bijgevolg is ook in dit geval geen tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds mogelijk aangezien het plaatsen van osteogeïntegreerde implantaten de aandoening, namelijk de SLE, niet zal beïnvloeden.

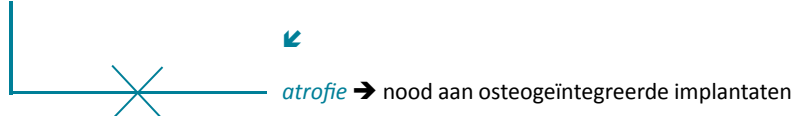
### IV. Besluit

Beoordeling van de casus - Atrofie van het kaakbeen ten gevolge van het dragen van een losse prothese vormt *geén zeldzame indicatie* voor het plaatsen van osteogeïntegreerde implantaten. Bijgevolg is geen tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds mogelijk op grond van artikel 25*bis* van de Gecoördineerde Ziektewet.

De SLE is een *zeldzame aandoening*. De implantaten kunnen het tandoos zijn als gevolg van SLE verhelpen, maar zijn geen *fysiopathologische aanpak* van de SLE. Bijgevolg is geen tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds mogelijk op grond van artikel 25*ter* van de Gecoördineerde Ziektewet.

Schema - Schematisch kan de casus als volgt worden samengevat:

SLE → tandeloos zijn → *losse tandprothese*



*Losse tandprothese → atrofie: dit is géén zeldzame indicatie, want komt vaak voor*

*Er is geen rechtstreeks verband tussen SLE en de nood aan osteoëintegreerde implantaten. De implantaten hebben geen invloed op de SLE.*

### CASUS 3

#### I. Geen opname in de lijst van de vergoedbare farmaceutische producten

Geen opname in de lijst van de vergoedbare farmaceutische producten - Vooreerst werd vastgesteld dat de medicatie Avastin in 2006<sup>2</sup> - dit is het jaar waarin de casus zich voordeed - niet was opgenomen in de lijst van de vergoedbare farmaceutische specialiteiten zodat het niet in aanmerking kwam voor een tegemoetkoming van de verplichte ziektekostenverzekering. De reden hiervoor was dat de terugbetaling niet wenselijk werd geacht omwille van de te hoge prijs in vergelijking met de gezondheidswinst. De verkoopprijs van het geneesmiddel lag met andere woorden te hoog om in aanmerking te komen voor terugbetaling door de reguliere verzekering geneeskundige verzorging.

Het Bijzonder Solidariteitsfonds ontving 30 aanvragen voor deze medicatie. Alle 30 aanvragen werden geweigerd.

Stresstesten – Naar aanleiding van deze casus werden de zogenaamde stresstesten besproken waarmee het Bijzonder Solidariteitsfonds regelmatig te kampen heeft. Geneesmiddelen komen enkel voor (gehele of gedeeltelijke) tegemoetkoming vanwege de reguliere verzekering in aanmerking indien zij zijn opgenomen in de lijst van de vergoedbare farmaceutische specialiteiten. Wanneer een producent van een geneesmiddel dit geneesmiddel voor vergoeding in aanmerking wilt laten komen, dient deze bij het RIZIV - meer bepaald de Commissie Tegemoetkoming van Geneesmiddelen - een aanvraag tot opname in de lijst van de vergoedbare specialiteiten in. Vervolgens beslist de Minister van Sociale Zaken, na advies van de Commissie Tegemoetkoming Geneesmiddelen, of het geneesmiddel al dan niet op de lijst wordt opgenomen. De eerste stap tot vergoedbaarheid door de reguliere verzekering ligt dus in handen van de farmaceutische bedrijven. Het Bijzonder Solidariteitsfonds stelt vast dat de farmaceutische bedrijven er in bepaalde gevallen voor kiezen om voor een bepaald geneesmiddel géén aanvraag tot tegemoetkoming in te dienen en het product tegelijkertijd aan een zeer hoge verkoopprijs op de markt aan te bieden. De patiënten die nood hebben aan een dergelijk geneesmiddel worden dan ook genoodzaakt zich te wenden tot het Bijzonder Solidariteitsfonds, wiens werking en tegemoetkomingen aan strikte voorwaarden zijn onderworpen.

Individuele en collectieve ethiek - Er wordt benadrukt dat het Bijzonder Solidariteitsfonds bij de beoordeling van elke aanvraag gebonden is door 2 uiteenlopende parameters. Zij is gebonden door zowel de individuele ethiek, dit is de situatie van de individuele patiënt in een concreet geval, alsook door de collectieve ethiek, dit is het algemeen belang, met name de verplichting van het Bijzonder Solidariteitsfonds om erop toe te zien dat het stelsel van de verplichte ziektekostenverzekering op basis van solidariteit kan blijven worden gehandhaafd.

##### a. Zeldzame aandoening

Beoordeling van het zeldzame karakter van de aandoening - In het kader van deze casus werd ingegaan op het zeldzame karakter van de aandoening (art. 25<sup>ter</sup> Gecoördineerde Ziektewet).

2. Sinds 2008 is Avastin wel opgenomen in lijst van de vergoedbare farmaceutische specialiteiten.



Avastin is een geneesmiddel dat wordt toegediend in geval van colon/rectumkanker. Het product remt de groei van de bloedvaten.

Naar effectiviteit van het geneesmiddel werd de prognose gesteld dat de patiënt zonder Avastin gemiddeld 15 maanden in leven zou kunnen blijven terwijl hij met Avastin gemiddeld 17,5 maanden zou kunnen blijven leven.

Om de zeldzaamheid van colonkanker te beoordelen, kwamen volgende vaststellingen aan bod. Colonkanker is de 3<sup>e</sup> meest voorkomende kanker bij mannen en 4<sup>e</sup> meest voorkomende kanker bij mannen en vrouwen samen. *In casu* ging het om een patiënt van 27 jaar. Statistieken wijzen uit dat slechts 1,1 % van alle colonkankers in leeftijdstranche 20-30 jaar ligt. Colonkanker is dus algemeen gezien geen zeldzame aandoening, maar is wel zeldzaam bij jonge volwassenen.

In deze casus stelt zich dus het probleem van de zogenaamde “subgroepen”, dat wil zeggen het opdelen van de totale groep in kleinere entiteiten om toch tot een prevalentie<sup>3</sup> van minder dan 5/10.000 te komen. In sommige gevallen is dit verdedigbaar, namelijk wanneer de gevraagde therapie voor een subgroep (bijv. kinderen vs. volwassenen) volledig verschillend is. Evenwel, de behandeling van colonkanker met Avastin voor twintigers is volledig identiek aan de behandeling voor de oudere patiënten. Bijgevolg is het argument van de zeldzaamheid bij twintigers *in casu* irrelevant.

## II. Dure verstrekking

Duur geneesmiddel/dure verstrekking – Om voor tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds in aanmerking te komen moet een verstrekking of geneesmiddel duur zijn (art. 25bis - 25quater Gecoördineerde Ziektewet). Naar aanleiding van deze casus kwam de vraag aan bod wat een duur geneesmiddel is. Een geneesmiddel is als duur te beschouwen wanneer de aanschafprijs die door de patiënt te betalen is een bepaald forfaitair bedrag overschrijdt. Dit bedrag wordt jaarlijks vastgelegd door het Bijzonder Solidariteitsfonds. Hierbij wordt geen rekening gehouden met het overheidsbudget voor de ziektekosten of het budget van de patiënt in kwestie, maar wel met het bedrag dat door een patiënt zelf out of pocket zou moeten worden betaald. Het forfaitaire bedrag werd in 2014 vastgelegd op 250 EUR. Een behandeling met Avastin zou 20.400 EUR kosten. Deze medicatie is bijgevolg zonder enige twijfel als duur te beschouwen.

## III. Besluit

Beoordeling van de casus - Colonkanker is geen zeldzame aandoening, noch bij oudere personen noch bij jonge volwassenen. Het enkele feit dat Avastin een dure verstrekking is kon de tussenkomst van het Bijzonder Solidariteitsfonds dan ook niet verantwoorden.

3. Voor het begrip prevalentie, zie voetnoot 1.

## VI. La Charte de l'assuré social

### Cas pratique relatif à la Charte de l'assuré social

#### Casus

Depuis un certain temps, Valérie se fait des soucis pour son fils Glenn âgé de 4 ans. Il ne parle pas de manière fluide et lorsqu'elle le compare à ses camarades de classe, elle remarque que ceux-ci sont plus avancés dans l'usage de la parole. Elle en discute avec son institutrice, Katrien. Celle-ci s'accorde également à dire qu'elle a déjà remarqué que Glenn a plus de difficulté à s'exprimer que les autres enfants de sa classe. Elle lui donne le nom d'un bon logopède de la commune.

Valérie prend rendez-vous chez le pédiatre qui lui propose d'entamer un traitement en logopédie. Valérie dispose d'une prescription du pédiatre qui prescrit 50 séances de logopédie pendant une année.

Le pédiatre attire l'attention de Valérie sur le fait qu'elle a également besoin de l'autorisation du médecin-conseil (MC). Valérie va avec Glenn chez le logopède qui établit un bilan avant le début du traitement.

Tous les documents nécessaires (demande de remboursement, prescription médicale et bilan initial) sont communiqués au médecin-conseil par le logopède. Le médecin-conseil donne son autorisation sur base des documents communiqués.

Valérie remet à la mutuelle l'attestation deux jours après la séance chez le logopède. La mutuelle rembourse le bilan initial sur base de l'attestation transmise. Valérie en discute alors avec sa mère qui estime qu'elle exagère. Sa mère lui explique qu'elle-même avait des difficultés à s'exprimer lorsqu'elle avait 4 ans et que tout est rentré dans l'ordre par la suite. Valérie décide dès lors de ne pas poursuivre le traitement, estimant que celui-ci peut encore attendre.

#### Questions

1. Que se passe-t-il si Valérie n'entame pas le traitement en logopédie alors qu'elle a entre-temps été remboursée pour le bilan initial, sachant que ce bilan est obligatoire et qu'il n'est remboursé que si le traitement logopédique est suivi<sup>1</sup> ?

a. Que se passe-t-il si le prestataire et/ou la mutuelle avaient attiré l'attention de Valérie oralement sur ce point (cf. indiqué dans les notes du dossier de la mutuelle suite aux questions posées par Valérie par téléphone) ?

b. Que se passe-t-il si la mutuelle démontre que cette information est disponible sur son site internet ? Ou si un article sur le sujet est paru récemment dans la revue des membres qui est envoyée à tous les affiliés ?

c. Que se passe-t-il si la mutuelle a envoyé un courrier à Valérie dans lequel il est indiqué que le bilan est obligatoire et qu'il n'est remboursé que si le traitement est suivi ?

1. La nomenclature prévoit en matière de logopédie (autre la prescription médicale et l'autorisation du médecin-conseil), que le bilan initial est exécuté avant la prescription d'un traitement logopédique et que ce traitement, pris en charge par l'assurance intervient dans les 60 jours calendrier après l'exécution du bilan.

2. Les personnes à faibles revenus bénéficient d'un remboursement plus élevé de leurs soins de santé, c'est ce qu'on appelle l'intervention majorée. L'intervention majorée donne droit à une diminution de ce que le bénéficiaire paie personnellement pour certains frais de soins de santé:

- les visites par et consultations de médecins
- les soins donnés par les praticiens de l'art infirmier ou les kinésithérapeutes
- les soins dentaires
- les journées d'hospitalisation
- les médicaments
- les prestations techniques de diagnostic et de traitement qui ne requièrent pas de médecin spécialiste.

2. Que se passe-t-il si Valérie reçoit un remboursement plus élevé que le montant de base, dans le cadre de l'intervention majorée<sup>2</sup>, et qu'il apparaît par la suite qu'elle n'avait pas droit à ce remboursement majoré, sa mutuelle s'étant basée sur une information erronée communiquée par le CPAS ?

## Compte rendu des discussions

Par Valérie Jacquemin, stagiaire judiciaire

Glenn, âgé de 4 ans, ne parle pas de manière fluide. Sa pédiatre lui prescrit 50 séances de logopédie pendant une année et prévient sa maman, Valérie, qu'elle a besoin de l'autorisation du médecin-conseil. Valérie va avec Glenn chez le logopède qui établit un bilan avant le début du traitement. Tous les documents nécessaires (demande de remboursement, prescription médicale et bilan initial) sont communiqués au médecin-conseil par le logopède. Le médecin-conseil donne son autorisation sur base des documents communiqués. Valérie remet à la mutuelle l'attestation deux jours après la séance chez le logopède. La mutuelle rembourse le bilan initial sur base de l'attestation transmise. Valérie décide ensuite de ne pas poursuivre le traitement.

### ARTICLES DE LA CHARTE DE L'ASSURÉ SOCIAL QUI VONT ÊTRE ENVISAGÉS POUR LA RÉ-SOLUTION DE CE CAS

#### Article 17 :

*"Lorsqu'il est constaté que la décision est entachée d'une erreur de droit ou matérielle, l'institution de sécurité sociale prend d'initiative une nouvelle décision produisant ses effets à la date à laquelle la décision rectifiée aurait dû prendre effet, et ce sans préjudice des dispositions légales et réglementaires en matière de prescription.*

*Sans préjudice de l'article 18, la nouvelle décision produit ses effets, en cas d'erreur due à l'institution de sécurité sociale, le premier jour du mois qui suit la notification, si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu initialement.*

*L'alinéa précédent n'est pas d'application si l'assuré social sait ou devait savoir, dans le sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité d'une prestation."*

#### Article 3 :

*"Les institutions de sécurité sociale sont tenues de fournir à l'assuré social qui en fait la demande écrite, toute information utile concernant ses droits et obligations et de communiquer d'initiative à l'assuré social tout complément d'information nécessaire à l'examen de sa demande ou au maintien de ses droits, sans préjudice des dispositions de l'article 7. Le Roi détermine, après avis du Comité de gestion ou de l'organe d'avis compétent de l'institution concernée, ce qu'il y a lieu d'entendre par information utile, ainsi que les modalités d'application du présent article.*

*L'information visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> doit indiquer clairement les références du dossier traité et le service qui gère celui-ci.*

*Elle doit être précise et complète afin de permettre à l'assuré social concerné d'exercer tous ses droits et obligations.*

*Elle est gratuite et doit être fournie dans un délai de quarante-cinq jours.*

*Toutefois, le Roi détermine les cas dans lesquels l'information donne lieu à la perception de droits et les secteurs pour lesquels ce délai de quarante-cinq jours peut être augmenté.*

*Il fixe le montant, les conditions et les modalités de cette déduction."*

Vous trouverez ci-dessous un résumé des discussions qui ont pris place dans le groupe francophone lors de l'examen de ce cas. Le temps a toutefois manqué pour en effectuer une analyse approfondie au regard de l'article 17 de la Charte. Certaines réflexions intéressantes ont néanmoins pu émerger.

**1. Que se passe-t-il si Valérie n'entame pas le traitement en logopédie alors qu'elle a entre-temps été remboursée pour le bilan initial, sachant que ce bilan est obligatoire et qu'il n'est remboursé que si le traitement logopédique est suivi<sup>3</sup> ?**

- Quant à l'existence d'une décision :

L'article 17 de la Charte s'applique lorsqu'une décision est erronée. Il convient donc de vérifier, dans un premier temps, si une décision a bien été rendue<sup>4</sup>.

En matière de soins de santé, la décision se matérialise par le remboursement et la communication du virement. La jurisprudence, et notamment la Cour constitutionnelle, semble considérer que le paiement constitue bien une décision.

- Quant à l'erreur :

Sur base du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 17, en cas d'erreur de l'institution de sécurité sociale, la révision ne vaut que pour l'avenir.

Par ailleurs, cet alinéa s'applique également en cas d'erreur commise par un organisme de droit privé comme un organisme assureur (O.A.)<sup>5</sup>.

Dans le cas pratique ici posé, la Mutualité a bien commis une erreur car, tant que le traitement de logopédie n'a pas commencé, le bilan n'est pas remboursable. Il s'agit d'une sorte de "condition suspensive". L'article 17, alinéa 2 trouve donc à s'appliquer. La nouvelle décision de la Mutualité produira donc ses effets le premier jour du mois qui suit la notification.

Le problème soulevé par les représentants des organismes assureurs est que le délai de prescription de 2 ans est assez court. Un remboursement rapide de leur part est donc attendu. Mais au moment du paiement, il est difficile de savoir si le traitement a eu lieu ou non. Le seul moyen d'en obtenir la preuve est la réception de l'attestation de soins donnés du traitement.

*De lege ferenda*, certains intervenants proposent que soit prévu un remboursement provisoire ou d'obliger que le traitement soit précédé d'un bilan (ce qui engendrerait toutefois un risque d'augmentation du nombre de bilans).

**2. Que se passe-t-il si le prestataire et/ou la mutuelle avaient attiré l'attention de Valérie oralement sur ce point (cf. indiqué dans les notes du dossier de la mutuelle suite aux questions posées par Valérie par téléphone) ?**

L'alinéa 3 de l'article 17 de la Charte envisage la situation où l'assuré " sait ou devait savoir (...) qu'il n'a plus droit à l'intégrité d'une prestation"<sup>6</sup>.

En ce qui concerne le cas pratique, il s'agit d'examiner si Valérie savait ou devait savoir qu'elle n'avait pas droit au remboursement du bilan initial.

3. La nomenclature prévoit en matière de logopédie (outre la prescription médicale et l'autorisation du médecin-conseil), que le bilan initial est exécuté avant la prescription d'un traitement logopédique et que ce traitement, pris en charge par l'assurance intervient dans les 60 jours calendrier après l'exécution du bilan (Voir art. 36 de la Nomenclature des prestations de santé).

4. À cet égard, il y a lieu de citer l'art. 2, 8<sup>e</sup> de la Charte qui définit la décision visée à l'art. 17, al. 2 comme un "acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une institution de sécurité sociale et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs assurés sociaux".

5. Voir C.C., 21.12.2005, n°196/2005.

6. Le texte renvoie à l'A.R. du 31.05.1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations. Il s'agit d'un texte qui concerne la matière pénale. Il faut donc être vigilant au fait que nous ne nous situons pas ici en matière pénale. Son application doit être utilisée avec prudence.

La question de la charge de la preuve doit être examinée en priorité lorsque l'on applique cette disposition particulière.

Des débats ayant eu lieu entre les participants, plusieurs arguments ont été avancés pour décider que c'est à la Mutualité à le prouver.

Selon certains, étant donné que c'est l'organisme assureur qui souhaite écarter l'application de l'article 17, alinéa 3 de la Charte et qui sollicite un titre exécutoire, c'est bien sur lui que repose la charge de la preuve. Le doute profiterait à l'assuré en quelque sorte.

Il a également été envisagé de faire le lien entre cette disposition et l'article 3 de la Charte qui impose un devoir d'information de la part des institutions de sécurité sociale vis-à-vis des assurés sociaux. Le fait que l'assuré sache ou doive savoir qu'il n'avait pas droit à cette prestation dépend du respect de la part de l'organisme assureur de son obligation d'information. C'est donc à lui à prouver qu'il a bien accompli ce devoir.

**3. Que se passe-t-il si la mutuelle démontre que cette information est disponible sur son site internet ? Ou si un article sur le sujet est paru récemment dans la revue des membres qui est envoyée à tous les affiliés ?**

Il découle de l'application de l'article 3 précité, que l'information fournie par l'institution de sécurité sociale à l'assuré soit claire et individuelle. Tel n'est pas le cas si cette information est disponible sur le site internet ou dans la revue envoyée aux affiliés.

**4. Que se passe-t-il si la mutuelle a envoyé un courrier à Valérie dans lequel il est indiqué que le bilan est obligatoire et qu'il n'est remboursé que si le traitement est suivi ?**

Dans ce cas, l'information est bien claire et individuelle et remplit les conditions de l'article 3 de la Charte. Il est dès lors plus aisé pour la Mutuelle de prouver qu'elle avait bien informé l'assuré de ses droits et que, par voie de conséquence, il savait qu'il n'avait pas droit au remboursement litigieux.

**5. Que se passe-t-il si Valérie reçoit un remboursement plus élevé que le montant de base, dans le cadre de l'intervention majorée<sup>7</sup>, et qu'il apparaît par la suite qu'elle n'avait pas droit à ce remboursement majoré, sa mutuelle s'étant basée sur une information erronée communiquée par le CPAS ?**

Cette question aborde la problématique de l'erreur commise par un tiers, en l'occurrence dans le cas qui nous concerne, l'erreur commise par le CPAS.

L'erreur du CPAS et celle de l'organisme assureur se confondent-elles ?

La *ratio legis* de cette disposition est de ne pas faire peser l'erreur sur l'assuré social et de ne pas envisager de récupération qui pourrait grever son budget.

Il faut donc examiner si la Mutualité, elle-même, a commis une erreur :

- soit parce qu'elle aurait pu vérifier cette information via la Banque carrefour de sécurité sociale (il faut, pour cela, vérifier la législation relative à la BCSS)

7. Les personnes à faibles revenus bénéficient d'un remboursement plus élevé de leurs soins de santé, c'est ce qu'on appelle l'intervention majorée. L'intervention majorée donne droit à une diminution de ce que le bénéficiaire paie personnellement pour certains frais de soins de santé :

- les visites par et consultations de médecins
- les soins donnés par les praticiens de l'art infirmier ou les kinésithérapeutes
- les soins dentaires
- les journées d'hospitalisation
- les médicaments
- les prestations techniques de diagnostic et de traitement qui ne requièrent pas de médecin spécialiste.

- soit en ce que le paiement effectué à la personne est supérieur à ce dont elle avait droit et constitue en lui-même une erreur commise par l'organisme assureur.

Un échange de vue a eu lieu entre les intervenants et les participants à cet égard.

Les organismes assureurs ne suivent pas cette argumentation mais considèrent, dans ce cas, qu'aucune erreur ne peut être imputée à l'organisme assureur. Ils font la comparaison avec le SPF Finances pour les personnes relevant du statut "Omnia". La Charte ne s'appliquant pas au SPF, si l'organisme assureur n'a pas commis d'erreur qui lui est imputable directement, on n'applique pas l'article 17 de la Charte.

## VII. Handvest van de sociaal verzekerde

### Casus inzake het handvest van de sociaal verzekerde

#### Casus

Valérie maakt zich al een tijdje zorgen over haar zoon, Glenn die 4 jaar is. Hij praat niet vlot en wanneer ze hem vergelijkt met zijn schoolkameraadjes, merkt ze dat deze verder staan qua spraakontwikkeling. Ze spreekt hierover met zijn schooljuf Katrien. Zij beaamt dat het haar ook al opgevalen is dat Glenn minder vlot praat dan de andere kinderen in de klas. Ze geeft haar de naam van een goede logopedist in hun gemeente.

Valérie maakt een afspraak met de pediater die haar voorstelt een logopediebehandeling te starten.

Valérie heeft een voorschrift van haar pediater die logopedie voorschrijft gedurende één jaar voor 50 zittingen.

De pediater wijst Valérie erop dat ze eveneens toestemming nodig heeft van de adviserend geneesheer (AG). Valérie gaat met Glenn naar de logopedist die het aanvangsbilan opstelt.

De nodige documenten (de tegemoetkomingsaanvraag, het medisch voorschrift en het aanvangsbilan) worden overgemaakt aan de AG door de logopedist. De AG geeft zijn toestemming op basis van de ingediende documenten.

Valérie dient bij haar ziekenfonds haar attest in twee dagen nadat ze bij de logopedist is geweest. Het ziekenfonds betaalt het aanvangsbilan terug op basis van het ingediende attest. Valérie praat erover met haar moeder die vindt dat ze overdrijft. Haar moeder vertelt haar dat ze ook niet vlot sprak toen ze 4 jaar was en dat dit ook in orde is gekomen. Valérie besluit daarom nog niet door te gaan met de behandeling en wil nog wat afwachten.

#### Vragen

1. Wat gebeurt er nu indien Valérie niet met de logopedie start maar wel inmiddels haar attest voor het aanvangsbilan heeft terugbetaald gekregen wetende dat het bilan verplicht is en slechts wordt terugbetaald indien de behandeling gevolgd wordt<sup>1</sup>?

a. Wat gebeurt er indien de verstrekker en/of het ziekenfonds haar hierop mondeling had gewezen (nota in het dossier van het ziekenfonds naar aanleiding van vragen die Valérie gesteld had via telefoon)?

b. Wat gebeurt er indien het ziekenfonds aantoont dat deze informatie beschikbaar is op de website van het ziekenfonds? Of dat er recent een artikel hierover verschenen is in hun ledenblad dat naar alle leden wordt verstuurd?

c. Wat gebeurt er indien er een brief is dat het ziekenfonds gestuurd heeft naar Valérie waarbij vermeld wordt dat het bilan verplicht is en slechts wordt terugbetaald indien de behandeling gevolgd wordt?

2. Wat gebeurt er indien het ziekenfonds een terugbetaling doet aan Valérie terwijl de terugbetaling eigenlijk bestemd was voor de verstrekker in het kader van de derdebetalersregeling<sup>2</sup>? Valérie heeft een bedrag van 23,16 EUR gekregen, terwijl zij slechts het remgeld betaalde ten belope van 7,71 EUR. Kunnen we ervan uitgaan dat een terugvordering mogelijk is ten overstaan van het lid?

1. De nomenclatuur voorziet m.b.t. logopedie (mits het medisch voorschrift en de toestemming van de AG) dat het aanvangsbilan uitgevoerd wordt vóór het voorschrift van een logopedische behandeling en dat deze door de verzekering ten laste genomen behandeling volgt binnen 60 kalenderdagen na het uitvoeren van het bilan.

2. Onder derdebetalersregeling wordt verstaan de betalingswijze waarbij de zorgverlener, dienst of instelling de betaling van de in het kader van de verplichte ziekteverzekering verschuldigde tegemoetkoming rechtstreeks ontvangt van de verzekeringsinstelling waarbij de rechthebbende, aan wie de geneeskundige verstrekkingen werden verleend, is aangesloten of ingeschreven. Bijgevolg moet de patiënt dat bedrag niet meer voorschieten. Hij moet enkel het eventueel gevraagde remgeld betalen.

3. Wat indien Valérie een hogere terugbetaling (dan het basisbedrag) ontvangt, in het kader van de verhoogde tegemoetkoming<sup>3</sup>, en dat er daarna blijkt dat ze geen recht heeft op de verhoogde tegemoetkoming, gezien haar ziekenfonds zich baseerde op verkeerde informatie vanuit het OCMW ?

## Verslag van de discussies

Door Lisbet Phang, gerechtelijke stagiaire

### I. INLEIDING

Procedure voor het bekomen van tegemoetkomingen voor logopedische verstrekkingen – De ziekteverzekering zal maar tussenkomst verlenen indien en nadat de adviserend geneesheer van het ziekenfonds de behandeling heeft goedgekeurd. Om deze goedkeuring te bekomen moet volgende procedure worden doorlopen:

- (1) **Voorschrift logopedische test:** een geneesheer-specialist (*in casu* de kinderarts) schrijft een logopedisch onderzoek voor
- (2) **Aanvangsbilan:** na dit onderzoek maakt de logopedist een verslag op, namelijk het aanvangsbilan voor het begin van een logopedische behandeling (nomenclatuur 701013 - 701083)
- (3) **Voorschrift logopedische behandeling:** vervolgens wordt dit bilan voorgelegd aan de geneesheer-specialist, die op zijn beurt een voorschrift opmaakt voor de logopedische behandeling zelf
- (4) **Voorlegging aan de adviserend geneesheer:** de documenten (aanvraagformulier voor de tegemoetkoming, het voorschrift voor het aanvangsbilan, het aanvangsbilan zelf en het voorschrift voor de logopedische behandeling) worden vervolgens aan de adviserend geneesheer van het ziekenfonds voorgelegd
- (5) **Beoordeling door de adviserend geneesheer:** de adviserend geneesheer oordeelt op basis van deze documenten of de betrokken patiënt al dan niet in aanmerking komt voor een tussenkomst van het ziekenfonds.

Artikel 36, § 1 van de Nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen bepaalt tevens dat slechts tegemoetkoming kan worden verleend voor het aanvangsbilan indien de behandeling binnen de 60 kalenderdagen (te rekenen vanaf de uitvoering van het bilan) wordt opgestart. Wanneer deze termijn niet wordt gerespecteerd, verliest men het recht op tegemoetkoming. De termijn voor het vragen van de terugbetaling is, net zoals voor andere behandelingen, 2 jaar.

3. Personen met bescheiden inkomsten genieten van een hogere terugbetaling van hun medische kosten, dit is wat men noemt de verhoogde tegemoetkoming. De verhoogde tegemoetkoming geeft recht op een verlaagd persoonlijk aandeel voor bepaalde medische zorgen :

- bezoeken en raadplegingen van de algemeen geneeskundigen
- verzorging door de kinesitherapeuten of de verpleegkundigen
- tandverzorging
- ziekenhuisopname
- geneesmiddelen
- de technische verstrekkingen inzake diagnose en behandeling die geen tussenkomst van een specialist vergen.



## II. DE SOCIAAL VERZEKERDE START DE LOGOPEDIE NIET OP BINNEN EEN TERMIJN VAN 60 KALENDERDAGEN

**Geen start binnen de termijn van 60 kalenderdagen** – De vraag stelt zich wat gebeurt indien Valérie ervoor kiest om de logopedie niet binnen de 60-dagentermijn te starten. Meer specifiek kwam de vraag aan bod in welke mate het ziekenfonds de verplichting heeft om Valérie in kennis te stellen van het bestaan van deze 60-dagen-regel en dat zij derhalve het recht op terugbetaling van het aanvangsbilan verliest wanneer deze regel niet wordt gerespecteerd.

**Informatieverplichting in hoofde van het ziekenfonds** – De werkgroep vertrok van het algemeen uitgangspunt dat op het ziekenfonds een informatieverplichting rust. Wat betreft de draagwijdte van deze informatieverplichting kan worden verwezen naar artikel 3 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde. Deze bepaling legt aan de sociale zekerheidsinstellingen de verplichting op om (1) indien de sociaal verzekerde daar schriftelijk om verzoekt, alle dienstige inlichtingen betreffende zijn rechten en verplichtingen te verstrekken en (2) uit eigen beweging de sociaal verzekerde alle bijkomende informatie te verschaffen die nodig is voor de behandeling van zijn verzoek of het behoud van zijn rechten.

Aldus kan *in casu* worden aangenomen dat het ziekenfonds verplicht is de sociaal verzekerde op de hoogte te brengen van de 60-dagen-regel. Doet het ziekenfonds dit niet, dan begaat zij een fout.

Het ziekenfonds kan zowel op mondelinge als schriftelijke wijze informatie aan haar leden meedelen.

(1) **Mondelinge informatie:** Er werd aangekaart dat communicaties tussen het ziekenfonds en de sociaal verzekerde vaak mondeling verlopen. In dat geval is niet steeds te bewijzen welke informatie het ziekenfonds aan de sociaal verzekerde heeft overgemaakt. Bijgevolg is het niet mogelijk na te gaan of/in welke mate het ziekenfonds haar informatieverplichting heeft vervuld. Daarom werd gopperd om de informatie – in het bijzonder de informatie met betrekking tot de rechten en plichten van de sociaal verzekerde – die tijdens een mondeling onderhoud met de verzekerde wordt gegeven op papier te zetten en voor kennisname te laten ondertekenen door de verzekerde.

(2) **Schriftelijke informatie:** De werkgroep gaf er de voorkeur aan dat het ziekenfonds in specifieke situaties zoals de voorliggende casus ook een brief aan de sociaal verzekerde zou sturen waarin uitdrukkelijk vermeld wordt dat het aanvangsbilan (1) verplicht is om tegemoetkoming voor de logopedische behandeling te verkrijgen en (2) slechts wordt terugbetaald indien de behandeling ook effectief wordt opgestart binnen de termijn van 60 kalenderdagen. Een algemene melding op de website of in een lezersblad is niet voldoende om de sociaal verzekerde daadwerkelijk te informeren.

(3) **Informatieverplichting in hoofde van de zorgverlener** – De werkgroep was verdeeld over de vraag of ook op de zorgverlener – *in casu* de logopedist of de arts die het bilan of de behandeling voorschrijft – een informatieverplichting rust en of deze de patiënt dient in te lichten over de tussenkomst door het ziekenfonds en de modaliteiten ervan. Slechts een minderheid nam aan dat de zorgverlener een dergelijke informatieplicht dient na te komen.

### III. DE SOCIAAL VERZEKERDE ONTVANGT EEN TE HOGE TERUGBETALING IN HET KADER VAN DE DERDEBETALERSREGELING

**Onterechte uitbetaling aan de sociaal verzekerde** - De vraag werd gesteld wat er gebeurt indien het ziekenfonds een terugbetaling doet aan Valérie terwijl deze terugbetaling eigenlijk bestemd was voor de verstrekker in het kader van derdebetalersregeling<sup>4</sup>. Valérie heeft dan per hypothese een bedrag van 23,16 EUR gekregen, terwijl zij slechts het remgeld betaalde ten belope van 7,71 EUR. Mag het ziekenfonds het uitbetaalde bedrag terugvorderen ?

De werkgroep was het unaniem eens dat dergelijke terugvordering mogelijk is (cfr. art. 17, lid 3 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde). De verzekerde wist of had moeten weten dat zij geen recht had op deze betaling.

### IV. DE SOCIAAL VERZEKERDE ONTVANGT EEN TE HOGE TERUGBETALING WEGENS VOORAFGAANDE INCORRECTE INFORMATIEVERSTREKKING DOOR HET OCMW

**Onterecht hogere uitbetaling aan de sociaal verzekerde ingevolge foutieve informatie verstrekt door het OCMW** – De vraag werd eveneens gesteld wat er moet gebeuren indien Valérie, in het kader van de zogenaamde verhoogde tegemoetkoming<sup>5</sup>, een hogere terugbetaling (dan het basisbedrag) ontvangt, maar daarna blijkt dat zij eigenlijk géén recht had op dergelijke verhoogde tegemoetkoming, aangezien het ziekenfonds zich op incorrecte informatie vanwege het OCMW had gebaseerd ?

De situatie werd als volgt ontleed: het ziekenfonds kent een incorrect bedrag toe ten gevolge van een voorafgaande fout van een andere instelling, *in casu* het OCMW. Noch aan het ziekenfonds, noch aan de sociaal verzekerde kan enige fout worden verweten.

De werkgroep was het erover eens dat het ziekenfonds het teveel betaalde niet kan terugvorderen van de sociaal verzekerde. Het ziekenfonds moet daarentegen het te veel betaalde recupereren bij de instantie die de foutieve informatie heeft verstrekt, met name het OCMW (toepassing van art. 1382 B.W.).

Er werd toegelicht dat het ziekenfonds in bepaalde gevallen wél terugbetaling van de verzekerde had gevorderd, namelijk wanneer deze laatste wist of had moeten weten dat de ontvangen uitkering noodzakelijkerwijze uit een vergissing voortvloeide. Een dergelijke terugvordering is beperkt tot de zeer frappante gevallen, bijvoorbeeld deze waarin de sociaal verzekerde een bedrag aan ziekte-uitkering ontvangt dat hoger ligt dan zijn loon als werknemer. De ziekteuitkering is immers steeds beperkt tot een bepaald percentage van het loon. De sociaal verzekerde kan dan ook nooit recht hebben op een uitkering die hoger ligt dan zijn loon.

**Onterecht hogere uitbetaling aan de sociaal verzekerde ingevolge foutieve informatie verstrekt door andere instellingen of personen** – In de casus die door de werkgroep werd besproken was er sprake van een zogenaamde voorafgaande fout van het OCMW. De leden van de werkgroep stipten aan dat dergelijke fouten of vergissingen ook door andere instellingen of personen kunnen worden begaan. Zo kan de incorrecte informatie bijvoorbeeld afkomstig zijn van de bevolkingsdienst. De fout kan ook begaan zijn door een werkgever. Zo werd het voorbeeld toegelicht waarin een werkgever het ziekenfonds had meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer was beëindigd. Deze informatie was evenwel niet correct; de arbeidsovereenkomst was niet beëindigd, doch slechts geschorst. Ook deze fout kan niet worden aangerekend aan de werknemer, zodat tegen deze laatste geen vordering tot terugbetaling kon worden ingesteld.

4. Onder derdebetalersregeling wordt verstaan de betalingswijze waarbij de zorgverlener, dienst of instelling de betaling van de in het kader van de verplichte ziekteverzekering verschuldigde tegemoetkoming rechtstreeks ontvangt van de verzekeringsinstelling waarbij de rechthebbende, aan wie de geneeskundige verstrekkingen werden verleend, is aangesloten of ingeschreven. Bijgevolg moet de patiënt dat bedrag niet meer voorschieten. Hij moet enkel het eventueel gevraagd remgeld betalen.
5. Personen met bescheiden inkomsten genieten van een hogere terugbetaling van hun medische kosten. Dit noemt men de verhoogde tegemoetkoming. De verhoogde tegemoetkoming geeft recht op een verlaagd persoonlijk aandeel voor bepaalde medische zorgen, zoals bezoeken en raadplegingen van de algemene geneeskundigen, verzorging door de kinesitherapeuten of verpleegkundigen, tandverzorging, ziekenhuisopname, geneesmiddelen, technische verstrekkingen inzake diagnose en behandelingen die geen tussenkomst van een specialist vergen.

## VIII. Slotwoord – Épilogue

### Gregor Vande Vyver, eerste voorzitter van het arbeidshof Gent/premier président de la cour du travail de Gand.

De voorzitter van een studiedag hoort die ook af te sluiten. Ik zal mij dus gewetensvol van die taak kwijten, zij het met een knipoog, namelijk met op de achtergrond een entertainende fotoalbum met enkele fascinerende en tevens passende beelden van de Franse “artiste photographe” of fotokunstenaar Gilbert Garcin. In zijn wonderlijke zwart-witte fotomontages vol symboliek zet hij zichzelf in scène in irreële landschappen en verschillende taferelen ( @ [www.gilbert-garcin.com](http://www.gilbert-garcin.com)).

Ses montages mettent en scène différentes situations traitant des sujets existentiels qui ont en commun la dérision, l’absurdité de la condition humaine et un humour qui s’apparente parfois à celui du théâtre de l’absurde d’Eugène Ionesco. Je vous invite à les découvrir.

### 1. Bon anniversaire (2008)

Aujourd’hui nous avons fêté un double anniversaire : les 50 ans de l’INAMI et les 20 ans de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l’assurance obligatoire en matière de soins de santé et indemnités.

Est-il nécessaire de souligner :

- l’importance du régime des soins de santé et indemnités dans la société belge
- que notre système de soins de santé est un des plus performants au monde, que beaucoup de nations nous envient
- que nonobstant la crise économique qui nous frappe, la Belgique est toujours terre de progrès social et souhaite le rester.

### 2. Courir après le temps – Chasing after time (1995)

“Il faut laisser le temps au temps”. François Mitterand, de gewezen Franse president, maakte dit gezegde beroemd. De gestage tijdsdruk die op het vlotte verloop van een colloquium weegt, maakt dit helaas onmogelijk. Mijn excuses dus indien ik als voorzitter de sprekers en interveniënten soms met gestrengheid moest bruuskere, aanporren of in de rede vallen om de timing te respecteren.

Ik houd eraan iedereen te danken voor de constructieve bijdrage aan het welslagen van wat een gevarieerde en boeiende studiedag werd, met een forum waarvan de multidisciplinaire samenstelling ongewoon en dus merkwaardig te noemen is. Er was niet alleen de interessante mix van medici en juristen, maar ook de niet alledaagse potpourri van ambtenaren, van vertegenwoordigers van landsbonden van ziekenfondsen, van zittende en staande magistraten, van advocaten en academi, bovendien taalgroepen doorkruisend.

*“Du choc des idées jaillit la lumière”*. Wij hebben dit in de praxis toegepast. We zijn met elkaar in discussie getreden om aldus kruisbestuivend tot een beter begrip van elkaars standpunt, in steek of ervaringen te komen. We kregen nieuwe, verbredende inzichten betreffende dit aspect van onze sociale zekerheid, dat een van de geschikte hefboomen is om een menswaardig leven te leiden, met onder meer een uitstekende gezondheidszorg voor iedereen.

### 3. La tour de Babel – The tower of Babel (2004)

Cette photo représentant “la tour de Babel” me paraît être une métaphore parfaite de notre régime juridique belge d’assurance maladie et invalidité : l’édifice est gigantesque, ingénieux et en construction permanente, témoin de son intense vitalité et de son développement puissant.

Le droit de la sécurité sociale reste, de par sa nature, un facteur essentiel de cohésion, pour autant que le progrès social reste le dénominateur commun accepté par tous.

### 4. S'y perdre – Getting lost (1993)

Honoré de Balzac, de gekende Franse schrijver, was scherp in zijn oordeel over de wetten : *“Les lois sont des toiles d’araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites”*. Ik vrees dat hij vandaag zijn onverbiddelijke kritische mening niet zou bijstellen. Het wettelijk kader en de regelgeving zijn complex, soms ondoorzichtig en “hyperkinetisch”, om administrateur-generaal De Cock te citeren. Dit prioritaire zorgdomein van ons Belgische sociaalzekerheidsrecht is een dynamische, maar labyrintische constructie, in voortdurende opbouw. Het is niet altijd makkelijk zich een weg te banen doorheen de globale thematiek.

### 5. Le choix décisif – The decisive choice (2006)

Dans nos disciplines distinctes, que ce soit en notre qualité de médecin, de juriste ou de magistrat, nous devons opérer des choix, prendre des décisions difficiles, parfois humainement déchirantes.

Les exposés théoriques et scientifiques, les workshops approfondis et les ateliers rigoureux qui viennent d’avoir lieu nous ont fait examiner les développements actuels et analyser les questions de droit qui font l’actualité en la matière. Ils devraient nous aider à déterminer des conclusions circonstanciées dans une matière qui – ne l’oublions pas – concerne d’abord le respect d’un droit de l’homme, qui est le droit à la sécurité sociale et, en l’occurrence, le droit à un revenu de remplacement en cas d’inaptitude pour causes médicales. Elle concerne ensuite les exigences qui, par l’application des conditions d’octroi de la prestation, conduisent à la gestion responsable des dépenses, fondées sur la solidarité sociale. La maîtrise des dépenses doit être une des préoccupations primordiales dans l’État de providence, en vue de sa sauvegarde.

## 6. Divergences (2005)

Onze interactieve debatten hebben het aangetoond: de neuzen wijzen niet altijd in dezelfde richting. “*Dissenting opinions*”, heterogene “*practices*” en gediversifieerde strategieën tieren welig en leven niet alleen tussen de verschillende beroepsgroepen en betrokken partners, maar ook tussen soortgenoten. Ik denk bijvoorbeeld aan de rechters actief in het Noorden of in het Zuiden van het land, maar ook binnen dezelfde regio’s en hun soms uiteenlopende medicolegale rechterlijke visies, divergenties die van alle tijden zijn en een voortreffelijke uiting van de onafhankelijkheid van de rechter. Aan het Hof van Cassatie, hoogste rechtscollege van de rechterlijke orde, de taak om vorm te geven aan de rechtseenheid, teneinde een wenselijke gelijke behandeling te waarborgen.

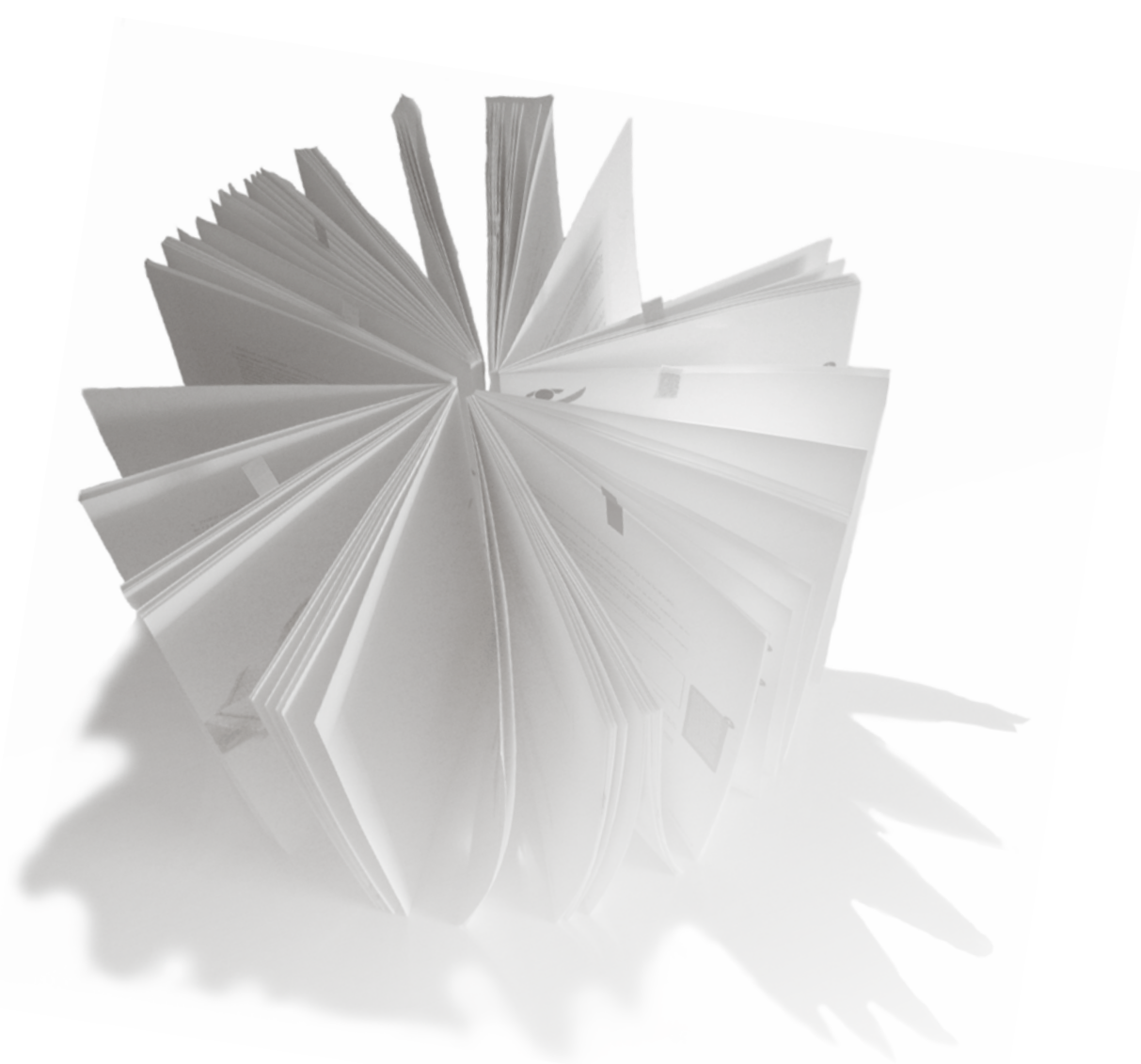
## 7. Le bon diagnostic – The right diagnosis (1999)

Pour conclure, je terminerai par focaliser notre attention sur nos cinq jeunes stagiaires judiciaires, qui seront nos magistrats prometteurs de demain. Ce sont eux qui aujourd’hui se sont finalement le plus démenés. En effet, je tiens à souligner qu’ils se sont proposés volontairement comme candidat-rapporteur de nos travaux, dans une matière qu’ils ne connaissent forcément pas encore du bout des doigts. Je les remercie d’avoir accepté ce défi.

## 8. Fin – The end (1999)

Hiermee is het doek definitief over onze studiedag gevallen, maar dit is gewis niet het sluitstuk van de geschiedenis...

2<sup>e</sup> Deel - Studiën  
2<sup>e</sup> Partie- Études



# I. Incapacité de travail : comparaison entre les régimes salarié et indépendant<sup>1</sup>

Par Michel Dumont, Président de chambre à la Cour du travail de Liège

## 1. Introduction

Même si l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités n'a pas atteint l'âge de 50 ans pour les travailleurs indépendants, il est apparu utile d'aborder en quelques mots les particularités du régime de l'assurance indemnités applicables à cette catégorie de travailleurs.

Nous allons donc rapidement examiner les dispositions des articles 19 et suivants de l'arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants.

Cette contribution s'inspire d'une précédente contribution parue récemment<sup>2</sup> tout en l'actualisant.

### a. Les points de convergence entre les régimes salariés et indépendants

Entre les deux régimes, il existe de nombreux points de convergence<sup>3</sup>.

Signalons :

- une distinction entre l'incapacité primaire et l'invalidité, même si les notions diffèrent pour partie
- l'activité de référence : la dernière activité exercée
- la possibilité de reprendre son ou une autre activité professionnelle ou d'entamer une formation tout en étant indemnisé
- la possibilité de régulariser l'absence d'autorisation d'exercice d'activité.

### b. Les points de divergence entre les régimes salariés et indépendants

C'est ici que nous allons aborder l'objet même de la contribution.

L'appréciation de l'incapacité d'un travailleur indépendant est fondamentalement différente ce qui se conçoit aisément eu égard au fait qu'un travailleur indépendant qui doit arrêter son activité pour quelque cause que ce soit, et notamment pour cause de maladie ou d'accident, n'est pas du tout placé dans la même situation qu'un travailleur salarié dont le contrat de travail est suspendu et qui va retrouver son emploi à l'issue de la suspension.

S'il ne peut compter sur une aide, interne ou externe à son entreprise, c'est l'activité de l'entreprise qui sera mise en veilleuse, avec à terme les risques qu'engendre une telle situation.

1. L'auteur remercie Mme Nancy de Marneffe, attachée juriste au Service Indemnités de l'INAMI pour les précisions qu'elle a bien voulu apporter au sujet de la remise au travail et qui ont permis de finaliser cette contribution.

2. D. DESAIVE et M. DUMONT, "L'incapacité, l'invalidité et l'appréciation de la perte d'autonomie en sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants ainsi qu'en risques professionnels. Comment évaluer l'aspect médical ?", in Regards croisés sur la sécurité sociale, Commission Université-Palais de Liège, Anthémis, 2012, p. 277, spéc. pp. 289 et ss.

3. Voir l'art. cité à la note précédente.

Cependant, il ne faut pas se focaliser sur la poursuite de l'activité de l'entreprise. C'est heureux du reste qu'il puisse en être ainsi, notamment pour l'entreprise elle-même et pour les salariés de l'entreprise.

Si le travailleur indépendant est en incapacité et qu'il respecte les conditions d'exercice d'une activité professionnelle, dont il va être question ci-après, il est en droit de percevoir les indemnités si son entreprise continue à fonctionner et même de cumuler les indemnités avec des revenus qui lui sont versés grâce à la poursuite de l'entreprise et aux revenus que cette activité de l'entreprise engendre, pour autant que les revenus en question ne constituent pas des revenus professionnels tirés d'une activité exercée par le travailleur en incapacité pendant son incapacité de travail (sous réserve, en cette hypothèse, d'une autorisation du médecin-conseil).

En d'autres termes, bénéficiaire de revenus même professionnels n'est pas nécessairement incompatible avec l'octroi des indemnités. Il faut vérifier l'origine des revenus : un associé actif peut, le temps de son incapacité de travail, obtenir des revenus comme associé non actif (les revenus ne sont en ce cas pas des revenus professionnels et ne devraient pas être déclarés fiscalement comme tels) ou continuer à percevoir des revenus relatifs à la période antérieure au cours de laquelle il n'était pas encore en incapacité de travail sans que le cumul ne pose problème en regard de la législation.

## 2. La notion d'incapacité primaire et sa durée

Le texte applicable est l'article 19 de l'arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants.

Si pour les travailleurs salariés, il est fait référence pendant les six premiers mois à la profession habituelle pour autant qu'elle soit susceptible de guérison à plus ou moins brève échéance, la situation se présente tout autrement pour les indépendants.

La période d'incapacité primaire d'un an n'est pas scindée en deux : les conditions de sa reconnaissance restent identiques pendant toute la première année d'incapacité.

La profession concernée par l'incapacité primaire est pendant un an l'activité professionnelle exercée par le travailleur indépendant à la veille de la prise de cours de son incapacité. Une année complète n'est pas une durée excessive pour permettre au travailleur indépendant, qui se rend compte qu'il ne pourra pas reprendre ses activités, d'envisager un reclassement professionnel si celui-ci se révèle réalisable.

La seule question qui se pose est donc celle de savoir si le travailleur indépendant est à même de poursuivre son activité professionnelle (ou de la reprendre) dans l'année qui a suivi la déclaration d'incapacité de travail. Dans la négative, les indemnités sont dues pendant la première année sans discussion et sans qu'il puisse être reproché un manque d'efforts de réinsertion ou de réadaptation.

Il n'est pas question de pourcentage : ni 100 %, ni 66%. Il peut arriver qu'une légère voire minime invalidité, temporaire ou permanente (la notion de guérison à brève échéance n'intervient pas dans le régime des travailleurs indépendants), entraîne une incapacité primaire suffisante pour justifier la reconnaissance.



### 3. La notion d'invalidité

Le texte concerné est l'article 20 de l'arrêté royal.

En période d'invalidité, le travailleur doit remplir d'abord les conditions de l'article 19 mais aussi réunir des conditions plus exigeantes et plus larges. La situation est à cet égard comparable à celle réservée aux travailleurs salariés.

Mais, les critères ne sont pas identiques parce que le texte impose qu'il soit tenu compte de l'équité. Il est exceptionnel que la référence à ce critère soit prévue. La situation particulière des indépendants le justifie.

La jurisprudence en conclut que : *"Le travailleur indépendant doit être reconnu inapte par rapport à toute activité professionnelle, salariée ou indépendante, dont il pourrait être chargé équitablement par référence à sa condition, sa formation professionnelle, son état de santé ; "l'équité" commande en l'occurrence l'atténuation de la portée de l'exigence de l'inaptitude à toute activité professionnelle ; il ne peut y avoir déclassement ou disqualification par le biais des références professionnelles à considérer pour évaluer cet état personnalisé ; la connaissance des critères de condition, de formation professionnelle et d'état de santé est essentielle pour cette appréciation personnalisée et en équité exigée par la norme légale ; les "facteurs étrangers à la personne" de l'intéressé, ainsi que la situation économique sont irrelevants<sup>4</sup> ; l'article 20 exige pour la reconnaissance de l'état d'invalidité un reclassement équitablement impossible et non pas seulement malaisé<sup>5</sup> "*<sup>6</sup>.

Comme pour les salariés, le critère qui différencie l'incapacité primaire de l'invalidité est la référence à toute activité professionnelle quelle qu'elle soit, mais le critère de l'équité n'a pas sa place dans le secteur salarié.

Ainsi que l'a rappelé Ph. Gosseries<sup>7</sup>, il faut que le travail en fonction duquel une aptitude a été constatée soit pratiquement réalisable par le travailleur et qu'il constitue une véritable activité professionnelle<sup>8</sup>, c'est-à-dire une activité susceptible de lui permettre de vivre de son travail.

Il n'est pas conforme aux articles 20 et 23 de l'arrêté royal de considérer comme apte au travail un travailleur indépendant au seul motif qu'il est capable de reprendre une autre activité professionnelle à temps partiel alors que devant une telle éventualité, la reprise partielle devrait suivre une demande de l'assuré social ainsi que l'accord du médecin-conseil et impliquerait le maintien de la reconnaissance de l'état d'invalidité tant qu'une reprise à temps plein n'est pas envisageable. Dès lors, l'aptitude du travailleur en invalidité d'entamer une activité à temps partiel ne peut en aucun cas justifier la fin de la reconnaissance de son état d'invalidité.

4. Cass., 25.10.1982, Pas., 1983, I, p. 258. Voir P. DENIS, Droit de la sécurité sociale, t. II, Larcier, Bruxelles, n°s 113 et 114, pp. 324 et 325.

5. La cour cite : J.- P. RASQUIN, "La notion d'incapacité de travail dans le statut social des travailleurs indépendants - Approche jurisprudentielle", J.T.T., 1978, p.153 et spéc. pp. 159 et 161; C. trav. Liège, 2<sup>e</sup> ch., 29.06.1976 et C. trav. Mons, 12.02.1992, R.G. n° 9.992.

6. C. trav. Mons, 23.03.1994, J.T.T., 1994, p. 361.

7. Ph. GOSSERIES, "L'incapacité de travail des salariés et des indépendants en assurance indemnités obligatoire", J.T.T., 1997, p.77 et spéc. n°126, p. 97.

8. Ch.- E. CLESSE, L'expertise en droit social, Kluwer, 2010, p. 203.

Concrètement, il ne faut cependant pas limiter le champ d'investigation aux activités professionnelles précédemment exercées ni même à un secteur déterminé surtout lorsque le travailleur indépendant est encore jeune et disposerait d'un état de santé qui devrait lui permettre de travailler dans d'autres secteurs où il pourrait trouver des emplois de type plus léger nécessitant des efforts physiques moins soutenus ou adaptés à son handicap. Il incombe à l'expert de préciser, et au juge d'apprécier, quels emplois le travailleur indépendant pourrait exercer malgré son handicap et ce sans réadaptation professionnelle préalable<sup>9</sup>, en tout cas sans réadaptation déjà effectuée. Tous les emplois sont ici concernés, qu'il s'agisse d'emplois exercés en tant que travailleur indépendant ou salarié<sup>10</sup>.

Par contre, la simple possibilité d'exercice d'une activité d'indépendant ne peut intervenir pour constater la fin de l'invalidité d'un salarié.

Il faut tenir compte de l'aptitude du travailleur et notamment de sa capacité à exercer un travail qui ne soit pas, par exemple, manuel alors que l'assuré social est analphabète et qu'il n'a jamais exercé, et c'est un cas vécu, que des travaux de forain, lesquels ne sont pas des activités légères mais qui impliquent au contraire des travaux lourds qui ne peuvent être négligés<sup>11</sup>.

Les emplois de type légers n'exigent pas tous une formation particulière. Jusqu'il y a peu, ce n'était pas à l'assurance indemnités à s'occuper de formation professionnelle ni à pallier l'absence de couverture chômage au profit des travailleurs indépendants<sup>12</sup>. En d'autres termes, la formation ou le reclassement professionnel n'était pas du ressort de l'assurance obligatoire et il existait une sorte de cloisonnement.

Les choses évoluent. Le constat que la réinsertion n'est pas compatible avec un écartement trop long du monde du travail n'y est pas étranger. La problématique de la remise au travail proactive sera abordée au cours de cette journée. Je ne m'y attarde donc pas.

Il suffit de signaler à ce stade que l'alinéa 2 de l'article 20<sup>13</sup> prévoit que "Pour l'évaluation de l'état d'incapacité de travail, visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>, il est tenu compte des compétences professionnelles acquises lors d'un programme de réadaptation professionnelle au terme d'une période de six mois prenant cours à l'expiration du mois pendant lequel ledit programme a été achevé". Ainsi, il peut être tenu compte des efforts de réinsertion si le travailleur concerné a, grâce au programme suivi, bénéficié d'un acquis complémentaire.

Le travailleur ne peut cependant pas subir un déclassement professionnel. L'équité<sup>14</sup> impose qu'il en soit ainsi<sup>15</sup>.

L'âge du travailleur indépendant, sa formation, son expérience professionnelle et son état de santé<sup>16</sup> sont, comme pour les salariés, des critères essentiels pour apprécier son état d'invalidité mais l'équité s'y ajoute. C'est vraiment un critère spécifique applicable aux seuls travailleurs indépendants.

9. C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 17.12.2002, R.G. n° 7.039/2001.

10. C. trav. Anvers, 06.06.1997, Chron.D.S., 1999, p. 604 et C. trav. Mons, 8<sup>e</sup> ch., 12.02.1992, R.G. n° 9.992.

11. C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 21.01.2014, R.G. n° 2013/AN/43 (site juridat).

12. C. trav. Liège, sect. Namur, 19.01.1999, B.I.-INAMI, 1999/1, p. 36. Voir cependant, les possibilités ouvertes au niveau de la réadaptation professionnelle.

13. Tel que modifié par l'A.R. du 10.01.2010.

14. Art. 20 : chargé "équitablement".

15. P. ANCIAUX et N. COLSON, *o.c.*, sous n° 560. Pour les salariés : voir Ph. GOSSERIES, « Assurance maladie-invalidité obligatoire - La réduction de la capacité de gain de 66 % au moins - Sa portée, ses limites, ses exigences », J.T.T., 1992, 137, spéc. p 140, sous n°30 et C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 04.02.2003, R.G. n° 7.076/2002.

16. État de santé qui peut couvrir diverses affections ou handicaps comme par ex., une fibromyalgie, un analphabétisme et une dépression (C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 21.01.2014, R.G. n° 2013/AN/43).

## 4. L'autorisation d'exercice d'une activité

Le travailleur indépendant peut être autorisé à reprendre son activité professionnelle ou une autre activité professionnelle mais dans le respect de conditions strictes posées par les articles 20*bis*, 23 et 23*bis* de l'arrêté royal du 20 juillet 1971<sup>17</sup>. Le travailleur ne peut y être forcé mais doit au contraire solliciter lui-même cette faveur et obtenir une autorisation (toujours préalable) du médecin-conseil, autorisation généralement (cf. *infra*) limitée dans le temps qui peut viser soit une reprise totale ou partielle d'une autre activité professionnelle, soit une reprise partielle de son activité antérieure mais qui présuppose en toute hypothèse une continuité dans la reconnaissance de l'état d'invalidité en ce compris pendant cette reprise temporaire de travail.

### a. L'autorisation préalable

C'est l'article 20*bis* de l'arrêté qui prévoit cette règle alors que pour les salariés et depuis le 12 avril 2013, l'autorisation ne doit plus être préalable.

Conformément aux dispositions réglementaires, la demande d'autorisation doit être introduite par le travailleur auprès du médecin-conseil en vue de reprendre une partie de ses activités<sup>18</sup>. Elle ne peut intervenir au plus tôt qu'à l'issue de la période d'incapacité primaire non indemnisable (disposition en vigueur à la suite de la modification apportée au texte par l'A.R. du 11.06.2011), soit à l'issue du premier mois d'incapacité de travail<sup>19</sup>.

Cependant, il ne suffit pas d'avoir demandé préalablement<sup>20</sup> l'autorisation. Il faut encore s'y tenir strictement.

L'autorisation doit mentionner les conditions d'exercice de l'activité. Le médecin-conseil ou le Conseil médical de l'invalidité selon le cas les apprécie en fonction de l'état de santé du bénéficiaire et de la compatibilité avec le maintien de l'état d'incapacité de travail. L'autorisation est donc accordée sous conditions : s'écarter de ces conditions revient à exercer une activité sans autorisation<sup>21</sup>.

À la différence du régime salarié, il n'y a pas nécessité de justifier d'une capacité de travail résiduelle de 50 % au moins<sup>22</sup>.

Dans les deux régimes salarié et indépendant, le travail autorisé, et c'est bien compréhensible, doit être compatible avec l'affection en cause.

Lorsque le travailleur indépendant informe son organisme assureur de l'exercice d'une activité, celui-ci doit veiller, sous peine d'engager sa responsabilité<sup>23</sup>, à saisir le médecin-conseil afin que celui-ci donne l'autorisation requise.

17. P. ANCIAUX et N. COLSON, "Sécurité sociale des travailleurs indépendants, Assurance soins de santé et indemnités", in Guide social permanent, Commentaires droit de la sécurité sociale, Partie II, Livre II, Titre IV, Chap. II, sous n°s 830 et ss.

18. Art. 20*bis* de l'A.R. du 20.07.1971 pour les travailleurs indépendants et art. 100, § 2 de la loi du 14.07.1994 ainsi que l'art. 16 de l'A.R. 16.04.1997 (régl. portant exécution de l'art. 80, 5° de la loi) pour les travailleurs salariés. Ch.- E. CLESSE, L'expertise en droit social, Kluwer, 2010, p. 206.

19. Art. 7 de l'A.R. du 20.07.1971.

20. Contrairement au régime des travailleurs salariés pour lesquels la loi-programme I du 04.07.2011 a supprimé, avec effet au 12.04.2013 (cf. A.R. du 12.03.2013), l'obligation d'obtention d'une déclaration préalable, le texte n'a pas encore été modifié dans le régime des travailleurs indépendants (cf. art. 20*bis* de l'A.R. du 20.07.1971).

21. Trib. trav. Anvers, 14.11.2003, B.I.-INAMI, 2004/2-3, p. 239 ; C. trav. Mons, 6° ch., 27.06.2003, R.G. n° 17.113.

22. Cette référence à une capacité résiduelle de plus de 50 % n'intervenait que pour la limitation de la récupération sur le fondement de l'art. 23*ter* de l'A.R. du 20.07.1971. Depuis le 31.12.2010, date d'entrée en vigueur de l'A.R. du 27.07.2011 modifiant notamment cette disposition, le contrôle effectué consiste seulement à vérifier si les conditions de reconnaissance de l'incapacité de travail du travailleur indépendant sont réunies.

23. C. trav. Liège, sect. Namur, 13° ch., 04.02.2014, R.G. n° 2013/AN/65.

## b. L'exercice d'une activité

Le régime indépendant envisage distinctement le reclassement du travailleur dans une autre profession, dans le secteur indépendant ou non (art. 23), et la remise progressive au travail dans l'activité qui était celle du travailleur avant le début de son incapacité (art. 23bis). Il est une autre différence sensible : la possibilité donnée au travailleur indépendant de reprendre le travail est limitée dans le temps à un maximum de 12 mois dans le cadre de l'article 23 ou de 18 mois sur pied de l'article 23bis<sup>24</sup>, hormis pour ceux dont le reclassement ne peut être envisagé mais qui conservent une certaine capacité et peuvent de ce fait exercer une partie de leur activité (art. 20bis).

### 1. L'EXERCICE D'UNE AUTRE ACTIVITÉ

Le travailleur indépendant en incapacité de travail (primaire ou invalidité) peut, dans les conditions visées à l'article 23, entamer une autre activité, indépendante ou non. Son exercice requiert l'autorisation du médecin-conseil si le travailleur indépendant entend continuer à bénéficier des indemnités.

Le travailleur indépendant peut non seulement y être autorisé mais voir la période d'activité être assimilée à une période d'incapacité de travail pendant 6 mois, le cas échéant prolongée d'une seconde période de six mois au maximum.

L'objectif est clairement de favoriser la réinsertion professionnelle des travailleurs indépendants en incapacité de travail en les incitant à se réorienter.

En principe, dès lors que le travailleur indépendant perçoit une rémunération, il ne devrait plus pouvoir bénéficier des indemnités mais l'article 28, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal prévoit une dérogation tempérée par l'article 28bis qui réduit les prestations de 10 % après six mois.

### 2. LA REMISE PROGRESSIVE AU TRAVAIL

L'article 23bis vise la tentative de reprise de l'activité exercée précédemment par le travailleur indépendant. Il requiert, comme dans l'hypothèse d'une réorientation, l'accord préalable du médecin-conseil.

Si l'essai n'est pas concluant, la période au cours de laquelle l'activité a été exercée est non seulement assimilée à une période d'incapacité mais la reprise de l'activité habituelle du travailleur indépendant ne peut avoir d'incidence sur la reconnaissance ultérieure de son état d'incapacité ou d'invalidité au sens des articles 19 et 20. On ne peut à la fois inciter un travailleur à reprendre ses activités et ensuite considérer que la reprise, même partielle et temporaire, est une preuve de capacité d'exercice qui ne justifierait plus la reconnaissance d'un état de santé ne permettant pas d'exercer une activité.

Le travailleur indépendant voit donc son état d'incapacité être maintenu s'il reprend, avec l'autorisation du médecin-conseil et en vue de reclassement, une partie de ses activités exercées au moment où son incapacité a débuté.

Durant cette période de travail, l'état d'incapacité est fictivement prolongé.

L'article 23bis prévoit les conditions et précise que l'autorisation ne peut excéder 18 mois. De même, la réduction des prestations de 10 % est imposée après six mois conformément à l'article 28bis, § 1<sup>er</sup>.

24. S. HOSTAUX, *Le droit de l'assurance soins de santé et indemnités*, Larcier, 2009, p. 379.

### 3. LA REPRISE PARTIELLE DE L'ACTIVITÉ ANTÉRIEURE

Il est enfin réservé, selon l'article 20*bis*, un sort à part au titulaire qui, compte tenu de son état de santé, ne peut pas être reclassé mais maintient néanmoins une certaine capacité de travail (cette précision ne résulte pas expressément du texte mais implicitement des art. 23, 23*bis* et 28*bis*, § 1<sup>er</sup>, qui prévoient des dispositions particulières dans les hypothèses qu'ils visent). Celui-là peut reprendre une partie de l'activité qui était la sienne pour une durée illimitée, sous conditions (à l'issue de la période d'incapacité primaire non indemnisable, avec l'autorisation préalable du médecin-conseil ou du CMI, moyennant une reconnaissance continue de l'état d'incapacité).

L'article 28*bis*, § 2, de l'arrêté royal prévoit que : *"Les prestations sont réduites de 10 % à partir du moment où la période couverte par l'autorisation visée à l'article 20bis atteint une durée de six mois et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle du début de l'activité autorisée"*. Au-delà de la 3<sup>e</sup> année, les limitations de revenus sont calquées sur la législation en matière de pension (art. 28*bis*, §3). L'article 28*bis*, § 4, prévoit en outre que si une période couverte par l'autorisation visée à l'article 23*bis* est suivie sans interruption d'une période visée à l'article 20*bis*, la première période est assimilée à une période visée à l'article 20*bis* pour la réduction de l'indemnité conformément aux § 2 et § 3.

#### c. La régularisation

26. Il existe une possibilité de régularisation de la situation liée au constat de la réunion des conditions médicales d'incapacité de travail (art. 23*ter*). Cette disposition est comparable à celle de l'article 101 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 pour les travailleurs salariés.

## 5. L'activité minimale exercée sans autorisation

Aucun texte ne prévoit que le travailleur indépendant en incapacité de travail peut poursuivre une certaine activité. C'est une construction jurisprudentielle qui n'a jamais été confirmée par le législateur par l'insertion d'un texte dans la législation.

Ce qui constitue l'exception jurisprudentielle et en fait une particularité lorsque l'on compare la situation des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants, c'est que la jurisprudence admet que le travailleur indépendant qui, en raison des lésions et troubles fonctionnels, n'accomplit plus que des tâches minimales afférentes à l'activité exercée auparavant, remplit néanmoins, malgré cette activité légère, les conditions d'indemnisation visées à l'article 19 de l'arrêté royal (la cessation d'activité) s'il n'exerce pas d'autre activité professionnelle<sup>25</sup>.

Comme l'enseigne la doctrine :

*"Pour apprécier s'il y a ou non cessation professionnelle au sens de l'article 19, [il importe] d'opérer la distinction entre l'accessoire de minime importance et le principal. La poursuite d'une tâche lorsqu'elle n'est pas susceptible de rendre économiquement viable l'activité professionnelle est admise, s'agissant d'une tâche résiduaire, limitée, réduite ou accessoire"*<sup>26</sup>.

25. Cass., 21.01.1985, Bull., 1985, p. 576, Chron.D.S., 1985, 114 et J.T.T., 1985, p. 266.

26. S. LYPZIC, "La notion d'incapacité de travail dans les régimes des travailleurs indépendants", Actualités de la sécurité sociale, in Actualités du droit, 1993-4, p. 717.

*“Cette approche conduit donc, dans chaque cas d’espèce, à une analyse des tâches poursuivies compte tenu de l’activité de l’intéressé ainsi que de la nature et de la taille de son entreprise afin d’évaluer leur incidence sur la rentabilité économique de celle-ci. La jurisprudence souligne souvent à ce propos que lorsque les tâches exécutées après le début de l’incapacité présentent à la fois un caractère professionnel considérable et une valeur économique importante, l’assuré ne peut prétendre répondre à la condition prévue par l’arrêté royal du 20 juillet 1971. Cette démarche explique également que selon l’appréciation du juge et les spécificités du litige, la cessation de l’activité sera considérée comme réalisée ou non dans des cas paraissant similaires. L’on observera que la jurisprudence paraît tendre vers plus de rigueur et de sévérité dans son appréciation de la cessation de l’activité”<sup>27</sup>.*

Il est clair que pour éviter toute surprise désagréable, le travailleur indépendant a tout avantage à solliciter et à obtenir du médecin-conseil de son organisme assureur l’autorisation d’exercer ou de reprendre son activité professionnelle mais on a vu ci-dessus que cette autorisation n’a qu’une durée limitée dans le temps<sup>28</sup>.

Si le travailleur indépendant ne fait qu’exercer une activité minimale, il n’est par contre pas prévu de limitation dans le temps, à défaut de tout texte.

Comment distinguer l’activité implicitement permise de celle qui ne l’est pas ?

Il importe de vérifier si l’activité toujours exercée par le travailleur indépendant qui se déclare incapable de travailler suffit à rendre économiquement viable l’activité professionnelle ou si elle est résiduaire, limitée, réduite ou accessoire<sup>29</sup>, voire tout simplement peu importante.

Ainsi, le seul fait pour un pharmacien d’être toujours administrateur à titre gratuit de la SPRL responsable de l’officine ne suffit pas pour conclure à l’absence de cessation d’activité lorsqu’il n’est pas rapporté des faits précis et probants de l’exercice effectif de responsabilités propres à cette fonction d’administrateur<sup>30</sup>. Ou encore le boulanger-pâtissier qui a cessé toutes les activités manuelles qui étaient les siennes (fabrication du pain et des pâtisseries) ainsi que la vente sur les marchés régionaux et qui se contente d’assurer une permanence téléphonique n’exerce qu’une activité résiduaire qui relève des tâches accessoires ou de minime importance autorisée<sup>31</sup>. De même, exerce une activité marginale par rapport à l’activité antérieurement exercée le chauffagiste indépendant qui n’effectue plus de travail manuel, dont les visites sur chantier ne sont destinées qu’à montrer aux clients qu’il ne se désintéresse pas de son entreprise et qui, sur le plan administratif, se limite à donner des conseils à son fils et à son gendre ainsi qu’à leur indiquer les travaux à effectuer tandis que les devis sont établis “en famille”<sup>32</sup>.

Il faut donc opérer une distinction entre les tâches principales et les tâches accessoires et déterminer le caractère minimale de ces dernières. Non seulement le travailleur indépendant ne peut pas poursuivre quasi intégralement les activités qui étaient siennes avant le début de l’incapacité, cela va de soi, mais encore il ne peut pas exercer une activité même réduite mais qui serait déterminante pour la survie de l’entreprise<sup>33</sup>.

27. P. ANCIAUX et N. COLSON, Sécurité sociale des travailleurs indépendants, Commentaires de la sécurité sociale “Assurance soins de santé et indemnités”, Guide social permanent, Partie II, Livre II, sous Titre IV, Chapitre II, sous n° 270.

28. S. LYPZIC, “La notion d’incapacité de travail dans les régimes des travailleurs indépendants”, Actualités de la sécurité sociale, in Actualités du droit, 1993-4, p. 732.

29. Ph. GOSSERIES, “L’incapacité de travail des salariés et des indépendants en assurance indemnités obligatoire”, J.T.T., 1997, p. 77, spéc. p. 95, sous n° 109.

30. En ce sens : C. trav. Mons, 08.09.1993, B.I.-INAMI, 1994/2, p. 93 cité par Ph. GOSSERIES, “L’incapacité de travail des salariés et des indépendants en assurance indemnités obligatoire”, J.T.T., 1997, p. 77, spéc. p. 95, sous n° 112.

31. C. trav. Mons, 6<sup>e</sup> ch., 13.09.2013, R.G. n° 2011/AM/377.

32. C. trav. Bruxelles, 10<sup>e</sup> ch., 13.10.1995, R.G. n° 26.320.

33. C. trav. Liège, sect. Namur, 17.02.2004, Chron.D.S., 2004, p. 340.

C'est pourquoi il a été jugé qu'exercer la direction d'une exploitation agricole importante<sup>34</sup>, comme celle de conserver la fonction de gérant unique d'une SPRL<sup>35</sup> avec les multiples activités qu'implique pareille gestion (contacts avec la clientèle et les fournisseurs, accomplissement des formalités administratives et sociales, gestion et direction du personnel, etc.), n'est pas une activité minimale. En d'autres termes, la poursuite de la gestion de l'entreprise est incompatible lorsque cette activité est indispensable à la survie de l'entreprise ce qui est le cas également lorsque le gérant continue à assurer la gestion de son entreprise en distribuant le travail aux ouvriers qui venaient ensuite lui rendre compte<sup>36</sup>.

Rien n'empêche par contre un gérant de conserver son mandat s'il ne l'exerce que très partiellement et délègue ses pouvoirs de gestion journalière. Il faut aussi opérer une nette distinction entre un administrateur-délégué d'une multinationale et le gérant d'une petite SPRL familiale dans laquelle la gestion représente un travail bien moindre que l'activité manuelle surtout lorsque la partie administrative (comptable, fiscale, sociale) est confiée à un tiers<sup>37</sup>. Il faut donc analyser chaque cas comme étant un cas particulier.

Il est donc toléré que le travailleur indépendant puisse poursuivre une certaine activité, qualifiée de minimale ou de peu importante, à charge pour le travailleur indépendant d'opérer la distinction avec tous les risques qu'une appréciation erronée peut comporter puisqu'il n'est pas couvert par une autorisation du médecin-conseil.

C'est donc en toute logique avec ces principes de base que le fait pour un travailleur indépendant de se rendre plus ou moins régulièrement sur les chantiers ne suffit pas à conclure à l'exercice d'une activité prohibée dès lors qu'il ne pouvait pas y faire œuvre utile<sup>38</sup>. Mais par contre, le travailleur indépendant qui continue à s'occuper de la gestion de sa société dans ses aspects commerciaux et économiques, qui prend contact avec les fournisseurs et continue à organiser et à surveiller les chantiers exerce une activité qui n'est pas de minimale importance<sup>39</sup>.

L'exception jurisprudentielle relative à la poursuite de l'activité de minimale importance ne s'applique qu'à l'activité exercée par le travailleur indépendant en cette qualité et ne vise donc pas celle qu'il exerçait simultanément en qualité de salarié<sup>40</sup>, pas plus qu'elle ne peut concerner une nouvelle activité entamée après le début de l'incapacité de travail<sup>41</sup>.

## 6. La rééducation et la réadaptation

Le texte qui s'applique est l'article 22.

Observons qu'un toilettage du texte s'avérerait utile dès lors que le reclassement social autrefois fédéral a été régionalisé de longue date et que les ateliers protégés ont changé de dénomination (entreprises de travail adaptés).

34. C. trav. Gand, 05.12.1997, B.I.-INAMI, 1998/2, p. 207 et C. trav. Mons, 22.03.1995, Chron.D.S., 1997, p. 195.

35. C. trav. Mons, 09.04.1997, J.T.T., 1997, p. 326.

36. C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 16.02.1999, R.G. n° 5.034/95.

37. En ce sens, C. trav. Liège, sect. Namur, 18.06.2002, B.I.-INAMI, 2002/3, p. 264.

38. En ce sens, C. trav. Liège, sect. Namur, 18.06.2002, B.I.-INAMI, 2002/3, p. 264.

39. C. trav. Liège, 2<sup>e</sup> ch., 11.03.2003, R.G. n° 30.468/01.

40. La poursuite d'une activité indépendante exercée précédemment en même temps que l'activité salariée doit aussi faire l'objet d'une demande d'autorisation préalable : C. trav. Bruxelles, 03.04.2008, Chron.D.S., 2009, p. 234 et J.T.T., 2008, p. 275. Voir les observations de S. HOSTAUX, Le droit de l'assurance soins de santé et indemnités, Larcier, 2009, p. 382 selon lequel le titulaire ne peut pas reprendre une activité complémentaire salariée ou exercée dans le secteur public.

41. C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 19.06.2001, R.G. n° 6.554/2000 et C. trav. Liège, sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch., 16.02.2010, R.G. n° 8542/2008.

Le texte de l'article 22 se contente d'assimiler une période d'occupation à une période d'incapacité de travail mais il apprend aussi qu'il existe des programmes de rééducation fonctionnelle ou de réadaptation professionnelle.

La rééducation professionnelle vise celle qui permet à un adulte d'acquérir une formation nouvelle ou une réadaptation dans la profession ou le métier précédemment exercé et ce en vue soit de lui procurer un nouvel emploi, soit de lui permettre de conserver celui qu'il occupe. Il ne s'agit pas de perfectionnement mais elle englobe le recyclage qui tend à mettre à jour les connaissances professionnelles<sup>42</sup>.

La rééducation fonctionnelle vise le rétablissement des fonctions du corps humain sans qu'il soit question de considération professionnelle<sup>43</sup>.

En principe, dès lors que le travailleur indépendant perçoit une rémunération, il ne devrait plus pouvoir bénéficier des indemnités mais l'article 28 de l'arrêté royal prévoit une dérogation temporaire.

L'article 28 de l'arrêté royal précise en effet que les indemnités ne sont pas réduites lorsque le travailleur indépendant en état d'incapacité de travail perçoit des revenus tirés d'une activité liée à des prestations exercées dans le cadre des organismes ayant pour mission le reclassement social et professionnel des handicapés ou par les entreprises ou institutions publiques contractantes, conformément au décret de la Communauté germanophone du 19 juin 1990 portant création d'un «Dienststelle der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Personen mit einer Behinderung», au décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 relatif à la création de l'agence autonomisée externe de droit public «Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding», au décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-capitale du 4 mars 1999 relatif à l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées, et au Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, et à leurs arrêtés d'exécution.

Cependant, l'article 28 précise qu'à partir du moment où les périodes visées à l'article 22 atteignent une durée de six mois, les prestations sont diminuées des trois quarts du revenu professionnel brut acquis au cours desdites périodes.

42. P. ANCIAUX et N. COLSON, Sécurité sociale des travailleurs indépendants, Commentaires de la sécurité sociale "Assurance soins de santé et indemnités", Guide social permanent, Partie II, Livre II, sous Titre IV, Chap. II, sous n° 780. Ces auteurs citent R. ETIENNE, "Le droit à la rééducation professionnelle", Rev. trav., 1968, n° 4, p. 1581.

43. P. ANCIAUX et N. COLSON, op. cit., n° 790 et Ph. GOSSERIES, " Approche du droit à la rééducation couvert par l'assurance maladie ", J.T.T., 1976, p. 251.



## II. Knelpunten bij de evaluatie van de arbeids(on)geschiktheid in het kader van de uitkeringsverzekering voor de loontrekkenden

Door Liesbeth Verbruggen, Adviseur bij de dienst uitkeringen

De criteria voor de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van een loontrekkende zijn vervat in artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.

Dit artikel bepaalt dat er cumulatief drie voorwaarden moeten vervuld zijn om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend.

1. Stopzetting van elke werkzaamheid
2. Als rechtstreeks gevolg van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen
3. Die aanleiding geven tot een vermindering van het verdienvermogen tot een derde of minder dan een derde (m.a.w. arbeidsongeschiktheid van tenminste 66 %).

### 1. Stopzetting van elke werkzaamheid

Wat deze voorwaarde betreft zijn er niet echt knelpunten in de rechtspraak.

Het Hof van Cassatie heeft in het verleden een ruime interpretatie gegeven aan de notie “werkzaamheid”. Hieronder wordt meer verstaan dan louter een beroepsactiviteit. Het betreft namelijk elke activiteit met een productief karakter, die ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer, ook als ze onbezoldigd is en zelfs als ze slechts occasioneel of uitzonderlijk wordt uitgeoefend.

Het komt er eigenlijk op neer dat naast de handelingen met betrekking tot het normale beheer van het eigen vermogen (bv. onderhouden van de eigen woning of de eigen tuin) nog uitsluitend een vrijetijdsbesteding (als consument of toeschouwer) toegelaten zijn.

Deze interpretatie wordt quasi unaniem door de arbeidsgerechten gevolgd.

### 2. Als rechtstreeks gevolg van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen

Deze causaliteitsvereiste werd in 1982 in de definitie van het begrip “arbeidsongeschiktheid” ingevoerd. De bedoeling was om personen uit het stelsel van de uitkeringsverzekering uit te sluiten, wiens verdienvermogen reeds zeer ernstig was aangetast op het ogenblik van hun intrede op de arbeidsmarkt en die in feite nooit arbeidsgeschikt zijn geweest. Er diende vanaf dat ogenblik dus ook rekening te worden gehouden met voorafbestaande letsels of functionele stoornissen.

Deze bepaling vormt in zekere zin de scheidingslijn tussen de regeling van de uitkeringsverzekering en deze van de gehandicapten.

De notie “voorafbestaande toestand” werd sedertdien geïntroduceerd in de rechtspraak en de rechtsleer.

### a. 1<sup>ste</sup> knelpunt

Bij de behandeling van de geschillendossiers kan worden vastgesteld dat het niet altijd voor iedereen duidelijk is wat de notie “voorafbestaande toestand” concreet inhoudt. Dit blijkt ondermeer uit de opdracht die aan een geneesheer-deskundige wordt gegeven. In een betwisting met betrekking tot een beslissing “einde arbeidsongeschiktheid” van een verzekerde wegens het bestaan van een voorafbestaande toestand, is het niet zozeer van belang te weten of het verdienvermogen van deze verzekerde verminderd is tot een derde of minder dan een derde (want hierover bestaat geen discussie), dan wel of betrokkene ooit heeft beschikt over een voldoende verdienvermogen, met andere woorden of hij ooit geschikt is geweest om te werken.

Het Hof van Cassatie heeft namelijk geoordeeld dat een verzekerde die al vóór de intrede of verergering van letsels of functionele stoornissen zijn verdienvermogen verloren had zonder het terug te vinden, het geen tweede keer kan verliezen (Cass., 03.03.1986, Pas., 1986, I, p. 824). In een dergelijk geval doet zelfs de verergering van de gezondheidstoestand geen recht op ziekte-uitkeringen ontstaan.

In een aantal gevallen wordt er gesproken over “de terugkeer naar een voorafbestaande toestand”.

**In welke mate dient “de terugkeer naar een voorafbestaande toestand” te worden onderscheiden van een “zuivere voorafbestaande toestand” en ook aanleiding te geven tot een iets andere beoordeling?**

Er is sprake van een “zuivere voorafbestaande toestand” in de situaties waarin duidelijk is dat de verzekerde nooit beschikt heeft over een verdienvermogen van meer dan 1/3, bijvoorbeeld omwille van een aangeboren aandoening of een aandoening die zich geleidelijk aan ontwikkeld heeft tijdens de jeugdijaren en die het hem onmogelijk maakt om een beroepsactiviteit uit te oefenen. Tot deze categorie behoren veelal de verzekerden die nooit of nauwelijks hebben gewerkt of zij die slechts prestaties hebben verricht in een beschermde werkomgeving.

Deze situatie moet worden onderscheiden van die van een verzekerde die omwille van gezondheidsredenen eveneens beschikt over een verminderd verdienvermogen maar dat hem desondanks nog toelaat om een beroepsactiviteit uit te oefenen. Deze verzekerde dient over het algemeen zijn activiteit stop te zetten hetzij ingevolge een verergering van zijn gezondheidstoestand, hetzij ingevolge het optreden van een nieuwe aandoening waardoor hij aanspraak kan maken op ziekte-uitkeringen. Van zodra de gezondheidstoestand opnieuw gestabiliseerd is, of de nieuwe aandoening opnieuw genezen is en betrokkene zich met andere woorden opnieuw bevindt in dezelfde situatie als vóór de onderbreking van zijn werkzaamheden, zal hij opnieuw arbeidsgeschikt worden erkend. Er is in dat geval sprake van “de terugkeer naar een voorafbestaande toestand”.

In geval van betwisting van deze arbeidsgeschiktheidsverklaring zal moeten worden onderzocht, al dan niet na aanstelling van een deskundige, of de gezondheidstoestand van de sociaal verzekerde op het ogenblik van de uitsluiting nog steeds verergerd is in vergelijking met zijn gezondheidstoestand vóór de stopzetting van de beroepsactiviteit, daar waar dit, bij een “zuivere voorafbestaande toestand” niet van belang is.

### b. 2<sup>de</sup> knelpunt

Een ander punt dat in deze context ook al aanleiding heeft gegeven tot discussie, heeft betrekking op **het ogenblik waarop de sociaal verzekerde het bestaan van een voldoende verdienvermogen moet kunnen aantonen.**

De verzekerde moet blijk kunnen geven van een voldoende verdienvermogen op het ogenblik dat hij gerechtigde wordt in de uitkeringsverzekering, dit is dus het moment waarop hij zijn intrede doet op de arbeidsmarkt hetzij als werknemer, hetzij als werkloze en hierdoor ook de vereiste sociale zekerheidsbijdragen betaalt. Het is niet gekoppeld aan een bepaalde leeftijd en kan bijvoorbeeld verschillen in functie van de duur van de studies die iemand gevolgd heeft.

### c. 3<sup>de</sup> knelpunt

Een ander heikel punt dat aanleiding kan geven tot controverse heeft betrekking op **de wijze waarop de sociaal verzekerde het bewijs van een voldoende verdienvermogen kan of moet leveren.**

Volstaat het loutere bewijs van een tewerkstelling in het verleden? En wat met een inschrijvingsbewijs als werkzoekende of de vaststelling dat de verzekerde gerechtigd is op werkloosheidsuitkeringen, moet hieruit niet worden afgeleid dat betrokkene beschikbaar is voor de arbeidsmarkt en dus ook arbeidsgeschikt? Of *a contrario* wijst het feit dat een verzekerde nooit gewerkt heeft, maar altijd werkloos is geweest juist op het ontbreken van een voldoende verdienvermogen?

Het antwoord op deze vragen is genuanceerder dan het lijkt.

#### WAT EEN TEWERKSTELLING BETREFT:

Wanneer uit de beroepsloopbaan van de verzekerde blijkt dat hij één of meerdere periodes van tewerkstelling heeft gekend, moet nog extra aandacht worden besteed aan de karakteristieken van deze tewerkstelling zoals de aard van de activiteit, de duur en de omvang ervan. Deze eigenschappen dienen gezamenlijk te worden beoordeeld.

##### ◦ Aard van de tewerkstelling

De waaier van beroepsactiviteiten is namelijk zeer ruim; het kan gaan om een gewone contractuele tewerkstelling op de algemene arbeidsmarkt, het kan tevens gaan om uitzendarbeid met dag- of weekcontracten, om studentenarbeid of een activiteit in het kader van een leerovereenkomst of om een stage, om occasionele arbeid bijvoorbeeld in de horeca of de fruitpluk, om een tewerkstelling in een beschermde werkomgeving (bv. het familiaal milieu of beschutte werkplaats), om vrijwilligerswerk of om een sociale tewerkstelling (bv. tewerkstelling in het kader van art. 60, § 7 van de OCMW-wet of in een kringloopwinkel).

##### ◦ Duur van de tewerkstelling

Ook de duur van de tewerkstelling kan een belangrijke indicator vormen om te bepalen of een sociaal verzekerde blijk geeft van een voldoende verdienvermogen, evenals de regelmaat van de tewerkstelling. Zo bestaat de mogelijkheid dat een verzekerde over een relatief lange periode episodes van tewerkstelling aantoonbaar met steeds weerkerende onderbrekingen bijvoorbeeld om gezondheidsredenen. Er is met andere woorden geen sprake van een constante tewerkstelling. Korte periodes van tewerkstelling kunnen bovendien ook wijzen op mislukte pogingen tot werkervaring en tonen dus bezwaarlijk het bestaan van een voldoende verdienvermogen aan. Ook bij een occasionele tewerkstelling kan men zich de vraag stellen of deze het bewijs vormt van een voorafgaandelijk en voldoende geacht verdienvermogen.

- **Omvang van de tewerkstelling**

Tenslotte is het ook belangrijk om de omvang van de activiteit in aanmerking te nemen. Het is duidelijk dat de uitoefening van een voltijdse activiteit een grotere impact heeft bij het aantonen van het bestaan van een voldoende verdienvermogen dan de uitoefening van een activiteit gedurende slechts een paar uren per week.

#### WAT DE INSCHRIJVING BIJ DE WERKLOOSHEID BETREFT:

Sommigen (dit is wel een minderheid) zijn van oordeel dat uit het feit dat een verzekerde aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen, moet worden afgeleid dat hij blijk geeft van een arbeidsgeschiktheid en dus ook van het bestaan van een voldoende verdienvermogen. Als argument wordt dan ingeroepen dat één van de voorwaarden om werkloosheidsuitkeringen te kunnen ontvangen, erin bestaat dat de verzekerde arbeidsgeschikt is.

In de realiteit blijkt evenwel dat dit niet altijd het geval is; er dient namelijk te worden opgemerkt dat in de sector werkloosheid geen systematische controle wordt voorzien op de arbeidsgeschiktheid van een sociaal verzekerde door een geneesheer van het werkloosheidsbureau op het ogenblik van de inschrijving als werkzoekende. Het is dus niet ondenkbaar dat personen met gezondheidsproblemen toch gerechtigd worden op werkloosheids-uitkeringen, zelfs al kan worden getwijfeld aan hun arbeidsgeschiktheid.

De meerderheidsopvatting, die ook gevolgd wordt door het RIZIV, erkent dat een inschrijving als werkzoekende en het feit dat een verzekerde aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen niet noodzakelijk het bestaan van een voldoende verdienvermogen bewijst, zeker niet indien uit de stukken van het dossier blijkt dat het een verzekerde betreft met een medische voorgeschiedenis.

Een derde meer genuanceerde opvatting die ook kan worden teruggevonden in de rechtspraak stelt dat het genot van werkloosheidsuitkeringen een vermoeden vormt van een voldoende verdienvermogen dat evenwel kan worden weerlegd.

Om het punt omtrent de voorafbestaande toestand af te sluiten, is het nuttig om nog even te wijzen op het openbare ordekarakter van de bepalingen van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 en de gevolgen ervan.

Er wordt wel eens geopperd dat een verzekerde die gedurende geruime tijd arbeidsongeschikt is erkend, bijvoorbeeld gedurende een 10-tal jaren, bezwaarlijk nog kan worden uitgesloten op basis van het bestaan van een voorafbestaande toestand.

Juridisch gezien bestaat hiervoor geen enkel wettelijk beletsel. Vermits artikel 100, § 1 van openbare orde is, kan de beoordeling van de aanwezigheid van een oorzakelijk verband tussen de stopzetting van de werkzaamheden en het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen op ieder ogenblik gebeuren en dus niet alleen bij de aanvang van de erkende ziekteperiode. De Geneeskundige raad voor invaliditeit die de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid beoordeelt tijdens het tijdvak van invaliditeit (d.i. vanaf het tweede jaar van de arbeidsongeschiktheid), is niet gebonden door een eerdere beslissing van de adviserend geneesheer. Het feit dat een verzekerde door laatstgenoemde geneesheer arbeidsongeschikt werd erkend, betekent niet dat deze arbeidsongeschiktheid onbeperkt moet blijven voortduren. Er kan geen sprake zijn van een blijvend recht op ziekte-uitkeringen of van verworven rechten. Zelfs het Hof van Cassatie heeft reeds duidelijk gesteld dat een arbeidsongeschiktheid nooit als definitief kan worden erkend maar ten allen tijde het voorwerp kan uitmaken van een nieuwe evaluatie door de bevoegde medische instanties (Cass., 03.05.1993, T.S.R., 1993, p. 175; R.W., 1993-94, p. 509 en J.T.T., 1994, p. 8).

Het valt anderzijds niet te ontkennen dat het voor de sociaal verzekerde moeilijk te begrijpen is dat een einde wordt gesteld aan een reeds langdurige periode van arbeidsongeschiktheid met als motivering dat hij nooit blijkt heeft gegeven van een voldoende verdienvermogen. Had dit niet reeds veel eerder kunnen worden vastgesteld? Sommige arbeidsgerechten (weliswaar een minderheid) gaan mee in deze redenering en zijn van oordeel dat het karakter van openbare orde een verzekerde niet belet om een fout in te roepen van de administratie wanneer door het zeer laat vaststellen van de voorafbestaande toestand de bewijslast van de sociaal verzekerde aanzienlijk wordt verzwaard, waardoor deze schade zou kunnen lijden. De verzekerde moet dan wel het oorzakelijk verband kunnen aantonen tussen de fout van de administratie en de schade in zijn hoofd (in toepassing van art. 1382 B. W.). In enkele zeldzame gevallen werd eveneens geoordeeld dat het in vraag stellen van het bestaan van een voldoende verdienvermogen in hoofd van een verzekerde die reeds verschillende jaren arbeidsongeschikt was erkend sociaal niet aanvaardbaar is, gelet op het algemeen beginsel van het gewettigd vertrouwen (principe général de la confiance légitime) in hoofd van de sociaal verzekerde.

De Dienst voor uitkeringen is zeer gevoelig voor deze problematiek en heeft, met het oog op een snelle vaststelling van het bestaan van een voorafbestaande toestand, in 2010 op vraag van de Hoge Commissie van de GRI in de schoot van de Technisch Medische Raad een werkgroep opgericht die uniforme richtlijnen heeft uitgewerkt ten behoeve van de medische instanties die bevoegd zijn voor de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid en meer in het bijzonder van de voorafbestaande toestand. Er werden aan de hand van de jurisprudentie en de mediprudentie een aantal indicatoren uitgewerkt die de medische instanties moeten alert maken op het mogelijks bestaan van een voorafbestaande toestand.

### 3. Vermindering van het verdienvermogen tot een derde of minder dan een derde (m.a.w. arbeidsongeschiktheid van tenminste 66 %)

Ook wat de derde voorwaarde betreft, met name de vaststelling van het verminderd verdienvermogen, worden in de rechtspraak en de rechtsleer uiteenlopende meningen vastgesteld.

#### a. 4<sup>de</sup> knelpunt

**De beoordeling van het verlies aan verdienvermogen is een economische beoordeling.** Men zou het verdienvermogen kunnen definiëren als de mogelijkheid of het vermogen van een sociaal verzekerde om door te werken in zijn levensonderhoud te voorzien.

Niet de gezondheidstoestand van de sociaal verzekerde dient te worden geëvalueerd (de uitkeringsverzekering erkent geen ziekten), maar wel de functionele weerslag ervan op diens verdienvermogen.

#### **Bovendien betreft het een beoordeling in concreto.**

De vermindering van het verdienvermogen dient op de eerste plaats te worden beoordeeld in vergelijking met het verdienvermogen van een referentiepersoon (ook maatman genoemd), dit is een persoon van dezelfde stand en dezelfde opleiding of anders gezegd een persoon met dezelfde sociale en professionele eigenschappen maar die wel in goede gezondheid verkeert.

De bedoeling van deze vergelijking is om te vermijden dat er een sociale declassering zou zijn in hoofd van de verzekerde.

Daarnaast dient er bij de beoordeling van het verdienvermogen ook rekening te worden gehouden met 2 categorieën van referentieberoepen:

- de laatst uitgeoefende arbeid en de bijhorende beroepencategorie
- de verschillende beroepen die de sociaal verzekerde heeft uitgeoefend of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van zijn beroepsopleiding.

Samengevat dient er dus te worden onderzocht of de sociaal verzekerde, gelet op zijn letsels en functionele stoornissen, nog geschikt is om één van voormelde activiteiten uit te oefenen die hem in staat stelt om meer dan 1/3 te verdienen van het loon van de maatman.

Deze beoordeling *in concreto* verklaart ondermeer waarom twee sociaal verzekerden met dezelfde medische aandoening niet noodzakelijkerwijze allebei (even lang) arbeidsongeschikt worden erkend. Ook al is hun fysieke integriteit in dezelfde mate aangetast, de weerslag hiervan op hun verdienvermogen, die uiteindelijk van belang is om te oordelen of ze al dan niet arbeidsongeschikt kunnen worden erkend, kan verschillen gelet op hun onderscheiden beroepsantecedenten.

Het is evident dat de functionele weerslag van rugklachten op het verdienvermogen van een metsers die steeds zware arbeid heeft verricht groter zal zijn dan de weerslag ervan op het verdienvermogen van een verzekerde die steeds administratief bureauwerk heeft verricht.

## b. 5<sup>de</sup> knelpunt

Een andere vraag die de laatste maanden meer en meer aanleiding geeft tot discussie heeft betrekking op **de in aanmerking te nemen referentieberoepen bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid, met name de vraag in welke mate het nog realistisch is om een beroepsopleiding die lang geleden werd verworven maar die nooit in de praktijk werd omgezet of een beroep dat lang geleden werd uitgeoefend, in aanmerking te nemen bij de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid.**

De meerderheid van de rechtspraak is thans nog steeds van oordeel dat er bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid in het kader van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 wel degelijk dient rekening te worden gehouden met een beroepsopleiding die lang geleden verworven is, zelfs al is een oprissing van de opleiding noodzakelijk om het eraan verbonden beroep opnieuw uit te oefenen. Deze rechtspraak is van oordeel dat de actualisering van vroeger verworven competenties een risico is dat niet ten laste is van de uitkeringsverzekering, maar wel van de werkloosheidsverzekering.

Het RIZIV heeft in het verleden dit standpunt ook steeds gehuldigd maar heeft moeten vaststellen dat een groot aantal van deze verzekerden, die om hogergenoemde reden opnieuw arbeidsgeschikt werden verklaard en dus verwezen werden naar de RVA en de regionale tewerkstellingsdiensten met het oog op een heropfrissing van competenties of een beroepsrehabilitatie, bij gebrek aan voldoende begeleiding dikwijls in de kou bleven staan. In een aantal gevallen keerden ze ook terug in arbeidsongeschiktheid. De socio-professionele re-integratie was dus in zekere zin mislukt.

Gelet op de recente evolutie in de zienswijze met betrekking tot het begrip “arbeidsongeschiktheid”, waarbij meer dan ooit het accent wordt gelegd op het belang van een snelle activering van arbeidsongeschikt erkende gerechtigden en gelet op de mechanismen die hiertoe voorzien werden in het kader van de uitkeringsverzekering, stelt de Dienst voor uitkeringen zich de vraag of een al te strikte toepassing van de notie “referentieberoepen” nog aangewezen voorkomt. De Dienst voor uitkeringen betwist geenszins dat om te bepalen of een gerechtigde arbeidsongeschikt kan worden erkend, nog steeds rekening moet worden gehouden met een genoten beroepsopleiding, zoals dit trouwens uitdrukkelijk wordt vereist in artikel 100, § 1.

Anderzijds is de Dienst voor uitkeringen van oordeel dat dit principe niet zou mogen leiden tot het arbeidsgeschikt verklaren van een gerechtigde wiens kennis voor de uitoefening van een bepaald beroep dermate achterhaald is (bv. ingevolge de technologische evolutie) dat hij dit beroep toch niet zal kunnen uitoefenen, waardoor dit ook niet meer als referentieberoep kan worden beschouwd. Kortom, de Dienst voor uitkeringen is thans voorstander van het standpunt (dat ook reeds kan worden teruggevonden in bepaalde rechtsleer) dat niet geactualiseerde beroepsopleidingen die sterk onderhevig zijn aan evoluties (op technologisch, maatschappelijk vlak), bijvoorbeeld boekhouding of informatica, geen onderdeel meer zouden mogen uitmaken van de referentieberoepen.

Naar analogie hiervan is de Dienst voor uitkeringen van oordeel dat er bij de beoordeling van het verdienvermogen evenmin rekening kan worden gehouden met een beroep dat een verzekerde lang geleden heeft uitgeoefend, zeker wanneer het beroepen betreft die zeer onderhevig zijn aan technologische en maatschappelijke evoluties, bijvoorbeeld informaticus, ingenieur, boekhouder en zelfs (directie)secretaresse,..... Indien de verzekerde arbeidsgeschikt wordt geacht op basis van de kennis verworven uit een dergelijk beroep dat hij lang geleden heeft uitgeoefend (kennis die bijgevolg verouderd en voorbijgestreefd is), kan de slaagkans van een terugkeer op de arbeidsmarkt naar dit beroep eveneens in vraag worden gesteld.

Er kan hier naar analogie eveneens worden verwezen naar de denkbeeldige (illusoire) beroepen en de beroepen die ingevolge de maatschappelijke evolutie door de jaren heen in onbruik zijn geraakt en van de arbeidsmarkt verdwenen zijn en waarover iedereen het eens is dat hiermee geen rekening mag worden gehouden bij de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid.

### c. 6<sup>de</sup> knelpunt

Een ander discussiepunt heeft betrekking op **de vraag of een verzekerde die opnieuw in staat wordt geacht om deeltijds te werken, arbeidsgeschikt kan worden verklaard in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994, dan wel of de betrokkene in staat moet zijn om een voltijdse activiteit te hervatten om arbeidsgeschikt te kunnen worden verklaard.**

De Dienst voor uitkeringen sluit zich eerder aan bij de rechtspraak die van oordeel is dat artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 nergens bepaalt dat de verzekerde, om arbeidsgeschikt te kunnen worden erkend, in staat moet zijn om voltijds te werken en dat bijgevolg het al dan niet in staat zijn om een voltijdse betrekking te verrichten geen criterium kan vormen bij de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid. Een verzekerde die nog in staat is om, door de uitoefening van een verminderde activiteit die geen volledige dagtaak omvat, meer dan 1/3 te verdienen van wat een referentiepersoon zou verdienen voor een voltijdse betrekking, dient volgens de Dienst voor uitkeringen arbeidsgeschikt te worden verklaard, behoudens in de situatie waarin hij een aangepaste activiteit zou hebben hervat met de toelating van de adviserend geneesheer van het ziekenfonds, in toepassing van artikel 100, § 2 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.

### III. Overzicht van rechtspraak in verband met de voorafbestaande toestand (art. 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14.07.1994)

Door Liesbeth Verbruggen, Adviseur bij de dienst uitkeringen

Hiernavolgend overzicht van rechtspraak vormt een actualisering van het rechtspraakoverzicht dat werd gepubliceerd in het Informatieblad van het RIZIV, jaargang 1998, nummer 4 (pagina's 557 tot en met 566).

Het heeft betrekking op één van de voorwaarden die moeten voldaan zijn om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend in het kader van de uitkeringsverzekering voor de loontrekkenden.

#### 1. De arbeidsongeschiktheid in het kader van de uitkeringsverzekering voor de loontrekkenden

##### a. Algemeen

De criteria voor de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van een loontrekkende zijn vervat in artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.

Krachtens dit artikel moeten er cumulatief drie voorwaarden vervuld zijn om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend.

Er moet sprake zijn van :

- 1) de stopzetting van elke werkzaamheid;
- 2) als rechtstreeks gevolg van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen;
- 3) die aanleiding geven tot een vermindering van het verdienvermogen tot een derde of minder dan een derde (m.a.w. arbeidsongeschiktheid van tenminste 66 %).

De erkenning van de arbeidsongeschiktheid vereist dus dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het intreden of verergeren van de letsels of functionele stoornissen enerzijds en de stopzetting van alle werkzaamheden anderzijds.

Deze causaliteitsvereiste werd in de definitie van "arbeidsongeschiktheid" ingevoerd bij artikel 8 van het Koninklijk besluit nr. 22 van 23 maart 1982 en is van toepassing sedert 1 april 1982.

De bedoeling ervan was om personen uit het stelsel van de uitkeringsverzekering uit te sluiten, wiens verdienvermogen reeds zeer ernstig was aangetast op het ogenblik van hun intrede op de arbeidsmarkt en die in feite nooit arbeidsgeschikt zijn geweest.

Sedert de wetswijziging keert de uitkeringsverzekering geen vergoedingen meer uit voor het stopzetten van een activiteit als gevolg van letsels of functionele stoornissen die reeds bestonden voordat de hoedanigheid van gerechtigde in deze verzekering werd verworven.

Deze bepaling vormt sedertdien de scheidingslijn tussen de regeling van de uitkeringsverzekering en deze van de gehandicapten.<sup>1</sup>

1. Arbh. Brussel, 30.06.2008, I.B.-RIZIV, 2008/4, p. 575; Arbh. Brussel, 08.01.2009, A.R. 48.807 inzake E.M. t./RIZIV en NVSM.



De notie van de “voorafbestaande toestand” werd vanaf dat ogenblik geïntroduceerd in de rechtspraak en de rechtsleer.

## b. Notie “voorafbestaande toestand”

Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds een “zuivere voorafbestaande toestand” en anderzijds “de terugkeer naar een voorafbestaande toestand”.

Er is sprake van een “zuivere voorafbestaande toestand” in de situatie waarin duidelijk is dat de verzekerde nooit beschikt heeft over een verdienvermogen van meer dan 1/3, bijvoorbeeld omwille van een aangeboren aandoening of een aandoening die zich geleidelijk aan ontwikkeld heeft tijdens de jeugdijaren en die het hem onmogelijk maakt om een beroepsactiviteit uit te oefenen. Tot deze categorie behoren veelal de verzekerden die nooit of nauwelijks hebben gewerkt of zij die slechts prestaties hebben verricht in een beschermde werkomgeving. In deze situatie is de verergering van de gezondheidstoestand irrelevant.

In dit kader kan worden verwezen naar het Hof van Cassatie dat in zijn arrest van 3 maart 1986 reeds heeft geoordeeld dat wie zijn verdienvermogen al vóór de intrede of verergering van letsels of functionele stoornissen verloren had zonder het terug te vinden, het geen tweede keer kan verliezen. In dat geval doet zelfs de verergering van de gezondheidstoestand waardoor een reeds zeer sterk verminderd verdienvermogen helemaal verval, geen recht op ziekte-uitkeringen ontstaan.<sup>2</sup>

Deze situatie moet worden onderscheiden van die van een verzekerde die omwille van gezondheidsredenen eveneens beschikt over een verminderd verdienvermogen maar dat hem desondanks nog toelaat om een beroepsactiviteit uit te oefenen. Deze verzekerde dient over het algemeen zijn activiteit stop te zetten hetzij ingevolge een verergering van zijn gezondheidstoestand, hetzij ingevolge het optreden van een nieuwe aandoening waardoor hij aanspraak kan maken op ziekte-uitkeringen. Van zodra de gezondheidstoestand opnieuw gestabiliseerd is, of de nieuwe aandoening opnieuw genezen is en betrokkene zich met andere woorden opnieuw bevindt in dezelfde situatie als vóór de onderbreking van zijn werkzaamheden, zal hij opnieuw arbeidsgeschikt worden erkend. Er is in dat geval sprake van “de terugkeer naar een voorafbestaande toestand”.<sup>3</sup>

In dit kader kan worden verwezen naar het Hof van Cassatie dat in zijn arrest van 1 oktober 1990 heeft geoordeeld dat geen erkenning van arbeidsongeschiktheid kan worden verkregen indien op het tijdstip van de onderbreking van de werkzaamheid de gezondheidstoestand van de betrokken werknemer niet verslechterd is vergeleken met die welke bij de aanvang van de tewerkstelling bestond, hetzij door het optreden van een nieuwe aandoening, hetzij door het verergeren van een bestaande aandoening. Het Hof voegde er in hetzelfde arrest nog aan toe dat om de vermindering van het verdienvermogen vast te stellen, rekening moet worden gehouden met alle letsels of functionele stoornissen op het tijdstip van de arbeidsonderbreking en niet enkel met de nieuwe letsels of functionele stoornissen of de verergering die de rechtstreekse oorzaak voor de arbeidsonderbreking vormt.<sup>4</sup>

Kortom, een verzekerde kan niet als arbeidsongeschikt worden erkend indien zijn/haar verdienvermogen bij de intrede op de arbeidsmarkt reeds tot één derde of minder dan een derde verminderd was  
of  
indien zijn/haar gezondheidstoestand niet is verergerd ten opzichte van zijn/haar toestand vóór de intrede op de arbeidsmarkt.

2. Cass., 03.03.1986, Pas., 1986, I, p. 824.

3. Zie terzake Arbh. Luik, 10.03.2011, I.B.-RIZIV, 2011/1, p. 92; Arbh. Bergen, 16.11.2011, A.R. 2009/AM/21624, inzake NVSM t./M.P. en Arbrb. Brussel, 30.06.2010, A.R. 05225/08, inzake V.D. t./RIZIV.

4. Cass, 01.10.1990, J.T.T., 1990, p. 465; Soc. Kron., 1991, p.13 en p. 111 ; zie ook : Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004/AM.19.373, inzake LOZ t./D.C.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); Arbh. Brussel, 26.04.2012, I.B. - RIZIV, 2012/2, p. 197; Arbh. Antwerpen, 27.04.2012, A.R. 2010/AH/335 inzake G.P. t./RIZIV en Arbrb. Brussel, 25.11.2011, AR 16340/10 inzake K.J. t./RIZIV.

Het Arbeidshof te Gent drukte het als volgt uit:

*“Werknemers die niet arbeidsgeschikt waren bij de intrede op de arbeidsmarkt, kunnen niet als arbeidsongeschikt in de zin van artikel 100 van de ziv-wet 1994 worden erkend.*

*Gelet op de term “verergeren” sluit artikel 100 ZIV-wet 1994 alleen de voorafbestaande toestand uit die het verdienvermogen al van bij de start van de loopbaan effectief vermindert tot het door artikel 100 vereiste minimum (.....) Er is geen reden om een erkenning te weigeren wanneer voorafbestaande letsels, die een reguliere tewerkstelling niet in de weg stonden, bij wijze van verergering een arbeidsongeschiktheid met zich brengen (....) Een erkenning wordt wel geweigerd indien de gezondheidstoestand van de appelant op het tijdstip van de onderbreking van de werkzaamheid niet verslechterd was vergeleken met die welke bij de aanvang van zijn tewerkstelling bestond of als de appellant reeds bij de aanvang van zijn tewerkstelling arbeidsongeschikt was in de zin van artikel 100.”<sup>5</sup>*

## 2. De beoordeling van de “voorafbestaande toestand” in de rechtspraak

### a. Algemeen

In navolging van het hogeraangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 03.03.1986, erkent de rechtspraak het bestaan van een voorafbestaande toestand wanneer de verzekerde reeds vóór zijn intrede op de arbeidsmarkt slechts beschikte over een verdienvermogen van één derde of minder, waardoor hij nooit in staat kan worden geacht om een beroepsactiviteit uit te oefenen<sup>6</sup>.

Dit kan het geval zijn:

- bij een aangeboren aandoening (bijv. zware vorm van epilepsie of bij zwakbegaafdheid) of
- ingevolge een aandoening die zich ontwikkeld heeft tijdens de jeugdjaren (bijv. bij verlamming, juveniele artritis, autismespectrumstoornis of schizofrenie).

Het gaat meestal om verzekerden:

- die nooit hebben gewerkt en die via het systeem van de werkloosheidsreglementering als schoolverlater toetreden tot de uitkeringsverzekering, of
- die slechts gedurende korte periodes of heel sporadisch een (beroeps)activiteit hebben uitgeoefend, of
- die uitsluitend gewerkt hebben in een beschermde omgeving of in het kader van een bijzonder sociaal statuut.

### b. Rechtspraakoverzicht

Hierna volgt een overzicht van een aantal gerechtelijke uitspraken, waarin is geoordeeld dat sommige verzekerden niet als arbeidsongeschikt kunnen worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994, vermits hun ongeschiktheid uitsluitend te wijten is aan een voorafbestaande toestand.

5. Arbh. Gent, 27.01.2014, A.R. 2004/AG/85, inzake V.W. t./RIZIV en LCM.

6. Cass., 03.03.1986, Pas. 1986, I, p. 824.

## 1. VERZEKERDEN DIE OMWILLE VAN HUN GEZONDHEIDSTOESTAND NOOIT OF NAUWELIJKS EEN BEROEPSACTIVITEIT HEBBEN UITGEOEFEND

Volgens de Arbeidsrechtbank te Charleroi toont een verzekerde die vanaf zeer jonge leeftijd gezichtsproblemen vertoonde evenals neurologische storingen, die zich na zijn studies in het bijzonder onderwijs heeft ingeschreven als werkzoekende en die nooit gewerkt heeft, niet aan het vereiste verdienvermogen van meer dan één derde te hebben gehad bij zijn intrede op de arbeidsmarkt en hij kan bijgevolg niet arbeidsongeschikt worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.<sup>7</sup>

De Arbeidsrechtbank te Luik was van oordeel dat het niet kunnen aantonen van gewerkte dagen op zich niet volstaat om het bestaan van een voldoende verdienvermogen in hoofde van een verzekerde uit te sluiten. Wanneer daarentegen deze situatie voortduurt gedurende 6 jaar en vergezeld gaat met een totale afwezigheid van diploma en vorming en met een voorafbestaande depressieve pathologische toestand, kan worden besloten tot het ontbreken van een concurrentieel vermogen van betrokkene op de normale arbeidsmarkt en dus eveneens tot de afwezigheid van een reëel verdienvermogen in de zin van de wet.<sup>8</sup>

Volgens diezelfde Arbeidsrechtbank toont een verzekerde, die zich reeds gedurende een lange periode op de arbeidsmarkt bevindt (*in casu* 13 respectievelijk 20 jaar), zonder ooit één dag te hebben gewerkt, hierdoor aan ongeschikt te zijn voor de arbeidsmarkt. Het is ondenkbaar, zelfs in een periode van economische laagconjunctuur, dat een persoon met een werkelijk verdienvermogen, over een periode van 13, respectievelijk 20 jaar nooit zou hebben kunnen werken, indien hij dit gewild zou hebben. De Arbeidsrechtbank concludeerde hieruit het bewijs van de afwezigheid van een werkelijk verdienvermogen in hoofde van de betrokkene, waardoor hij dus niet arbeidsongeschikt kon worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.<sup>9</sup>

Aan het Arbeidshof te Gent werd het geval voorgelegd van een verzekerde die op 18-jarige leeftijd zonder diploma het secundair onderwijs (ASO) verliet om vervolgens gedurende een half jaar te gaan werken als stagiaire in een ziekenhuis. Daarna genoot zij gedurende 5 jaar werkloosheidsuitkeringen (statuut gerechtigde met + 33 % arbeidsongeschiktheid). Nadien verrichtte zij gedurende een drietal maanden administratief werk (betrekking voorbehouden voor gehandicapten). Betrokkene leed reeds sedert de leeftijd van 6-7 jaar aan migraine als gevolg van een oogspierverlamming. Uit het medisch onderzoek bleek dat zij ingevolge haar aandoening in haar studies is mislukt, dat zij haar stagewerk niet behoorlijk heeft kunnen verrichten en tijdens haar tewerkstelling evenmin kon functioneren zoals het moest. Het Arbeidshof oordeelde bijgevolg dat betrokkene nooit een verdienvermogen heeft gehad van meer dan één derde bij intrede op de arbeidsmarkt en weerhield een voorafbestaande toestand.<sup>10</sup>

De Arbeidsrechtbank te Brussel diende zich uit te spreken over de situatie van een verzekerde die het slachtoffer was geworden van een ongeval op 17-jarige leeftijd en die zijn middelbare studies niet had beëindigd. Hij had bovendien last van schizofrenie, hallucinaties, gedragsproblemen en humeurwisselingen. Hij werkte tussen 2001 en 2006 slechts 88 uren met veel periodes van inactiviteit. Zijn ongeschiktheid bestond reeds vóór zijn intrede op de arbeidsmarkt, zodat hij geen aanspraak kan maken op uitkeringen in het kader van de uitkeringsverzekering, maar daarentegen wel op hulp in het kader van de bijstand aan personen met een handicap.<sup>11</sup>

Dezelfde Arbeidsrechtbank erkende het bestaan van een voorafbestaande toestand ten aanzien van een verzekerde die slechts lager onderwijs en 3 jaar beroepsonderwijs volgde (in de bouw). Verzekerde heeft nooit gewerkt. Een alcoholverslaving, een verslaving aan geneesmiddelen, toxicomanie en een belangrijk psychisch lijden lagen aan de basis.<sup>12</sup>

7. Arbrb. Charleroi, 25.11.2002, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 96.

8. Arbrb. Luik, 25.01.2012, A.R. 394449, inzake S.M. t./RIZIV en LCM.

9. Arbrb. Luik, 09.01.2013, A.R. 400153, inzake C.J. t./RIZIV en Arbrb. Luik, 23.01.2013, A.R. 406377, inzake B.F. t./RIZIV en NVSM.

10. Arbh. Gent, 27.04.2012, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 119.

11. Arbrb. Brussel, 27.02.2014, A.R. 12/13.765/A en 12/15.712/A, inzake A.B. t./RIZIV.

12. Arbrb. Brussel, 05.05.2011, A.R. 12037/09, inzake B. R. t./RIZIV.

Volgens de Arbeidsrechtbank te Gent diende te worden besloten tot het bestaan van een voorafbestaande toestand in het geval van een verzekerde die sedert lang klachten vertoonde van depressie, die ook reeds een aantal hospitalisaties en psychiatrische opnames achter de rug had maar die desondanks in 2009 een ononderbroken tewerkstelling kende gedurende 6 maanden.

De Arbeidsrechtbank besloot dat gelet op de attesten van behandelend geneesheren waarin gewag wordt gemaakt van de ernst van de depressieve stemming en de afhankelijke persoonlijkheidsstoornis betrokkene nooit over enig verdienvermogen heeft beschikt.<sup>13</sup>

De Arbeidsrechtbank te Hasselt was van oordeel dat wanneer wordt vastgesteld dat de problemen waarmee betrokkene kampt (*in casu* persoonlijkheidsstoornis, borderline) reeds vóór het intreden op de arbeidsmarkt zeer uitgesproken waren en hebben geleid tot het niet afmaken van haar studies en tot een langdurige opname in de psychiatrische kliniek, er sprake is van een voorafbestaande toestand.<sup>14</sup>

Andere gerechtelijke uitspraken waarin is geoordeeld dat de ongeschiktheid niet het gevolg is van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen die een vermindering van het verdienvermogen teweegbrengen, vermits de aandoening reeds bestond sedert de jeugdijaren, zijn:

- Arbeidsrechtbank Brussel, 16 juni 2005, A.R. 29.790/02, 31.519/02 & 86.542/04, inzake C.F. t./RIZIV en NVSM: “De verzekerde heeft zijn studies beroepsonderwijs in de bakkerij moeten stopzetten omwille van zijn gezondheidstoestand. Hij is naar de werkloosheid gegaan en heeft nooit een werkelijke beroepsactiviteit uitgeoefend. Hij geniet daarenboven van een tegemoetkoming voor gehandicapten, wat het bestaan van een voorafbestaande toestand in zijn hoofd nog bevestigt evenals het feit dat hij thuishoort in een ander stelsel dan dat van de uitkeringsverzekering” (vertaling).
- Arbeidsrechtbank Nijvel, 18 september 2007, A.R. 2076/N/2003, inzake G.M. t./RIZIV: “De psychische problemen van betrokkene dateren reeds van tijdens haar studiejaren en hebben haar intrede op de arbeidsmarkt verhinderd. Betrokkene heeft haar studies in het secundair onderwijs (eerst technisch, dan beroeps) onderbroken op 18-jarige leeftijd. Ze is meermaals gehospitaliseerd geweest. Ze is een vorming begonnen in de HORECA die ze niet voltooid heeft en ze heeft slechts één dag gewerkt als onthaalbediende. Daarna is ze werkloos geweest. Zij levert niet het bewijs van een voldoende verdienvermogen op de arbeidsmarkt” (vertaling).
- Arbeidsrechtbank Brussel, 16 juli 2008, A.R. 6219/07, inzake C.N. t./RIZIV: “De verzekerde heeft nooit gewerkt. Na haar opleiding in het buitengewoon onderwijs kwam zij in de werkloosheid terecht. Ze heeft enkele pogingen ondernomen om werk te zoeken, maar die hebben geen vruchten afgeworpen. Haar aandoeningen zijn ingetreden in haar puberteit. Zij is bovendien ongeschikt erkend door de FOD Sociale Zekerheid” (vertaling).

Voldoet evenmin aan de criteria van hogervermeld artikel 100, § 1:

- een mentaal gehandicapte vrouw die reeds in de kinderjaren gewrichtspijnen had die in de loop van de jaren steeds erger zijn geworden. Buiten een tewerkstelling van 2 werkdagen in een beschutte werkplaats heeft betrokkene nooit gewerkt en ze was daar, volgens haar eigen zeggen, nooit toe in staat.<sup>15</sup>
- een licht mentaal gehandicapte vrouw met een bijkomende zware psychiatrische aandoening die bovendien reeds vanaf 17 jaar belangrijke gedragsproblemen vertoonde en die talloze malen langdurig psychiatrisch werd gehospitaliseerd. Buiten een tewerkstelling van een 10-tal dagen in een beschutte werkplaats heeft betrokkene nooit gewerkt.<sup>16</sup>

13. Arbrb. Gent, 21.11.2013, A.R. 13/42/A, inzake S.N. t./RIZIV.

14. Arbrb. Hasselt, 08.11.2012, A.R. 2110153, inzake J.S. t./RIZIV.

15. Arbrb. Turnhout, 18.02.2011, A.R. 07/29172 en 07/29279, inzake H.H. t./RIZIV en LCM.

16. Arbrb. Turnhout, 11.03.2011, A.R. 07/28866, inzake W.S. t./RIZIV.

- de gerechtigde die nooit gewerkt heeft en wiens pathologieën het gevolg zijn van een cranio-pharyngiome, geopereerd op de leeftijd van 15 jaar en dus voorafbestaand aan iedere (zelfs potentiële) intrede op de arbeidsmarkt.<sup>17</sup>
- de gerechtigde die sedert 12-jarige leeftijd zware epilepsie-aanvallen vertoonde, die op 17-jarige leeftijd haar studies heeft moeten stopzetten als gevolg van een chirurgische ingreep en die bovendien nooit gewerkt heeft.<sup>18</sup>
- de gerechtigde die reeds gehospitaliseerd is geweest tijdens zijn niet voltooide studies van schrijnwerker en die dankzij zijn inschrijving bij de werkloosheid, gerechtigde is geworden in de uitkeringsverzekering.<sup>19</sup>
- de gerechtigde die na haar lager onderwijs 5 jaar BUSO heeft genoten. Na deze schoolloopbaan heeft zij nooit gewerkt; zij heeft nooit een verdienvermogen gehad van meer dan een derde en kan niet aanzien worden als invalide in de zin van art. 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994; zij hoort eerder thuis in het kader van de wetgeving met betrekking tot de mindervaliden.<sup>20</sup>
- een zwakbegaafd verzekerde die lijdt aan een ernstige psychiatrische stoornis welke reeds aanwezig was vóór haar intrede op de arbeidsmarkt, die bovendien slechts op enkele interim's en een kortstondige tewerkstelling in een beschutte werkplaats na, quasi ononderbroken werkloosheidsuitkeringen genoten heeft, toont niet het bestaan aan van een voldoende arbeidsgeschiktheid.<sup>21</sup>
- de gerechtigde die nooit heeft gewerkt maar steeds werkloos is geweest en die niet het bewijs kan leveren van het bestaan van een voldoende voorafbestaand verdienvermogen; deze persoon zou wel erkend kunnen worden in het kader van de wetgeving betreffende de tegemoetkomingen aan personen met een handicap.<sup>22</sup>

Het Arbeidshof te Gent diende zich uit te spreken over de situatie van een gerechtigde, die op zeer jonge leeftijd een hersenbloeding had met verlamming tot gevolg waardoor zij niet tot de uitoefening van een professionele activiteit in staat was. Haar invaliditeitsgraad werd vanaf het begin reeds geraamd op 75 à 80 %. Het Arbeidshof oordeelde dat zelfs indien haar gezondheidstoestand nog zou verergeren, zij geen aanspraak kon maken op ziekte-uitkeringen vermits zij nooit een verdienvermogen had gehad van meer dan één derde op het ogenblik dat ze op de arbeidsmarkt kwam.<sup>23</sup>

In een andere zaak diende het Arbeidshof te Gent zich uit te spreken over een verzekerde die ingevolge een psychiatrische stoornis die zich gradueel ontwikkelde en aanleiding gaf tot beginnende klachten en beperkingen bij het begin van de adolescentie, slechts haar einddiploma middelbaar onderwijs behaalde op 22-jarige leeftijd. Het feit dat ze slechts halftijds werkte als spelbegeleidster in het kader van een stage van zes maanden, gedurende dewelke ze nog geregeld ziek was en het feit dat ze bovendien niet aantoont lange termijnen voltijds te hebben gewerkt, wijst op het bestaan van een voorafbestaande toestand.<sup>24</sup>

Het Arbeidshof te Antwerpen diende zich uit te spreken over een verzekerde die op de leeftijd van vijf jaar polio kreeg, waaraan ze een verlamming van het rechterbeen overhield. Bovendien maakte ze een osteomyelitis aan de rechterwijsvinger mee waardoor deze verstijfde en niet meer meegroeide. Niettemin behaalde ze het diploma snit en naad. Het Arbeidshof stelde vast dat betrokkene in haar leven nooit één dag tewerkgesteld is geweest. Zij heeft via het systeem van de werkloosheidsreglementering als schoolverlater toegang gekregen tot het stelsel van de ziekteverzekering, zonder ooit enige beroepswerkzaamheid aan de dag te hebben gelegd. Het Arbeidshof oordeelde dat erkenning van de arbeidsongeschiktheid *in casu* niet mogelijk was, gelet op de voorafbestaande handicap.<sup>25</sup>

17. Arbrb. Brussel, 06.09.2012, A.R. 11/14841/A, inzake F.B. t./RIZIV.

18. Arbrb. Brussel, 28.06.2007, A.R. 15.074/06, inzake B.H. t./RIZIV.

19. Arbrb. Charleroi, 08.12.2011, A.R. 06/66787/A, inzake K.M. t./RIZIV.

20. Arbh. Antwerpen, 26.01.2012, A.R. 2011/AH/58, inzake C.M. t./RIZIV.

21. Arbrb. Dendermonde, 12.02.2013, A.R. 12/839/A, inzake D.S. t./RIZIV en LCM.

22. Arbrb. Luik, 26.02.2014, A.R. 403618, inzake H.M. t./RIZIV en LOZ.

23. Arbh. Gent, 17.05.1999, R.R. RIZIV, 4.1, nr. 21.

24. Arbh. Gent, 15.09.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 580.

25. Arbh. Antwerpen, 13.01.2004, Soc. Kron., 2004, p. 336.

Hetzelfde Arbeidshof erkende eveneens het bestaan van een voorafbestaande toestand ten aanzien van een verzekerde die leed aan een psychosociaal dysfunctioneren op basis van een mentale handicap en die na haar lager onderwijs en 5 jaar bijzonder secundair onderwijs nooit gewerkt heeft. Haar aandoening bestond reeds vóór haar intrede op de arbeidsmarkt waardoor betrokkene nooit een verdienvermogen heeft gehad van meer dan een derde; zij hoort eerder thuis in het kader van de wetgeving met betrekking tot de mindervaliden.<sup>26</sup>

In dezelfde zin oordeelde het Arbeidshof te Bergen dat werd geconfronteerd met de situatie van een sociaal verzekerde die reeds psychologische problemen vertoonde rond de leeftijd van 12-13 jaar. Desondanks heeft ze haar middelbare studies beëindigd doch haar hogere studies secretariaat evenals haar opleiding tot onderwijzeres heeft ze moeten stopzetten wegens gezondheidsproblemen (opname in de psychiatrie, zelfmoordpogingen). Betrokkene heeft nooit gewerkt maar heeft haar intrede gedaan op de arbeidsmarkt via een inschrijving bij de werkloosheid. Op dat ogenblik beschikte ze reeds over een sterk verminderd verdienvermogen zodat zij bijgevolg niet arbeidsongeschikt kon worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.<sup>27</sup>

## 2. VERZEKERDEN DIE SLECHTS HEBBEN GEWERKT IN EEN BESCHERMDE OMGEVING

Verder zijn er de gerechtelijke uitspraken waaruit blijkt dat een gerechtigde die zijn/haar tijdelijke tewerkstelling te danken heeft aan beschermende maatregelen, niet als arbeidsongeschikt kan worden erkend in de zin van hogervermeld artikel 100 vermits hij/zij reeds bij de aanvang van zijn/haar tewerkstelling een sterk verminderde arbeidsgeschiktheid vertoont.

Zo oordeelde het Arbeidshof te Antwerpen dat er sprake is van een voorafbestaande toestand ten aanzien van een sociaal verzekerde die zijn enige en zeer kortstondige tewerkstelling te danken heeft aan beschermende maatregelen en die nooit heeft deelgenomen aan een regelmatig arbeidsproces.<sup>28</sup>

Een verzekerde die mislukt is in het bijzonder onderwijs, die uitsluitend gewerkt heeft in een beschutte werkplaats en daar het arbeidsregime niet kon volgen waardoor hij deze activiteit heeft moeten stopzetten en die verder tot aan zijn arbeidsongeschiktheid werkloosheidsuitkeringen heeft genoten, toont, volgens de Arbeidsrechtbank te Neufchâteau, niet aan ooit een verdienvermogen van meer dan 1/3 te hebben gehad en kan bijgevolg niet arbeidsongeschikt worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994.<sup>29</sup>

De Arbeidsrechtbank te Charleroi was van oordeel dat een verzekerde, ondanks het feit dat zij gedurende meer dan één jaar gewerkt heeft (inpakken van bierflesjes) in een beschutte tewerkstelling (Village nr. 1 is een groepering van vzw's en vennootschappen met sociaal oogmerk, die gehandicapte volwassenen begeleiden bij hun dagelijkse leven en jobs creëren voor wie een handicap heeft of buiten het traditionele arbeidscircuit valt) niet aantoonde te beschikken over een voldoende verdienvermogen. Uit het medisch getuigschrift bleek namelijk dat zij een beperkt intellectueel niveau vertoonde (gematigde tot lichte debiliteit op een fragiele persoonlijkheidsstructuur met episodes van angst en paniek) als gevolg waarvan de pogingen tot professionele reïntegratie in een beschut milieu mislukt zijn.<sup>30</sup>

26. Arbh. Antwerpen, 26.01.2012, A.R. 2011/AH/58, inzake M.C. t./RIZIV.

27. Arbh. Bergen, 26.10.2006, R.R. RIZIV, 4.1, nr. 24.

28. Arbh. Antwerpen, 13.09.2005, I.B. - RIZIV, 2005/4, p. 454.

29. Arbrb. Neufchâteau, 14.01.2013, A.R. 09/270/A inzake R.J. t./RIZIV.

30. Arbrb. Charleroi, 07.05.2012, A.R. 11/1033/A, inzake S.N. t./RIZIV.

Ten aanzien van een verzekerde die lijdt aan reumatoïde artritis en depressie en die vanaf 1 juli 2010 tot 8 maart 2011 gewerkt heeft in de winkel van haar schoonbroer (zij stond in voor het aanvullen van de rekken en het schoonmaken van de winkel) maar ondanks deze tewerkstelling in een beschermde omgeving meerdere malen afwezig was ingevolge ziekte (slechts 132 gewerkte dagen), kan volgens de Arbeidsrechtbank te Gent niet anders dan worden aangenomen dat zij geen arbeidsgeschiktheid van minstens 1/3 bezat op het ogenblik van haar intrede op de arbeidsmarkt.<sup>31</sup>

In dit kader lijkt het interessant om nogmaals de twee arresten in herinnering te brengen waarin het Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken over de wijze waarop de eventuele vermindering van het verdienvermogen dient te worden geraamd van personen van wie de enige beroepsactiviteit in een "beschermde milieu" werd uitgeoefend. Dergelijke verzekerden kunnen niet als arbeidsongeschikt worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 indien blijkt, bijvoorbeeld na deskundig onderzoek, dat zij ondanks hun gezondheidstoestand opnieuw in staat zijn om zoals vroeger in een beschutte omgeving te werken. Met andere woorden, de activiteit in een beschermd milieu dient als beroepsarbeid te worden beschouwd voor hen die niet in gewone omstandigheden kunnen werken.<sup>32</sup>

### 3. VERZEKERDEN WIER GEBREKKIGE GEZONDHEIDSTOESTAND REEDS BESTOND OP HET OGENBLIK VAN HUN STATUUTSWIJZIGING

Een andere reeks van gevallen waarin een gerechtigde niet geacht wordt te beantwoorden aan de voorwaarden van artikel 100, zijn deze waarin de letsels en functionele stoornissen die hij/zij vertoont bij de onderbreking van de beroepswerkzaamheden, dezelfde zijn als die waarmee hij/zij, na eerst te hebben gewerkt als zelfstandige, is beginnen werken als loontrekkende. Er dient namelijk te worden voorkomen dat een gerechtigde met voorafbestaande letsels of functionele stoornissen het recht zou kunnen openen op arbeidsgeschiktheidsuitkeringen via een "schijntewerkstelling" die formeel voldoet aan de voorwaarden inzake wachttijd.<sup>33</sup>

De Arbeidsrechtbank te Dendermonde bevestigde een beslissing van de GRI die een verzekerde niet langer arbeidsgeschikt had erkend wegens het bestaan van een voorafbestaande toestand. De betrokkene had van 1975 tot 2000 gewerkt als zelfstandig slager. In mei 2000 diende hij zijn zelfstandige beroepsactiviteit stop te zetten ingevolge zijn gezondheidstoestand. In augustus 2000 begon hij te werken als werknemer *a rato* van 28u/week bij zijn vroegere leverancier, net lang genoeg om vervolgens aanspraak te kunnen maken op ziekte-uitkeringen als loontrekkende. De deskundige, aangesteld door de rechtbank, oordeelde dat betrokkene reeds van vóór de aanvang van zijn activiteit als loontrekkende een sterk verminderde arbeidsgeschiktheid vertoonde (voorafbestaande toestand).<sup>34</sup>

De Arbeidsrechtbank te Charleroi werd geconfronteerd met de situatie van een verzekerde die van 1981 tot 2005 een activiteit uitoefende als zelfstandig chauffagist-beheerder in een familiaal bedrijf. In 2005 trok hij zich terug uit het bedrijf en werd het beheer ervan overgelaten aan zijn zoon. Op 1 januari 2006 hervatte hij opnieuw een activiteit als chauffagist, ditmaal als loontrekkende bij zijn zoon. Vier maanden later werd hij arbeidsgeschikt erkend omwille van rugklachten, schouderpijn en psychologische problemen. Vanaf 2 november 2007 werd een einde gesteld aan zijn arbeidsgeschiktheid door de GRI die van oordeel was dat er sprake was van een voorafbestaande toestand, zonder verergering van zijn gezondheidstoestand sedert zijn statuutswijziging. De Arbeidsrechtbank te Charleroi bevestigde deze beslissing na het advies te hebben ingewonnen van een geneesheer-deskundige die tot de conclusie was gekomen dat de verzekerde op de datum van de betwiste uitsluiting dezelfde letsels en functionele stoornissen vertoonde als deze die reeds aanwezig waren vóór zijn statuutswijziging van zelfstandige naar loontrekkende en dat zijn gezondheidstoestand niet gewijzigd was sedertdien.<sup>35</sup>

31. Arbrb. Gent, 28.03.2013, A.R. 12/1080/A, inzake N.S. t./RIZIV en LCM.

32. Cass., 20.01.1997, I.B. - RIZIV, 1997/2, p. 191 met noot van Ch. Paturieaux en Cass., 02.04.1990, B.T.S.Z., 1990, p. 435 met commentaar van Mevr. de Ghellinck-de Meester; in dezelfde zin: Arbh. Bergen, 10.04.2008, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr.115 en Arbh. Gent, 05.02.2010, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 113.

33. Arbh. Gent, 27.01.2014, A.R. 2004/AG/85, inzake V.W. t./RIZIV en LCM.

34. Arbrb. Dendermonde, 11.02.2004, A.R. 48.160, inzake V.W. t./RIZIV en LCM.

35. Arbrb. Charleroi, 21.11.2013, A.R. 07/187167/A, inzake D.A. t./RIZIV.

Het Arbeidshof te Antwerpen diende zich uit te spreken in het geval van een verzekerde die eerst als helper-zelfstandige in de bandencentrale van zijn echtgenote werkte. In oktober 1996 onderging hij een zware heelkundige ingreep aan zijn hals, waarna hij volledig arbeidsongeschikt was tot en met april 1997. Van april 1997 tot december 1997 werkte hij vervolgens als werknemer in dezelfde bandencentrale en daarna genoot hij nog werkloosheidsuitkeringen tot oktober 1998 (d.i. 10 maanden). Hij deed vervolgens aangifte van arbeidsongeschiktheid op 13 oktober 1998 en werd erkend tot 30 december 1999, datum waarop de GRI hem arbeidsongeschikt verklaarde wegens een voorafbestaande toestand. De geneesheer-deskundige die in het kader van de gerechtelijke procedure werd aangesteld, kwam tot de conclusie dat verzekerde reeds sedert zijn heelkundige ingreep in 1996 (dus toen hij nog zelfstandige was) als meer dan 66 % invalide diende te worden beschouwd, wat dus wijst op het bestaan van een voorafbestaande toestand die al aanwezig was bij de aanvang van zijn tewerkstelling als werknemer. Het Arbeidshof bevestigde bijgevolg de GRI-beslissing.<sup>36</sup>

Het Arbeidshof te Gent vernietigde daarentegen een beslissing van de GRI die een verzekerde arbeidsongeschikt had verklaard, met als motivering dat de stopzetting van zijn werkzaamheden niet het rechtstreeks gevolg was van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen. De betrokkene was na de stopzetting van zijn activiteit als zelfstandig beenhouwer beginnen werken als beenhouwer in een slachthuis. Na 60 werkdagen deed hij aangifte van arbeidsongeschiktheid in het kader van de uitkeringsverzekering voor loontrekkenden. Zowel uit de bevindingen van de deskundige als uit de getuigenverklaringen kon worden afgeleid dat betrokkene zijn zelfstandige activiteit als slager stopzette omdat hij het niet meer aankon, temeer daar zijn enige werknemer gestopt was met zijn tewerkstelling. Het Arbeidshof was van oordeel dat een tewerkstelling als zelfstandig slager, zonder adequate hulp, niet te vergelijken is met een deeltijdse tewerkstelling als werknemer. Het Hof voegde eraan toe dat het feit dat hij zijn werk in een zwaar belastende zelfstandige activiteit om gezondheidsredenen niet meer zonder hulp aankon echter niet impliceerde dat hij als werknemer-slager in die mate getroffen was door een of ander letsel of stoornis dat hij bij zijn intrede op de arbeidsmarkt arbeidsongeschikt was in de zin van artikel 100 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994. Het gegeven dat verzekerde arbeidsongeschikt werd na exact twee maanden tewerkstelling is, volgens het Arbeidshof, geen bewijs van het feit dat hij al bij de aanvang van zijn tewerkstelling als loontrekkende vermoeidheidsklachten had en arbeidsongeschikt was, temeer daar hij volgens de zaakvoerder van zijn werkgever heel goed werkte. Het Hof concludeerde hieruit dat er niet bewezen was dat de verzekerde met voorbedachtheid een korte tewerkstelling als werknemer uitoefende om te kunnen genieten van ziekte-uitkeringen in het stelsel van de werknemers.<sup>37</sup>

### c. Er is sprake van een voorafbestaande toestand indien er nooit een verdienvermogen heeft bestaan van meer dan een derde

Zoals hierboven reeds werd aangehaald heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 3 maart 1986<sup>38</sup> geoordeeld dat wie zijn verdienvermogen al vóór de intrede of verergering van letsels of functionele stoornissen verloren had zonder het terug te vinden, het geen tweede keer kan verliezen.

36. Arbh. Antwerpen, 06.11.2003, inzake J.J. t./RIZIV, A.R. 2010349.

37. Arbh. Gent, 27.01.2014, A.R. 2004/AG/85, inzake V.W. t./RIZIV en LCM.

38. Cass., 03.03.1986, Pas., 1986, I, p. 824; zie ook Arbh. Bergen, 16.11.2011, J.T.T., 2012, p. 205.



In navolging hiervan zijn er een heleboel uitspraken die stellen dat om op grond van voornoemd artikel 100 in aanmerking te komen voor ziekte-uitkeringen, men op het ogenblik dat men op de arbeidsmarkt toetreedt, een verdienvermogen moet hebben gehad van meer dan een derde.<sup>39</sup> Het Arbeidshof te Luik omschrijft dit als volgt:

*“Cette disposition (art. 100, § 1, Loi 14.07.1994) suppose qu’ au moment où un assuré entre sur le marché du travail, il a une capacité égale ou supérieure à un tiers, capacité qu’il peut perdre ensuite en conséquence directe du début ou de l’aggravation de lésions ou de troubles fonctionnels.*

*L’entrée sur le marché du travail est le moment où la personne qui quitte l’école acquiert ou essaie d’acquérir des moyens d’existence grâce à un travail régulier, ou le moment où cette personne se déclare prête à acquérir des moyens d’existence en se montrant disposée à effectuer un tel travail.”<sup>40</sup>*

Het Arbeidshof te Antwerpen drukt dit uit in dezelfde zin.

**Wanneer een verzekerde op de arbeidsmarkt toetreedt**, moet hij een verdienvermogen hebben gehad van meer dan een derde om later als arbeidsongeschikt in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 te kunnen worden beschouwd.

De “toetreding tot de arbeidsmarkt” is het ogenblik waarop de schoolverlater zich via reguliere arbeid bestaansmiddelen verwerft of probeert te verwerven, of waarop hij zich daartoe bereid verklaart via een terbeschikkingstelling voor dergelijke arbeid.<sup>41</sup>

Het verslechteren van de gezondheidstoestand waardoor een volgens de criteria van artikel 100 al dan niet bestaand verdienvermogen helemaal vervalt, doet geen recht op ziekte-uitkeringen ontstaan.<sup>42</sup>

Om arbeidsongeschikt te kunnen worden erkend overeenkomstig voormeld artikel 100, § 1 moet de verzekerde dus een zekere graad van arbeidsgeschiktheid hebben gehad vóór de stopzetting van zijn werkzaamheden ingevolge de intrede of verergering van de letsels of functionele stoornissen. Indien dit niet het geval is, dan hoort hij eerder thuis in het stelsel van de tegemoetkomingen aan gehandicapten, dan wel in dat van de uitkeringsverzekering.<sup>43</sup>

Het is uiteraard mogelijk dat een verzekerde ondanks zijn handicap of aangeboren aandoening er toch nog in slaagt om een activiteit uit te oefenen en de vraag die zich dan stelt is of hij hierdoor het bestaan van een voldoende verdienvermogen aantoot.

Op basis van de geanalyseerde rechtspraak hangt dit zowel af **van de aard van de activiteit, als van de omvang en de duur ervan**.<sup>44</sup>

Wanneer een verzekerde gedurende een significante periode een activiteit heeft uitgeoefend op de arbeidsmarkt die aanleiding heeft gegeven tot de betaling van sociale zekerheidsbijdragen, dan moet worden aanvaard dat de betrokkene wel degelijk een voldoende verdienvermogen heeft gehad.<sup>45</sup>

Volgens het Arbeidshof te Bergen kon ten aanzien van een verzekerde die aantoonde dat zij minimum 416 dagen effectief heeft gewerkt, ook al zijn deze arbeidsdagen verspreid over een periode van zes jaren (van 1986 tot 1991), worden geoordeeld dat zij ooit een voldoende verdienvermogen heeft gehad.<sup>46</sup> Hetzelfde Arbeidshof oordeelde daarentegen dat de uitoefening van een activiteit ten belope van 8u15 per week meer aanleunt bij een “bezigheidstherapie” dan bij een volwaardige beroepsactiviteit en dus niet het bestaan van een voldoende verdienvermogen aantoot.<sup>47</sup>

39. Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004/AM/19.373, inzake LOZ t./D.C.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

40. Arbh. Luik, 11.06.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 3; zie in dezelfde zin Arbh. Bergen, 3.3.2010, A.R. 2009/AM/21420, inzake I.R. t./RIZIV, Arbh. Bergen, 16.11.2011, A.R. 2009/AM/21624 inzake NVSM t./M.P. en Arbh. Bergen, 26.4.2012, I.B. - RIZIV, 2012/2, p. 194.

41. Arbh. Antwerpen, 26.04.2005, I.B. - RIZIV, 2005/4, p. 457; zie ook Arbh. Antwerpen, 26.11.2013, AR 2080266, inzake M.K. t./RIZIV.

42. Arbh. Antwerpen, 15.02.2007, I.B. - RIZIV, 2007/2, p. 225 en Arbh. Gent, 27.04.2012, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 119.

43. Arbh. Antwerpen, 22.02.2005, I.B. - RIZIV, 2005/3, 334; Arbh. Gent, 15.10.2007, A.R. 80/07, inzake H.D. t./RIZIV; Arbh. Bergen, 10.03.2011, A.R. 2010/209, inzake RIZIV t./C.F.; Arbh. Antwerpen, 26.01.2012, A.R. 2011/AH/58, inzake M.C. t./RIZIV en Arbh. Luik, 26.11.2013, A.R. 2011/AL/370 en 2011/AL/374, inzake LCM en RIZIV t./A.B.

44. Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004. AM.19.373, inzake LOZ t./D.C.; Arbh. Brussel, 31.03.2010, A.R. 2008/AB/51.596 en 2008/AB/51.621; Arbh. Brussel, 30.03.2011, A.R. 2009/AB/52.417; arresten teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); Arbh. Brussel, 08.09.2010, I.B. RIZIV, 2010/2-3, p. 278 en Arbrb. Brussel, 10.03.2014, A.R. 13/9219/A, inzake A.L. t./RIZIV.

45. Arbrb. Brussel, 22.11.2006, A.R. 6769/06, inzake Z.H. t./RIZIV.

46. Arbh. Bergen, 21.12.2006, A.R. 19651, inzake LOZ t./M-N.

47. Arbh. Bergen, 26.10.2006, A.R. 19.747, inzake J.A. t./RIZIV.

De Arbeidsrechtbank te Brussel volgde de analyse van de deskundige dat er voor een verzekerde die over het verloop van 5 jaren, samengeteld 981,9 uren gewerkt heeft, geen sprake kan zijn van een normaal professioneel traject. Dit professioneel traject komt slechts overeen met 11 % van een 'normaal' traject. De cijfers tonen aan dat betrokkene eigenlijk nooit beschikbaar is geweest voor de algemene arbeidsmarkt en nooit een voldoende verdienvermogen heeft gehad.<sup>48</sup> Dezelfde Arbeidsrechtbank oordeelde ten aanzien van een sociaal verzekerde die ingevolge haar psychiatrische stoornis slechts een beperkte tewerkstelling had gekend in de verkoopsector gedurende 3 jaren (216 uren in 2003, 122 uren in 2004 en 116 uren in 2006), dat zij niet het bewijs leverde van een voldoende verdienvermogen op de arbeidsmarkt. Betrokkene kende geen arbeidsperiode van langer dan één maand en haar tewerkstelling was soms beperkt tot één enkele dag. Volgens de deskundige had betrokkene moeilijkheden om zich aan te passen aan haar arbeidsomgeving. Betrokkene hoort eerder thuis in het kader van de wetgeving gehandicapten, waarin ze trouwens ongeschikt erkend werd (en die een verdere beperkte tewerkstelling trouwens niet verbiedt).<sup>49</sup>

Het Arbeidshof te Antwerpen oordeelde ten aanzien van een verzekerde waarvan werd aangenomen dat hij reeds meer dan 66 % blijvend ongeschikt was bij zijn intrede op de arbeidsmarkt, dat het feitelijk gegeven dat betrokkene meermaals bij verschillende werkgevers tewerkgesteld was, hieraan geen afbreuk doet, temeer daar uit het deskundig verslag bleek dat hij nog nooit een 'normale' contractuele tewerkstelling heeft gekend doch steeds aan het werk was in het kader van een bijzonder sociaal statuut (VAPH of een andere organisatie, d.i. tewerkstelling met sociale correcties).<sup>50</sup> In een andere zaak besloot hetzelfde Arbeidshof tot een voorafbestaande toestand in hoofde van een verzekerde, die leed aan psoriasis en die last had van angstaanvallen, stemmingsschommelingen, gestoorde waarnemingen, gebrekkige concentratie en een post-traumatisch stress-syndroom ten gevolge van een seksueel misbruik tijdens haar kinderjaren. De uitoefening van een beroepsarbeid als werkvrouw in het kader van een sociale tewerkstelling gedurende 7 maanden, toonde volgens het Arbeidshof niet aan dat betrokkene een voldoende verdienvermogen had bij de intrede op de arbeidsmarkt.<sup>51</sup>

Het Arbeidshof te Brussel heeft in een arrest van 31 maart 2010 geoordeeld dat een werknemer die gedurende 18 maanden is tewerkgesteld geweest in het kader van een OCMW-tewerkstelling een voldoende initieel verdienvermogen aantoot.<sup>52</sup>

De aard van de tewerkstelling (het feit dat het een vorm van sociale tewerkstelling betreft) is op zich dus niet voldoende om te besluiten tot de afwezigheid van een voldoende verdienvermogen, in zoverre deze tewerkstelling gedurende een bepaalde periode op constante wijze werd uitgeoefend.<sup>53</sup>

Volgens het Arbeidshof te Bergen kan er ten aanzien van een betrokkene die door het OCMW is tewerkgesteld in het kader van artikel 60, § 7 van de OCMW-wet (overeenkomst van zes maanden), maar die deze tewerkstelling meermaals heeft moeten onderbreken omwille van gezondheidsproblemen sterk getwijfeld worden aan het bestaan van een initieel verdienvermogen van tenminste 1/3. In dit geval is er geen sprake van een constante tewerkstelling.<sup>54</sup>

48. Arbrb. Brussel, 05.10.2007, A.R. 06/373.469/A, inzake N.K. t./RIZIV.

49. Arbrb. Brussel, 09.02.2012, A.R. 09/1451/A, inzake V.J. t./RIZIV, zie naar analogie Arbrb. Brussel, 13.07.2012, A.R. 10/9478/A, inzake M.S. (tewerkstelling van 65, 20 uren of anderhalve week in 2005, 182, 20 uren of 4 weken in 2007 en 179,50 uren of 4 weken in 2008), zie eveneens Arbrb. Charleroi, 18.03.2013, A.R. 11/5269/A, inzake J.L. t./RIZIV en NVSM (tewerkstelling van 22 dagen in 2006, 28 dagen in 2007 en 36,50 uren in 2008) en Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2009/AM/21420, inzake I.R. t./RIZIV (korte tewerkstellingsperiodes als uitzendkracht – slechts 103,75 uren gewerkt tussen 2002 en 2005).

50. Arbh. Antwerpen, 22.02.2005, I.B. - RIZIV, 2005/3, 334; zie in dezelfde zin Arbh. Antwerpen, 15.02.2007, I.B. - RIZIV, 2007/2, p. 225; Het Arbeidshof te Antwerpen oordeelde in een andere zaak dat vermits de psychische problematiek van appellant en de daaraan verbonden arbeidsongeschiktheid reeds bestonden voor zijn intrede op de arbeidsmarkt, betrokkene nooit een verdienvermogen gehad heeft van tenminste 1/3 en bijgevolg door de GRI terecht niet meer als arbeidsongeschikt werd erkend (Arbh. Antwerpen, 23.10.2007, A.R. 2050719, inzake R.C. t./ NVSM en RIZIV).

51. Arbh. Antwerpen, 23.10.2012, A.R. 2012/AA/110, inzake M.C. t./RIZIV en NVSM.

52. Arbh. Brussel, 31.03.2010, A.R. 2008/AB/51.596 en 2008/AB/51.621; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); zie in dezelfde zin Arbh. Brussel, 08.09.2010, I.B. - RIZIV, 2010/2-3, p. 278.

53. Zie ook Arbrb. Brussel, 28.06.2013, A.R. 11/8879/A, inzake K.E.M. t./RIZIV.

54. Arbh. Bergen, 20.03.2008, A.R. 21.042; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

Volgens de Arbeidsrechtbank te Brussel laat niets toe om te veronderstellen dat personen die tewerkgesteld zijn op basis van artikel 60, § 7 van de OCMW-wet geen verdienvermogen vertonen van meer dan één derde op de algemene arbeidsmarkt.

De Arbeidsrechtbank diende uitspraak te doen omtrent een sociaal verzekerde die, volgens het loopbaanuittreksel, van 1997 tot 1999 prestaties had geleverd (als onderhoudswerkvrouw) die - omgezet naar een voltijdse tewerkstelling - neerkwamen op 124 gewerkte dagen in 1997, op 153,5 gewerkte dagen in 1998 en op 2 gewerkte dagen in 1999. Deze prestaties volstonden voor de Arbeidsrechtbank als bewijs van het feit dat betrokkene in het verleden beschikte over een verdienvermogen van meer dan 1/3. De Arbeidsrechtbank voegde er nog aan toe dat het feit dat deze prestaties werden verricht in het kader van artikel 60, § 7 van de wet van 8 juli 1976 niet verhindert dat ze in aanmerking kunnen worden genomen om een verdienvermogen aan te tonen.<sup>55</sup>

De Arbeidsrechtbank te Luik stelde vast dat de betrokkene, behalve enkele prestaties in een beschutte werkplaats, enkel nog deeltijds gewerkt heeft gedurende korte periodes met tot besluit een ontslag wegens onaangepastheid voor het werk. De betrokkene, die reeds een zeer sterk verminderd verdienvermogen had tijdens haar schooltijd, toonde bijgevolg niet aan gedurende minstens één dag over een werkelijke en voldoende arbeidsgeschiktheid te hebben beschikt.<sup>56</sup> Dezelfde Arbeidsrechtbank oordeelde dat een verzekerde die behoudens een periode van 2 maanden, nooit heeft gewerkt en van wie de arbeidsongeschiktheid voortvloeide uit een voorafbestaande psychiatrische problematiek, evenmin het bestaan van een voldoende verdienvermogen heeft aangetoond.<sup>57</sup>

Zij was eveneens de mening toegedaan dat een verzekerde die zich reeds geruime tijd bevindt op de arbeidsmarkt (*in casu* gedurende bijna 20 jaar) en die, rekening houdend met haar letsels, op heel haar carrière slechts drie maanden heeft gewerkt *a rato* van 3 dagen per week deeltijds, hierdoor haar ongeschiktheid aantoonde voor de arbeidsmarkt. De Arbeidsrechtbank voegde er nog aan toe dat het ondenkbaar is, zelfs in tijden van laagconjunctuur, dat een persoon die over een reëel verdienvermogen beschikt, nooit of nauwelijks een beroepsactiviteit zou kunnen uitoefenen hebben, behalve indien hij hiervoor bewust zou hebben gekozen, wat *in casu* niet het geval was.<sup>58</sup>

**Loutere pogingen tot werkhervatting, een occasionele tewerkstelling of korte periodes van werkhervatting vormen geen bewijs van een voorafgaandelijk en voldoende verdienvermogen.**

Het Arbeidshof te Bergen heeft het in een arrest van 3 maart 2010 als volgt uitgedrukt :

*"Il faut déterminer avec précision l'époque à prendre en considération, c'est-à-dire l'entrée effective ou présumée sur le marché du travail et examiner si après cette date l'intéressé a apporté la démonstration soit de l'exécution de prestations de travail conséquentes soit de la survenance d'une aggravation invalidante après cette entrée sur le marché du travail. Corrélativement, il doit établir qu'il a présenté une capacité suffisante entre le moment de cette entrée sur le marché du travail et celui où l'affection en cause est devenue invalidante".*<sup>59</sup>

Volgens het Arbeidshof te Antwerpen vormen de uitoefening van studentenarbeid en kortstondige tewerkstellingsperiodes via interim-arbeid geen bewijs van een voorafbestaand en voldoende geacht verdienvermogen op de reguliere arbeidsmarkt.<sup>60</sup>

55. Arbrb. Brussel, 28.06.2013, A.R. 11/8879/A, inzake E.M.K. t./RIZIV.

56. Arbrb. Luik, 18.02.2008, A.R. 366133, inzake E.C. t./RIZIV.

57. Arbrb. Luik, 29.02.2012, A.R. 396335, inzake D.Y. t./RIZIV.

58. Arbrb. Luik, 24.03.2014, A.R. 413995, inzake M.S. t./RIZIV en NVSM; zie in dezelfde zin Arbrb. Brussel, 10.03.2014, A.R. 13/9219/A, inzake A.L. t./RIZIV: "verzekerde die geen beroepsactiviteit heeft uitgeoefend tijdens een loopbaan van meer dan 20 jaar (1990-2011), levert niet het bewijs van een initieel verdienvermogen".

59. Arb. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004/AM/19.373; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); zie in dezelfde zin : Arb. Bergen, 16.11.2011, A.R. 2009/AM/21624 inzake NVSM t./M.P.

60. Arb. Antwerpen, 26.04.2005, I.B.-RIZIV, 2005/4, p. 457; zie ook Arbrb. Nijvel, 17.06.2011, A.R. 06/200463/A, inzake D.R. t./RIZIV.

Ook het Arbeidshof te Luik heeft dit bevestigd in een arrest van 11 juni 2008.<sup>61</sup>

Hetzelfde Arbeidshof oordeelde ten aanzien van een verzekerde die haar studies 'personenzorg' op 20-jarige leeftijd heeft moeten stopzetten wegens diverse hospitalisaties als gevolg van ernstige gezondheidsproblemen, dat zij niet het bewijs leverde ooit pogingen te hebben ondernomen om zich te integreren op de arbeidsmarkt. Het uitoefenen van activiteiten als vrijwilligster (*in casu* de verzorging van haar grootmoeder en opvang van kinderen uit de buurt) kunnen weliswaar wijzen op een arbeidsgeschiktheid, in zoverre door betrokkene het bewijs wordt geleverd van een voldoende verdienvermogen. Dit impliceert dat de aangehaalde activiteiten een productief karakter moeten hebben en moeten kunnen geïntegreerd worden op de arbeidsmarkt. Het Hof oordeelde dat *in casu* de door betrokkene aangehaalde activiteiten geen arbeidsgeschiktheid van tenminste 33 % aantoonde, vermits het bezigheden betrof die beperkt waren in de duur, die op vrijwillige basis werden uitgeoefend en niet in het kader van een professionele omgeving. Deze activiteiten sluiten nauwer aan bij een occasionele tewerkstelling dan bij activiteiten die wijzen op een verdienvermogen.<sup>62</sup>

Ten aanzien van een verzekerde die geprobeerd heeft om vrijwilligerswerk uit te oefenen in een rusthuis, maar deze tewerkstelling reeds na één uur heeft moeten stopzetten omdat ze het werk niet aankon en die voor het overige nooit gewerkt heeft, besloot het Arbeidshof te Gent tot het bestaan van een voorafbestaande toestand. Verzekerde vertoonde reeds medische problemen vanaf haar negende jaar en heeft haar humaniora niet volledig uitgedaan.<sup>63</sup>

Volgens de Arbeidsrechtbank te Brugge heeft de vaststelling dat verzekerde arbeidsprestaties heeft geleverd, niet tot gevolg dat er geen sprake zou kunnen zijn van een voorafbestaande toestand. Het presteren van arbeid toont niet noodzakelijkerwijze een daadwerkelijke arbeidsgeschiktheid aan. Korte periodes van arbeid als uitzendkracht zijn geen bewijs van een voorafgaand en toereikend verdienvermogen op de reguliere arbeidsmarkt. Betrokkene kampte *in casu* reeds sedert 13-jarige leeftijd met angststoornissen als gevolg van twee seksuele traumata, waarna zij anorexia nervosa ontwikkelde. Op haar globaal loopbaanuitreksel blijkt dat zij in 1993 22 dagen, in 1997 2 dagen en 175 uren en in 1998 31 uur heeft gewerkt. Voor het overige was er steeds sprake van inactiviteitsdagen. Verder zijn er werkzaamheden als zelfstandige helpster, maar deze hebben in een beschermde werksfeer (het bedrijf van haar moeder) plaatsgehad en zijn dus niet bepalend. Uit dit alles leidde de Arbeidsrechtbank af dat betrokkene haar verdienvermogen reeds verloren had bij de intrede op de arbeidsmarkt.<sup>64</sup>

De Arbeidsrechtbank te Bergen oordeelde dat de tewerkstelling als student, gedurende bijna 2 maanden, en het volgen van een leercontract, evenals het feit gedurende verschillende jaren werkloos te zijn geweest (zonder gedurende deze werkloosheidsperiode het bewijs te leveren van een geschiktheid om te werken), niet volstaan om het bestaan aan te tonen van een initieel verdienvermogen in hoofde van de sociaal verzekerde.<sup>65</sup>

Volgens de Arbeidsrechtbank te Charleroi was er evenmin sprake van een initieel verdienvermogen in hoofde van een verzekerde met chronische gezondheidsproblemen sedert de kinderjaren, ook al heeft hij zeer kort gewerkt als uitzendkracht (het betrof weinig overtuigende pogingen van integratie op de arbeidsmarkt).<sup>66</sup>

61. Arbh. Luik, 11.06.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 578.

62. Arbh. Luik, 26.11.2013, A.R. 2011/AL/370 en 2011/AL/374, inzake LCM en RIZIV t./A.B.

63. Arbh. Gent, 15.10.2007, A.R. 80/07, inzake H.D. t./RIZIV.

64. Arbrb. Brugge, 20.10.2010, A.R. 09/1261/A, inzake B.P. t./RIZIV.

65. Arbrb. Bergen, 27.06.2012, A.R. 08/2561/A, inzake A.F. t./RIZIV.

66. Arbrb. Charleroi, 11.06.2012, A.R. 11/1215/A, inzake C.J. t./RIZIV.

De Arbeidsrechtbank te Luik oordeelde in het geval van een verzekerde die reeds sedert 11-jarige leeftijd in behandeling is voor aanvallen van epilepsie gepaard gaande met bewustzijnsverlies, doch die desondanks gedurende één maand studentenarbeid heeft gedaan als rekken-vulster in een grootwarenhuis en daarna in het kader van haar secretariaatsstudies een praktijkstage heeft gedaan gedurende twee volledige weken en daarna iedere woensdag gedurende een periode van zes maanden, dat voornoemde activiteiten niet wijzen op het bestaan van een voldoende verdienvermogen op de arbeidsmarkt. Betrokkene heeft zich na het behalen van haar diploma A2 ingeschreven als werkzoekende en ze heeft sedertdien niet meer gewerkt.<sup>67</sup>

Ook de Arbeidsrechtbank te Brussel was van oordeel dat een verzekerde die slechts enkele uren gewerkt heeft vóór het beëindigen van zijn studies (studentenarbeid) en die vervolgens steeds ten laste geweest is van de werkloosheid, niet het bewijs levert van een voldoende verdienvermogen.<sup>68</sup> Hetzelfde werd geoordeeld inzake een tewerkstelling als student gedurende 15 dagen, gespreid over een periode van 3 opeenvolgende jaren.<sup>69</sup>

Volgens het Arbeidshof te Brussel kan uit het enkele bestaan van een leerovereenkomst (in het kader van een middenstandsopleiding) niet een voldoende arbeidsgeschiktheid worden afgeleid. Het betrof *in casu* een leertijd die enerzijds een praktische opleiding in de onderneming omvatte en anderzijds nog werd aangevuld met een theoretische opleiding die werd afgesloten met een examen.<sup>70</sup>

In een andere zaak oordeelde het Arbeidshof te Brussel dat een sociaal verzekerde die een tewerkstelling in het kader van een PWA als huistaakbegeleidster nog geen 5 maanden heeft volgehouden, die een opleiding via de RVA slechts drie dagen heeft gehandhaafd en die ook andere opleidingen niet heeft afgewerkt, nooit arbeidsgeschikt is geweest voor de reguliere arbeidsmarkt.<sup>71</sup> Anderzijds oordeelde hetzelfde Arbeidshof dat een verzekerde die na de stopzetting van zijn studies, met succes gedurende meer dan 5 maanden bij de VDAB een (voltijdse) beroepsopleiding heeft gevolgd en beëindigd als groenarbeider en die enkele dagen na de beëindiging van deze opleiding gedurende bijna zeven maanden gewerkt heeft als groenarbeider bij de gemeente Wemmel, hierdoor een voldoende geschiktheid voor de arbeidsmarkt heeft aangetoond. Het feit dat de verzekerde door de gemeente is aangenomen in een statuut van gesubsidieerde contractuelen, wijst niet of zeker niet noodzakelijk op een beschermde werkomgeving.<sup>72</sup>

Het Arbeidshof te Bergen besloot dat vermits de tewerkstellingsperiodes van verzekerde dermate kort waren (nl. 1 maand en 1 week over een periode van 11 jaar), dit geen bewijs was van het bestaan van een voldoende verdienvermogen.<sup>73</sup>

Ook het Arbeidshof te Gent oordeelde dat een zeer kortstondige tewerkstelling (*in casu* 10 dagen), wat eerder wijst op een mislukte poging tot werken), geen bewijs is van een voorafbestaand en voldoende geacht verdienvermogen op de reguliere arbeidsmarkt.<sup>74</sup>

Volgens de Arbeidsrechtbank te Gent kan uit het feit dat de verzekerde op 18-jarige leeftijd gedurende één maand heeft gewerkt als textielarbeider niet worden afgeleid dat hij wel degelijk arbeidsongeschikt was: enerzijds door de korte periode van tewerkstelling, anderzijds omwille van zijn aandoening. Het betrof een persoon die arbeidsongeschikt erkend was op 20-jarige leeftijd omwille van toxicomanie met drugs en alcohol en wiens klachten reeds begonnen waren op 14-15 jarige leeftijd.<sup>75</sup>

67. Arbrb. Luik, 05.04.2004, A.R. 317.703, inzake B.G. t./RIZIV en LOZ.

68. Arbrb. Brussel, 08.02.2013, A.R. 12/596/A, inzake A.E. t./RIZIV.

69. Arbrb. Brussel, 06.03.2007, A.R. 13.638/05.

70. Arbh. Brussel, 30.06.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 575.

71. Arbh. Brussel, 01.06.2006, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 106.

72. Arbh. Brussel, 17.01.2013, A.R. 2011/AB/994, inzake LCM t./V.P.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

73. Arbh. Bergen, 10.04.2008, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 109.

74. Arbh. Gent, 25.11.2005, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 103.

75. Arbrb. Gent, 26.05.2011, A.R. 09/2946, inzake D.L. t./RIZIV en LCM.

De Arbeidsrechtbank te Antwerpen diende zich uit te spreken over de situatie van een verzekerde die tijdens zijn studies naast alcoholabusus ook afhankelijk werd van drugs, waardoor hij een georganiseerd leven leidde. Omwille van een ernstige psychiatrische problematiek kende hij bovendien meerdere psychiatrische behandelingen en opnames die interfereerden met korte periodes van tewerkstelling. Het loutere feit dat betrokkene *in casu* had deelgenomen aan het arbeidsproces, was geen voldoende bewijs van zijn arbeidsgeschiktheid. De Arbeidsrechtbank aanvaardde aldus het bestaan van een voorafbestaande toestand.<sup>76</sup>

De meerderheid van de rechtspraak erkent tevens **dat een inschrijving bij de werkloosheid niet noodzakelijk het bestaan van een arbeidsgeschiktheid bewijst.**<sup>77</sup> In de sector werkloosheid wordt namelijk geen systematische controle voorzien op de arbeidsgeschiktheid van een sociaal verzekerde door een geneesheer van het werkloosheidsbureau op het ogenblik van de inschrijving als werkzoekende. Het is dus niet ondenkbaar dat personen met gezondheidsproblemen toch gerechtigd worden op werkloosheidsuitkeringen, zelfs al kan worden getwijfeld aan hun arbeidsgeschiktheid.

Zo oordeelden het Arbeidshof te Antwerpen en Bergen dat het feit dat de betrokkene aanspraak heeft kunnen maken op werkloosheidsuitkeringen niet volstaat om daaruit haar arbeidsgeschiktheid af te leiden.<sup>78</sup>

Dit besliste ook de Arbeidsrechtbank te Brussel in het geval van een verzekerde, geboren in 1970, die in het kader van het bijzonder onderwijs een getuigschrift behaalde van beroepsstudies in 'bureelwerken'. Betrokkene werd ingevolge haar studie toegelaten tot het systeem van de werkloosheidsverzekering. Ze heeft nooit gewerkt vermits zij hiertoe, gelet op haar aandoening (zwakzinnigheid en karakterstoornissen) niet in staat was. Zij beschikte bij de intrede op de arbeidsmarkt niet over een verdienvermogen van meer dan een derde en ze kon dus geen aanspraak maken op ziekte-uitkeringen, vermits haar arbeidsongeschiktheid uitsluitend te wijten was aan een voorafbestaande toestand.<sup>79</sup>

Ook de Arbeidsrechtbank te Doornik was dezelfde mening toegedaan, in zoverre op basis van de conclusies van de deskundige duidelijk gebleken was dat de betrokkene wegens een voorafbestaande psychiatrische pathologie niet beschikte over een voldoende verdienvermogen op het ogenblik waarop hij aanspraak is beginnen maken op werkloosheidsuitkeringen.<sup>80</sup>

Het Arbeidshof te Luik drukte het uit als volgt: *"Le fait d'émarger durant 95 jours au bénéfice des allocations de chômage n'établit toutefois nullement une capacité de travail, l'admission au bénéfice des allocations de chômage n'étant pas précédée d'un examen relatif à l'aptitude au travail"*.<sup>81</sup>

76. Arbrb. Antwerpen, 08.11.2011, A.R. 06/395.597 inzake R.G. t./RIZIV en LCM.

77. Arbh. Brussel, 08.01.2009, A.R. 48.807, inzake E.M. t./RIZIV en NVSM; Arbh. Bergen, 26.04.2012, I.B. - RIZIV, 2012/2, p. 194; Arbrb. Gent 01.04.2004, I.B. - RIZIV, 2004/2-3, 246; Arbrb. Nijvel, 18.09.2007, A.R. 2076/N/2003 inzake G.M. t./RIZIV en Arbrb. Nijvel, 17.06.2011, A.R. 06/200463/A, inzake D.R. t./RIZIV.

78. Arbh. Antwerpen, 15.02.2007, I.B. - RIZIV, 2007/2, p. 225; Arbh. Bergen, 10.04.2008, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 115; Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004.AM.19.373, inzake LOZ t./D.C.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); Arbh. Bergen, 16.11.2011, A.R. 2009/AM/21624 inzake NVSM t./M.P.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be); zie in dezelfde zin: Arbrb. Huy, 20.12.2006, A.R. 59.458-59.945, inzake M.R. t./RIZIV en NVSM.

79. Arbrb. Brussel, 27.01.2005, I.B. - RIZIV, 2005/2, p. 192; dezelfde Arbeidsrechtbank concludeerde in een gelijkaardig geval, waarin de verzekerde gedurende één maand gewerkt had bij een bakker-pâtissier in het kader van een leerovereenkomst, dat een scholing van korte duur niet voldoende is om de arbeidsgeschiktheid vast te stellen. Vermits verzekerde niet kon aantonen dat hij ooit arbeidsgeschikt is geweest, kon hij geen aanspraak maken op ziekte-uitkeringen, zie Arbrb. Brussel, 17.12.2004, I.B. - RIZIV, 2005/1, 33.

80. Arbrb. Doornik, 25.10.2011, A.R. 00/280513/A inzake D.B. t./RIZIV.

81. Arbh. Luik, 26.11.2013, A.R. 2011/AL/370 en 2011/AL/374, inzake LCM en RIZIV t./A.B.

Sommige Arbeidshoven nuanceerden dit standpunt door te stellen dat het genot van werkloosheidsuitkeringen een vermoeden vormt van een voldoende verdienvermogen dat evenwel kan worden weerlegd.<sup>82</sup> In een concreet geval waarin het Arbeidshof te Brussel zich diende uit te spreken betrof het een verzekerde die reeds sedert zeer jonge leeftijd aan epilepsie leed. Het Hof was van oordeel dat het feit dat betrokkene nooit gewerkt heeft ondanks verschillende pogingen om werk te vinden, niet volstaat om aan te tonen dat zij nooit een verdienvermogen van tenminste 1/3 heeft gehad. Het Hof voegde er nog aan toe dat onderhevig zijn aan epilepsie-aanvallen niet noodzakelijk betekent dat men geen verdienvermogen heeft.<sup>83</sup>

In een andere zaak van een verzekerde die reeds ernstige mentale en psychiatrische problemen vertoonde vóór haar intrede op de arbeidsmarkt oordeelde hetzelfde Arbeidshof dat niet kon worden gesteld dat betrokkene nooit een verdienvermogen heeft gehad van tenminste 1/3 vermits zij vóór de aanvang van haar arbeidsongeschiktheid in 2002 gedurende 6 jaar werkloosheidsuitkeringen heeft genoten, wat er volgens het Hof op wees dat betrokkene op dat ogenblik als arbeidsgeschikt diende te worden beschouwd. Betrokkene had bovendien vóór haar tenlasteneming door de werkloosheid, ook nog een aantal maanden gewerkt en ze had geen medische behandeling gevolgd tot aan de erkenning van haar arbeidsongeschiktheid ingevolge een hospitalisatie.<sup>84</sup>

Ook het Arbeidshof te Luik oordeelde ten aanzien van een verzekerde die gezondheidsproblemen vertoonde van psychologische en psychiatrische aard dat ondermeer uit het feit dat zij werkloosheidsuitkeringen heeft genoten kan worden afgeleid dat zij toch beschikte over een voldoende verdienvermogen vóór de aanvang van haar arbeidsongeschiktheid. Andere elementen die hierop wezen, waren aldus het Hof:

- betrokkene heeft haar middelbare studies beëindigd;
- ze heeft haar hogere studies moeten stopzetten maar niets wijst erop dat dit was om medische redenen;
- ze heeft haar beroepsactiviteit als verkoopster moeten stopzetten om redenen van reorganisatie en dus niet om medische redenen.<sup>85</sup>

Een andere vraag die zich stelt is of er bij de beoordeling van het bestaan van een voldoende verdienvermogen ook rekening mag worden gehouden **met een tewerkstelling in het buitenland**.

Het Arbeidshof te Brussel antwoordde bevestigend in het geval van een sociaal verzekerde die door de adviserend geneesheer niet meer arbeidsongeschikt was erkend omwille van het feit dat zij in België slechts gedurende 6 maanden had gewerkt in het kader van dienstencheques, tewerkstelling die bovendien meermaals was onderbroken om medische redenen, waardoor er twijfel bestond omtrent het initieel verdienvermogen van betrokkene. Het Arbeidshof merkte op dat uit de door betrokkene bijgebrachte stukken bleek dat zij voorheen (tussen juli 2001 en november 2007) ook nog regelmatige tewerkstellingsperiodes had gehad in Spanje, die wezen op het bestaan van een oorspronkelijk bestaande voldoende arbeidsgeschiktheid. Het Arbeidshof voegde eraan toe dat de werkervaring in Spanje een belangrijk feit is dat in aanmerking moet worden genomen alsof het een feit betrof dat op Belgisch grondgebied heeft plaatsgevonden. Het Arbeidshof verwees in dit kader naar het beginsel van "gelijkstelling van feiten", dat wordt geheiligd door het Europees Hof van Justitie en dat opgenomen is in artikel 5, b) van de Europese Verordening nr. 883/2004.<sup>86</sup>

82. Arbh. Luik, 04.11.1998, Soc. Kron., 2002, p. 572.

83. Arbh. Brussel, 21.12.2006, A.R. 43.978, inzake RIZIV t./F.N.; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

84. Arbh. Brussel, 17.09.2009, A.R. 48.134, inzake N.S. t./RIZIV.

85. Arbh. Luik, 15.03.2006, A.R. 31.379/03, inzake D.F. t./RIZIV.

86. Arbh. Brussel, 06.02.2013, A.R. 2011/AB/814, inzake M.J. t./LCM; arrest teruggevonden op [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

d. De bepalingen in verband met de voorafbestaande toestand (art. 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14.07.1994) zijn van openbare orde: gevolgen

Het feit dat een verzekerde ooit arbeidsongeschikt werd erkend, is niet van die aard dat daardoor een blijvend recht op ziekte-uitkeringen ontstaat, in zoverre blijkt dat hij/zij eigenlijk nooit heeft voldaan aan de criteria om als arbeidsongeschikt te worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994, gelet op zijn/haar voorafbestaande handicap. Een verzekerde kan geen verworven rechten putten uit een tijdelijke (onterechte) erkenning van zijn arbeidsongeschiktheid.<sup>87</sup>

Dit heeft te maken met het feit dat de bepalingen van artikel 100 de openbare orde raken, zodat de rechter die zich dient uit te spreken over de arbeidsongeschiktheid van een verzekerde op ieder ogenblik dient na te gaan of deze nog aan alle voorwaarden gesteld in artikel 100 voldoet.

Dit betekent ondermeer dat indien de adviserend geneesheer van de verzekeringsinstelling een foutieve beslissing neemt met betrekking tot de arbeidsongeschiktheid van een verzekerde, een dergelijke beslissing het RIZIV niet kan binden wat de toekomst betreft.<sup>88</sup>

Dit belet evenwel niet dat de bevoegde medische instanties erover moeten waken dat de problematiek van de voorafbestaande toestand zo vroeg mogelijk wordt uitgeklaard, teneinde te vermijden dat een verzekerde eerst jarenlang erkend wordt om dan te worden uitgesloten met als motivering dat hij eigenlijk nooit een werkelijk verdienvermogen van tenminste 1/3 heeft gehad en bijgevolg nooit ten laste van de uitkeringsverzekering had kunnen komen.

In zijn arrest van 21 december 2006 oordeelde het Arbeidshof te Brussel dat het karakter van openbare orde van artikel 100, § 1 van de wet de rechtsonderhorige niet belet om de fout van de administratie in te roepen die erin bestaat de gevolgen van een beslissing van toelaatbaarheid in vraag te stellen na een termijn die op aanzienlijke wijze de bewijslast voor de toekenningvoorwaarden verzwart, terwijl de rechtsonderhorige geen enkele fout heeft begaan (m. n. geen enkele weigering, verzuim of terughoudendheid bij het verstrekken van informatie).<sup>89</sup> De betrokkene dient dan wel een oorzakelijk verband aan te tonen tussen de fout van het RIZIV enerzijds en de eventuele schade in zijnen hoofde anderzijds.

De Arbeidsrechtbank te Doornik diende zich uit te spreken in de situatie van een verzekerde die een fout inriep in hoofde van het RIZIV dat slechts een voorafbestaande toestand had weerhouden meer dan 20 jaar na de datum van erkenning van de arbeidsongeschiktheid, waardoor de bewijslast in hoofde van die verzekerde werd verzwart. De Arbeidsrechtbank was van oordeel dat er geen schadeloosstelling diende te gebeuren, vermits 1) de betrokkene niet het bewijs heeft geleverd van een oorzakelijk verband tussen de beweerde fout van het RIZIV en een eventuele schade, 2) het RIZIV niet de terugvordering heeft gevraagd van de uitkeringen die waren verleend voor het verleden, 3) de toepassingsvoorwaarden van de wetgeving betreffende de uitkeringsverzekering van openbare orde zijn.<sup>90</sup>

87. Arbh. Antwerpen, 06.11.2003, A.R. 2010349, inzake J.J. t./RIZIV; Arbh. Antwerpen 13.01.2004, Soc. Kron., 2004, 336; Arbh. Antwerpen, 22.02.2005, I.B. - RIZIV, 2005/3, 334; Arbh. Antwerpen, 14.06.2005, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 101, Arbh. Antwerpen, 13.09.2005, I.B. - RIZIV, 2005/4, p. 454, Arbh. Gent, 25.11.2005, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 103, Arbh. Brussel, 26.04.2006, A.R. 19.623, inzake RIZIV t./V.P. en LCM; Arbh. Bergen, 26.10.2006, R.R. RIZIV, 4.1, nr. 24; Arbh. Antwerpen, 15.02.2007, I.B. - RIZIV, 2007/2, p. 225; Arbh. Gent, 15.10.2007, A.R. 80/07, inzake H.D. t./RIZIV; Arbh. Bergen, 10.04.2008, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 115; Arbh. Brussel, 30.06.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 575; Arbh. Gent, 15.09.2008, I.B. - RIZIV, 2008/4, p. 580; Arbh. Gent, 05.02.2010, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 113; Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2004.AM.19.373, inzake LOZ/D.C.; Arbh. Bergen, 03.03.2010, A.R. 2009.AM/21420, inzake I.R. t./RIZIV; Arbh. Antwerpen, 22.04.2010, I.B. - RIZIV, 2010/2-3, p. 276; Arbh. Bergen, 26.04.2012, I.B. - RIZIV, 2012/2, p. 194; Arbbr. Brugge, 22.02.2005, A.R. 114963, inzake F.M. t./RIZIV, Arbbr. Huy, 20.12.2006, A.R. 59.458-59.945, inzake M.R. t./RIZIV en NVSM en Arbbr. Nijvel, 26.06.2012, A.R. 11/2508/A inzake D.T. t./RIZIV en Arbbr. Brussel, 27.02.2014, A.R. 12/13.765/A en 12/15.712/A inzake A.B. t./RIZIV.

88. Arbh. Gent, 05.02.2010, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 113 en Arbbr. Oudenaarde, 15.05.2012, A.R. 11/737/A, inzake V.W.S. t./RIZIV en NVSM.

89. Arbh. Brussel, 21.12.2006, A.R. 43.978, inzake RIZIV t./F.N.

90. Arbbr. Doornik, 25.10.2011, A.R. 00/280513/A, inzake D.B. t./RIZIV.



In zijn arrest van 22 april 2010 benadrukte het Arbeidshof te Antwerpen dat het oorzakelijk verband dat vereist is tussen de zogenaamde stopzetting van de werkzaamheden en het intreden of verergeren van de letsels of functionele stoornissen niet alleen moet worden bewezen bij de aanvang van de erkende ziekteperiode maar ook op de datum van uitsluiting, wat ongetwijfeld te maken heeft met het openbare ordekarakter van de bepalingen van artikel 100, § 1.<sup>91</sup>

Bovendien kan een arbeidsongeschiktheid nooit ten definitieve titel worden erkend, vermits de Geneeskundige Raad voor Invaliditeit wettelijk de mogelijkheid heeft om een erkende arbeidsongeschiktheid te allen tijde opnieuw te evalueren en, zo nodig, ook te beëindigen.<sup>92</sup>

### e. Verzekerden met een voorafbestaande toestand kunnen aanspraak maken op een uitkering in het kader van de wetgeving betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten

In een aantal van de hoger aangehaalde gerechtelijke uitspraken komt duidelijk tot uiting dat de betrokken verzekerden niet als arbeidsongeschikt kunnen worden erkend in de zin van artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 gelet op hun voorafbestaande handicap maar wel in aanmerking kunnen komen voor een tegemoetkoming als gehandicapte, vermits ze in feite nooit geschikt zijn geweest voor de algemene arbeidsmarkt.

Met andere woorden, het betreft verzekerden die niet thuishoren in het systeem van de uitkeringsverzekering maar wel in het stelsel van de gehandicapten (cf. de wet van 27.02.1987 betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten).

In laatstgenoemde wetgeving wordt met het oog op het toekennen van de inkomensvervangende tegemoetkoming vereist dat de verzekerde een arbeidsongeschiktheid bezit van meer dan 66 %, zoals dit ook het geval is in de uitkeringsverzekering. Krachtens artikel 2 van de wet van 27 februari 1987 wordt de inkomensvervangende tegemoetkoming toegekend aan een gehandicapte van wie het vermogen tot verdienen door een lichamelijke of psychische aandoening is verminderd tot één derde of minder van wat een valide persoon door één of ander beroep op de algemene arbeidsmarkt kan verdienen.

De evaluatie van de arbeidsongeschiktheid overeenkomstig de wet van 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten verschilt evenwel van deze in het kader van de ZIV-wet, in zoverre dat in het kader van de eerstgenoemde wet rekening wordt gehouden met de normale algemene arbeidsmarkt, met uitsluiting van de beschutte tewerkstelling (vergelijking *in abstracto* met een gezond persoon), daar waar in het kader van de ZIV-wet de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid wordt geïndividualiseerd in die zin dat wordt rekening gehouden met gegevens eigen aan de verzekerde, zoals ondermeer de stand, de gevolgde studies, de beroepsopleiding en het beroepsverleden waaronder de vroeger uitgeoefende beroepsarbeid (evt. de arbeid in een beschermd milieu).<sup>93</sup> Bovendien is voor de erkenning van een ongeschiktheid in de wetgeving voor de gehandicapten geen stopzetting van elke werkzaamheid vereist.

Er kan dus worden besloten dat het feit dat een verzekerde meer dan 66 % ongeschikt erkend werd door de Federale Overheidsdienst Sociale zekerheid (voordien het Ministerie van Sociale Zaken) in het kader van de wetgeving betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten, niet automatisch de erkenning van zijn/haar arbeidsongeschiktheid impliceert overeenkomstig artikel 100, § 1 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 aangezien de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het kader van de uitkeringsverzekering gebeurt volgens verschillende criteria.<sup>94</sup>

*Met dank aan Kathleen Hove en Alexandra Dilley voor hun medewerking aan de voorbereiding van dit rechtspraakoverzicht.*

91. Arbh. Antwerpen, 22.04.2010, I.B. - RIZIV, 2010/2-3, p. 276.

92. Cass., 03.05.1993, T.S.R., 1993, p. 175; R.W., 1993-94, p. 509 en J.T.T., 1994, p. 8 en Arbh. Antwerpen, 22.04.2010, I.B. - RIZIV, 2010/2-3, p. 276.

93. Arbh. Gent, 26.05.2003, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 11 en Arbh. Gent, 26.03.2012, R.R. RIZIV, 1.4, nr. 21.

94. Arbh. Antwerpen, 08.02.2011, R.R. RIZIV, 4.1.2, nr. 114; Arbh. Brussel, 17.09.2009, A.R. 48.134, inzake N.S. t./RIZIV.

# IV. Het Europeesrechtelijk kader van geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg

Door Herwig Verschueren, Hoogleraar Universiteit Antwerpen; gastprofessor Vrije Universiteit Brussel

## 1. Inleiding

Het is de bedoeling van deze bijdrage om het brede Europeesrechtelijk kader te schetsen van het recht van patiënten op geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg. Hierbij gaat het om de mogelijkheden die het Europees Unierecht biedt aan patiënten om in het kader van de wettelijke ziekteverzekering van een lidstaat, naar een andere lidstaat te gaan met het oog op het verkrijgen van medische zorgen.<sup>1</sup>

Deze materie is ondertussen geregeld door twee verschillende juridische pistes: de eerste betreft de sinds meer dan 50 jaar toepasselijke Europese socialezekerheidscoördinatie. Deze werd tot 1 mei 2010 geregeld door Verordening 1408/71<sup>2</sup> en Verordening 574/72<sup>3</sup> en sindsdien door Verordening 883/2004<sup>4</sup> en Verordening 987/2009.<sup>5</sup>

Daarnaast is er onder invloed van rechtspraak van het Hof van Justitie nog een tweede piste ontstaan, namelijk via het Unierecht inzake het vrij verkeer van diensten en van goederen. In de ondertussen beruchte arresten in de zaken Kohll en Decker uit 1998<sup>6</sup> stelde het Hof van Justitie immers dat patiënten die verzekerd zijn in een lidstaat, in beginsel ook het recht hebben om van deze verzekering de tenlasteneming van medische zorg te bekomen die zij op hun eigen initiatief in een andere lidstaat hebben verkregen. Dit vloeit, aldus het Hof, voort uit het recht op vrij verkeer van diensten dat ook kan worden ingeroepen door een dienstverkrijger. Een patiënt die in een andere lidstaat medische zorgen ontvangt en daarvoor heeft betaald, is zulk een verkrijger van diensten. In latere arresten heeft het Hof van Justitie deze rechtspraak verder uitgewerkt en verfijnd.<sup>7</sup> Deze rechtspraak heeft ondertussen geleid tot de goedkeuring van een richtlijn die specifiek hierover handelt, met name Richtlijn 2011/24.<sup>8</sup>

We zullen in deze bijdrage eerst ingaan op de betekenis van de bepalingen van de coördinatieverordeningen. Daarna zullen we ingaan op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het vrije dienstenverkeer en tenslotte bespreken we de inhoud van Richtlijn 2011/24.

1. Voor een meer gedetailleerde bespreking zie onder meer: S. Engels, "De invloed van het Hof op het Unierecht met betrekking tot grensoverschrijdende gezondheidszorg: stand van zaken na de nieuwe patiëntenrichtlijn", TSR 2012, 298-346 en M. Morsa, Sécurité sociale, libre circulation et citoyenneté européennes, Limal, Anthemis, 2012, 225-245. Zie ook de informatie op de volgende website : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=569>.
2. Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14.06.1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna aangeduid als "Verordening 1408/71").
3. Verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21.03.1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EEG) nr. 1408/71.
4. Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29.04.2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, Pb. L. 07.06.2004, afl. 200, 1 (hierna aangeduid als "Verordening 883/2004").
5. Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16.09.2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004, Pb. L. 30.10.2009, afl. 294, 1 (hierna aangeduid als "Verordening 987/2009").
6. HvJ 28.04.1998, C-158/96, Kohll en HvJ 28.04.1998, C-120/95, Decker.
7. Het gaat onder meer om de volgende arresten van het Hof van Justitie: HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms; HvJ 12.07.2001, C-368/98, Vanbraekel; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré; HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan; HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts; HvJ 15.06.2006, C-466/04, Acereda Herrera; HvJ 19.04.2007, C-444/05, Stamatelaki en HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov.
8. Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 09.03.2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, Pb. L. 04.04.2011, afl. 88, 45 (hierna aangeduid als "Richtlijn 2011/24" of "patiëntenrichtlijn").

## 2. De Europese socialezekerheidscoördinatie

Sinds 1958 reeds bestaat er binnen de Europese Unie een uitgewerkte coördinatie van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten.<sup>9</sup> Het is niet de bedoeling van deze coördinatie om de stelsels van de lidstaten op enige wijze te harmoniseren of nader tot elkaar te brengen. Ze raakt niet aan de materiële en formele verschillen tussen de socialezekerheidsstelsels van de onderscheiden lidstaten en dus ook niet aan de verschillen in de rechten van de aldaar werkzame of verblijvende personen.<sup>10</sup> Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het bepalen van de voorwaarden om recht te hebben op een ziekteverzekering en welke prestaties daarin opgenomen zijn. Maar een coördinatie van deze stelsels is onontbeerlijk om te vermijden dat de verschillen tussen de stelsels van de lidstaten een hindernis op het vrij verkeer van personen zouden betekenen. Deze nationale stelsels houden in beginsel immers enkel rekening met interne situaties en voorzien geen verzekering voor grensoverschrijdende situaties.

Eén van de belangrijkste taken van dit coördinatiestelsel is de vaststelling van de toepasselijke wetgeving in een grensoverschrijdende situatie. De bedoeling is om wetsconflicten te vermijden die zouden ontstaan indien de wetgeving van meer dan één lidstaat op een persoon toepasselijk zou zijn, of indien een persoon aan de wetgeving van geen enkel land zou onderworpen kunnen worden.<sup>11</sup> Deze regels zijn thans vastgelegd in Titel II van Verordening 883/2004 (art. 11 e.v.). Het uitgangspunt hiervan is de toepassing van de wetgeving van het werkland voor economisch actieve personen (*lex loci laboris*) en het woonland voor economisch niet-actieve personen (*lex loci domicilii*).<sup>12</sup> De lidstaat aan wiens socialezekerheidswetgeving krachtens deze regels een persoon onderworpen is, noemt men ook wel eens de bevoegde lidstaat.

Daarnaast bevat deze coördinatie ook bepalingen inzake het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 4 Verordening 883/2004), de gelijkstelling van prestaties, inkomsten, feiten en gebeurtenissen uit andere lidstaten (art. 5 Verordening 883/2004), de samentelling van tijdvakken (art. 6 Verordening 883/2004), en de export van uitkeringen (art. 7 Verordening 883/2004). Dit coördinatiestelsel is enkel van toepassing op de wettelijke stelsels.<sup>13</sup> Aanvullende verzekeringen vallen hier dus niet onder. Dit geldt onder meer ook voor de contractuele aanvullende ziekteverzekering.

Voor elke tak van de sociale zekerheid bevat deze verordening in titel III specifieke bepalingen die de coördinatie van deze takken regelen. Voor de ziekteverzekering gaat het om Hoofdstuk 1 van Titel III, meer bepaald de artikelen 17-35 Verordening 883/2004. Hierbij gaat het om wat in deze verordening “verstrekkingen” en “uitkeringen” wordt genoemd. Met de term “verstrekkingen” bedoelt de verordening rechten waarop een verzekerde een beroep kan doen inzake het beschikbaar stellen, de rechtstreekse betaling of de terugbetaling door de verzekeringsinstelling van de kosten van medische verzorging en van de met deze verzorging verbonden producten en diensten.<sup>14</sup> Met uitkeringen bij ziekte worden dan in de eerste plaats bedoeld betalingen waarop de verzekerde recht heeft indien hij omwille van ziekte geen inkomsten kan verwerven. Daarnaast kan het ook gaan om uitkeringen die door de verzekeringsinstelling aan de betrokken patiënt als een forfaitaire som worden betaald ter vergoeding van uitgaven die betrekking hebben op zijn gezondheidstoestand, zonder dat het evenwel om een terugbetaling van specifieke kosten gaat. Dit is onder meer het geval met de Vlaamse zorgverzekering.<sup>15</sup>

9. Tot in 1971 gold Verordening nr. 3 inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers, Pb. 16.12.1958, 561.

10. Zie o.m. HvJ 09.03.2006, C-493/04, Piatkowski, punten 19-20; HvJ 03.04.2008, C-103/06, Derouin, punt 20 en HvJ 16.07.2009, C-208/07, Von Chamier-Glisczinski, punt 84.

11. Zie recent o.m.: HvJ 12.06.2012, C-611/10 en C-612/10, Hudzinski en Wawrzyniak, punt 41 en HvJ 27.09.2012, C-137/11, Partena, punt 45.

12. Op het werklandbeginsel bestaat wel een aantal uitzonderingen, zoals in het geval van detachering en bij gelijktijdige tewerkstelling op het grondgebied van meer dan één lidstaat.

13. Art. 1, onder l) Verordening 883/2004.

14. Art. 1, onder vbis) ij) Verordening 883/2004.

15. Zie over dit onderscheid eveneens: HvJ 15.06.2006, C-466/04, Acereda Herrera, punten 29-33.

Het hoofdstuk over de ziekteverzekering bevat regels voor situaties waarbij de verzekerde niet woont in de bevoegde lidstaat, tijdelijk verblijft buiten de bevoegde lidstaat of indien deze naar een andere lidstaat gaat met het oog op het ontvangen van medische zorg. Zo bepalen deze regels onder welke voorwaarden een verzekerde in het woonland, dan wel in het land van tijdelijk verblijf, recht heeft op de zogenaamde verstrekkingen bij ziekte. Het uitgangspunt hierbij is dat een verzekerde in dat geval een beroep kan doen op de verstrekkingen zoals zij voorzien zijn in de wetgeving van het land waar hij/zij om zulk een verstrekking verzoekt, op kosten evenwel van de bevoegde lidstaat (art. 17 en 19). Dat betekent in beginsel dat de regels inzake de tenlasteneming gelden van het land waar men woont of tijdelijk verblijft en waar men verzorgd wordt. Er zijn bijzondere regels voor de gezinsleden van grensarbeiders (art. 18) en voor pensioengerechtigden en hun gezinsleden (art. 23 tot 30). Bij een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat (bijvoorbeeld als toerist) moet het evenwel gaan om verstrekkingen welke tijdens het verblijf medisch noodzakelijk zijn, rekening houdend met de aard van de verstrekkingen en de verwachte duur van het verblijf.<sup>16</sup> De Verordening 987/2009 voorziet in bijzondere regels inzake de administratieve procedures die moeten gevolgd worden, zowel door de verzekerde als door de betrokken lidstaten (art. 22 tot 32). De Europese ziekteverzekeringskaart speelt hierbij een belangrijke rol.

We zullen nu dieper ingaan op de bijzondere bepalingen die betrekking hebben op de situatie waarbij een verzekerde naar een andere lidstaat wenst te gaan met de bedoeling om daar medische verzorging te ondergaan. De bepalingen hierover in deze coördinatieverordeningen hebben in de loop van de afgelopen decennia wel wat wijzingen ondergaan. Vanaf het begin was er in Verordening 1408/71 een bepaling opgenomen die stelde dat er eerst een toestemming van de bevoegde instelling moest worden gevraagd, alvorens men een recht op de tenlasteneming kon doen gelden van de medische zorgen die de verzekerde op eigen initiatief was gaan zoeken in een andere lidstaat. Wel bepaalde het oorspronkelijke artikel 22, tweede lid Verordening 1408/71 dat deze toestemming niet mocht geweigerd worden wanneer de betreffende verzorging niet in het woonland kon worden verleend.<sup>17</sup> Het Hof van Justitie had in 1978 en 1979 in de roemruchte arresten *Pierik* aan deze bepaling een zeer brede uitleg gegeven door vooreerst te stellen dat deze ook gold voor verstrekkingen die in het verzekeringspakket van het land waar men zich laat behandelen opgenomen zijn zonder dat deze zijn opgenomen in het pakket van de woonstaat. Bovendien was het Hof van oordeel dat de betrokken lidstaat deze toestemming niet kon weigeren indien de behandeling in die andere lidstaat vanuit medisch oogpunt passender en doeltreffender is dan de behandeling die betrokkene in het woonland zou kunnen verkrijgen.<sup>18</sup> Dat betekende in feite dat de verzekerden het recht kregen om binnen de Europese Unie op zoek te gaan naar de beste behandeling en die dan ten laste te laten nemen door de bevoegde instelling. Als reactie op deze rechtspraak is de Europese wetgever tussengekomen. De betrokken bepaling in artikel 22, tweede lid Verordening 1408/71 werd gewijzigd in die zin dat de toestemming niet mocht geweigerd worden indien de behandeling in het verzekeringspakket van het woonland zit en de betrokken behandeling, gelet op de gezondheidstoestand van betrokkene en het te verwachten ziekteverloop niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor deze behandeling in het woonland.<sup>19</sup> Het ging hier om een eerder administratief criterium. Zo moet de betrokken instelling enkel nagaan of de wachttermijnen niet langer zijn dan wat normaal is in het woonland. Deze bepaling laat dus een zeer ruime appreciatieruimte voor de betrokken instelling en is in ieder geval beperkt tot die verstrekkingen die in het pakket van het woonland zitten.

16. Zie hierover eveneens Besluit S3 van de Administratieve Commissie van 12.06.2009, Pb. C. 24.04.2010, afl. 106, 40.

17. Er wordt in de bepalingen van Verordening 1408/71 (en later in de bepalingen van Verordening 883/2004) m.b.t. geplande zorg verwezen naar het woonland en niet naar de bevoegde lidstaat. Dat heeft te maken met het feit dat wanneer iemand niet in de bevoegde lidstaat woont, deze persoon recht heeft op de tenlasteneming van medische zorgen volgens de wetgeving (pakket en tarieven) van de lidstaat waar hij woont, weliswaar op kosten van de bevoegde lidstaat, met name de lidstaat aan wiens wetgeving deze persoon onderworpen is. Het klassieke voorbeeld zijn de grensarbeiders die in een bepaalde lidstaat wonen, maar onderworpen zijn aan de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat waar zij werken.

18. HvJ 16.03.1978, 117/77, *Pierik* en HvJ 31.05.1979, 182/78, *Pierik*.

19. Deze wijziging werd doorgevoerd via Verordening 2793/81 van 17.09.1981, Pb. L. 29.09.1981, afl. 275.

Het Hof van Justitie heeft evenwel later in het arrest Inizan uit 2003 bij de interpretatie van deze bepaling opnieuw een medisch criterium toegepast. Hierbij was het Hof geïnspireerd door zijn rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten, waarin het Hof had gesteld dat indien er nog een voorafgaande toestemming kon worden gevraagd, deze enkel kon worden geweigerd indien in het woonland “tijdig” een adequate behandeling kon worden geboden (zie verder in punt 3 over deze rechtspraak). Het Hof had aangegeven dat rekening moet worden gehouden met medische criteria om deze “tijdigheid” te beoordelen. Hierbij moet voor het Hof rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval, door niet alleen de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment waarop om toestemming wordt gevraagd, en eventueel de mate van pijn of de aard van de handicap van de patiënt, waardoor het bijvoorbeeld onmogelijk of bijzonder moeilijk is beroepswerkzaamheden te verrichten, maar ook diens voorgeschiedenis naar behoren in aanmerking te nemen.<sup>20</sup> Het Hof heeft in het arrest Inizan aangegeven dat dit medisch criterium ook moet gehanteerd worden bij de toepassing van de toenmalige bepaling van artikel 22, tweede lid van Verordening 1408/71.<sup>21</sup>

In de nieuwe Verordening 883/2004 is deze materie geregeld door artikel 20. Daarin is nu bepaald dat een verzekerde die naar een andere lidstaat reist met de bedoeling om daar medische zorgen te ontvangen, daarvoor toestemming van het bevoegd orgaan moet vragen. Verder is bepaald dat een verzekerde die van het bevoegde orgaan toestemming heeft gekregen om zich naar een andere lidstaat te begeven met het oogmerk om daar een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan, het recht heeft op verstrekkingen die voor rekening van het bevoegde orgaan worden verleend door het orgaan van de verblijfplaats, volgens de door dit laatste orgaan toegepaste wetgeving, alsof hij krachtens die wetgeving verzekerd was (art. 20, tweede lid Verordening 883/2004). Dat betekent dus dat indien er een toestemming is verleend, de patiënt onderworpen is aan de wetgeving inzake ziekteverzekering van het land waar hij/zij de betrokken medische zorg ontvangt. Dit heeft betrekking op zowel de voorwaarden, modaliteiten als financiële tussenkomsten. De tenlasteneming gebeurt in beginsel dan ook volgens de tarieven en de procedures die in de lidstaat van verzorging gelden.<sup>22</sup> De bevoegde lidstaat is finaal wel verantwoordelijk voor de kosten die het moet vergoeden aan de betrokken andere lidstaat (art. 35 Verordening 883/2004).

Wel kan op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie de bevoegde lidstaat verplicht worden om de patiënt een bijkomende tenlasteneming te verzekeren indien de tarieven die gelden in de bevoegde lidstaat voor deze behandeling gunstiger zijn dan de tarieven in het land waar betrokkene verzorgd werd.<sup>23</sup> Het Hof baseerde zich hiervoor op de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten. Dit recht op bijkomende terugbetaling werd ook opgenomen in artikel 26, zevende lid van Verordening 987/2004. Men spreekt ook wel eens van het “Vanbraekelsupplement”.

Wat de tenlasteneming van eventuele bijkomende kosten, zoals reis-, verblijf- en maaltijdkosten betreft, stelde het Hof van Justitie dat de bepalingen van Verordening 1408/71 geen recht geven op vergoeding door het bevoegde orgaan van deze kosten voor de betrokken patiënt of eventueel van de persoon die hem/haar heeft begeleid, wanneer de terugbetaling ervan niet is voorzien in de wetgeving van het land van verzorging. Daarentegen, aldus het Hof, moet de bevoegde lidstaat deze bijkomende kosten wel vergoeden, op grond opnieuw van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten, indien de terugbetaling ervan is voorzien in de wetgeving van de bevoegde lidstaat voor behandelingen die in een eigen ziekenhuis zijn ondergaan.<sup>24</sup> Het gaat om het zogenaamde “Herrerasupplement”. Deze verplichting is thans opgenomen in artikel 26, achtste lid Verordening 987/2009. De mogelijkheid daartoe is ook opgenomen in artikel 7, vierde lid, derde alinea Richtlijn 2011/24/EU.

20. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms punt 104; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punt 90; HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punten 62-63.

21. HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan, punt 46. Zie tevens HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov, punten 54 en 66.

22. HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan, punten 20-21 en HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punten 125 en 135.

23. HvJ 12.07.2001, C-368/98, Vanbraekel, punt 33 en HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 126.

24. HvJ 15.06.2006, C-466/04, Acereda Herrera, punt 38.

Artikel 20, tweede lid Verordening 883/2004 stelt daarnaast wel dat de toestemming niet mag worden geweigerd wanneer de desbetreffende behandeling behoort tot de prestaties waarin voorzien is door de wetgeving van de lidstaat waar de betrokkene woont, en die behandeling hem, gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, in laatstbedoelde lidstaat niet kan worden gegeven binnen een termijn die medisch verantwoord is. Uit deze bepaling blijkt duidelijk dat het niet enkel meer gaat om een administratief criterium, met name de termijn die in deze lidstaat normaal is rekening houdend met de bestaande wachtlijsten. Het gaat nu duidelijk om een medisch criterium. Hiermee werd in deze nieuwe verordening de hoger besproken rechtspraak van het Hof van Justitie gecodificeerd.

Deze zogenaamde “verordeningsmethode” betekent in essentie dat de bevoegde lidstaten voor elke geplande medische zorg in een andere lidstaat kunnen onderwerpen aan een voorafgaande toestemming. Het gaat zowel om ambulante als om intra-murale zorg. De verordening beperkt de mogelijkheid tot het geven van een toestemming niet tot die zorg die opgenomen is in het verstrekkingenpakket van het woonland van de verzekerde. Deze kan ook betrekking hebben op zorg die niet in dit pakket is opgenomen. Dat gebeurt vaak indien het om zeer gespecialiseerde behandelingen gaat die niet in het woonland kunnen worden verleend. Het moet wel gaan om zorg die in het pakket van het land van verzorging is opgenomen, omdat de tenlasteneming immers in de eerste plaats gebeurt volgens de regelgeving van die lidstaat. Dit betekent ook dat in deze verordeningsmethode de verzekerde minstens de terugbetaling krijgt volgens de tarieven van het land van verzorging. Dat is van groot belang, omdat het ook betekent dat hij/zij wellicht niet op voorhand de gehele factuur zal moeten betalen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien deze lidstaat een derdebetalersstelsel heeft of een *in natura*-stelsel. Indien het bovendien gaat om een iemand die in een lidstaat woont waar de terugbetalingstarieven veel lager zijn dan in de lidstaat waar hij/zij verzorgd wordt, garandeert deze bepaling in ieder geval een terugbetaling volgens de tarieven van deze duurdere lidstaat. Overigens waarborgt het zogenaamde “Vanbraekelsupplement” minstens de terugbetaling volgens de tarieven van het woonland.

De verordening verplicht bovendien de bevoegde lidstaten om in een aantal gevallen de toestemming te verlenen, met name indien de behandeling niet “tijdig” in het woonland kan worden verstrekt, rekening houdend met de medische toestand van betrokkene. De toestemming wordt verleend via het zogenaamde S2 formulier. Normaal gezien moet deze toestemming vooraf gevraagd en bekomen worden, maar de bepaling van artikel 20, tweede lid Verordening 883/2004 is ook van toepassing indien nadien blijkt dat de toestemming onterecht geweigerd werd.<sup>25</sup> Meer details over de te volgen procedures zijn uitgewerkt in artikel 26 van Verordening 987/2009.

### 3. Rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het vrij verkeer van diensten

Volledig parallel met deze zogenaamde “verordeningsmethode” heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak de zogenaamde “verdragsmethode” ontwikkeld. Het Hof was immers van oordeel dat een verzekerde die zich medisch wil laten verzorgen in een andere lidstaat dan de lidstaat waar hij of zij verzekerd is, gebruik maakt van het recht op het vrij verkeer als dienstverkrijger dat gegarandeerd wordt door de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten (en goederen) van de Europese verdragen.<sup>26</sup>

25. HwJ 12.07.2001, C-368/98, Vanbraekel.

26. Het ging om art. 49 EG-Verdrag en thans art. 56 Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU).

Het uitgangspunt van het Hof is dat het Unierecht weliswaar niet raakt aan de bevoegdheid van de lidstaten om zelf hun gezondheidsstelsels uit te bouwen, maar hierbij moeten de lidstaten het Unierecht en meer bepaald de regels inzake het vrij verkeer van diensten en goederen respecteren. De lidstaten moeten hun wetgeving ter zake indien nodig aanpassen aan deze regels.<sup>27</sup> Medische verzorging tegen betaling wordt door het Hof als een dienst in de zin van deze verdragsregels beschouwd. Wie uiteindelijk de factuur betaalt is niet van belang en evenmin de aard van het stelsel waaronder de patiënt verzekerd is. Het kan hierbij ook gaan om zogenaamde *in natura*-stelsels zoals in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk.<sup>28</sup> Het feit dat de toegang tot grensoverschrijdende zorg geregeld is in (destijds) Verordening 1408/71, is voor het Hof ook geen reden om de regels inzake het vrij verkeer van diensten niet rechtstreeks toe te passen. Evenmin stelt het Hof de geldigheid van de bepalingen in Verordening 1408/71 ten overstaan van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten in vraag. Het gaat voor het Hof immers om een systeem dat de toegang tot verzorging in de andere lidstaten waarborgt onder even gunstige omstandigheden als de sociaalverzekerden die onder de wettelijke regeling van die lidstaten vallen, wat in een aantal gevallen voordeliger kan zijn dan bij de toepassing van de wettelijke regeling van het land van verzekering.<sup>29</sup> Het Hof erkent hiermee de voordelen van de toepassing van de verordening en aanvaardt hiermee het bestaan van twee parallelle systemen.

Daardoor zijn de regels inzake het vrij verkeer van diensten en goederen van toepassing op grensoverschrijdende zorg waarvoor een vergoeding betaald wordt. Het uitgangspunt van deze regels is dat elke beperking op het vrij verkeer die het verkrijgen van diensten (en goederen) tussen lidstaten moeilijker maakt dan het verkrijgen van diensten (en goederen) intern in een lidstaat, verboden is. De vereiste om voor de tenlasteneming van grensoverschrijdende zorg die een verzekerde in een andere lidstaat heeft gekregen, eerst vooraf toestemming te verkrijgen, is zulk een belemmering.<sup>30</sup> Hetzelfde geldt voor de weigering om zulk een toestemming te verlenen of om nadien de kosten van de verzorging terug te betalen.

Dat neemt volgens het Hof niet weg dat deze belemmeringen kunnen gerechtvaardigd worden op grond van dwingende redenen van algemeen belang. Vooreerst maakt artikel 52 *juncto* 62 VWEU het reeds mogelijk dat zulke belemmeringen gerechtvaardigd worden uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Maatregelen waarvan kan worden aangetoond dat zij gerechtvaardigd worden om deze redenen en die bovendien niet verder gaan dan objectief noodzakelijk is en evenredig zijn, kunnen dus wel aanvaard worden. Zo verwees het Hof er onder meer op dat de instandhouding van de verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de volksgezondheid evenals het bewaren van het financiële evenwicht van de sociale zekerheid en de doelstelling om een voor iedereen toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te garanderen.<sup>31</sup> Wat het bewaren van het financiële evenwicht van de ziekteverzekering betreft, moet het voor het Hof wel gaan om de dreiging van een ernstige aantasting ervan.

De doelstelling van het bewaren van een voor iedereen toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen brengt het Hof ertoe om te aanvaarden dat er in beginsel een toestemming moet worden verkregen voor medische diensten die in een ziekenhuis worden verleend. Het Hof erkent dat de toegankelijkheid van intramurale zorg bijzondere vereisten stelt inzake planning en maar kan worden gegarandeerd indien de kosten ervan zoveel mogelijk worden beheerst en financiële, technische en personele verspilling worden tegengegaan.<sup>32</sup>

27. HvJ 28.04.1998, C-158/96, Kohll, punt 18-19; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punt 102 en HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 147.

28. Zie o.m. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punten 55-58 en HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 91.

29. HvJ 28.04.1998, C-158/96, Kohll, punten 26-27; HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan, punten 19-21 en HvJ 15.06.2006, C-466/04, Acereda Herrera, punten 27 en 34.

30. Zie o.m. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punten 66-69 en HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov, punt 41.

31. HvJ 28.04.1998, C-158/96, Kohll punt 41 en 51; HvJ 28.04.1998, C-120/95, Decker, punt 39; HvJ 12.07.2001, C-368/98, Vanbraekel, punt 47; HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punt 73; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punten 67 en 73 en HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov, punt 42.

32. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punt 76-82; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punten 77-83; HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 108 en HvJ 5 oktober 2010, C-173/09, Elchinov, punt 43.

Wel moet voor het Hof het systeem van voorafgaande toestemming gebaseerd zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria. Het moet daarenboven berusten op gemakkelijk toegankelijke regels die waarborgen dat op de vraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden beslist. Ook moet tegen eventuele weigering beroep kunnen worden ingediend.<sup>33</sup> Het bestaan van wachtlijsten op zich, kan voor het Hof geen voldoende rechtvaardiging zijn.<sup>34</sup>

Bovendien preciseert het Hof onder welke omstandigheden zulk een toestemming niet kan geweigerd worden. Dit is het geval indien de behandeling die de patiënt wenst te ondergaan in een andere lidstaat, hem of haar, gelet op zijn gezondheidstoestand en het te verwachten ziekteverloop, niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waar hij woont. Aan deze voorwaarde is voor het Hof dan ook niet voldaan wanneer blijkt dat in de lidstaat waar de patiënt woont, tijdig een identieke of voor hem even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Wel moet bij de beoordeling of in deze lidstaat tijdig een voor hem even doeltreffende behandeling kan worden verkregen, het bevoegde orgaan rekening houden met alle omstandigheden van het concrete geval. Hierbij moet niet alleen gekeken worden naar de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment waarop de toestemming wordt gevraagd, en eventueel de mate van pijn of de aard van de handicap van de patiënt, waardoor het bijvoorbeeld onmogelijk of bijzonder moeilijk is beroepswerkzaamheden te verrichten, maar ook naar diens antecedenten.<sup>35</sup> Het Hof verwijst hierbij duidelijk naar medische criteria, waarbij rekening moet gehouden worden met de individuele situatie van de patiënt. Zoals hoger reeds werd aangegeven heeft het Hof deze medische criteria ook gehanteerd voor de toepassing van artikel 22, tweede lid verordening 1408/71 (thans art. 20 Verordening 883/2004).<sup>36</sup>

Wel stelt het Hof eveneens dat om te vermijden dat het gebruik maken van grensoverschrijdende zorg een bijkomende financiële last zou opleggen op het betrokken verzekeringsstelsel, de tenlasteneming van deze zorg beperkt mag worden tot de bedragen die zouden zijn betaald indien de zorg in het land van verzekering zou zijn verkregen. Dat betekent concreet dat de zorg moet zijn opgenomen in het verzekeringspakket van dat land en dat ook de terugbetalingstarieven die daar gelden worden toegepast.<sup>37</sup> Daardoor kan er voor het betrokken orgaan geen bijkomende kost ontstaan in vergelijking met de situatie waarbij de medische behandeling zou zijn ondergaan in het land van verzekering. Het betekent wel dat de patiënt eventueel zelf moet opdraaien voor de kosten die de tenlasteneming door het wettelijk stelsel van het land van verzekering zouden overstijgen.

Overigens kadert deze “verdragsmethode” niet in de administratieve samenwerking die is opgezet in het kader van de verordeningen. De patiënt kan dus geen beroep doen op enige bijstand vanwege de verzekeringsinstellingen in het land waar hij zich laat verzorgen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van het terugbetalingssysteem en de terugbetalingstarieven die daar gelden. De patiënt betaalt in deze verdragsmethode eerst zelf de gehele factuur en vraagt daarna bij terugkeer de terugbetaling aan zijn eigen verzekeringsinstelling die maar verplicht kan worden om terug te betalen volgens de eigen tarieven. Dit is in beginsel ook het geval indien de patiënt een toestemming heeft verkregen. Op dit punt is deze verdragsmethode dus wezenlijk verschillend van de verordeningsmethode. In deze laatste gebeurt de tenlasteneming door de verzekeringsinstelling van het land van verzorging, volgens de tarieven die het zelf toepast. Eventueel kan de patiënt nadien aan zijn eigen verzekeringsinstelling nog een bijkomende terugbetaling bekomen indien de tarieven die deze instelling toepast gunstiger zijn. Vanuit financieel oogpunt is voor de patiënt de verordeningsmethode dus gunstiger dan de verdragsmethode.

33. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punt 90; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punt 85; HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 116 en HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov, punt 44.

34. HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punt 92; HvJ 16.05.2006, C-372/04, Watts, punt 63.

35. HvJ 12.07.2001, C-157/99, Smits-Peerbooms, punten 103-104; HvJ 13.05.2003, C-385/99, Müller-Fauré, punten 89-90 en HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan, punten 43-45.

36. HvJ 23.10.2003, C-56/01, Inizan en HvJ 05.10.2010, C-173/09, Elchinov.

37. HvJ 28.04.1998, C-158/96, Kohll, punt 42.



Deze rechtspraak van het Hof van Justitie heeft dus een parallelle methode ontwikkeld voor patiënten die verzekerd zijn in de wettelijke ziekteverzekering. Dit heeft geleid tot een vanuit juridisch oogpunt duaal systeem waarbij de verzekerde patiënt beroep kan doen op twee van elkaar onderscheiden wegen om op kosten van zijn/haar ziekteverzekering geplande medische diensten en goederen te verkrijgen in een andere lidstaat. De mogelijkheden en rechten van de patiënten verschillen evenwel. In de verordeningsmethode moet telkens om een toestemming worden gevraagd. Deze mag evenwel in bepaalde omstandigheden niet geweigerd worden, met name wanneer, rekening houdend met de medische toestand van betrokken patiënt de behandeling niet tijdig kan worden verleend in het eigen land. De tenlasteneming is in beginsel wel de tenlasteneming die is voorzien in het verzekeringsstelsel van het land waar betrokkene wordt verzorgd. In de verdragsmethode moet de patiënt in beginsel geen toestemming vragen, maar hij/zij moet wel de volledige factuur eerst zelf betalen alvorens hij dan een terugbetaling kan vragen aan zijn verzekeringsinstelling, maar dan wel enkel volgens de tarieven die deze hanteert. Voor intramurale zorg kan wel een voorafgaande toestemming worden vereist, maar deze kan dan weer niet geweigerd worden indien dezelfde medische redenen aanwezig zijn.

#### 4. De Richtlijn 2011/24

De rechtspraak van het Hof van Justitie die de zogenaamde verdragsmethode heeft ingevoerd, heeft heel wat discussie losgeweekt, zowel politiek als juridisch. Vanuit politiek oogpunt kwam er kritiek op het Hof dat het zich in feite had bemoeid met een zaak die tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, met name de ziekteverzekering. Wat het grensoverschrijdende aspect ervan betreft is deze overigens geregeld in Verordening 1408/71, thans Verordening 883/2004. De lidstaten waren zeker niet opgezet met een nieuwe inmenging vanwege de EU in deze materie. De opeenvolging van arresten hierover toont ook aan hoe betwist deze rechtspraak in de eerste jaren was. Maar het Hof is bij zijn uitgangspunten gebleven, weliswaar met enige verfijning ervan doorheen deze rechtspraak.

De vele zaken die bij het Hof hierover aanhangig werden gemaakt, wezen ook op de juridische onzekerheid die er was ontstaan door deze rechtspraak. Vele concrete vragen over wat dit nu juist in de praktijk zou betekenen kwamen naar boven. Er was dus een behoefte om één en ander te verduidelijken in Europese wetgeving. Zo'n wetgeving zou overigens de lidstaten de gelegenheid geven om hun eigen accenten in deze regeling te leggen.

In principe had deze rechtspraak van het Hof van Justitie verwerkt kunnen worden in de coördinatieverordeningen. Het is immers perfect denkbaar dat de zogenaamde verordeningsmethode zelf zou worden uitgebreid met bepalingen die deze rechtspraak in regelgeving zouden vertalen. De Europese Commissie en nadien de Europese wetgever (de Raad van Ministers en het Europese Parlement) hebben er evenwel de voorkeur aan gegeven om deze rechtspraak in een apart juridisch instrument te gieten, met name een richtlijn. Een eerste poging daartoe werd ondernomen in het algemene voorstel van dienstenrichtlijn die later geleid heeft tot de zogenaamde "Bolkestein-richtlijn".<sup>38</sup> Maar de voorgestelde bepalingen hieromtrent werden evenwel niet opgenomen in de definitieve Richtlijn 2006/123/EG.<sup>39</sup> In 2009 diende de Commissie dan een voorstel voor een aparte richtlijn in.<sup>40</sup> Na moeizame onderhandelingen die meer dan twee jaar hebben geduurd, heeft het voorstel van de Commissie uiteindelijk geleid tot de goedkeuring van Richtlijn 2011/24 van 9 maart 2011.

38. Zie voorgesteld art. 23 in COM (2004) 2.

39. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12.12.2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb. L. 27.12.2006, afl. 376, 36.

40. COM (2008) 414 van 02.07.2008.

Deze zogenaamde patiëntenrichtlijn heeft op de eerste plaats de bedoeling om de rechtspraak van het Hof van Justitie om te zetten in secundair Unierecht dat meer gedetailleerd regelt wat de verplichtingen zijn van de lidstaten en de rechten van de verzekerde patiënten. Deze richtlijn wil zo bijdragen tot meer rechtszekerheid op dit vlak. Wat het toepassingsgebied betreft is het opvallend dat deze richtlijn niet alleen van toepassing is op de gezondheidszorg die valt onder de ziekteverzekeringssystemen van de lidstaten, maar ook op de zuiver private gezondheidszorg die er buiten valt (zie art. 3, a)).<sup>41</sup> Bovendien is de richtlijn niet alleen van toepassing indien de patiënt naar een andere lidstaat is gegaan met het oog om daar gezondheidszorg te genieten, maar ook in de situatie waarbij hij/zij naar een andere lidstaat is gegaan voor andere doeleinden (bijv. als toerist of voor zaken) en daar dan niet geplande maar noodzakelijk medische verzorging ondergaat.<sup>42</sup>

Wel is de richtlijn niet van toepassing op langdurige zorg die tot doel heeft om hulpbehoevenden te ondersteunen bij de uitvoering van dagelijkse routinetaken (zoals de Vlaamse zorgverzekering), de toewijzing van en de toegang tot organen ten behoeve van transplantatie en de publieke vaccinatieprogramma's (art. 1, 3<sup>de</sup> lid).

In Hoofdstuk II bepaalt de richtlijn een aantal verantwoordelijkheden van de lidstaten op het gebied van grensoverschrijdende zorg. Artikel 4 behandelt de verplichtingen van de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt. Deze lidstaten moeten de beginselen van universaliteit, toegang tot kwaliteitsvolle zorg, rechtvaardigheid en solidariteit in acht nemen. Zij moeten vooral aan de patiënten, al dan niet via de zorgaanbieders, de nodige informatie geven over hun gezondheidssystemen. Zij moeten tevens het non-discriminatiebeginsel respecteren, wat onder meer inhoudt dat zij moeten bepalen dat de zorgaanbieders op hun grondgebied voor patiënten van andere lidstaten dezelfde prijschaal voor de gezondheidszorg hanteren als voor patiënten uit eigen land. Indien deze lidstaat niet werkt met tarieven die gelden voor de patiënten (zoals de nationale gezondheidssystemen waarbij de patiënt zelf niet moet betalen voor de ontvangen zorg) moeten deze lidstaten aan de grensoverschrijdende patiënten een prijs aanrekenen die berekend is volgens objectieve, niet-discriminerende criteria (art. 4, 4<sup>de</sup> lid). De verplichtingen van de lidstaat van aansluiting (art. 5) bestaan er in de eerste plaats in om de kosten van de grensoverschrijdende gezondheidszorg te vergoeden (zie verder) en ook om de patiënten de nodige inlichtingen te geven over hun rechten en over de te volgen procedures. De lidstaten moeten hiervoor ook nationale contactpunten aanwijzen (art. 6).

De belangrijkste bepalingen van Richtlijn 2011/24 zijn vervat in Hoofdstuk III en betreffen de regels inzake de terugbetaling van de kosten van de grensoverschrijdende gezondheidszorg. Deze terugbetalingsverplichting bestaat in beginsel voor alle grensoverschrijdende zorg voor zover deze zorg deel uitmaakt van de prestaties waarop de verzekerde uit hoofde van de wetgeving van het land van aansluiting recht heeft.<sup>43</sup> Het gaat dus om het zorgpakket van het land van aansluiting. Deze kosten moeten worden terugbetaald tot het bedrag dat door de lidstaat van aansluiting zou zijn ten laste genomen indien de gezondheidszorg op het grondgebied ervan zou zijn verleend. Maar het ten laste genomen bedrag kan echter niet hoger zijn dan de feitelijke kosten van de ontvangen gezondheidszorg. Wel kan de lidstaat van aansluiting besluiten om toch de volledige kosten terug te betalen indien de volledige kosten van de grensoverschrijdende gezondheidszorg hoger liggen dan de kosten die terugbetaald zouden zijn als de gezondheidszorg op zijn grondgebied zou zijn verstrekt geweest. De lidstaten van aansluiting kunnen ook besluiten andere kosten die hiermee verband houden terug te betalen, zoals reis- en verblijfkosten (art. 7, 4<sup>de</sup> lid). De lidstaten van aansluiting mogen van de betrokken patiënten wel vragen om de procedures voor de toegang tot bepaalde vormen van zorg die in een zuiver interne situatie gelden, ook te volgen wanneer zij gebruik wensen te maken van grensoverschrijdende zorg. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om systemen waarbij eerst het advies of zelfs de toestemming van een huisarts moet worden gevraagd, alvorens een patiënt beroep kan doen op bepaalde zorg (art. 7, 7<sup>de</sup> lid).

41. Het Hof van Justitie had immers bevestigd dat de zuiver private gezondheidszorg ook onder de bepalingen van het vrij verkeer van diensten kan vallen: HvJ 19.04.2007, C-444/05, Stamatelaki, punt 22.

42. Zie de definitie van "grensoverschrijdende gezondheidszorg" in artikel 3, e) van de richtlijn.

43. Als lidstaat van aansluiting wordt bedoeld de lidstaat die krachtens de bepalingen van Verordening 883/2004 bevoegd is tot het aan een verzekerde verlenen van voorafgaande toestemming om een passende behandeling te ondergaan buiten de lidstaat waar deze woonachtig is (art. 3, c) Richtlijn 2011/24). Zie evenwel bijzondere bepalingen in art. 7, 2<sup>de</sup> lid voor bepaalde categorieën van gepensioneerden die niet wonen in de zogenaamd bevoegde lidstaat.

Artikel 7, achtste lid bepaalt ook uitdrukkelijk dat in beginsel de lidstaat van aansluiting de terugbetaling van kosten van grensoverschrijdende zorg niet afhankelijk mag stellen van voorafgaande toestemming. Artikel 8 voorziet evenwel in een aantal uitzonderingen. Zo mag een voorafgaande toestemming worden verlengd voor gezondheidszorg die is onderworpen aan eisen inzake planning omwille van het beogen van een toereikende en permanente toegang tot de zorg of omwille van de wens om de kosten in de hand te houden. Het moet dan wel gaan om een behandeling waarvoor de betrokken patiënt ten minste één nacht in het ziekenhuis moet verblijven, of waarvoor zeer gespecialiseerde en kostenintensieve medische infrastructuur of apparatuur vereist is.<sup>44</sup> De voorafgaande toestemming mag ook gevraagd worden voor een behandeling die een bijzonder risico voor de patiënt of de bevolking inhoudt. Zij mag ook gevraagd worden indien de gezondheidszorg wordt verstrekt door een zorgaanbieder die op basis van een besluit van de lidstaat van aansluiting in het bepaalde geval aanleiding zou kunnen geven tot ernstige en specifieke bezorgdheid over de EU wetgeving waarbij een minimaal veiligheids- en kwaliteitsniveau in de gehele Unie wordt gewaarborgd (art. 8, 2<sup>de</sup> lid).

Artikel 8, derde lid bepaalt dan weer uitdrukkelijk dat bij verzoeken om voorafgaande toestemming van een verzekerde om grensoverschrijdende gezondheidszorg te verkrijgen, de lidstaat van aansluiting moet nagaan of is voldaan aan de voorwaarden van Verordening 883/2004. Is dit inderdaad het geval, moet de voorafgaande toestemming overeenkomstig die verordening worden verleend, tenzij de patiënt anderszins verzoekt. Dat betekent dus dat indien een patiënt om een voorafgaande toestemming vraagt, deze aanvraag op de eerste plaats moet onderzocht worden volgens de procedure en de criteria die gelden krachtens verordening 883/2004. Indien aan deze criteria is voldaan moet de toestemming krachtens deze verordening worden verleend. Dat betekent dat de patiënt recht heeft op de medische verzorging zoals die is voorzien in het wettelijke stelsel van het land van verzorging inclusief de tenlasteneming ervan volgens de tarieven van dat land. Ook de procedures van tenlasteneming en terugbetaling van deze verordening en van Verordening 987/2004 zijn dan van toepassing, inclusief eventueel de betaling van het zogenaamde "Vanbraekelsupplement". De patiënt kan wel vragen om alsnog de regeling die voorzien is krachtens Richtlijn 2011/24 toe te passen.

Verder preciseert artikel 8, vijfde lid dat de lidstaat van aansluiting voorafgaande toestemming niet mag weigeren als de gevraagde zorg in het verzekeringspakket van deze lidstaat zit en deze zorg op zijn grondgebied niet kan worden verleend binnen een termijn die medisch verantwoord is. Deze beoordeling moet gebaseerd zijn op een objectief medisch oordeel over de gezondheidstoestand van de patiënt, de voorgeschiedenis en het te verwachten verloop van zijn ziekte, de mate van pijn en/of de aard van zijn handicap op het tijdstip waarop het verzoek om toestemming is ingediend of opnieuw is ingediend.

Wel bepaalt artikel 8, zesde lid dat de lidstaat van aansluiting de voorafgaande toestemming om de volgende redenen kan weigeren:

- a) indien uit een klinische beoordeling met redelijke zekerheid blijkt dat de patiënt zal worden blootgesteld aan een veiligheidsrisico dat, gelet op de mogelijke baten van de gewenste grensoverschrijdende gezondheidszorg, niet als aanvaardbaar kan worden aangemerkt
- b) indien met redelijke zekerheid vaststaat dat de bevolking zal worden blootgesteld aan een aanzienlijk veiligheidsrisico als gevolg van de betrokken grensoverschrijdende gezondheidszorg
- c) indien die gezondheidszorg wordt verstrekt door een zorgaanbieder die aanleiding geeft tot ernstige en specifieke bezorgdheid in verband met de inachtneming van normen en richtsnoeren inzake zorgkwaliteit en veiligheid van de patiënt, met inbegrip van normen inzake toezicht, ongeacht of die normen en richtsnoeren bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling zijn vastgesteld dan wel door middel van erkenningsystemen in de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt

44. Het Hof van Justitie had inderdaad in zijn rechtspraak aangegeven dat het vereisen van voorafgaande toestemming ook zou zijn toegelaten indien het zou gaan om medische prestaties waarbij gebruik dient te worden gemaakt van zware apparatuur, zelfs wanneer deze behandelingen extramuraal zouden worden verstrekt. Zie HvJ 05.10.2010, C-512/08, Commissie v. Frankrijk, punt 34.

d) indien de zorg op zijn grondgebied kan worden verleend binnen een termijn die, gelet op de gezondheidstoestand van elke betrokken patiënt op dat moment en het te verwachten ziekteverloop, medisch verantwoord is.

Tenslotte moet de lidstaat van aansluiting publiekelijk bekend maken voor welke gezondheidszorg ten behoeve van deze richtlijn voorafgaande toestemming vereist is en alle dienstige informatie over de regeling van voorafgaande toestemming (art. 8, 7<sup>de</sup> lid).

Verder legt artikel 9 een aantal verplichtingen aan de lidstaten op met betrekking tot de administratieve procedures die moeten berusten op objectieve, niet-discriminerende en evenredige criteria. Deze procedures moeten ook gemakkelijk toegankelijk zijn en bovendien objectiviteit en onpartijdigheid waarborgen. De patiënten moeten ook de nodige informatie over deze procedures krijgen. De termijnen voor de behandeling van de verzoeken moeten redelijk zijn en openbaar en hierbij moeten de lidstaten rekening houden met de specifieke gezondheidstoestand en de urgentie en individuele omstandigheden van de patiënt die om toestemming verzoekt. Elke beslissing moet terdege worden gemotiveerd voor elk individueel verzoek en vatbaar zijn voor beroep. De lidstaten mogen een beroep doen op de betalingsmechanismen die zijn voorzien in het kader van de toepassing van Verordening 883/2004.

Richtlijn 2011/24 bevat voorts een specifiek hoofdstuk over de samenwerking tussen lidstaten op het gebied van gezondheidszorg (Hoofdstuk IV; art. 10 tot 15). Zo moeten zij onder meer elkaar wederzijdse bijstand verlenen voor de uitvoering van deze richtlijn en moet de Europese Commissie de lidstaten aanmoedigen om, vooral in grensregio's, nauwer samen te werken bij de verstrekking van grensoverschrijdende gezondheidszorg (art. 10). Artikel 11 bevat een aantal regels in verband met de erkenning van in een andere lidstaat verstrekte recepten.<sup>45</sup> Artikel 12 bepaalt dat de Commissie de lidstaten moet ondersteunen bij het opzetten van Europese referentienetwerken van zorgaanbieders en expertisecentra, met name op het gebied van zeldzame ziekten.<sup>46</sup> Deze Europese referentienetwerken moeten de samenwerking tussen lidstaten met betrekking tot de verbetering van de gezondheidszorg bevorderen. Artikel 13 bevat een specifieke bepaling voor zover het gaat om zeldzame ziekten. Tenslotte bevat de richtlijn nog bepalingen inzake E-gezondheid<sup>47</sup> en de samenwerking tussen lidstaten bij de evaluatie van gezondheidstechnologie<sup>48</sup> (art. 14 en 15). Dit Hoofdstuk IV gaat dus duidelijk verder van de oorspronkelijke doelstelling van deze richtlijn, met name het bevorderen van de grensoverschrijdende zorg en het bepalen van de rechten van de grensoverschrijdende patiënten en de verplichtingen van de lidstaten. Dit hoofdstuk biedt ongetwijfeld ook een belangrijke aanzet tot het voeren van een Europees gezondheidsbeleid.

Overigens wordt er ook een comité van vertegenwoordigers van de lidstaten opgericht die de Commissie moet bijstaan bij de uitvoering van deze richtlijn (art. 16).

Deze richtlijn moest door de lidstaten in nationaal recht worden omgezet tegen 25 oktober 2013. Voor de omzetting door België verwijst ik naar de bijdrage van Chris Segaert.

Ondertussen heeft de Europese Commissie reeds een eerste verslag opgesteld over de toepassing van deze richtlijn en de wisselwerking met Verordening 883/2004.<sup>49</sup> Zo wijst de Commissie op mogelijke substitutie-effecten tussen deze twee instrumenten die tot het volgende zouden kunnen leiden: het gebruik van de verordeningen voor gezondheidszorg waarvoor geen voorafgaande toestemming krachtens de richtlijn vereist is kan afnemen doordat patiënten die de toestemmingsprocedure wensen te vermijden ervoor kiezen de richtlijn te gebruiken.

45. Zie tevens: Uitvoeringsrichtlijn 2012/52/EU van de Commissie van 20.12.2012 tot vaststelling van maatregelen om de erkenning van in een andere lidstaat verstrekte medische recepten te vergemakkelijken, Pb. L. 22.12.2012, afl. 356, 68.

46. Zie tevens: Uitvoeringsbesluit 2014/287/EU van de Commissie van 10.03.2014 tot vaststelling van de criteria voor de oprichting en evaluatie van Europese referentienetwerken en de leden daarvan en voor de bevordering van de uitwisseling van informatie en expertise in verband met de oprichting en evaluatie van dergelijke netwerken, Pb. L 17.05.2014, afl. 147, 79 en Gedelegeerd besluit 2014/286/EU van de Commissie van 10.03.2014 tot vaststelling van de criteria en voorwaarden waaraan Europese referentienetwerken en zorgaanbieders die zich bij een Europees referentienetwerk willen aansluiten, moeten voldoen, Pb. L 17.05.2014, afl. 147, 71.

47. Zie tevens: Uitvoeringsbesluit 2011/890/EU van de Commissie van 22.12.2011 tot vaststelling van de voorschriften voor de oprichting, het beheer en de werking van het netwerk van nationale verantwoordelijke autoriteiten inzake e-gezondheid, Pb. L 28.12.2011, afl. 344, 48.

48. Zie tevens: Uitvoeringsbesluit 2013/329/EU van de Commissie van 26.06.2013 betreffende de voorschriften voor de oprichting, het beheer en de transparante werking van het netwerk van nationale autoriteiten of instanties die verantwoordelijk zijn voor de evaluatie van gezondheidstechnologie, Pb. L 27.06.2013, afl. 175, 71.

49. COM(2013) 44 van 03.02.2014.

Het gebruik van de verordeningen kan afnemen doordat patiënten wensen te worden behandeld door een private zorgverstrekker die niet in de regeling van de verordeningen is opgenomen. Omgekeerd kan er een toename zijn in het gebruik van de verordeningen aangezien de dekking krachtens de verordeningen financieel gunstiger kan zijn. De Commissie komt evenwel tot de bevinding dat het nog te vroeg is om uit te maken of deze substitutie-effecten zich inderdaad hebben voorgedaan. Wel constateert de Commissie dat de beschikbare gegevens er op duiden dat relatief weinig verzoeken om voorafgaande toestemming in het kader van Verordening 883/2004 werden ingediend en dat zij in hoge mate worden toegewezen. Voor België zou het in de jaren 2006 tot 2008 om iets meer dan 1.000 toestemmingen gaan, waarbij telkens meer dan 80 % van de verzoeken werden toegekend. Met het oog op de volgende verslagen vraagt de Commissie dan ook aan de lidstaten om meer gedetailleerde gegevens bij te houden van de toepassing van de mogelijkheden van grensoverschrijdende zorg door patiënten op grond van respectievelijk Verordening 883/2004 en Richtlijn 2011/24.

## 5. Besluit

Het recht van patiënten op geplande grensoverschrijdende zorg op grond van het Europees Unierecht heeft sinds de arresten van het Hof van Justitie in de zaken Kohll en Decker een hele evolutie ondergaan. Het Hof heeft dit recht geplaatst binnen de juridische context van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten (en van goederen) waardoor de beperkingen op de ten laste neming van grensoverschrijdende zorg onderworpen werden aan de beginselen van dit vrij verkeer. Deze rechtspraak die het Hof verder heeft gepreciseerd in latere arresten heeft op de eerste plaats een invloed gehad op de bepalingen in Verordening 883/2004 zelf. Hierin blijft het beginsel van voorafgaande toestemming voor geplande grensoverschrijdende zorg gehandhaafd. Maar het werd onderworpen aan een medisch criterium, dat wil zeggen dat de toestemming niet kan geweigerd worden indien de medische situatie van betrokkene van die aard is dat in het woonland de noodzakelijke behandeling niet binnen een medisch verantwoorde termijn kan gegeven worden. Bovendien verplichten de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten deze lidstaat ook om voor een behandeling in een andere lidstaat waarvoor toestemming is verleend (of zou moeten zijn verleend) minstens het bedrag terug te betalen dat zou zijn terugbetaald indien de behandeling in eigen land zou zijn gegeven.

Maar het belangrijkste gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justitie is dat naast deze verordeningsmethode, er ook een verdragsmethode is ontstaan. Deze verleent op zich bijkomende mogelijkheden voor verzekerde patiënten om gebruik te maken van grensoverschrijdende zorg. Volgens deze methode kan er in beginsel geen voorafgaande toestemming worden gevraagd, tenzij het gaat om intramurale zorg of om zorg waarvoor zware medische infrastructuur nodig is. Bovendien is deze verdragsmethode ook van toepassing op behandelingen die gegeven werden door een zorgverlener die in zijn lidstaat buiten de wettelijke ziekteverzekering valt en zuiver privé is. Wel moet in deze verdragsmethode de patiënt zelf eerst de volledige factuur betalen en heeft hij of zij nadien enkel recht op terugbetaling volgens de tarieven die gelden in het land van verzekering. Deze verdragsmethode werd ondertussen omgezet in een richtlijn die meer gedetailleerd ingaat op de rechten van patiënten en de mogelijkheden en verplichtingen van de lidstaten.

De toekomst zal uitwijzen of deze nieuwe instrumenten zullen leiden tot meer geplande grensoverschrijdende zorg. De eerste aanwijzingen spreken eerder van een beperkt gebruik van de mogelijkheden die zowel Verordening 883/2004 als Richtlijn 2011/24 bieden. De hindernissen om gebruik te maken van grensoverschrijdende zorg mogen nu wel juridisch beperkt en omschreven zijn, in de praktijk is het voor veel patiënten niet vanzelfsprekend om een beroep te doen op behandelingen in een andere lidstaat. Hierbij oefenen elementen zoals de taal, het gebrek aan vertrouwdheid met het gezondheidszorgstelsel van een andere lidstaat, de nabijheid van familie en wellicht nog andere redenen een remmende invloed uit op de beslissing van patiënten om naar een andere lidstaat te gaan. Deze belemmeringen zijn wellicht groter dan de zuiver juridische en administratieve hindernissen.

Een ding is zeker: via de evolutie van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de goedkeuring van de patiëntenrichtlijn die zich niet alleen beperkt tot het regelen van de grensoverschrijdende zorg maar ook een belangrijke aanzet is tot een nauwere samenwerking tussen de lidstaten met betrekking tot de organisatie van de gezondheidszorg en zelfs van een Europees beleid ter zake, is het meer dan ooit duidelijk geworden dat het beleid inzake gezondheidszorg geen exclusieve aangelegenheid van de lidstaten meer is.

# V. Toegang tot en terugbetaling van medisch noodzakelijke geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf en geplande geneeskundige zorg in de Europese Economische Ruimte en Zwitserland voor Belgische verzekerden

Door Chris SEGAERT, RIZIV, Dienst voor geneeskundige verzorging  
Adviseur – expert internationale ziekteverzekering

## 1. Inleiding

Het vrij verkeer van werknemers, in de praktijk verruimd tot alle personen, is één van de basisbeginselen waarop de Europese Unie is gegrondvest. Op grond van artikel 42 van het EG-Verdrag, thans artikel 48 van het Verdrag tot werking van de Europese Unie (hierna: "VWEU") zijn belangrijke maatregelen genomen ter regeling van de sociale zekerheid die noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrij verkeer van personen.

Verordening (EG) 883/2004<sup>1</sup> en Verordening (EG) 987/2009<sup>2</sup> vormen de belangrijkste rechtsinstrumenten inzake grensoverschrijdende toegang tot de gezondheidszorg. Deze verordeningen voeren een aantal regels in die de mobiliteit van de verzekerde (patiënt) mogelijk moet maken. Het recht op geneeskundige verstrekkingen is in principe territoriaal gebonden, en er kunnen zich verschillende situaties voordoen waarbij men geneeskundige verzorging in het buitenland nodig heeft of wenst, waaronder geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat<sup>3</sup> of geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat.

De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna : het Hof) heeft, gebaseerd op het principe van het vrij verkeer van diensten (en goederen)<sup>4</sup>, een parallelle procedure doen ontstaan op grond waarvan geplande zorg in een andere lidstaat ook buiten het kader van de verordeningen mogelijk moet zijn met of zonder voorafgaande toestemming. Bijgevolg bestaan nu binnen de Europese Unie, en bij uitbreiding de Europese Economische Ruimte, twee systemen voor de tenlasteneming van de kosten voor geneeskundige zorg van een patiënt in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat<sup>5</sup>:

- (i) enerzijds, het systeem van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 dat onder bepaalde voorwaarden de vergoeding garandeert van de kosten voor geneeskundige verzorging ten laste van de bevoegde lidstaat volgens de tarieven vastgesteld door de wetgeving van de lidstaat waar de behandeling is verleend (= "*alsof men verzekerd is in het land van verstrekking*")

1. Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29.04.2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, PBEU L 200 van 07.06.2004 (hierna: "Verordening (EG) 883/2004").  
2. Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16.09.2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, PBEU L 284 van 30.10.2009 (hierna : "Verordening (EG) 987/2009").  
3. Wanneer in deze bijdrage het begrip "lidstaat" wordt gebruikt, en met dien verstande dat het gaat om situaties waarin België de lidstaat is die verantwoordelijk is voor de tenlasteneming van de kosten van geneeskundige zorg in een andere lidstaat, dan dient daaronder verstaan te worden een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte of Zwitserland.  
4. Huidig art. 56 van het VWEU.  
5. Voor een definitie van "bevoegde lidstaat", zie verder punt 4.4.

(ii) anderzijds, het systeem dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof en gebaseerd is op het principe van het vrij verkeer van diensten (en goederen) zoals vastgelegd in het VWEU en dat de vergoeding van de kosten voor geneeskundige verzorging garandeert volgens de tarieven vastgesteld door de wetgeving van de lidstaat waar de patiënt sociaal verzekerd is (= *“als of men behandeld werd in het bevoegde land”*).

Deze rechtspraak van het Hof is de aanleiding geweest voor de goedkeuring van Richtlijn 2011/24/EU<sup>6</sup>, met dien verstande dat deze richtlijn ook van toepassing is op geneeskundige verzorging gedurende een tijdelijk verblijf (niet-geplande zorg) in een andere lidstaat.

Voor meer toelichtingen over de betekenis van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en de rechtspraak van het Hof verwijzen we naar de bijdrage van prof. Herwig Verschueren.

Wij zullen in deze bijdrage eerst ingaan op het omzettingsproces in België, en beperken ons daarbij tot de maatregelen die onder de bevoegdheid van het RIZIV vallen en in het bijzonder met betrekking tot de omzetting van de artikelen 7, 8 en 9 van Richtlijn 2011/24/EU. Na een korte schets van de Belgische reglementering op het gebied van de terugbetaling van geneeskundige zorg die in het buitenland werd ontvangen, volgen een aantal algemene opmerkingen betreffende de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2004, enerzijds, en de Richtlijn 2011/24/EU, anderzijds. Daarna zullen we ingaan op de toegang tot en de terugbetaling van geneeskundige verzorging in een andere lidstaat voor Belgische verzekerden op basis van de verordeningen en de richtlijn ; we hebben daarbij aandacht voor zowel de geneeskundige verzorging gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat, als geplande geneeskundige zorg.

De tegemoetkoming in de kosten van grensoverschrijdende gezondheidszorg in een andere lidstaat in een aantal bijzondere situaties<sup>7</sup>, alsook de tegemoetkoming van het Bijzonder Solidariteitsfonds in het raam van in het buitenland verleende geneeskundige verzorging op grond van artikel 25<sup>sexies</sup> van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994<sup>8</sup> laten we in deze bijdrage buiten beschouwing.

In het kader van de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU werden nog andere maatregelen genomen, zoals de maatregel die de non-discriminatie op het gebied van de prijszetting moet waarborgen (art. 4, lid 4)<sup>9</sup>, of de oprichting van een Nationaal Contactpunt voor grensoverschrijdende zorg (art. 6)<sup>10</sup> of maatregelen die waarborgen dat voorschriften voor geneesmiddelen en medische hulpmiddelen die in een andere lidstaat zijn verstrekt, in een grensoverschrijdende situatie kunnen worden gebruikt (art. 11, lid 1)<sup>11</sup>. Deze maatregelen laten we in deze bijdrage eveneens buiten beschouwing.

## 2. De omzetting van Richtlijn 2011/24/EU in Belgisch recht

Richtlijn 2011/24/EU, die op 24 april 2011 in werking is getreden, moest door de lidstaten van de Europese Unie tegen 25 oktober 2013 in nationaal recht omgezet worden.

6. Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 09.03.2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, PBEU L 88 van 04.04.2011 (hierna: “Richtlijn 2011/24/EU” of “richtlijn”).

7. We verwijzen hierbij onder meer naar de bijzondere akkoorden die de grensoverschrijdende toegang tot geneeskundige verstrekkingen vereenvoudigen en door het Verzekeringscomité zijn goedgekeurd krachtens art. 136, § 1, 2<sup>o</sup> lid, onder c), van de gecoördineerde wet van 14.07.1994. In het kader van deze bijzondere akkoorden wordt een voorafgaande toestemming meestal verleend op basis van een versoepelde procedure; afhankelijk van het samenwerkingsakkoord is de voorafgaande toestemming veelal een louter administratieve toestemming en wordt ze automatisch verleend. De verzekeringsinstelling zal in deze gevallen niet nagaan of de voorwaarden voorzien in art. 20 van Verordening (EG) 883/2004 zijn voldaan, bijv. de IZOM-samenwerkingsakkoorden of de diverse ZOAST-regelingen in de Belgisch-Franse grensstreek.

8. Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994 (hierna : “wet GVU”).

9. Art. 4 en 5 van de Wet van 19.03.2013 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, B.S. van 29.03.2013, 2<sup>e</sup> ed., p. 20182.

10. Protocolakkoord van 24.06.2013 tussen de Federale regering en de in art. 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet bedoelde overheden inzake de organisatie en financiering van een nationaal contactpunt grensoverschrijdende gezondheidszorg, B.S. van 24.07.2013, 2e ed., p. 46783.

11. Art. 116 van de Wet van 10.04.2014 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, B.S. van 30.04.2014, p. 35442; K.B. van 10.06.2014 tot wijziging van het K.B. van 10.08.2005 houdende vaststelling van de modaliteiten inzake het voorschrift voor menselijk gebruik, B.S. van 20.06.2014, 4<sup>e</sup> ed., p. 47196.



Vooraleer in te gaan op de omzetting van de richtlijn in nationaal recht, willen we opmerken dat België reeds in augustus 1998, dus relatief kort na de arresten in de zaken Kohll en Decker<sup>12</sup>, maatregelen heeft genomen om de inhoud van deze arresten te respecteren. Zo zijn door het RIZIV verschillende omzendbrieven opgesteld met toelichtingen over de toegang tot en vergoeding van geplande geneeskundige verzorging in een andere lidstaat<sup>13</sup>.

Op 4 mei 2011 vond op initiatief van de Beleidscel van de heer Olivier Chastel, toenmalig Minister van Ontwikkelingssamenwerking, belast met Europese zaken, een eerste overlegvergadering plaats waarop alle betrokken partijen (federaal en deelentiteiten) waren uitgenodigd. De FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu werd als *piloot* voor de omzetting van de richtlijn aangewezen, met het RIZIV als *co-piloot* voor de omzetting van de artikelen 7, 8 en 9, van de richtlijn die betrekking hebben op de terugbetaling van grensoverschrijdende geneeskundige zorg en de problematiek van de voorafgaande toestemming.

Alle betrokken partijen (federaal en deelentiteiten) kwamen overeen de reglementering in kaart te brengen waarop Richtlijn 2011/24/EU van invloed zou kunnen zijn (screenen van de reglementering om na te gaan welke reglementering dient aangepast te worden), de maatregelen op te lijsten die genomen dienen te worden voor omzetting van de richtlijn (aanpassing van bestaande wetgeving, nieuwe wetgeving), en een kalender voor te stellen voor de omzetting van de richtlijn in ons nationaal recht.

De resultaten van deze oefening werden midden september 2011 besproken tijdens een overleg met alle betrokken partijen. Daar bleek dat het nemen van omzettingsmaatregelen bijna uitsluitend een taak voor de federale overheid was.

Binnen het RIZIV werd een werkgroep *ad hoc* "Omzetting Richtlijn 2011/24/EU" opgericht die was samengesteld uit vertegenwoordigers van de Dienst voor geneeskundige verzorging van het RIZIV, de verzekeringsinstellingen, de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu, de FOD Sociale Zekerheid, het Fonds voor Arbeidsongevallen en het Fonds voor Beroepsziekten<sup>14</sup>. De werkgroep had, rekening houdende met het "Belgische overlegmodel", tot doel een consensus te bereiken over de maatregelen tot omzetting van de artikelen 7, 8 en 9 van de richtlijn in de Belgische reglementering, enerzijds, en praktische afspraken te maken over de interpretatie en toepassing van de richtlijn en de verhouding tussen de Richtlijn 2011/24/EU en de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 anderzijds. De werkgroep is een eerste keer bijeengekomen in oktober 2012 en heeft haar werkzaamheden beëindigd in februari 2014, met een frequentie van gemiddeld één vergadering per maand.

De belangrijkste resultaten van de werkgroep zijn :

- (i) een ontwerp van Koninklijk besluit<sup>15</sup> waarbij artikel 294 van het Koninklijk besluit van 4 juli 1996<sup>16</sup> als volgt werd gewijzigd:
  - a) § 1, wordt aangevuld met een :
    - 12° betreffende de terugbetaling van geneeskundige verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat van de Europese Unie / Europese Economische Ruimte
    - 13° betreffende de terugbetaling van geplande geneeskundige verstrekkingen die geen voorafgaande toestemming vereisen<sup>17</sup>

12. HvJ 28.04.1998, zaak C-158/96, Kohll en HvJ 28.04.1998, zaak C-120/95, Decker.

13. Omzendbrief V.I. nr. 98/258 van 05.08., zoals laatstelijk gewijzigd bij Omzendbrief V.I. nr. 2011/272 van 30.06.2011.

14. Het Fonds voor Arbeidsongevallen en het Fonds voor Beroepsziekten namen deel aan deze werkgroep omdat de Richtlijn 2011/24/EU ook van toepassing is op grensoverschrijdende geneeskundige verstrekkingen die worden verleend naar aanleiding van een arbeidsongeval of een beroepsziekte.

15. K.B. van 18.10.2013 tot wijziging van het K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet GVU, wat de buitenlands verleende verstrekkingen betreft, B.S. 24.10.2013, p. 75768 en het erratum, B.S. van 29.10.2013 (Ed. 2), p. 82846.

16. K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet GVU (hierna: "K.B. van 03.07.1996").

17. Deze categorie van geneeskundige verstrekkingen kwamen reeds voor de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU in Belgisch recht in aanmerking voor een tegemoetkoming in de gemaakte kosten op grond van het zogenaamde "Kohll & Decker"-principe. Zie ook noot 13.

- o 14° betreffende de terugbetaling van geplande geneeskundige verstrekkingen die een voorafgaande toestemming vereisen. Hierbij wordt bepaald welke categorieën van geneeskundige verstrekkingen onderworpen blijven aan een voorafgaande toestemming<sup>18</sup>, de situaties waarin een voorafgaande toestemming niet mag geweigerd worden, en de redenen voor de weigering van een voorafgaande toestemming
- b) ingevolge de toevoeging van een 12° wordt het territoriaal toepassingsgebied van § 1, 3°, (dringende ziekenhuisopname gedurende een tijdelijk verblijf in het buitenland) beperkt tot de landen die niet behoren tot de Europese Unie / Europese Economische Ruimte om overlappingsen te vermijden
- c) de toevoeging van een nieuwe § 1/1 die bepaalt dat de voorafgaande toestemming niet kan worden uitgereikt voor geneeskundige verstrekkingen die niet door verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging worden vergoed of waarvoor de voorwaarden voor vergoeding niet zijn vervuld
- d) § 2, eerste lid, wordt aangevuld met een bepaling die stelt dat de rechthebbende het bewijs dient te leveren dat hij de factuur al betaald heeft op het moment van de aanvraag tot terugbetaling van de gemaakte kosten
- e) § 2, wordt aangevuld met een vierde lid dat bepaalt dat de vergoeding van de geneeskundige verstrekkingen nooit hoger mag zijn dan het bedrag van de werkelijk gemaakte kosten
- f) de toevoeging van een nieuwe § 2/1 die de procedure voor het aanvragen van een voorafgaande toestemming voor geneeskundige zorg in het buitenland vastlegt
- g) de toevoeging van een nieuwe § 2/2 die bepaalt dat de adviserend geneesheer binnen de 45 kalenderdagen dient te antwoorden op een aanvraag voor een voorafgaande toestemming waarbij hij rekening dient te houden met individuele omstandigheden die een beslissing bij dringendheid vereisen; de mogelijke beslissingen die hij kan nemen; een bepaling betreffende de opschorting van de antwoordtermijn; alsook een bepaling dat bij ontstentenis van antwoord binnen de gestelde termijn de voorafgaande toestemming geacht wordt verleend te zijn
- (ii) een ontwerp tot aanpassing van het ministerieel besluit van 5 juni 1990 tot vaststelling van de tegemoetkoming van de verplichte verzekering in de verpleegdagprijs in geval van opname in een ziekenhuis in het buitenland<sup>19</sup>. De aanpassing houdt in dat de tegemoetkoming van de verplichte verzekering van de geneeskundige verzorging in de verpleegdagprijs bij een ziekenhuisopname in het buitenland ook kan worden toegekend :
  - a) in geval van een ziekenhuisopname waarvoor de adviserend geneesheer een voorafgaande toestemming heeft afgeleverd
  - b) aan een rechthebbende wanneer die in een ziekenhuis wordt opgenomen in een land waarmee België verbonden is door een instrument van de internationale rechtsorde maar de bepalingen niet op hem van toepassing zijn (bijv. een Belgisch verzekerde wordt gedurende een tijdelijk verblijf in Spanje in een privé-ziekenhuis opgenomen)

18. België heeft in haar wetgeving alle situaties voorzien waarin een voorafgaande toestemming mag opgelegd worden, zoals voorzien in art. 8, lid 2, van Richtlijn 2011/24/EU.

19. M.B. van 18.10.2013 tot wijziging van het M.B. van 05.06.1990 tot vaststelling van de tegemoetkoming van de verplichte verzekering in de verpleegdagprijs in geval van opname in een ziekenhuis in het buitenland, B.S. van 24.10.2013, p. 75771 en het erratum, B.S. van 20.11.2013 (Ed. 2), p. 86214.

- (iii) de vaststelling van de lijst van geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist is krachtens artikel 294, § 1, 14°, tweede lid, onder a), van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996<sup>20</sup>. Deze lijst werd, in afwachting van de officiële vaststelling per ministerieel besluit<sup>21</sup>, bekendgemaakt bij Omzendbrief VI nr. 2013/352 van 30 oktober 2013<sup>22</sup> alsook bekendgemaakt op de website van het RIZIV<sup>23</sup>
- (iv) een nota met toelichtingen betreffende de toegang tot en terugbetaling van geneeskundige verstrekkingen verleend in een andere lidstaat, zowel gedurende een tijdelijk verblijf als in geval van geplande geneeskundige zorg, naar aanleiding van de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU. Deze nota bevat onder meer toelichtingen over de toekenning van de “aanvullende vergoeding Vanbraekel” en de “aanvullende vergoeding Herrera”, praktische richtsnoeren voor de toekenning van een vergoeding in het kader van artikel 294 van het Koninklijk besluit, afspraken over gegevensregistratie met betrekking tot grensoverschrijdende gezondheidszorg, ... Deze nota vormt de basis voor een Omzendbrief VI die in hoofdzaak toelichtingen bevat over de praktische toepassing van en de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en Richtlijn 2011/24/EU op gebied van geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat, enerzijds, en geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg, anderzijds.<sup>24</sup>

De omzetting, en toepassing, van Richtlijn 2011/24/EU is een zeer belangrijk dossier voor de Europese Commissie, en meer bepaald DG Sanco (hierna : COM). Dit blijkt uit feit dat de COM actief betrokken was bij de omzetting van deze richtlijn door de EU-lidstaten. Zo gaf de COM reeds vlug te kennen dat zij de lidstaten wilde helpen om de naleving van de omzettingstermijn van 30 maanden te vergemakkelijken en de lidstaten wilde begeleiden en de nodige bijstand verlenen. De COM heeft daarbij alle EU-lidstaten bezocht. Het bezoek van de COM aan België vond plaats op 17 oktober 2011. Nu de termijn voor de omzetting van de Richtlijn 2011/24/EU in nationaal recht is verstreken, volgt de COM van zeer nabij de correcte omzetting van richtlijn door de lidstaten in hun nationaal recht op ...

### 3. Het Belgisch wettelijk kader voor de terugbetaling van grensoverschrijdende gezondheidszorg

Vooraleer in te gaan op de regelgeving die van toepassing is op de verzekerde van de Belgische verplichte ziekteverzekering op het gebied van zowel de geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat als geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat, lijkt het aangewezen om heel kort de Belgische reglementering op het gebied van grensoverschrijdende gezondheidszorg toe te lichten.

20. Art. 8, lid 2, onder a), van Richtlijn 2011/24/EU.

21. M.B. van 24.06.2014 tot vaststelling van de lijst van geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist is krachtens art. 294, § 1, 14°, 2<sup>de</sup> lid, onder a), van het K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet GVU, B.S. van 22.07.2014, p. 54874 (hierna : “M.B. 24.06.2014”).

22. De Raad van State was in haar advies 54.043/2 van 23.09.2013 over het ontwerp van K.B. “tot wijziging van het K.B. van 03.07.1996 tot uitvoering van de wet GVU, wat de buitenlands verleende verstrekkingen betreft”, van oordeel dat het de bevoegdheid van de Minister is om de lijst met de geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist blijft, vast te stellen. Aangezien Richtlijn 2011/24/EU uiterlijk op 25.10.2013 in nationaal recht diende omgezet te zijn, ontbrak de tijd om het wetgevend traject voor de goedkeuring en publicatie van een M.B. nog voor die datum af te ronden. Daarom werd de lijst met de geneeskundige verstrekkingen die onderworpen blijven aan de voorafgaande toestemming krachtens art. 294, § 1, 2<sup>de</sup> lid, onder a), van het K.B. van 03.07.1996, die de principiële goedkeuring van de Minister had gekregen, bij Omzendbrief V.I. bekendgemaakt in afwachting van de officiële vaststelling lijst per ministerieel besluit. Deze werkwijze maakt dat :

- wordt tegemoet gekomen aan de geest van de opmerking van de Raad van State
- de lijst met de geneeskundige verstrekkingen die onderworpen blijven aan de voorafgaande toestemming, aan de Europese Commissie kan worden meegedeeld (in overeenstemming met art. 8, lid 2, van Richtlijn 2011/24/EU)
- de lijst van geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist blijft, kon bekendgemaakt worden met het oog op een correcte toepassing van de nieuwe reglementering door de verzekeringsinstellingen, enerzijds, en teneinde de rechthebbenden van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen te informeren om hen in staat te stellen gebruik te maken van hun rechten op grensoverschrijdende gezondheidszorg, anderzijds.

23. <http://riziv.fgov.be/citizen/nl/medical-cost/list-health-prior-authorization/index.htm>.

24. Bij het afsluiten van deze bijdrage was deze Omzendbrief V.I. nog niet bekendgemaakt.

Artikel 136 van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 bepaalt dat de prestaties van de verzekering voor geneeskundige verzorging in principe geweigerd worden als de geneeskundige verstrekkingen buiten het Belgisch grondgebied zijn verleend. De verzekeringstegemoetkoming kan evenwel worden toegekend:

- in toepassing van de internationale rechtsorde, zoals bijvoorbeeld Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009<sup>25</sup>
- in toepassing van artikel 294 van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996<sup>26</sup>
- onder de voorwaarden die zijn vastgesteld in bijzondere akkoorden die de grensoverschrijdende toegang tot geneeskundige verstrekkingen vereenvoudigen en goedgekeurd zijn door het Verzekeringscomité<sup>27</sup>.

Verder is er ook nog artikel 25<sup>sexies</sup> van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 dat sedert 7 maart 2014 grondig is gewijzigd <sup>28</sup>. Deze wijziging laat toe dat het Bijzonder Solidariteitsfonds, indien een verzekerde ingevolge zijn gezondheidstoestand verzorging nodig heeft die in het buitenland moet worden verleend, in bepaalde gevallen kan tegemoetkomen :

- in de kosten van de verzorging die in het buitenland is verleend en door de Belgische verplichte ziekteverzekering niet wordt vergoed, en
- in de reis- en verblijfkosten voor de rechthebbende, en in voorkomend geval, voor de persoon die hem begeleidt<sup>29</sup>.

Deze hierboven vermelde bijzondere akkoorden<sup>30</sup> en de tegemoetkomingen in het kader van het Bijzonder Solidariteitsfonds laten we, zoals vermeld, buiten beschouwing.

## 4. Algemene toelichtingen betreffende de verhouding tussen de Richtlijn 2011/24/EU en de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009

### a. Materiële werkingssfeer

Zowel de Richtlijn 2011/24/EU als de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 hebben betrekking op de terugbetaling van geneeskundige verstrekkingen die in een andere lidstaat worden verleend dan de lidstaat die de financiële kost van deze verstrekkingen ten laste dient te nemen. We dienen evenwel vast te stellen dat het begrip “geneeskundige verstrekkingen” in beide rechtsinstrumenten niet identiek is. Ik verwijs hierbij naar de bijdrage van prof. Herwig Verschueren.

25. Art. 136, § 1, van de wet G.V.U.

26. Art. 136, § 1, 2<sup>de</sup> alinea, onder a) van de wet G.V.U.

27. Art. 136, § 1, 2<sup>de</sup> lid, onder c), van de wet G.V.U.

28. Art. 24 van de wet van 07.02.2014 houdende diverse bepalingen inzake de toegankelijkheid van de gezondheidszorg, B.S. van 24.02.2014, 2<sup>e</sup> ed., p. 15445.

29. <http://riziv.fgov.be/care/nl/infos/solidarity/index.htm>.

30. Zie noot 7.

Richtlijn 2011/24/EU maakt geen onderscheid tussen geplande geneeskundige verstrekkingen en niet-geplande geneeskundige verstrekkingen en is bijgevolg van toepassing op beide categorieën van geneeskundige verstrekkingen.

Richtlijn 2011/24/EU maakt evenmin onderscheid of de geneeskundige verstrekkingen worden verleend naar aanleiding van ziekte of naar aanleiding van een arbeidsongeval of een beroepsziekte.


Tot slot dient er nog op gewezen te worden dat Richtlijn 2011/24/EU van toepassing is op alle zorgverleners, die gemachtigd zijn om werkzaamheden in de gezondheidszorg uit te oefenen volgens de wetgeving van de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt, ongeacht of zij werkzaam binnen het publiek gezondheidszorgstelsel van een lidstaat of niet (= privé-zorgverleners). De richtlijn verplicht een lidstaat evenwel niet om geneeskundige verstrekkingen, die in eigen land door privé-zorgverleners worden verleend, terug te betalen indien de wettelijke ziektekostenregeling niet in een vergoeding van die kosten voorziet<sup>31</sup>.

## b. Personele werkingssfeer

De Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 zijn van toepassing op onderdanen van de Europese Unie, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen of Zwitserland die in een van deze landen verzekerd zijn of waren, en hun gezinsleden, alsook op staatlozen of vluchtelingen die in een van deze landen verblijven en er verzekerd zijn of waren, en hun gezinsleden<sup>32</sup>. Ook onderdanen van niet EU-landen die legaal op het grondgebied van de Europese Unie wonen en zich naar een ander EU-land begeven, en hun gezinsleden, kunnen zich beroepen op de verordeningen<sup>33 34</sup>.

Richtlijn 2011/24/EU verwijst, voor wat betreft de personele werkingssfeer naar de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009<sup>35</sup>. De situatie van onderdanen van derde landen vereist evenwel onze bijzondere aandacht. Voor wat België betreft, is het niet vereist dat onderdanen van derde landen op het grondgebied van België, en bij uitbreiding van een andere lidstaat, wonen om zich te kunnen beroepen op de bepalingen van Richtlijn 2011/24/EU voor een tegemoetkoming in de kosten van geneeskundige verstrekkingen verleend in een andere lidstaat omdat de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging geen woonplaatsvereiste oplegt aan de rechthebbende (behoudens een aantal uitzonderingen). Voor wat betreft het persoonlijk toepassingsgebied geldt dat de bepalingen van artikel 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 van toepassing zijn op alle rechthebbenden van de verplichte ziekteverzekering, ongeacht hun woonplaats.

Voor een goed begrip zullen we dit verschil tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en de Richtlijn 2011/24/EU illustreren met volgende voorbeelden.

 1. Een verzekerde van de Belgische wetgeving met de Marokkaanse nationaliteit en woonachtig in Frankrijk waar hij recht heeft op geneeskundige zorg ten laste van België, kan zich beroepen op zowel de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 als op Richtlijn 2011/24/EU voor geplande geneeskundige verstrekkingen in Italië.

2. Een gepensioneerde van de Belgische wetgeving met de Marokkaanse nationaliteit en woonachtig in Marokko kan zich niet beroepen op de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 voor geplande geneeskundige verstrekkingen in Italië (= geen recht op een document S2). Hij kan zich wel beroepen op artikel 294, § 1, 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 voor geplande geneeskundige verstrekkingen in Italië (= document *ad hoc*).

31. Art. 1, lid 4, van Richtlijn 2011/24/EU.

32. Art. 2 van Verordening (EG) 883/2004.

33. Verordening (EU) nr. 1231/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24.11.2010 tot uitbreiding van Verordening (EG) nr. 883/2004 en Verordening (EG) nr. 987/2009 tot onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze verordeningen vallen, PBEU L 344 van 29.12.2010.

34. Voor meer gedetailleerde toelichtingen betreffende de personele werkingssfeer van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, zie Omzendbrief V.I. nr. 2013/243 van 12.07.2013.

35. Art. 3, onder b), van Richtlijn 2011/24/EU.

### c. Geografische werkingssfeer

De Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 zijn van toepassing op de lidstaten van de Europese Unie, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen of Zwitserland, alsook op een aantal overzeese gebieden (maar niet allemaal)<sup>36</sup>.

Richtlijn 2011/24/EU is van toepassing op alle lidstaten van de Europese Unie, alsook op een aantal overzeese gebieden (maar niet allemaal)<sup>37</sup>. Desalniettemin mogen de verzekeringsinstellingen het artikel 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 bij uitbreiding ook toepassen in de relaties met die overzeese gebieden waarop de richtlijn strikt genomen niet van toepassing is<sup>38</sup>.

Richtlijn 2011/24/EU is op dit moment nog niet van toepassing in de relaties met IJsland, Liechtenstein en Noorwegen. Maar, aangezien de rechtspraak van het Hof, die aanleiding heeft gegeven tot de goedkeuring van de richtlijn, ook van toepassing is op IJsland, Liechtenstein en Noorwegen<sup>39</sup> heeft België beslist om de geografische werkingssfeer van artikel 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 al uit te breiden tot deze drie landen.


Noch Richtlijn 2011/24/EU, noch de rechtspraak van het Hof die er aan de basis van ligt, zijn van toepassing in de relaties met Zwitserland. Met het doel om de geografische werkingssfeer van de richtlijn en de verordeningen zo veel mogelijk te stroomlijnen, heeft België beslist dat artikel 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 ook van toepassing is in de relaties met Zwitserland<sup>40</sup>.

### d. Lidstaat van aansluiting versus bevoegde lidstaat

De Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, enerzijds, en Richtlijn 2011/24/EU, anderzijds, hanteren elk hun eigen definitie voor de lidstaat die de financiële kost van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen dient ten laste te nemen.

In het kader van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 wordt onder "*bevoegde lidstaat*" verstaan de lidstaat waar zich het bevoegde orgaan bevindt dat de financiële kost van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen ten laste dient te nemen. In principe is dit de lidstaat waar een persoon ziektekostenverzekerd is, maar met betrekking tot geplande geneeskundige zorg verwijst de term "*bevoegde lidstaat*" naar :

- (i) de lidstaat waar de verzekerde ziektekostenverzekerd is in het geval hij in die lidstaat woont of in een lidstaat die koos voor een terugbetaling op basis van werkelijke kosten (integrale terugbetaling);

 3. De heer Chevalier die in België werkt en woont, heeft recht op geneeskundige zorg ten laste van België. Hij dient een chirurgische ingreep – met minimum één overnachting – te ondergaan en heeft daarbij gekozen voor een universitair ziekenhuis in Parijs (werkzaam in het publiek gezondheidszorgstelsel). Hij dient een aanvraag voor een voorafgaande toestemming (document S2) in bij de adviserend geneesheer van zijn Belgische ziekenfonds. België, in de praktijk het Belgische ziekenfonds, is de bevoegde lidstaat voor de afgifte van de voorafgaande toestemming.

36. Voor meer gedetailleerde toelichtingen betreffende de geografische werkingssfeer van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, zie Omzendbrief V.I. nr. 2013/243 van 12.07.2013.

37. De COM heeft nog niet geantwoord op de vraag (van België) naar verduidelijking over de geografische werkingssfeer van Richtlijn 2011/24/EU.

38. Art. 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het K.B. van 03.07.1996 verwijst naar "een andere lidstaat van de Europese Unie" zonder uitsluiting van een aantal overzeese gebieden.

39. Op grond van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, PBEU L 1 van 03.01.1994.

40. Zie noot 24. De toepassing van de rechtspraak van het Hof in de relaties met Zwitserland is evenwel niet nieuw: sedert 27.06.2011 kunnen V.I. reeds een tegemoetkoming toekennen in het kader van de zogenaamde "procedure Kohll-Decker" in de relaties met Zwitserland, zie Omzendbrief V.I. nr. 2011/272 van 30.06.2011.

- (ii) woonland in het geval dat (a) de gepensioneerde verzekerde of zijn gezinsleden in een lidstaat wonen (een andere staat dan het land van aansluiting) of (b) de gezinsleden van een werknemer die in een andere lidstaat dan de titularis wonen, voor zover het woonland voor deze categorieën van sociaal verzekerden voor het systeem van terugbetaling op basis van vaste bedragen heeft gekozen<sup>41</sup>.

➤ 4. De heer Chevalier, gepensionerd, woont in Spanje (vermeld op bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009) waar hij recht heeft op geneeskundige zorg ten laste van België. Hij dient een chirurgische ingreep – met minimum één overnachting – te ondergaan en heeft daarbij gekozen voor een universitair ziekenhuis in Parijs (werkzaam in het publiek gezondheidszorgstelsel). Hij dient een aanvraag voor een voorafgaande toestemming (document S2) in bij de verzekeringsinstelling van zijn woonplaats. Spanje, in de praktijk de Spaanse verzekeringsinstelling van de woonplaats van de heer Chevalier, is de bevoegde lidstaat voor de afgifte van de voorafgaande toestemming.

Richtlijn 2011/24/EU merkt de lidstaat die de financiële kost van de in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen ten laste dient te nemen aan als “*lidstaat van aansluiting*” en daaronder dient verstaan te worden de lidstaat :

- die bevoegd is voor het verlenen van een voorafgaande toestemming (document S2) voor geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat in het kader van Verordening (EG) 883/2004, dan wel Verordening (EEG) 1408/71 in samenhang met Verordening (EG) 859/2003, en de hieraan verbonden financiële verplichtingen
- waar de personen, die niet onder de bovenvermelde categorieën behoren, ziektekostenverzekerd zijn.

In BIJLAGE I gaat een overzicht met de aanduiding van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de ten laste neming van de financiële kost van in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen aan verzekerden van de Belgische wetgeving, in het kader van zowel de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 als Richtlijn 2011/24/EU, in de volgende situaties :

- geneeskundige verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden gedurende een tijdelijk verblijf
- geplande geneeskundige zorg, al dan niet met voorafgaande toestemming.

### e. Voorrangregel

De twee systemen voor de tenlasteneming van de kosten voor geneeskundige zorg van een verzekerde in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat dienen coherent te zijn : ofwel zijn de verordeningen van toepassing ofwel is de richtlijn van toepassing.

Op dat gebied bepaalt Richtlijn 2011/24/EU dat de meer voordelige bepalingen van de verordeningen voorrang hebben op deze van de richtlijn, tenzij de patiënt zelf verzoekt om de toepassing van de principes van Richtlijn 2011/24/EU<sup>42</sup>.

41. Art. 26, lid 1, in samenhang met Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009. De volgende landen zijn ingeschreven op deze Bijlage 3 : Ierland, Spanje, Cyprus, Nederland, Portugal, Finland, Zweden, het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen.

42. Art. 8, lid 3 juncto overweging (31) van Richtlijn 2011/24/EU.

## f. “Recht op terugkeer” voor verzekerden van de Belgische wetgeving die in een andere lidstaat wonen

Tot slot dienen we nog op te merken dat alle verzekerden van de Belgische wetgeving, die in hun woonland geneeskundige zorg genieten ten laste van België, het recht hebben om voor alle geneeskundige zorg naar België terug te keren<sup>43</sup>. Zij dienen in het bezit te zijn van een Belgisch elektronisch identiteitsbewijs (bijv. eID), of over een ISI+-kaart<sup>44</sup> of een SIS-kaart te beschikken voor de terugbetaling van de kosten voor geneeskundige zorg die zij in België nodig hebben. De terugbetaling van de kosten van de geneeskundige zorg gebeurt door hun Belgische ziekenfonds tegen de tarieven en vergoedingsvoorwaarden van de Belgische verplichte ziekteverzekering.

## 5. Geneeskundige verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat

Het begrip “tijdelijk verblijf” omvat alle situaties waarbij een verzekerde tijdelijk buiten de bevoegde lidstaat verblijft om niet-medische redenen, zoals bijvoorbeeld een tijdelijk verblijf voor toeristische of professionele redenen of studies.

### a. Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 – de Europese ziekteverzekeringskaart (EZVK)

Wanneer een verzekerde van de Belgische wetgeving tijdelijk buiten België (of zijn woonland) verblijft, dan heeft hij *“... recht op de verstrekkingen welke tijdens het verblijf medisch noodzakelijk worden, met inachtneming van de aard van de verstrekkingen en de verwachte duur van het verblijf. De verstrekkingen worden voor rekening van het bevoegde orgaan verstrekt door het orgaan van de verblijfplaats, volgens de door dit orgaan toegepaste wetgeving, alsof de betrokkenen krachtens die wetgeving verzekerd waren.”*<sup>45</sup>

Om gedurende een tijdelijk verblijf buiten België en/of woonland van onvoorziene geneeskundige zorg te kunnen genieten, moet de verzekerde in het bezit zijn van een EZVK of haar vervangingscertificaat, afgeleverd door zijn Belgisch ziekenfonds. Wanneer voorgelegd aan de zorgverlener of de ziekteverzekeringsinstelling van de lidstaat van verblijf geven deze documenten de verzekerde de mogelijkheid om te genieten van de toegang tot geneeskundige zorg in het kader van het ziekteverzekeringsstelsel (wettelijk stelsel) dat door de lidstaat van verblijf wordt georganiseerd, net alsof hij een sociaal verzekerde van deze lidstaat is.

De EZVK geeft recht op alle verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden geacht door de zorgverleners of organen van de lidstaat van verblijf. Zij nemen de beslissing om de geneeskundige zorg te verstrekken door de aard van de gevraagde verstrekkingen globaal te beoordelen, rekening houdend met de voorziene duur van het verblijf. De EZVK kan met andere woorden worden gebruikt in alle gevallen waarin de zorgverleners van de lidstaat van verblijf van mening zijn dat de medische behandeling niet kan wachten tot de aanvrager weer naar zijn land van aansluiting terugkeert, maar kan in geen geval worden gebruikt als de geneeskundige zorg het doel van de reis is.<sup>46</sup>

43. Art. 18, en art. 27, lid 2, juncto Bijlage IV van Verordening (EG) 883/2004.

44. Vanaf 01.01.2014 worden er geen nieuwe SIS-kaarten meer aangemaakt of uitgereikt. Voor de personen die niet over een elektronisch identiteitsbewijs kunnen beschikken, maar die recht op geneeskundige zorg hebben ten laste van België komt er een nieuwe kaart, de ISI+-kaart. Zie ook <http://www.riziv.fgov.be/citizen/nl/medical-cost/sis/index.htm>.

45. Art. 19 van Verordening (EG) 883/2004.

46. Besluit S1 van 12.06.2009 van de Administratieve Commissie, PBEU C 106 van 24.04.2010.



Daarnaast dekt de EZVK ook geneeskundige zorg die geen strikt onvoorzien karakter heeft, zoals geneeskundige verstrekkingen in verband met zwangerschap en geboorte alsook geneeskundige verstrekkingen in verband met chronische of bestaande aandoeningen. Deze geneeskundige verstrekkingen worden evenwel niet gedekt door de EZVK als de geneeskundige zorg het doel van het verblijf in het buitenland is. Dit geldt eveneens voor *“elke behandeling die van levensbelang is en beschikbaar is in gespecialiseerde medische instellingen en/of instellingen die beschikken over speciale apparatuur en/of gespecialiseerd personeel om te verzekeren dat de behandeling beschikbaar is tijdens het verblijf”* die ook door de EZVK wordt gedekt en op de niet-exhaustieve lijst in bijlage bij Besluit S3<sup>47</sup> is opgenomen, namelijk:

- de nierdialyse
- zuurstoftherapie
- speciale astmabehandelingen
- echocardiografie bij chronische auto-immunziekten
- chemotherapie.

De terugbetaling van de kosten gebeurt in beginsel volgens de regels van de lidstaat waar de geneeskundige zorg werd verleend (verstrekkingenpakket, procedures, tarieven, hoogte van de terugbetaling, hoogte van de eigen bijdrage, ...) voor rekening van België.

Indien de verzekerde niet de nodige stappen heeft ondernomen om terugbetaling te verkrijgen in het land waar de zorg werd verleend en de kosten volledig zelf heeft betaald, dan kan hij achteraf aan zijn Belgisch ziekenfonds terugbetaling vragen van de gemaakte kosten. De verzekerde kan terugbetaling krijgen op de volgende manieren :

- (i) indien het bedrag van de gemaakte kosten de tegenwaarde van 200 EUR niet overschrijdt, kan de vergoeding plaats hebben tegen een gemiddeld vergoedingspercentage van 75 %<sup>48</sup>
- (ii) indien het bedrag van de gemaakte kosten de tegenwaarde van 200 EUR overschrijdt, dient het ziekenfonds :
  - a) of een aanvraag tot tarifiering naar het buitenland op te sturen met het oog op de vergoeding van de kosten tegen het tarief van het land waar de zorg werd verleend,<sup>49</sup>
  - b) of een tegemoetkoming in de gemaakte kosten toe te kennen tegen de tarieven en vergoedingsvoorwaarden van de Belgische verplichte ziekteverzekering op voorwaarde dat de verzekerde ermee akkoord<sup>50</sup>. De vergoeding aan de verzekerde mag het bedrag van de werkelijk gemaakte kosten niet overschrijden.

In dit geval ziet de verzekerde in feite af van zijn recht op terugbetaling tegen de tarieven van de lidstaat van behandeling krachtens de verordeningen en verzoekt hij om terugbetaling tegen de tarieven en vergoedingsvoorwaarden van de Belgische verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging (= de principes van Richtlijn 2011/24/EU zoals omgezet in art. 294, § 1, 12°, van het K.B. van 03.07.1996).

Meer details over de modaliteiten voor het toekennen van een tegemoetkoming in de kosten van geneeskundige verstrekkingen gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat zijn uitgewerkt in Omzendbrief VI nr. 2012/252 van 4 juli 2012<sup>51</sup>.

47. Art. 19, lid 2, van Verordening (EG) 883/2004 juncto Besluit S3 van 12.06.2009 van de Administratieve Commissie, PBEU C 106 van 24.04.2010.

48. Deze vergoedingsmodaliteit beoogt een administratieve vereenvoudiging voor de V.I., enerzijds, en maakt een snelle(re) terugbetaling aan de verzekerde mogelijk, anderzijds.

49. Art. 25, leden 4 en 5, van Verordening (EG) 987/2009.

50. Art. 25, lid 6, van Verordening (EG) 987/2009.

51. Deze omzendbrief dient nog herzien te worden aansluitend op de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU in de Belgische wetgeving.

## b. Artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996

Richtlijn 2011/24/EU is van toepassing op niet-geplande geneeskundige zorg zonder dit begrip evenwel nader te omschrijven. In het kader van de omzetting in de nationale wetgeving heeft België er voor gekozen, met het oog op een zo groot mogelijke eenvormigheid van de beide systemen van tenlasteneming van geneeskundige zorg binnen het Europeesrechtelijk kader, een nieuw punt 12° in artikel 294, § 1, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 in te voegen.

Artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 geeft de verzekerde recht op *“geneeskundige verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat”* naar analogie met het begrip in de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, en dient dan ook op dezelfde wijze te worden geïnterpreteerd en op gelijkaardige wijze te worden toegepast wanneer de verzekerde zich gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat in een situatie bevindt waarop de bepalingen van de verordeningen niet van toepassing zijn (bijv. geneeskundige zorg verleend door een privé-zorgverlener).

De verzekerde dient de geneeskundige zorg eerst te betalen tegen de tarieven van het land van verblijf waar de zorg werd ontvangen, en heeft recht op een terugbetaling van de kosten volgens de regels van de Belgische verplichte ziekteverzekering (hoogte van de terugbetaling, terugbetalingsvoorwaarden, hoogte van de eigen bijdrage, ...). Hij dient hiervoor de nodige bewijsdocumenten aan zijn Belgische ziekenfonds voor te leggen (bijv. een omstandige en gedetailleerde factuur, ...) opdat het ziekenfonds de buitenlandse geneeskundige verstrekkingen zou kunnen verbinden met verstrekkingen die in het pakket van de Belgische verplichte ziekteverzekering zijn opgenomen (geneeskundige zorg, geneesmiddelen, medische hulpmiddelen, ...). Het bedrag van de vergoeding van de geneeskundige verstrekkingen mag het bedrag van de werkelijk gemaakte kosten nooit overschrijden.

De vergoeding van de geneeskundige verstrekkingen is afhankelijk van de voorwaarde dat ze zijn verleend door een persoon die wettelijk gemachtigd is om de geneeskunde uit te oefenen in het land waar ze zijn verleend, of in een verplegingsinstelling die voldoende geneeskundige waarborgen biedt of erkend is door de overheid van het land waar zij zich bevindt <sup>52</sup>.

Meer details over de modaliteiten voor het toekennen van een tegemoetkoming in de kosten van geneeskundige verstrekkingen gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat zijn uitgewerkt in de Omzendbrief V.I. met toelichtingen over de praktische toepassing van en de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en Richtlijn 2011/24/EU op gebied van geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat, enerzijds, en geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg, anderzijds <sup>53</sup>.

## c. De verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, enerzijds, en artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996, anderzijds, betreffende niet-geplande geneeskundige verzorging gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat

In de verhouding van de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, enerzijds, en artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996, anderzijds, met betrekking tot de toegang tot en de tenlasteneming van de kosten van niet-geplande geneeskundige verzorging van een verzekerde gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat kunnen we drie situaties onderscheiden :

### (i) Situatie 1: de verzekerde woont in België

De vergoeding van de kosten voor geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat zowel op basis van de EZVK als op basis van artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 is ten laste van het Belgisch ziekenfonds.

52. Art. 294, § 2, van het K.B. van 03.07.1996.

53. Zie noot 24.

- (ii) Situatie 2 : de verzekerde woont in een andere lidstaat die niet is opgenomen in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009 (= vergoeding op basis van werkelijke kosten)


Net zoals bij situatie 1 is de vergoeding van de kosten voor geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat – dan België – zowel op basis van de EZVK als op basis van artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 ten laste van het Belgische ziekenfonds.

- (iii) Situatie 3 : de gepensioneerde en/of zijn gezinsleden, of het gezinslid dat in een andere lidstaat woont dan de gerechtigde, woont in een lidstaat die is opgenomen in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009 (= vergoeding op basis van vaste bedragen)

In deze situatie is het beeld niet zo eenduidig (zie ook BIJLAGE I), namelijk :

- de vergoeding van de kosten voor geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat – dan België – op basis van de EZVK zijn ten laste van het Belgische ziekenfonds
- terwijl de vergoeding van de kosten voor geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat – dan België – op basis van de principes van Richtlijn 2011/24/EU ten laste is van de verzekeringsinstelling van het woonland. Dit betekent dat deze personen geen recht hebben op een vergoeding van de kosten op basis van artikel 294, § 1, 12°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996.

De Belgische ziekenfondsen dienen met alle mogelijke middelen na te gaan of de verstrekkingen werden verleend door een zorgverlener die werkzaam is binnen het publiek gezondheidszorgstelsel dan wel door een privé-zorgverlener.

 5. De heer en mevrouw Chevalier, beiden gepensionerd, wonen in Spanje (vermeld op bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009) waar zij recht hebben op geneeskundige zorg ten laste van België. Tijdens een citytrip in Rome (Italië) zijn zij het slachtoffer van een ongeval:

- de man wordt naar een publiek ziekenhuis overgebracht: de kosten zijn ten laste van zijn Belgische verzekeringsinstelling op grond van de EZVK
- de vrouw wordt naar een privé ziekenhuis overgebracht: de geneeskundige zorg is niet gedekt door de EZVK, maar valt onder Richtlijn 2011/24/EU en bijgevolg dient mevrouw de terugbetaling te vragen aan de bevoegde Spaanse verzekeringsinstelling.

In BIJLAGE II gaat een overzicht met de aanduiding van de documenten en toepasselijke wetgeving voor de vergoeding van de kosten van geneeskundige zorg die gedurende een tijdelijk verblijf verleend worden aan verzekerden van de Belgische wetgeving, in het kader van zowel de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 als Richtlijn 2011/24/EU.

## 6. Geplande geneeskundige verstrekkingen in een andere lidstaat

In tegenstelling tot Richtlijn 2011/24/EU maakt artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 geen onderscheid tussen een voorafgaande toestemming die wordt gevraagd voor een behandeling die ambulantly wordt verleend dan wel een opname in een ziekenhuis of het gebruik van zeer gespecialiseerde en kostenintensieve infrastructuur of apparatuur vereist.

Onverminderd de bepalingen van artikel 294, § 1, 13° en 14°, van Koninklijk besluit van 3 juli 1996 sluit dit niet uit dat een voorafgaande toestemming (document S2) toch dient uitgereikt te worden voor (ambulante) geneeskundige verstrekkingen die niet vermeld zijn op de lijst met geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming vereist blijft<sup>54</sup> als aan de voorwaarden van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 is voldaan.

### a. Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 – de voorafgaande toestemming (document S2)

Als een verzekerde zich naar een andere lidstaat begeeft met het doel geneeskundige verstrekkingen te ontvangen, en deze geneeskundige zorg wenst te ontvangen onder de voorwaarden van de verordeningen dan moet hij in alle gevallen in het bezit zijn van een voorafgaande toestemming (document S2) van het bevoegde ziekenfonds<sup>55</sup>. Dit geldt zowel voor ambulante verstrekkingen, zoals een consultatie van een arts of de aankoop van geneesmiddelen, als voor geneeskundige zorg die een ziekenhuisopname (minimum één overnachting) vereisen.

Onder de voorwaarden van de Verordening (EG) 883/2004 mogen de voorafgaande toestemming en de betaling van de in het buitenland ontvangen geneeskundige verstrekkingen niet worden geweigerd wanneer de verstrekkingen waarvoor om toestemming wordt gevraagd:

- door de wetgeving van de bevoegde staat (of het woonland voor verzekerden die niet in de bevoegde staat wonen) worden voorzien, en
- niet kunnen worden gegeven binnen een termijn die medisch verantwoord is, gelet op de gezondheidstoestand van de aanvrager op dat moment en het te verwachten ziekteverloop.

Ik verwijs hierbij ook naar de bijdrage van prof. Verschueren.

De terugbetaling van de kosten gebeurt in beginsel volgens de regels van de lidstaat (verstrekkingenpakket, procedures, tarieven, hoogte van de terugbetaling, hoogte van de eigen bijdrage, ...) waar de geneeskundige zorg werd verleend voor rekening van de bevoegde lidstaat<sup>56</sup>.

In het geval de verzekerde de kosten geheel of gedeeltelijk zelf heeft betaald en niet de nodige stappen heeft ondernomen, of kunnen ondernemen, om terugbetaling te verkrijgen in het land waar de zorg werd verleend, dan kan hij achteraf aan zijn ziekenfonds terugbetaling vragen van de gemaakte kosten tegen de tarieven van de lidstaat waar de zorg werd verleend.<sup>57</sup>

Wanneer zou blijken dat de vergoeding tegen de tarieven van het land van behandeling lager is dan de vergoeding die de verzekerde zou hebben ontvangen wanneer de behandeling in België zou zijn verleend, dan dient de verzekeringsinstelling het verschil aan zijn verzekerde te betalen, de zogenaamde “aanvullende vergoeding Vanbraekel”<sup>58</sup>.

In een aantal arresten, waaronder het arrest Herrera<sup>59</sup>, heeft het Hof geoordeeld dat bij een voorafgaande toestemming (document S2) de tenlasteneming van de kosten van geneeskundige zorg beperkt is tot de eigenlijke behandelingskosten, en niet de reis-, hotel- en restaurantkosten (met uitzondering van verblijf- en maaltijdkosten van de patiënt in het ziekenhuis) dekt die de patiënt en de hem vergezellende persoon hebben gedaan om zich te verplaatsen naar de lidstaat van behandeling. Het Hof oordeelde wel dat de vrijheid van dienstverlening zich verzet tegen een nationale regeling die de vergoeding zou uitsluiten van de bijkomende kosten van een patiënt aan wie een voorafgaande toestemming is verleend om in een andere lidstaat een behandeling te ondergaan, terwijl ze deze kosten wel zou vergoeden als de behandeling op het nationale grondgebied had plaatsgevonden.

54. Art. 2, 2°, van het M.B. van 24.06.2014.

55. Art. 20 van Verordening (EG) 883/2004; zie ook art. 27, lid 3, van Verordening (EG) 883/2004.

56. Zie supra, punt 4.4.

57. Art. 26, lid 6, van Verordening (EG) 987/2009.

58. Art. 26, lid 7, van Verordening (EG) 987/2009; HvJ 12.07.2001, C-368/98, Vanbraekel.

59. HvJ 15.06.2006, C-466/04, Herrera; art. 26, lid 8, van Verordening (EG) 987/2009.

Dit betekent dat, in het kader van een geplande behandeling in een andere lidstaat, een tegemoetkoming in de reiskosten van de verzekerde moet worden toegekend indien de verplichte ziekteverzekering in een dergelijke tegemoetkoming voorziet. De “aanvullende vergoeding Herrera” kan evenwel slechts toegekend worden in de situatie dat de Belgische reglementering voorziet in een tegemoetkoming in de reiskosten die rechtstreeks aan de verzekerde wordt betaald.

In tegenstelling tot de “aanvullende vergoeding Vanbraekel” moet de verzekerde geen verzoek indienen om recht te hebben op de “aanvullende vergoeding Herrera”. De “aanvullende vergoeding Herrera” moet met andere woorden ambtshalve worden toegekend in de situaties waarin de Belgische verplichte ziekteverzekering voorziet in een tegemoetkoming in de reis- en verblijfkosten van de verzekerde en zo nodig van een begeleider.

Meer details over de modaliteiten voor het toekennen van deze beide aanvullende vergoedingen zijn terug te vinden in de Omzendbrief VI met toelichtingen over de praktische toepassing van en de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en Richtlijn 2011/24/EU op gebied van geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat, enerzijds, en geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg, anderzijds<sup>60</sup>.

#### b. Artikel 294, § 1, 13 en 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996

Zoals hierboven vermeld is de Richtlijn 2011/24/EU van toepassing op zowel niet-geplande geneeskundige verstrekkingen als op geplande geneeskundige verstrekkingen in een andere lidstaat.

Voor wat de geplande geneeskundige verstrekkingen betreft, dient een onderscheid gemaakt te worden tussen geneeskundige verstrekkingen die, met het oog op de terugbetaling tegen de vergoedingstarieven en –voorwaarden van de Belgische verplichte ziekteverzekering :

- geen voorafgaande toestemming vereisen (art. 294, § 1, 13°, van het K.B. van 03.07.1996)
- wel een voorafgaande toestemming vereisen (art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996).

De nieuwe regels betekenen dus niet dat een verzekerde zonder enige beperking voor alle geneeskundige verstrekkingen naar een andere lidstaat kan reizen en recht heeft op een terugbetaling van de gemaakte kosten.

Indien de verzekerde zich naar een andere lidstaat begeeft met het doel daar een medische behandeling te volgen, dan geldt dat :

- hij enkel recht heeft op terugbetaling van de ontvangen geneeskundige verstrekkingen voor zover die worden vergoed door de Belgische verplichte ziekteverzekering en voor zover is voldaan aan de in de Belgische regelgeving gestelde vergoedingsvoorwaarden
- het bedrag van de tegemoetkoming in de kosten nooit hoger mag zijn dan de werkelijke gemaakte kosten
- in principe geen voorafgaande toestemming is vereist behalve in een aantal uitzonderingssituaties, namelijk.
  - (i) wanneer het gaat om een behandeling die een ziekenhuisopname vereist (= ten minste één overnachting)<sup>61</sup>

60. Zie noot 24. Deze omzendbrief zal Omzendbrief VI. nr. 2012/250 van 04.07.2012 betreffende de toekenning van de “aanvullende vergoeding Herrera” vervangen.

61. Art. 2, 1°, van het M.B. van 24.06.2014.

(ii) wanneer het gaat om ambulante verstrekkingen die het gebruik vereisen van :

- een CT-scanner
- een MRI-scanner
- een PET-scanner
- een *cathlab* (hartcatheterisatie)
- of plaats vinden in een dienst radiotherapie<sup>62</sup>.

(iii) wanneer er een veiligheidsrisico is voor patiënt of bevolking

(iv) wanneer het geweten is dat de buitenlandse zorgverlener niet voldoet aan de kwaliteitseisen die voorzien zijn door de wetgeving van het land van behandeling.

In de vernoemde situaties (i) tot en met (iv) is een voorafgaande toestemming vereist<sup>63</sup>.

In tegenstelling tot de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009<sup>64</sup> voorziet Richtlijn 2011/24/EU niet in een vaste procedure voor de aanvraag van een voorafgaande toestemming in de situatie dat een verzekerde in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat woont. De richtlijn bepaalt enkel dat de verzekerden, met betrekking tot de aanvragen voor een voorafgaande toestemming, de gunstiger rechten die zij onder de verordeningen hebben, niet mogen worden onthouden<sup>65</sup>. De bevoegde lidstaat dient zich te verzekeren of de voorwaarden van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 al dan niet vervuld zijn. Indien de voorwaarden vervuld zijn, dan dient een voorafgaande toestemming te worden uitgereikt in het kader van Verordening (EG) 883/2004 tenzij de verzekerde zelf verzoekt om toepassing van de principes van Richtlijn 2011/24/EU.

### c. Procedure voor de aanvraag van een voorafgaande toestemming

Naar aanleiding van de omzetting van Richtlijn 2011/24/EU werd de procedure voor de aanvraag van een voorafgaande toestemming voor geneeskundige zorg in het buitenland in de Belgische wetgeving vastgelegd<sup>66</sup>.

Deze procedure is van toepassing op een verzekerde van de Belgische verplichte ziekteverzekering die

- in België woont en een voorafgaande toestemming vraagt voor een medische behandeling in het buitenland in het kader van de Verordeningen (EG) 883/2004, 987/2009 of in het kader van artikel 294 van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996<sup>67</sup>, of
- in een andere lidstaat woont, met uitzondering van de gepensioneerde en/of zijn gezinsleden, of het gezinslid dat in een andere lidstaat woont dan de gerechtigde woonachtig in een lidstaat die vermeld staat in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009, en die – bij het indienen van de aanvraag – uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat hij afstand doet van zijn rechten op grond van de verordeningen en vrijwillig kiest voor de behandeling van zijn aanvraag op basis van artikel 294, § 1, 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 (of Richtlijn 2011/24/EU).

De verzekerde dient een schriftelijke aanvraag voor een voorafgaande toestemming in bij de adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds met een ter post aangetekende brief of op gelijk welke andere manier die toelaat de datum van indiening met zekerheid vast te stellen. De aanvraag moet vergezeld zijn van een omstandig medisch verslag van een geneesheer-specialist, die gespecialiseerd is in de behandeling van de desbetreffende aandoening en wettelijk gemachtigd is om de geneeskunde in een lidstaat van de Europese Unie / Europese Economische Ruimte uit te oefenen, en dat de adviserend geneesheer moet toelaten zich een oordeel te vormen of de criteria voor de afgifte van een voorafgaande toestemming zijn voldaan.

62. Art. 2, 2°, van het M.B. van 24.06.2014.

63. Art. 294, § 1, 14°, 2<sup>de</sup> lid, van het K.B. van 03.07.1994, cf. art. 8, lid 2, van Richtlijn 2011/24/EU.

64. Art. 26, lid 2, van Verordening (EG) 987/2009.

65. Art. 8, lid 3, juncto overweging (31) van Richtlijn 2011/24/EU.

66. Art. 294, § 2/1, van het K.B. van 03.07.1996.

67. Art. 294, § 1, 2°, 5° en 14°, van het K.B. van 03.07.1996.

De adviserend geneesheer moet – in principe – een voorafgaande toestemming afgeven als de aanvraag betrekking heeft op geneeskundige verstrekkingen die

- (i) behoren tot de prestaties waarin de Belgische verplichte ziekteverzekering voorziet, en
- (ii) niet binnen een medisch verantwoorde termijn kunnen worden verleend op Belgisch grondgebied rekening houdende met
  - de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment waarop de aanvraag wordt ingediend
  - het te verwachten ziekteverloop
  - en eventueel de medische voorgeschiedenis van de patiënt.

Dit betekent dat de voorafgaande toestemming zal geweigerd worden in onder meer de volgende situaties :

- de geneeskundige verstrekkingen waarvoor een voorafgaande toestemming wordt gevraagd, zijn niet voorzien door de verplichte ziekteverzekering of de vergoedingsvoorwaarden niet zijn vervuld
- de geneeskundige verstrekkingen hebben een experimenteel karakter
- het betreft geneeskundige verstrekkingen waarover in België uitdrukkelijk werd geoordeeld dat ze niet in aanmerking komen voor erkenning of terugbetaling (bijv. kuuroorden, ...)
- wanneer de geneeskundige verstrekkingen op Belgisch grondgebied kunnen verleend worden binnen een medisch verantwoorde termijn, gelet op de gezondheidstoestand van de rechthebbende op dat moment en het te verwachten ziekteverloop
- indien uit een klinische beoordeling met redelijke zekerheid blijkt dat de rechthebbende zal worden blootgesteld aan een veiligheidsrisico dat, gelet op de mogelijke baten van de gewenste grensoverschrijdende geneeskundige verstrekkingen, niet als aanvaardbaar kan worden aangemerkt
- indien met redelijke zekerheid vaststaat dat de bevolking zal worden blootgesteld aan een aanzienlijk veiligheidsrisico als gevolg van de betrokken geneeskundige verstrekkingen
- indien de geneeskundige verstrekkingen worden verstrekt door een zorgverlener die aanleiding geeft tot ernstige en specifieke bezorgdheid in verband met de inachtneming van normen en richtsnoeren inzake zorgkwaliteit en veiligheid van de patiënt.

De laatste drie situaties zijn redenen tot weigering die voorzien zijn in artikel 8, lid 6, van Richtlijn 2011/24/EU en werden overgenomen in artikel 294, § 1, 14°, vijfde lid, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996. Deze redenen voor het weigeren van een voorafgaande toestemming, die betrekking hebben op de veiligheid van de patiënt en de bevolking alsook op de kwaliteit van de zorg, zijn niet voorzien in de verordeningen. Toch zijn er goede argumenten om een voorafgaande toestemming (document S2) in het kader van de verordeningen op grond van die redenen te weigeren, zelfs indien de voorwaarden van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 vervuld zijn. Richtlijn 2011/24/EU heeft onder meer tot doel om een juridisch kader tot stand te brengen voor een veilige en kwaliteitsvolle grensoverschrijdende gezondheidszorg. Het kan toch niet de bedoeling zijn dat een lidstaat, wanneer deze over informatie beschikt dat de veiligheid van de patiënt of bevolking in het gedrang is of wanneer de kwaliteit van de door de buitenlandse zorgverlener geboden zorg niet voldoet aan de richtsnoeren inzake kwaliteit van het land van behandeling, verplicht wordt een voorafgaande toestemming (document S2) af te geven wanneer de voorwaarden van artikel 20 van Verordening (EG) 883/2004 zijn vervuld, terwijl een voorafgaande toestemming onder deze voorwaarden zou geweigerd worden indien deze was ingediend op grond van de principes van Richtlijn 2011/24/EU (art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996). Misschien zal, of moet, het Hof in de toekomst hierover duidelijkheid scheppen.

De adviserend geneesheer dient binnen de 45 kalenderdagen op de ingediende aanvraag te reageren en de verzekerde hiervan schriftelijk op de hoogte te brengen. Bij de behandeling van de aanvraag voor een voorafgaande toestemming dient de adviserend geneesheer evenwel ook rekening te houden met de dringendheid en individuele omstandigheden, en in voorkomend geval zo snel mogelijk een beslissing te nemen.

Die reactie van de adviserend geneesheer kan de volgende beslissingen inhouden :

- de aanvraag wordt goedgekeurd, waarbij de adviserend geneesheer de verzekerde een document S2 geeft in het kader van de verordeningen, dan wel een document *ad hoc* met de bevestiging dat de verzekerde een voorafgaande toestemming heeft gekregen in het kader van artikel 294 van het Koninklijk besluit
- de aanvraag wordt afgekeurd met opgave van een grondige motivering
- de aanvraag is onvolledig of vergt bijkomende informatie (bijv. het aanvragen van een vertaling van een medisch verslag opdat de adviserend geneesheer met kennis van zaken een gemotiveerde beslissing kan nemen, ...). In dit geval brengt de adviserend geneesheer de rechthebbende hiervan op de hoogte en vraagt hij om bijkomende informatie. Indien nodig kan de adviserend geneesheer de rechthebbende oproepen voor een medisch onderzoek.

In geval de adviserend geneesheer om bijkomende informatie verzoekt, wordt de termijn van 45 kalenderdagen waarbinnen de adviserend geneesheer dient te reageren, geschorst. De termijn begint opnieuw te lopen op de dag volgend op de dag waarop de bijkomende informatie werd ontvangen.

Bij ontstentenis van een antwoord van de adviserend geneesheer binnen de 45 kalenderdagen, wordt de voorafgaande toestemming geacht te zijn verleend. In dit geval dienen de verzekeringsinstellingen een voorafgaande toestemming (document S2 of document *ad hoc*) uit te reiken.

Meer details over de aanvraagprocedure en de beoordelingscriteria met betrekking tot de afgifte van een voorafgaande toestemming, zijn uitgewerkt in de Omzendbrief VI met toelichtingen bevat over de praktische toepassing van en de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009 en Richtlijn 2011/24/EU op gebied van geneeskundige zorg gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat, enerzijds, en geplande grensoverschrijdende gezondheidszorg, anderzijds<sup>68</sup>.

Tenslotte willen we er nog op wijzen dat de weigering van een voorafgaande toestemming omdat de behandeling binnen een medisch verantwoorde termijn op Belgisch grondgebied kan worden verleend, niet uitsluit dat de adviserend geneesheer in tweede orde oordeelt of de behandeling niet onder “gunstiger geneeskundige voorwaarden” in een andere lidstaat kan gebeuren in het geval een opneming in een verplegingsinstelling is vereist<sup>69</sup>. De criteria ter beoordeling of de geneeskundige zorg in “gunstiger geneeskundige voorwaarden” kunnen worden uitgevoerd, zijn onder meer de gebruikte medische techniek, de medische expertise van de buitenlandse artsen, en de met redelijke zekerheid vast te stellen meerwaarde van de behandeling in het buitenland zoals blijkt uit een klinische beoordeling. Een gebrekkige kennis van één van de landstalen en de voorkeur om behandeld te worden in zijn moedertaal, of het aanvoeren van sociale omstandigheden (bijv. de verzekerde wenst behandeld te worden in het buitenland omdat hij omringt wenst te zijn door familie en/of vrienden), kunnen – in principe – niet aanvaard worden als criteria ter beoordeling of de geneeskundige zorg in “gunstiger geneeskundige voorwaarden” kunnen worden uitgevoerd.

Wanneer de adviserend geneesheer oordeelt dat de behandeling onder “gunstiger geneeskundige voorwaarden” kan worden uitgevoerd in een verplegingsinstelling die

- gelegen is in een andere lidstaat, en werkzaam is binnen het publiek gezondheidszorgstelsel, dan mag de adviserend geneesheer een voorafgaande toestemming uitreiken in de vorm van een document S2

68. Zie noot 24.

69. Art. 294, § 1, 2°, van K.B. van 03.07.1996.



- gelegen is in de andere lidstaat, en niet werkzaam is binnen het netwerk van het publiek gezondheidszorgstelsel (= privé-ziekenhuis), dan mag de adviserend geneesheer een voorafgaande toestemming uitreiken door de verzekerde een document *ad hoc* te bezorgen.

De ziekenfondsen geven geen voorafgaande toestemming af voor ambulante geneeskundige verstrekkingen (bijv. ambulante consultatie van een arts in het buitenland). De vergoeding van de kosten van deze in een andere lidstaat verleende geneeskundige verstrekkingen gebeurt tegen de tarieven en vergoedingsvoorwaarden van de Belgische verplichte ziekteverzekering met toepassing van artikel 294, § 1, 13°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996. Er zijn echter twee uitzonderingen waarbij een voorafgaande toestemming wel moet afgegeven worden voor ambulante verstrekkingen :

- wanneer het ambulante geneeskundige verstrekkingen betreft die vermeld zijn in artikel 2, 2°, van het ministerieel besluit van 24 juni 2014, dan is een voorafgaande toestemming vereist met het oog op het bekomen van een tegemoetkoming in de kosten
- wanneer het ambulante geneeskundige verstrekkingen betreft die niet vermeld zijn in artikel 2, 2°, van het ministerieel besluit van 24 juni 2014, dan dient een voorafgaande toestemming uitgereikt te worden indien aan de voorwaarden voor de afgifte van een voorafgaande toestemming is voldaan<sup>70</sup>.

#### d. De verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, enerzijds, en artikel 294, §1, 13° en 14, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996, anderzijds, betreffende geplande geneeskundige verzorging in een andere lidstaat

In de verhouding tussen de Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009, enerzijds, en artikel 294, § 1, 13° respectievelijk 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996, anderzijds, met betrekking tot het indienen en de evaluatie van de aanvraag van een voorafgaande toestemming voor geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat door een verzekerde van de Belgische verplichte ziekteverzekering, en de daaraan verbonden financiële verplichtingen, kunnen we drie situaties onderscheiden :

##### (i) Situatie 1: de verzekerde woont in België

De verzekerde moet zijn aanvraag indienen bij de adviserend geneesheer van zijn Belgische ziekenfonds, die zal oordelen of de voorwaarden voor de afgifte van een voorafgaande toestemming in het kader van de verordeningen (document S2) zijn vervuld<sup>71</sup>, tenzij de verzekerde zelf verzoekt voor de toepassing van de principes van Richtlijn 2011/24/EU.

Indien de voorwaarden van de verordeningen niet zijn vervuld,

- kan de verzekerde zich naar de andere lidstaat begeven zonder voorafgaande toestemming indien de desbetreffende geneeskundige verstrekkingen niet onderworpen zijn aan een voorafgaande toestemming (art. 294, § 1, 13°, van het K.B. van 03.07.1996), of
- zal de adviserend geneesheer oordelen of de voorwaarden voor de afgifte van een voorafgaande toestemming in het kader van artikel 294, § 1, 14° van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 (document *ad hoc*) zijn vervuld.

De vergoeding van de kosten voor de geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat is ten laste van de Belgische verzekeringsinstelling, die – in geval van afgifte van een document S2 – desgevallend ook de aanvullende vergoedingen Vanbraekel en Herrera dient te betalen.

70. Zie supra, punt 6.3.

71. Zie supra, punt 6.3.

(ii) Situatie 2 : de verzekerde woont in een andere lidstaat die niet is opgenomen in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009 (= vergoeding op basis van werkelijke kosten)

De verzekerde moet zijn aanvraag indienen bij het ziekenfonds van zijn woonplaats, dat de aanvraag onverwijld doorstuurt aan het Belgische ziekenfonds van de verzekerde. Om volledig te zijn, moet deze aanvraag een verklaring van de verzekeringsinstelling van de woonplaats bevatten, die aangeeft of de betreffende verstrekkingen al dan niet voorzien zijn door de wetgeving van dat land en, zo ja, of ze wel of niet kunnen worden verleend binnen een aanvaardbare termijn<sup>72</sup>.

Hierbij dient de aandacht gevestigd te worden op de volgende situatie : indien het ziekenfonds van de woonplaats aan het Belgische ziekenfonds meldt dat de voorwaarden van artikel 20, lid 2, van Verordening (EG) 883/2004 voldaan zijn in het kader van de wetgeving van het woonland (= afgifte van een document S2) en het betreft geneeskundige verstrekkingen die niet in het verstrekkingenpakket van de Belgische verplichte ziekteverzekering zijn opgenomen, dan is het Belgische ziekenfonds in dit geval toch verplicht om de gevraagde voorafgaande toestemming af te geven.

Indien de voorwaarden van de verordeningen niet zijn vervuld,

- kan de verzekerde zich naar de andere lidstaat begeven zonder voorafgaande toestemming indien de desbetreffende geneeskundige verstrekkingen niet onderworpen zijn aan een voorafgaande toestemming (art. 294, § 1, 13°, van het K.B. van 03.07.1996), of
- zal de adviserend geneesheer oordelen of de voorwaarden voor de afgifte van een voorafgaande toestemming in het kader van artikel 294, § 1, 14° van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 (document *ad hoc*) zijn vervuld.

De vergoeding van de kosten voor de geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat is, net zoals als in situatie 1, ten laste van de Belgisch verzekeringsinstelling, die – bij afgifte van een document S2 – desgevallend ook de aanvullende vergoedingen Vanbraekel en Herrera dient te betalen.

Wanneer een verzekerde van de Belgische wetgeving in deze situatie 2 een aanvraag voor een voorafgaande toestemming rechtstreeks bij zijn Belgische ziekenfonds indient, dan dient het ziekenfonds aan betrokkene de bevestiging te vragen of hij voor de “Verordening” dan wel voor de “Richtlijn” kiest, maar hem ook duidelijk te informeren over de gevolgen van zijn keuze opdat hij een goed geïnformeerde keuze zou kunnen maken. Het rechtstreeks indienen van een aanvraag bij zijn Belgische verzekeringsinstelling kan niet beschouwd worden als een impliciete keuze voor artikel 294, § 1, 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996.

In het geval de verzekerde bevestigt dat hij voor artikel 294, § 1, 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996 kiest, dan verloopt de behandeling van de aanvraag en de toekenning van een eventuele tegemoetkoming in de kosten alsof hij in België zou wonen.

In het geval de verzekerde bevestigt dat hij voor de “Verordening” kiest, dan stuurt zijn Belgisch ziekenfonds zijn aanvraag terug naar het ziekenfonds van zijn woonland of geeft het de verzekerde het advies zijn aanvraag opnieuw in te dienen bij de verzekeringsinstelling van zijn woonland.

In geval van dringende, levensnoodzakelijke zorg kan de verzekeringsinstelling van het woonland, indien het van oordeel is dat de gezondheidstoestand van de verzekerde dringende en levensnoodzakelijke geneeskundige zorg vereist, en deze verstrekkingen – ten aanzien van zijn wetgeving – mogen worden toegestaan, deze toestemming van rechtswege verlenen (document S2) zonder toestemming van het Belgisch ziekenfonds<sup>73</sup>. Dit laatste wordt evenwel onverwijld op de hoogte gebracht van de aflevering van de toestemming, maar mag de vaststellingen en behandelingsopties die deze rechtvaardigen echter niet in vraag stellen.

72. Art. 26, lid 2, van Verordening (EG) 987/2009.

73. Art. 26, lid 3, van Verordening (EG) 987/2009.

(iii) Situatie 3 : de gepensioneerde en/of zijn gezinsleden, of het gezinslid dat in een andere lidstaat woont dan de gerechtigde, woont in een lidstaat die is opgenomen in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009 (= vergoeding op basis van vaste bedragen).

Gepensioneerden, gezinsleden van gepensioneerden en gezinsleden van verzekerden die wonen in een lidstaat die werd opgenomen in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009 en in hun woonland recht hebben op geneeskundige zorg ten laste van België, moeten hun aanvraag voor een voorafgaande toestemming indienen bij het ziekenfonds van hun woonplaats, dat zal oordelen of de voorwaarden voor de afgifte van een voorafgaande toestemming in het kader van de verordeningen dan wel op basis van de principes van Richtlijn 2011/24/EU zijn vervuld.

De vergoeding van de kosten van geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat – dan België – is ten laste van de verzekeringsinstelling van het woonland, dat – bij afgifte van een document S – desgevallend ook de aanvullende vergoedingen Vanbraekel en Herrera dient te betalen. Dit betekent dat deze personen geen recht hebben op een vergoeding van de kosten van hun Belgisch ziekenfonds op basis van artikel 294, § 1, 13 respectievelijk 14°, van het Koninklijk besluit van 3 juli 1996.

Ik verwijst naar BIJLAGE II voor een overzicht met de aanduiding van de documenten en de toepasselijke wetgeving voor de vergoeding van de kosten van geplande geneeskundige zorg verleend aan verzekerden van de Belgische wetgeving.

## 7. Besluit

De arresten in de zaken Kohll en Decker van het Hof van april 1998 liggen aan de basis van het ontstaan van twee systemen voor de tenlasteneming van de kosten voor geneeskundige zorg in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat: het systeem van de verordeningen (= *“alsof men verzekerd is in het land van verstrekking”*), enerzijds, en het systeem dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof en gebaseerd is op de principes van het vrij verkeer van diensten (en goederen) zoals vastgelegd in het VWEU (= *“alsof men behandeld werd in het bevoegde land”*).

België nam reeds in augustus 1998 per omzendbrief VI de eerste maatregelen opdat verzekerden van de Belgische wetgeving terugbetaling konden krijgen op basis van de zogenaamde *“Kohll & Decker procedure”* voor geplande geneeskundige zorg in een andere lidstaat.

De omzetting van Richtlijn 2011/24/EU in Belgisch recht heeft op het gebied van de terugbetaling geen fundamentele wijzigingen tot stand gebracht. De omzetting van de richtlijn heeft daarentegen wel bijgedragen tot een toegenomen juridische zekerheid voor de verzekerde door de invoering in de Belgische wetgeving van het recht op terugbetaling tegen de tarieven en vergoedingsvoorwaarden van de Belgische verplichte ziekteverzekering van :

- geneeskundige verstrekkingen die medisch noodzakelijk worden gedurende een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat van de Europese Unie, IJsland, Noorwegen, Liechtenstein en Zwitserland
- geplande geneeskundige verstrekkingen in deze landen die geen voorafgaande toestemming vereisen
- geplande geneeskundige verstrekkingen in deze landen die een voorafgaande toestemming vereisen.

Verder bestaat nu ook meer duidelijkheid over de procedure die een verzekerde moet volgen bij het aanvragen van een voorafgaande toestemming voor geneeskundige zorg in een andere lidstaat, welke categorieën van geneeskundige verstrekkingen onderworpen blijven aan een voorafgaande toestemming, in welke situaties een voorafgaande toestemming niet mag geweigerd worden en op basis van welke redenen een adviserend geneesheer een voorafgaande toestemming kan weigeren, ....

Het is nu de taak van de overheid en de verzekeringsinstellingen om de verzekerde wegwijs te maken inzake zijn rechten en plichten op het gebied van grensoverschrijdende gezondheidszorg, zodat de verzekerde in de mogelijkheid is om een weloverwogen keuze te maken wanneer hij in een andere lidstaat geneeskundige zorg wenst te ontvangen, en hij eveneens bewust is van de financiële gevolgen van zijn keuze.

De toekomst zal uitwijzen of de toegenomen juridische zekerheid en transparantie zullen leiden tot een toename van (niet-geplande en geplande) grensoverschrijdende zorg in een andere lidstaat, enerzijds, en of er verdringingseffecten zullen plaats vinden ten nadele van de verordeningen en ten voordele van de Richtlijn 2011/24/EU.

	Woonland	Situatie	Vergoeding geneeskundige zorg op basis van	Welke lidstaat betaalt ?					
				Verordening (EG) 883/2004	Richtlijn 2011/24/EU	Geplande zorg	Tijdelijk verblijf	Geplande zorg	
				Tijdelijk verblijf (EZVK)			zonder voorafgaande toestemming	met voorafgaande toestemming	
BE verzekerde, en zijn gezinsleden, woont in	BE		werkelijke kosten	BE	BE	BE	BE	BE	
BE verzekerde, en zijn gezinsleden, woont in	Alle EU-LS ; IS-LI-NO ; CH	S1 = E.106	werkelijke kosten	BE	BE	BE	BE	BE	
Gezinslid van BE verzekerde woont in andere lidstaat dan verzekerde, nl. in	BG-CZ-DK-DE-EE-EL-FR-IT-LV-LT-LU-HU-HR-MT-AT-PL-RO-SK-SI ; IS-LI ; CH	S1 = E.109	werkelijke kosten	BE	BE	BE	BE	BE	
Gezinslid van BE verzekerde woont in andere lidstaat dan verzekerde, nl. in	IE-ES-CY-NL-PT-FI-SE-UK ; NO	S1 = E.109	<b>vaste bedragen</b>	BE	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	
BE gepensioneerde, en zijn gezinsleden, woont in	BE		werkelijke kosten	BE	BE	BE	BE	BE	
BE gepensioneerde, en zijn gezinsleden, woont in	BG-CZ-DK-DE-EE-EL-FR-IT-LV-LT-LU-HU-HR-MT-AT-PL-RO-SK-SI ; IS-LI ; CH	S1 = E.121	werkelijke kosten	BE	BE	BE	BE	BE	
BE gepensioneerde, en zijn gezinsleden, woont in	IE-ES-CY-NL-PT-FI-SE-UK ; NO	S1 = E.121	<b>vaste bedragen</b>	BE	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	<b>woonland</b>	
<b>Toelichting</b>									
Onder "verzekerde" wordt verstaan : de persoon die een beroepsactiviteit uitoefent, of een uitkering ontvangt als gevolg van het feit dat zij een werkzaamheid uitvoeren (bijv. primaire arbeidsongeschiktheidsuitkering, ...), en zijn gezinsleden									
Onder "gepensioneerde" wordt verstaan : de persoon die een uitkering bij ouderdom of invaliditeit of een nabestaandenuitkering ontvangt, alsook zijn gezinsleden									

	Verordeningen (EG) 883/2004 en 987/2009		Document		Document	Artikel 294, § 1, 12° tot en met 14°, van het Koninklijk Besluit van 3 juli 1996 (< Richtlijn 2011/24/EU)	
	Publiek gezondheidszorgstelsel	Privé-zorgverleners	Publiek gezondheidszorgstelsel	Privé-zorgverleners			
Geneeskundige zorg die medisch noodzakelijk wordt gedurende een tijdelijk verblijf	EZVK	JA (tegen de tarieven van het land van behandeling)	NEE	GEEN	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 12°, van het K.B. van 03.07.1996) **	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 12°, van het K.B. van 03.07.1996) **	Privé-zorgverleners
Geplande geneeskundige zorg – ambulante	S2	JA (tegen de tarieven van het land van behandeling + eventueel de aanvullende vergoedingen Vanbraekel en/of Herrera) **	NEE	GEEN	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 13°, van het K.B. van 03.07.1996, met uitzondering van de ambulante verstrekkingen vermeld in het M.B. van 24.06.2014) **	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 13°, van het K.B. van 03.07.1996, met uitzondering van de ambulante verstrekkingen vermeld in het M.B. van 24.06.2014) **	Privé-zorgverleners
Geplande geneeskundige zorg – ziekenhuisopname (min. één overnachting)	S2	JA (tegen de tarieven van het land van behandeling + eventueel de aanvullende vergoedingen Vanbraekel en/of Herrera) **	NEE	Document <i>ad hoc</i>	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996, inclusief de ambulante verstrekkingen vermeld in het M.B. van 24.06.2014) **	JA (tegen de BE tarieven, cf. art. 294, § 1, 14°, van het K.B. van 03.07.1996, inclusief de ambulante verstrekkingen vermeld in het M.B. van 24.06.2014) **	Privé-zorgverleners

\* Hier is er een overlapping voor het gezinslid dat in een andere lidstaat woont dan de gerechtigde of de gepensioneerde en/of zijn gezinsleden, en die in Ierland, Spanje, Cyprus, Nederland, Portugal, Finland, Zweden, het Verenigd Koninkrijk of Noorwegen (= lidstaat die is opgesomd in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009) : op grond van artikel 25, lid 6, van Verordening (EG) kan het Belgische ziekenfonds een vergoeding toekennen op basis van de Belgische verplichte ziekteverzekering terwijl volgens Richtlijn 2011/24/EU het woonland de kosten moet vergoeden volgens zijn wettelijke ziektekostenverzekering.

\*\* Dit is niet van toepassing wanneer de gepensioneerde en/of zijn gezinsleden, of het gezinslid dat in een andere lidstaat woont dan de gerechtigde, in een lidstaat woont die is opgesomd in Bijlage 3 van Verordening (EG) 987/2009, namelijk Ierland, Spanje, Cyprus, Nederland, Portugal, Finland, Zweden, het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen.

## VI. Het Bijzonder Solidariteitsfonds: bespreking van “de tussenkomst voor verzorging verleend in België”

Door Mieke Van Cotthem, assistente en doctorerend in het  
Socialezekerheidsrecht in Universiteit van Antwerpen

### 1. Inleiding

Iedereen die ooit ernstig of voor langere tijd ziek was, kan het beamen: ziek zijn kost geld. Gelukkig biedt de Belgische sociale zekerheid grotendeels een oplossing voor dit probleem. De wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen<sup>1</sup> kent een tegemoetkoming toe voor de kosten van bepaalde geneeskundige verstrekkingen. Het gaat om verstrekkingen opgesomd in artikel 34 ZIV-wet 1994<sup>2</sup>. De concrete uitwerking van deze vage oplistings werd overgelaten aan de koning<sup>3</sup>. Deze heeft met het oog hierop een lijst, de nomenclatuur, opgemaakt<sup>4</sup>. Door de wettelijke tegemoetkoming dient de rechthebbende slechts gedeeltelijk een eigen bijdrage, het remgeld, te betalen<sup>5</sup>.

Toch is een dergelijk systeem verre van feilloos. Het is immers bijzonder moeilijk om de uiterst snelle evoluties van de medische wetenschap op de voet te volgen. Daarenboven dient een prestatie, alvorens ze in de nomenclatuur wordt opgenomen, een procedure te doorlopen. Wegens de technische, beleidsmatige en budgettaire aspecten die een erkenning met zich mee brengt, kan de opname in het verzekeringspakket enige tijd op zich laten wachten<sup>6</sup>.

Ruim 20 jaar geleden stelde de wetgever dan ook vast dat talloze benefiet- en steunacties werden georganiseerd ten voordele van mensen die zware medische kosten hadden en daarvoor geen beroep konden doen op een tegemoetkoming van hun ziekenfonds<sup>7</sup>. In het licht van de sociale gedachte die ten grondslag ligt aan het Belgische socialezekerheidssysteem, was dit onaanvaardbaar. Met het doel deze problematiek de wereld uit te helpen, richtte de wetgever in 1989 het Bijzonder Solidariteitsfonds op<sup>8</sup>.

1. Wet 14.07.1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14.07.1994, B.S. 27.08.1994. Hierna ZIV-wet 1994.
2. Art. 34 ZIV-wet 1994.
3. Art. 35 ZIV-wet 1994.
4. K.B. van 14.09.1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, B.S. van 29.09.1984 en J. Put en S. Derieuw, “Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid”, AJT 1999-00, 869.  
Over het karakter van deze lijst bestaat discussie. Het arbeidshof van Antwerpen erkende in zijn arrest van 22.02.2005 dat het een limitatieve opsomming betreft. Dat de interpretatie allerminst evident is, blijkt uit de kritiek van F. Praet en L. Maroy hierop. (Arbh. Antwerpen 22.02.2005, Soc. Kron. 2006, 473 en F. Praet en L. Maroy, “Ziekteverzekering. Gezondheidszorg: wetgeving”, TSR 2001, bijzonder nr 330).
5. Art. 34 ZIV-wet 1994 en J. Van Langendonck, J. Put, D. Simoens, G. Van Limberghen en A. Van Regenmortel, Handboek socialezekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2011, 451-452.
6. L. Maroy, “Het Bijzonder Solidariteitsfonds”, Medi-ius 1994, afl. 1, 10.
7. Memorie van toelichting bij het ontwerp van programmawet, Parl. St. Kamer 1989-1990, nr. 975/001, 6 en J. Van Langendonck, J. Put, D. Simoens, G. Van Limberghen en A. Van Regenmortel, Handboek socialezekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2011, 431.
8. Memorie van toelichting bij het ontwerp van programmawet, Parl. St. Kamer 1989-1990, nr. 975/001, 7-8; art. 13 en art. 14 programmawet 22.12.1989, B.S. van 30.12.1989; W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 309 en RIZIV, Het bijzonder solidariteitsfonds, [www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf](http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf), 5.

Ondanks dit ingrijpen, kopte Het Nieuwsblad op 18 oktober 2010 “Benefiet voor Sophie”<sup>9</sup>. In dezelfde krant lazen we nog geen drie weken eerder, op 2 oktober 2010, “Zieke Baby Elynn uit Berlaar krijgt steun van wielervrienden”<sup>10</sup>. Beide artikels brengen het relaas van steunacties voor mensen die geconfronteerd worden met torenhoge medische kosten ten gevolge van een zeldzame aandoening. Ook de Gazet van Antwerpen bracht met de artikels “Benefiet voor Max”<sup>11</sup> en “Artiesten dienden zich massaal aan voor benefiet”<sup>12</sup> eenzelfde problematiek onder de aandacht.

Dergelijke berichtgeving doet verdacht veel denken aan de situatie vóór het ontstaan van het Bijzonder Solidariteitsfonds. Onvermijdelijk rijst de vraag of het Bijzonder Solidariteitsfonds niet dan wel slecht functioneert en of een (nieuwe) aanpassing zich opdringt.

Alvorens een antwoord te vinden op deze vraag, zullen we de huidige regeling van naderbij onderzoeken. Van belang hierbij is een bespreking van de toepassingsvoorwaarden. Zoals blijkt uit de onderzochte literatuur en rechtspraak vormen deze immers een belangrijke, mogelijk de belangrijkste, factor bij de beslissing tot het al dan niet toekennen van een tegemoetkoming. Bij elke voorwaarde wordt gewezen op de belangrijkste veranderingen en evoluties. Tevens staan we stil bij de (politieke) drijfveren van elke nieuwe stap. Dit zal voornamelijk gebeuren op basis van de parlementaire stukken en de medisch-sociale literatuur. Uiteraard speelt bij de invulling van deze toepassingsmodaliteiten de rechtspraak een belangrijke rol. Een grondig onderzoek hiervan is dus aan de orde.

Een grondig onderzoek naar de evoluties in de wetgeving en een rechtsvergelijkend onderzoek zouden ons hier te ver leiden en komen dan in wat volgt ook niet aan bod<sup>13</sup>. Tevens blijft de tussenkomst van het fonds bij verzorgingen verleend in het buitenland hier onbesproken<sup>14</sup>.

## 2. Het recht op tegemoetkoming: een wildgroei aan voorwaarden?

De toegang tot het Bijzonder Solidariteitsfonds is vandaag geregeld in de artikelen 25 tot 25octies van de ZIV-wet 1994<sup>15</sup>. Wanneer we deze wettelijke tekst doornemen, valt naast het scala aan mogelijkheden, zoals aangehaald, meteen de veelheid aan voorwaarden op. Al deze voorwaarden dienen cumulatief vervuld te zijn<sup>16</sup>. Gelet op het belang van de voorwaarden, sta ik er uitvoerig bij stil.

Vertrekken doen we hierbij vanuit artikel 25 van de ZIV-wet van 1994. Dit artikel bevat drie voorwaarden die voor iedere aanvrager, los van de situatie of het ziektebeeld waarvoor tussenkomst in de verstrekking gevraagd wordt, van toepassing zijn. Nadien belichten we de verschillende mogelijke zowel in binnen- als buitenland en hun gemeenschappelijke voorwaarden.

9. X., “Benefiet voor Sophie”, Het Nieuwsblad van 18.10.2010, 71.

10. P. Thoma, “Zieke baby Elynn uit Berlaar krijgt steun van wielervrienden”, Het Nieuwsblad van 02.10.2010, 71.

11. S. Rubberecht, “Benefiet voor zieke Max”, Gazet van Antwerpen van 22.05.2010, 65.

12. B. Foubert, “De artiesten dienden zich massaal aan voor benefiet”, Gazet van Antwerpen 14.09.2010, 49.

13. Voor een uitvoerige bespreking van deze punten zie: M. Van Cotthem, “Het bijzonder solidariteitsfonds onder de loep, TSR 2012, afl.3, 253-296.”

14. Voor een uitvoerige bespreking van deze punten zie: M. Van Cotthem, “Het bijzonder solidariteitsfonds onder de loep, TSR 2012, afl.3, 253-296.”

15. Art. 25 tot 25octies ZIV-wet 1994.

16. O.a.: Arbh. Gent, 20.10.2005, I.B. - RIZIV 2006/1, p. 26; Arbh. Gent, 13.03.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, 240; Arbh. Gent, 20.10.2005, I.B. - RIZIV 2006/1, p. 26; Arbh.Brussel 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 326; RIZIV. Het bijzonder solidariteitsfonds, <http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf>, 11 en W. Van Eeckhoutte, “Procedure – Administratieve organisatie – financiering – fiscale aspecten” in W. Van Eeckhoutte (ed.), *Sociaal Compendium.Socialezekerheidsrecht met fiscale notities 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2010, 1039.



## a. De hoedanigheid van de aanvrager

Om zich tot het fonds te kunnen wenden, moet men rechthebbende zijn<sup>17</sup>. Concreet betreft het een persoon die in artikel 32 en 33 van de ZIV-wet 1994<sup>18</sup> staat opgesomd. Het gaat om nagenoeg iedereen die zich rechtmatig op het Belgische grondgebied bevindt en niet door een andere Belgische of buitenlandse regeling betreffende geneeskundige verzorgingen gedekt is.

Deze voorwaarde stond reeds in de oorspronkelijke tekst van 1990 ingeschreven en is geen enkele maal gewijzigd. Artikels 32 en 33 van de ZIV-wet 1994, waarnaar verwezen wordt, zijn wel aangepast. In 2007 werden de zelfstandigen expliciet toegevoegd als categorie<sup>19</sup>. Voorheen konden zij zich ook (beperkt) op de wet beroepen, zij het via de omweg van het Koninklijk besluit van 30 juli 1964<sup>20</sup>. Dit Koninklijk besluit, dat in 1997 werd vervangen door het Koninklijk besluit van 29 december 1997<sup>21</sup>, voorziet in een toepassing van de ZIV-wet 1994 op zelfstandigen voor de zogehete grote risico's. Hoewel in 1994 reeds de basis voor een volledige uitbreiding werd gelegd<sup>22</sup>, heeft het tot 2006 geduurd alvorens deze effectief plaats vond. In eerste instantie bij wijze van het Koninklijk besluit van 10 juni 2006<sup>23</sup> voor een beperkte groep waaronder de zelfstandigen die zich na 30 juni 2006 aansloten en diegene die een gewaarborgd inkomen voor ouderen genieten, later op grond van de wet van 26 maart 2007<sup>24</sup> voor alle zelfstandigen.

Gelet op het feit dat deze voorwaarde geen problemen oplevert, zal ik niet dieper ingaan op de bespreking ervan<sup>25</sup>.

## b. Residuaire karakter van de aanvraag

Artikel 25, derde lid van de ZIV-wet 1994 stelt: *“Het Bijzonder Solidariteitsfonds verleent slechts een tegemoetkoming indien is voldaan aan de in deze afdeling gestelde voorwaarden en de rechthebbenden hun rechten hebben doen gelden krachtens de Belgische, buitenlandse of supranationale wetgeving of krachtens een individueel of collectief gesloten overeenkomst”*. Anders gezegd, zelfs als aan alle andere hierna besproken eisen voldaan is, geeft dit nog niet zonder meer recht op een vergoeding. Uit de wet blijkt dat het Bijzonder Solidariteitsfonds een residuair orgaan is. Enkel als de rechthebbenden hun rechten die zij genieten krachtens de Belgische of buitenlandse wetgeving of krachtens een individuele of collectieve aangegane overeenkomst hebben doen gelden, zal het Bijzonder Solidariteitsfonds tussenbeide komen<sup>26</sup>. De bepaling doelt ondermeer op de wetgeving betreffende de arbeidsongevallen, ongevallen van gemeenrecht, beroepsziekten, personen met een handicap en op de privéverzekeringen zoals de hospitalisatieverzekering in België, op Europees vlak of elders in de wereld<sup>27</sup>. Kortom, rechthebbenden mogen pas in laatste instantie bij het Bijzonder Solidariteitsfonds aankloppen<sup>28</sup>.

17. Art. 25, 2<sup>de</sup> lid ZIV-wet 1994.

18. Art. 32 en art. 33 ZIV-wet 1994.

19. Wet van 26.03.2007 houdende diverse bepalingen met het oog op de integratie van de kleine risico's in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging voor de zelfstandigen, B.S. van 27.04.2007.

20. K.B. van 30.07.1964 houdende de voorwaarden waaronder de toepassing van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994, tot de zelfstandigen wordt verruimd, B.S. van 13.08.1964.

21. K.B. van 29.12.1997 houdende de voorwaarden waaronder de toepassing van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994, tot de zelfstandigen en de leden van de kloostergemeenschappen wordt verruimd, B.S. van 31.12.1997

22. Wet van 30.03.1994 houdende sociale bepalingen, B.S. van 31.03.1994.

23. K.B. van 10.06.2006 tot wijziging van het K.B. van 29.12.1997 houdende de voorwaarden waaronder de toepassing van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994, tot de zelfstandigen en de leden van de kloostergemeenschappen wordt verruimd, B.S. van 16.06.2006.

24. Wet van 26.03.2007 houdende diverse bepalingen met het oog op de integratie van de kleine risico's in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging voor de zelfstandigen, B.S. van 27.04.2007.

25. Bij mijn onderzoek heb ik geen enkele uitspraak gevonden waar de discussie draaide om de hoedanigheid van de aanvrager.

26. Art. 25, 3<sup>de</sup> lid ZIV-wet van 1994 en Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), 10.

27. W. Bourry “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 310 en RIZIV. Het bijzonder solidariteitsfonds, <http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf>, 7.

28. Arbh. Gent, 26.01.1996, Soc. Kron. 1997, 298-299.

De formulering van deze voorwaarde, die eveneens van bij de aanvang in de tekst werd opgenomen<sup>29</sup>, is naar mijn mening voor verbetering en verduidelijking vatbaar. Zoals nu gesteld, kan de vraag rijzen naar de concrete invulling van de formulering “rechten hebben doen gelden”. Nergens wordt in de wet gespecificeerd of die aanspraak geleid mag hebben tot een effectieve tegemoetkoming. Met andere woorden, kan men enkel bij het fonds terecht als er geheel geen tegemoetkoming is verkregen of ook wanneer een verkregen tegemoetkoming in de kosten ontoereikend is ?

Gelet op de doelstelling om als vangnet te fungeren voor diegenen die volledig in de kou blijven staan<sup>30</sup>, ben ik van oordeel dat de eerste zienswijze gevolgd dient te worden. Anders oordelen bezorgt het Bijzonder Solidariteitsfonds eerder het karakter van een aanvullende verzekering zoals een hospitalisatieverzekering. Ook M. Peeters en het KCE rapport 133A stellen duidelijk dat er geen andere vorm van vergoeding geweest mag zijn<sup>31</sup>. In de RIZIV-brochure over het Bijzonder Solidariteitsfonds lezen we dat de tegemoetkomingen van het fonds “aanvullingen kunnen zijn op die van de privéverzekeringen en de opgelopen kosten kunnen dekken in afwachting van de vergoeding van de ongevallenverzekering”<sup>32</sup>. Het begrip “aanvullingen” is hier ongelukkig gekozen en veroorzaakt verwarring. Men zou verkeerdelijk kunnen aanvoeren dat het fonds kan tussenkomen wanneer een verkregen bedrag ontoereikend is. De zinsnede moet echter in zijn geheel gelezen worden. Derhalve wijst deze frasering op de betaling in afwachting van een effectieve vergoeding. Dit ondersteunt de hierboven, door mij verdedigde, visie. Het fonds komt weliswaar tussen maar vordert later de vergoeding terug van de verzekering. Voor het fonds is dit dus een nuloperatie. Zijn tussenkomst is slechts van tijdelijke aard, als het ware een “noodoplossing”. Een dergelijke procedure vertoont grote gelijkens met de betaling “in afwachting” van de ziekenfondsen<sup>33</sup>.

Een laatste argument ter ondersteuning vinden we bij de wetgever zelf. Naar aanleiding van de wetwijziging in 2005, vroegen de heren Goutry en Verhaegen<sup>34</sup> om de zinsnede “krachtens een individueel of collectief gesloten overeenkomst” te schrappen. De weigering hiertoe wijst op een zeer restrictieve interpretatie van het residuaire karakter. Analoog aan deze restrictieve visie, kunnen we veronderstellen dat ook met betrekking tot het doen gelden van rechten een stringente visie moet worden gehanteerd.

Een duidelijkere verwoording zou dan ook passend zijn om mogelijke twijfel in de kiem te smoren. Het residuaire karakter is naar mijn mening tweeledig. Zoals hierboven belicht, mag men geen tegemoetkoming verkregen hebben. Maar de wettelijke bepaling gaat deels verder. Er staat in artikel 25, derde lid van de ZIV-wet 1994 immers ook te lezen dat het Fonds slechts tegemoetkomingen verleent indien in geen tegemoetkoming voorzien is krachtens de reglementaire bepalingen van de Belgische verzekering voor geneeskundige verzorging of krachtens de wettelijke bepalingen van een buitenlandse regeling voor verplichte verzekering<sup>35</sup>. Kortom, er mag zelfs geen reglementaire mogelijkheid bestaan om een tegemoetkoming te verkrijgen<sup>36</sup>. Is dit wel het geval, maar opteert de aanvrager ervoor zich rechtstreeks tot het fonds te wenden, dan moet het fonds de aanvraag afwijzen. Er bestaat dus geen keuzevrijheid van de aanvrager. De interpretatie is conform de door Ghilain<sup>37</sup> verdedigde invulling van het begrip “residuaire”.

29. Art. 19*bis* § 1, 3<sup>o</sup> lid ZIV-wet 1963.

30. Memorie van toelichting bij het ontwerp van programmawet, Parl. St. Kamer 1989-1990, nr. 975/001, 7.

31. M. Peeters, “Vrij verkeer van patiënten: Verlegt Europa de grenzen van de Belgische nomenclatuur?”, T. Gez. 2006-07, 359 en Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iii.

32. RIZIV, Het bijzonder solidariteitsfonds, <http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf>, 6.

33. Art. 136 ZIV-wet 1994.

34. Amendement nr. 2 (L. Goutry en M. Verhaegen) op het wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr. 1627/002.

35. Art. 25, 3<sup>o</sup> lid ZIV-wet 1994.

36. Deze zienswijze kan naar mijn mening ook *a contrario* worden afgeleid uit het arrest van het Hof van Cassatie van 27.05.2013 waar het Hof stelt dat art. 25, 3<sup>o</sup> lid geschonden wordt indien een arrest dat een vordering tegen de weigering van het Bijzonder solidariteitsfonds om tussen te komen verwerpt om de enige reden dat de bedoelde verstrekking niet vermeld staat in de nomenclatuur. (Cass. van 27.05.2013, [www.cass.be](http://www.cass.be))

37. A. Ghilain, “Interpretatie van het Hof van Cassatie in verband met het residuaire van art. 70, § 2, 1<sup>o</sup> lid, van de wet van 09.08.1963, inzake revalidatie en herscholing”, I.B. - RIZIV 1984, 188-191.

Volgens de auteur impliceert het begrip dat een tegemoetkoming enkel mogelijk is als er geen oplossing gevonden kan worden via een andere regeling.

Deze bevinding laat toe te besluiten dat het fonds, anders dan de ziekte- en invaliditeitsverzekering<sup>38</sup> geen betalingen “in afwachting” doet. Toch is enige nuance op zijn plaats. Het artikel 25, derde lid van de ZIV-wet 1994 verzwijgt de private verzekeringen. Zoals reeds toegelicht, is hier naar mijn mening wel een betaling “in afwachting” mogelijk.

### c. De kosten die nooit door het fonds ten laste worden genomen

In het vierde lid van artikel 25 ZIV-wet 1994, somt de wetgever de kosten op waarvoor het fonds niet tussenbeide komt: “1° De persoonlijke aandelen bedoeld in de artikelen 37 en 37bis en de supplementen op in toepassing van de reglementering van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging vastgelegde prijzen en honoraria en 2° De supplementen bedoeld in artikel 97 van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, en de comfortkosten”<sup>39</sup>.

Tot vóór de wetwijziging in 2002 werd over dit soort uitsluiting met geen woord gerept. Het is de programmawet van 24 december 2002 die als eerste bepaalde kosten expliciet uitsluit<sup>40</sup>. Zij doet dit evenwel enkel in het kader van de tegemoetkoming aan chronisch zieke kinderen. Die uitsluiting toen paste binnen de *ratio legis* van de wetwijziging van 2002. De aanpassing van het toepassingsgebied van het Bijzonder Solidariteitsfonds ten voordele van chronisch zieke kinderen maakte immers deel uit van een bredere wijziging die ook de aanpassing van de nomenclatuur inhield en de opname van persoonlijke aandelen in de maximumfactuur behelsde. Deze laatste maatregel verklaart waarom de wetgever eerst zelf wijst op de kosten van enterale voeding als voorbeeld van kosten waarvoor een oplossing nodig is maar deze vervolgens *expressis verbis* uitsluit als extra kosten waarvoor het Bijzonder Solidariteitsfonds tegemoet kan komen<sup>41</sup>.

De wijziging in 2005 heeft de oorspronkelijk beperkte uitsluiting opengetrokken naar alle verzorgingen waarvoor men een tegemoetkoming kan aanvragen. Deze stap is naar mijn mening begrijpelijk in het licht van het hierboven besproken residuaire karakter.

### d. Aanvragen voor verzorging verleend in België

#### SOORT VERZORGING

Wil men een tegemoetkoming verkrijgen voor verzorgingen die in België verleend zijn, moet men behoren tot één van de wettelijke categorieën.

38. A. Van Regenmortel, “Cumul van ziekte- en invaliditeitsuitkeringen met arbeidsongevallen- en gemeenrechtelijke vergoedingen” in G. Van Limberghen (ed.), *Vergoedingen aan slachtoffers van verkeersongevallen*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 96-97.

Ook hier rees de vraag naar keuzevrijheid. (Cass. 19.02.1975, JTT 1976, 123.) Met betrekking tot de keuzevrijheid oordeelde de Franse kamer van het Hof van Cassatie dat geen prestatie kan worden toegekend wanneer een vergoeding op grond van een andere wetgeving mogelijk is, zelfs als de gerechtigde er niet om vraagt. (Cass. 05.02.1979, I.B. - RIZIV 1979/, p. 5.) De Nederlandse Kamer gaat hier op 11.04.1983 tegenin. De loutere mogelijkheid rechtvaardigt volgens de rechters een weigering tot betaling in afwachting niet. (Cass. 11.04.1983, TSR 1983, 247.) Deze visie stuitte echter op kritiek. (A. Ghilain, “Interpretatie van het Hof van Cassatie in verband met het residuaire van art. 70, § 2, 1° lid, van de wet van 09.08.1963, inzake revalidatie en herscholing”, I.B. - RIZIV 1984/4, p. 188-191.)

39. Art. 25, 3<sup>de</sup> lid ZIV-wet 1994. Comfortkosten worden in de wet niet gedefinieerd. Uit de documentatie van ziekenhuizen en ziekenfondsen maken we op dat het de kosten betreft die worden aangerekend voor verstrekte diensten die het verblijf in en ziekenhuis aangenamer maken. De diensten zijn evenwel niet noodzakelijk. Zo gaat het bijvoorbeeld om de kosten van telefoon, tv, kapper, maaltijden voor bezoekers, ... Liberale mutualiteit, Opname in het ziekenhuis: wat nu?, <https://www.wlz.be/cms/Mut404/Brochures/Hospitalisatiebrochure404.pdf>, 22; Socialistische mutualiteit, Hospimut, <https://www.fsmb.be/pdf/guidebooks/hospimut.pdf>, 3; <http://www.chu-brugmann.be/nl/hospi/.in.asp> en [http://www.ziekenhuiswaregem.be/prg/selfware.pl?id\\_sitemap=458](http://www.ziekenhuiswaregem.be/prg/selfware.pl?id_sitemap=458).

40. Art. 230 programmawet 24.12.2002, B.S. van 31.12.2002.

41. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van programmawet, Parl. St. Kamer 2002-2003, nr. 2124/001, 121.

Oorspronkelijk, in 1990, vermeldt de wetgever slechts één mogelijkheid, met name de uitzonderlijke geneeskundige verstrekkingen die niet in de nomenclatuur zijn opgenomen. Beide begrippen, “uitzonderlijke geneeskundige verstrekking” en “niet opgenomen in de nomenclatuur”, zorgden voor problemen en zijn uiteindelijk door het Hof van Cassatie geïnterpreteerd.

In het arrest van 6 september 2004<sup>42</sup> diende het Hof te oordelen over de vraag wat nu precies onder de zinsnede “uitzonderlijke geneeskundige verstrekking” moest worden verstaan<sup>43</sup>. Twee verschillende visies waren immers gangbaar. Enerzijds was er de mening dat deze zinsnede niet zozeer de uitzonderlijke medische verzorgingen of behandelingswijzen viseerde, maar wel de uitzonderlijk complexe toestanden die van zodanige aard zijn dat ze een tegemoetkoming van het fonds verantwoordt<sup>44</sup>. De aanhangers hiervan steunden hun visie op de memorie van toelichting<sup>45</sup> en het verslag van de parlementaire commissie<sup>46</sup>, aangevuld met de algemene filosofie van de oprichting van het fonds. Immers, de creatie van het fonds kwam er met het oogmerk het formalistische en rigide systeem van de nomenclatuur te temperen<sup>47</sup>. Anderen, waaronder ook het RIZIV<sup>48</sup>, waren dan weer van mening dat de rigide aard juist eng moest worden geïnterpreteerd vanwege het openbareordekarakter ervan<sup>49</sup>. Dit houdt in dat men dus naast de andere voorwaarden ook geconfronteerd moet worden met een verstrekking die in de eerste plaats uitzonderlijk is. Vreemd is dat ook deze visie gebaseerd werd op de parlementaire voorbereiding<sup>50</sup>.

Het Hof hakte uiteindelijk de knoop door en sloot zich aan bij de enge interpretatie. Het stelde “dat verstrekkingen die niet uitzonderlijk zijn, maar gewone verstrekkingen, ook al worden zij verstrekt voor complexe toestanden, niet voor tegemoetkoming door het Bijzonder Solidariteitsfonds in aanmerking komen”. Echt grondig onderbouwde het dit standpunt evenwel niet. Er werd enkel vaag verwezen naar de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis<sup>51</sup>. We kunnen aannemen dat de enge interpretatie volgens het Hof van Cassatie nauwer aansloot bij de doelstelling van de wetgever.

Hoewel de uitspraak van het Hof van Cassatie tot doel had alle mogelijke twijfel omtrent de invulling uit de wereld te helpen, blijkt dit geenszins het geval<sup>52</sup>. In navolging van Rauws en Nevens<sup>53</sup>, ben ik van mening dat het Hof enkel verduidelijkt wat er niet verstaan dient te worden onder “uitzonderlijk”. Het Hof is daarbij overigens weinig vernieuwend aangezien het mijn inziens evident is dat “uitzonderlijk” tegengesteld is aan “gewoon”. Hoewel het tot de taken van het Hof van Cassatie behoort om enkel te antwoorden op de grieven, had het Hof mijn inziens deze mogelijkheid kunnen benutten om te argumenteren waarom het de enge visie aanhangt. Ik deel de mening van het Hof van Cassatie overigens niet. Het gestelde doel om personen die buiten de sociale zekerheid vallen, door middel van het fonds, te helpen wordt beter bereikt op grond van een brede visie.

42. Cass.06.09.2004, RW 2004-05, 672 en Soc. Kron. 2006, 463.

43. Voor een uitvoerige bespreking van de verschillende standpunten: zie W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 311-318; J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 851-854 en W. Rauws en K. Nevens, “De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie in het socialezekerheidsrecht” in R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet (eds.), Actuele problemen socialezekerheidsrecht, nr. 12, Brugge, die Keure, 2007, 150-154.

44. Arbh. Antwerpen, 07.12.2000, Soc. Kron. 2002, 139 en Arbh. Antwerpen, 28.04.2000, Soc. Kron. 2002, 129.

45. Memorie van toelichting bij ontwerp van programmawet, Parl. St. Kamer 1989-1990, nr. 975/1, 6-7 en verslag namens de Commissie voor Sociale Zaken (J. De Roo) bij ontwerp van programmawet, Parl. St. 1989-1990, nr. 975/10, 2.

46. Verslag namens de Commissie voor Sociale Zaken (J. De Roo) bij ontwerp van Programmawet, Parl. St. 1989-1990, nr. 975/10, 2.

47. Verslag namens de Commissie voor Sociale Zaken (J. De Roo) bij ontwerp van Programmawet, Parl. St. 1989-1990, nr. 975/10, 2.

48. Dit blijkt uit de grieven in Cassatie. Cass. 06.09.2004, I.B. - RIZIV 2004/4, p. 420-421.

49. Arbh. Bergen, 18.04.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, p. 345; Arbh. Brussel, 10.04.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, p. 343; Arbh. Antwerpen, 13.02.2001, I.B. - RIZIV 2001/2, p. 238 en Arbh. Gent, 10.11.2000, Soc. Kron. 2002, 134.

50. Cass. 06.09.2004, I.B. - RIZIV 2004/4, p. 420 en W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 311.

51. Cass. 06.09.2004, I.B. - RIZIV 2004/4, p. 421.

52. Arresten in navolging van Cassatie: Arbh. Gent, 19.10.2007, I.B. - RIZIV 2007/4, p. 594; Arbh. Gent, 13.03.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 240; Arbh. Gent, 06.10.2005, I.B. - RIZIV 2005/4, p. 469. Voor een uitvoerige bespreking van de kritieken op de uitspraak: W. Rauws en K. Nevens, “De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie in het socialezekerheidsrecht” in R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet (eds.), Actuele problemen socialezekerheidsrecht, nr. 12, Brugge, die Keure, 2007, 145-150.

53. W. Rauws en K. Nevens, “De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie in het socialezekerheidsrecht” in R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet (eds.), Actuele problemen socialezekerheidsrecht, nr. 12, Brugge, die Keure, 2007, 148.

Het Hof bleef zoals gezegd dermate vaag omtrent de invulling van het begrip “uitzonderlijk”, dat men nog steeds aangewezen was op de definities van de arbeidsgerechten. Deze waren bezwaarlijk uniform te noemen.

Voor het arbeidshof te Luik dient een verstrekking “hors norme” te zijn om te voldoen aan de wettelijke voorwaarde van uitzonderlijk<sup>54</sup>. Hiermee lijkt het arbeidshof te Luik vast te houden aan de ruime visie. In zijn arrest van 23 mei 2005 stelt het arbeidshof dat het plaatsen van bridges en kronen na kanker in de mond- en keelholte wegens de omvang en doelstelling “hors norme” is en dus aangezien kan worden als een uitzonderlijke verstrekking<sup>55</sup>. Ook het arbeidshof te Antwerpen hanteert die ruime visie. Zo zijn steunkousen, wat op zich een gewone verstrekking is, die een patiënt met het Klippel-Trenaunay-Webersyndroom behoeft wel een uitzonderlijke geneeskundige verstrekking<sup>56</sup>.

Het arbeidshof te Gent houdt er duidelijk een andere visie op na. Voor dit arbeidshof zijn therapeutische kousen<sup>57</sup> of embolisatiemateriaal<sup>58</sup> geen uitzonderlijke verstrekking, ongeacht het feit dat ze worden verstrekt voor een zeldzame aandoening of complexe toestand. Ook verstrekkingen die men verleent bij uitzonderlijke verschijnselen van de ziekte van Crohn zijn geen voorbeeld van uitzonderlijke verstrekkingen<sup>59</sup>. Evenmin wordt een laserbehandeling een uitzonderlijke verstrekking omdat ze verleend wordt voor een complexe toestand<sup>60</sup>.

Opmerkelijk is dat hetzelfde arbeidshof in het arrest van 28 januari 2005 toch stelt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn om de term “uitzonderlijk” een specifieke betekenis te geven waardoor het een supplementaire voorwaarde zou betreffen naast de andere voorwaarden. Oordelen dat dit wel het geval is, brengt mee dat de tussenkomst tot hoogst uitzonderlijke situaties beperkt is wat geenszins het doel van de wetgever is geweest. Het hof waarschuwt evenzeer voor discriminatie bij een andersluidende visie. Voor zieken die pas later behandeld worden, is het uitzonderlijke karakter verdwenen door verloop van tijd<sup>61</sup>.

De verschillen in visie tussen de arbeidsgerechten zijn dus nog aanwezig. Zelfs het RIZIV raakt er maar niet wijs uit. In een interpretatieve nota uit 2003 lijkt het in te gaan tegen de visie van het Hof van Cassatie en bij extensie tegen zijn eigen oorspronkelijke visie<sup>62</sup>.

Ook de vereiste dat de verstrekking niet in de nomenclatuur opgenomen mocht zijn, zorgde binnen de doctrine en de rechtspraak voor tweedracht. Rechters werden geconfronteerd met situaties waarbij de verstrekking weliswaar in de nomenclatuur was opgenomen maar voor een andere aandoening dan die waaraan de rechthebbende leed<sup>63</sup>. Onder meer omtrent neurostimulators rees discussie. Deze zijn immers niet zonder meer in de nomenclatuur opgenomen. Zij dienen bijvoorbeeld ingeplant te worden met het oog op intracerebrale stimulatie of ter stimulering van het ruggenmerg<sup>64</sup>.

54. Arbh. Luik, 23.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/1, 331-332; Arbh. Luik, 22.04.2005, Soc. Kron. 2006, 465 en Arbh. Luik, 26.11.2002, I.B. - RIZIV 2003/1, p. 30.

55. Arbh. Luik, 23.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 332.

56. Arbh. Antwerpen, 23.10.2007, A.R. 2006-0675, onuitg.

57. Arbh. Gent, 01.09.2006, A.R. 283/04, aangehaald door Arbh. Gent, 15.12.2006, I.B. - RIZIV 2007/2, p. 224.

58. Arbh. Gent, 19.10.2007, I.B. - RIZIV 2007/4, p. 595.

59. Arbh. Gent, 13.03.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 240.

60. Arbh. Gent, 06.10.2005, I.B. - RIZIV 2005/4, p. 469.

61. Arbh. Gent, 28.01.2005, Soc. Kron. 2006, 463.

62. RIZIV, College van geneesheren-directeurs, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. zoals geciteerd door W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat”(noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 312. (“onder een uitzonderlijke medische verstrekking moet een verstrekking worden verstaan die in het algemeen zeer zeldzaam is, of een verstrekking die gewoonlijk niet wordt gebruikt in een dergelijke behandeling, zodat ze in die medische indicatie uitzonderlijk wordt.”)

63. Voorbeeld hiervan is een stimulator Medtronic voor de blaas en andere neurostimulators: Arbh. Gent, 22.12.2000, Soc. Kron. 2002; Arbh. Antwerpen, 26.06.2002, Soc. Kron. 2003, 513 en Arbh. Gent, 03.03.2000, Soc. Kron. 2002, 128.

64. Art. 28, § 2/bis; 3° K.B. van 14.09.1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, B.S. van 29.09.1984 en Arbh. Gent, 03.03.2000, Soc. Kron. 2002, 128.

Sommigen waren de mening toegedaan dat in dergelijke gevallen tegemoetkoming uitgesloten was<sup>65</sup>. Anderen oordeelden dat men de hele omschrijving van de nomenclatuur in acht diende te nemen. Bijgevolg moest de zinsnede “niet opgenomen in de nomenclatuur” niet woordelijk opgevat worden. Op die manier kon men voor dergelijke gevallen wel terugbetaling toekennen<sup>66</sup>.

Nog voor het Hof van Cassatie uitspraak kon doen, heeft de wetgever in 1999 ingegrepen en de bepaling gewijzigd in “niet vergoedbaar door de verzekering voor geneeskundige verzorging”<sup>67</sup>. Op die manier hoopte volksvertegenwoordigster D’hondt, die de bezieler van dit voorstel was, dat van de beperkende voorwaarde eigen aan de nomenclatuur kon worden afgeweken. De wetgever kan immers niet alle diagnostische situaties van tevoren inschatten en in wetgeving verwoorden<sup>68</sup>. Bourry leest in die wijziging een duidelijke keuze van de wetgever om wel een tegemoetkoming toe te staan voor prestaties die in de nomenclatuur zijn opgenomen maar voor een andere aandoening dan waarvoor de aanvraag gebeurt<sup>69</sup>. De wetgever zelf stelt het nergens zo expliciet. In het amendement dat aan de basis van de wijziging ligt, vinden we dit wel met zoveel woorden terug.

Een analoge redenering op grond van het Cassatiearrest van 13 september 2004<sup>70</sup>, laat toe te achterhalen hoe het Hof van Cassatie mogelijkerwijs de voorwaarde “niet opgenomen in de nomenclatuur” zou beoordelen. Het voorliggend geschil betrof de vraag hoe men met betrekking tot de farmaceutische producten de woorden “niet in aanmerking komen voor vergoeding krachtens reglementaire bepalingen” diende uit te leggen. Het RIZIV verdedigde het standpunt dat terugbetaling enkel mogelijk was onder dezelfde voorwaarden als voor de geneeskundige verstrekkingen. Ook de producten mochten dus niet in de lijst van vergoedbare farmaceutische specialiteiten<sup>71</sup> zijn opgenomen. Het RIZIV greep de bovenvermelde wetwijziging aan om er *a contrario* uit af te leiden dat vóór de wijziging moest worden aangenomen dat het fonds enkel tussenbeide komt wanneer de producten niet op de lijst staan, zelfs niet wanneer dit voor een andere aandoening is dan waaraan de aanvrager lijdt. Het Hof van Cassatie gaat evenwel niet mee in de redenering en repliceert dat wel tegemoetkoming kan worden verkregen voor de farmaceutische producten die in de lijst zijn opgenomen maar waarvoor in geen terugbetaling is voorzien krachtens een reglementaire bepaling van de farmaceutische verstrekkingen.

Anders dan bij de invulling van het begrip “uitzonderlijke verstrekking”<sup>72</sup>, opteert het Hof van Cassatie omtrent dit heikele punt wel voor de teleologische en soepelere interpretatie.

Ten slotte wens ik nog kort te wijzen op een tekst die we terugvinden in de interpretatienota van het RIZIV van 2003. Daar lezen we: “Op het ogenblik dat de uitzonderlijke verstrekking wordt verleend, mag er geen in het kader van de wettelijke en verplichte ziekteverzekering toegelaten terugbetaling bestaan, tenminste niet voor die medische indicatie”<sup>73</sup>. Vooral het laatste deel van de tekst komt mijns inziens erg in conflict met het geuite standpunt voor het Hof van Cassatie. Heeft het RIZIV zijn mening herzien nog vóór de uitspraak?

65. Arbh. Gent, 14.06.2004, I.B. - RIZIV 2005/1, p. 26; Arbh. Gent, 03.03.2000 Soc. Kron. 2002, 126; L. Maroy, “Het Bijzonder Solidariteitsfonds”, *Medi-ius* 1994, afl. 1, 11 en J. Put en S. Derieuw, “Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid”, *AJT* 1999-00, 872.  
In tegengestelde zin: Arbh. Gent, 28.04.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, afl. 3, p. 357 en Arbh. Gent, 22.12.2000, Soc. Kron. 2002, 131.

66. Arbh. Gent, 28.04.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, p. 355; Arbh. Antwerpen, 26.06.2002, Soc. Kron. 2003, 513-514; Arbh. Gent, 22.01.2001, T. Gez. 2002-2003, 107-108; Arbh. Gent, 22.12.2000, Soc. Kron. 2002, 130; Arbh. Antwerpen, 07.12.2000, Soc. Kron. 2002, 139 en Arbh. Antwerpen, 28.04.2000, Soc. Kron. 2002, 129.

67. Art. 22, 1° wet van 24.12.1999 houdende sociale en diverse bepalingen, B.S. van 31.12.1999.

68. Amendement nr. 28 (G. D’Hondt) op het wetsontwerp houdende sociale en diverse bepalingen, Parl. St. Kamer 1999-2000, nr. 297/4, 17 ingetrokken en vervangen door amendement nr. 46 (G. D’Hondt) op het wetsontwerp houdende sociale en diverse bepalingen, Parl. St. Kamer 1999-2000, nr. 297/4, 31. Verslag namens de commissie voor Sociale Zaken (Z. Genot), Parl. St. Kamer 1999-2000, nr. 297/8, 48.

69. W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 316.

70. Cass. van 13.09.2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).

71. Art. 35bis ZIV-wet 1994.

72. Cass. 06.09.2004, I.B. - RIZIV 2004/4, pp. 419-422.

73. RIZIV, College van geneesheren-directeuren, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. zoals geciteerd door W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat” (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 312.

Gelet op het feit dat beide begrippen, ondanks (of is het juist met dank aan) Cassatierechtspraak dubieus<sup>74</sup> bleven, heeft de wetgever de betwiste zinsnedes bij de wetwijziging van 2005 uit de tekst geschrapt. We mogen ervan uit gaan dat de wijziging er gekomen is om komaf te maken met de discussie die de oorspronkelijke formulering met zich meebracht<sup>75</sup>. Het verslag van de commissie volksgezondheid, leefmilieu en maatschappelijke hernieuwing bevestigt dit door te stellen dat de wijziging er gekomen is omdat het College geconfronteerd werd met aanvragen die niet aan de voorwaarden voldeden maar ontgensprekelijk gerechtvaardigd waren<sup>76</sup>.

In de loop der jaren zijn de mogelijkheden, zoals uit voorgaande blijkt, gewijzigd en uitgebreid tot de situatie zoals ze vandaag is. We onderscheiden vier mogelijkheden: zeldzame indicaties, zeldzame aandoeningen, medische hulpmiddelen en chronisch zieke kinderen.

#### *a) Zeldzame indicatie*

Patiënten kunnen het Bijzonder Solidariteitsfonds sinds de wet van 2005 aanspreken voor een tegemoetkoming in de kosten van verstrekkingen bij zeldzame indicaties. De wetgever zegt nergens expliciet, door middel van een definitie of omschrijving, wat hij onder zeldzame indicatie verstaat. Als enige aanwijzing omtrent zijn bedoeling geeft hij in de memorie van toelichting een voorbeeld. Het betreft een vaste tandprothese die na een operatie van een tongtumor onontbeerlijk is geworden<sup>77</sup>.

In een antwoord op een parlementaire vraag lijkt de toenmalige minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid wel verder toe te lichten wat men bij het creëren van de wet in gedachten had. Hij stelt dat het begrip slaat op gevallen waarvan de complexiteit het mogelijk maakt te zeggen dat het om unieke gevallen gaat waarbij het Bijzonder Solidariteitsfonds als vangnet fungeert<sup>78</sup>. In het jaarverslag 2005 van het RIZIV vinden we een soortgelijke omschrijving terug<sup>79</sup>. Echt verhelderend kunnen we dit bezwaarlijk noemen. Deze omschrijving kan net zo goed slaan op het begrip “behandelbaar geval.” Daarenboven lijkt de minister “zeldzaam” met “uniek” gelijk te stellen<sup>80</sup>. Deze visie kan ik geenszins bijtreden. “Uniek” wijst op “enig in zijn soort” en is dus veel enger dan “zeldzaam”, wat wijst op “niet vaak voorkomend”.

74. In navolging van Cassatie 06.09.2004 oa.: Arbh. Gent, 04.06.2007, A.R. 217/06 zoals geciteerd door J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 852; Arbh. Gent, 15.12.2006, I.B. - RIZIV 2007/2, p. 221; Arbh. Gent, 01.09.2006, A.R. 28/04 zoals geciteerd door J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 852; Arbh. Gent, 13.03.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 239 en Arbh. Gent, 06.10.2005, I.B. - RIZIV 2005/4, p. 467.

In tegengestelde zin o.a.: Arbh. Gent, 22.01.2007, A.R. 78/06 zoals geciteerd door J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 852; Arbh. Gent, 26.06.2006, Soc. Kron. 2009, 214 en Arbh. Gent, 13.01.2006 A.R. 2003/143 zoals geciteerd door J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 852.

75. In de memorie van toelichting vinden we dit niet letterlijk terug.

76. Verslag namens de commissie voor de Volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing (C. Burgeon) bij het wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr. 1627/005, 5 en J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 848.

77. Wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr. 1627/005, 3.

78. Vr. en Antw. Kamer 2004-2005, 25.07.2005, 15503 (Vr. nr. 218 D. Geerts).

79. “Gezondheidszorg: de complexiteit gebiedt te zeggen dat het om unieke gevallen gaat”. RIZIV, Jaarverslag 2005, <http://www.riziv.be/presentation/nl/publications/annual-report/2005/pdf/ar2005p4.pdf>, 70.

80. J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 850.

Bij gebrek aan een wettelijke omschrijving, zijn we aangewezen op andere bronnen. Op basis van het voorbeeld dat de wetgever zelf aanhaalt, de omschrijving in een oud verklarend medisch woordenboek<sup>81</sup> en een omschrijving van Bourry<sup>82</sup>, is het mijns inziens mogelijk om tot een eigen, passende omschrijving te komen. Deze luidt dan: een zeldzame indicatie slaat op de situatie waarin een verstrekking, die op zich niet zeldzaam moet zijn, wordt ingezet ter behandeling van een aandoening waarvan evenmin vereist is dat ze zeldzaam is. De combinatie van de verstrekking ter behandeling van die specifieke aandoening op zich is echter wel uitzonderlijk.

Als we het door de minister aangehaalde voorbeeld<sup>83</sup> toetsen aan bovenstaande omschrijving stellen we vast dat de omschrijving het voorbeeld insluit. Een tandprothese is niet zeldzaam en een tongtumor evenmin, maar de combinatie van beide is dan weer wel uitzonderlijk.

Ten slotte stelt de wetgever dat het, met het oog op het bewijs, niet volstaat om enkel te wijzen op het feit dat de gevraagde verstrekking niet terugbetaald is voor de indicatie die de aanvraag rechtvaardigt<sup>84</sup>. De wetgever laat evenwel na te verduidelijken wanneer naar zijn mening het zeldzame karakter afdoende bewezen is.

#### b) Zeldzame aandoening

Deze categorie valt uiteen in de zeldzame aandoeningen en zeldzame aandoeningen die continue en complexe verzorging noodzaken<sup>85</sup>. Gelet op de formulering, lijkt de eerste categorie te slaan op de aandoeningen die weliswaar zeldzaam zijn maar waarbij een welbepaalde, mogelijks eenmalige, aanpak volstaat ter genezing.

Ook hier geeft de wetgever geen omschrijving van het begrip. In tegenstelling tot de zeldzame indicaties kan iedereen zich min of meer een beeld vormen van wat hieronder verstaan wordt. Toch blijkt de invulling van zeldzaam niet zo eenvoudig. Meermaals is door arbeidshoven en rechtsgeleerden gediscussieerd over de vraag hoe zeldzaamheid beoordeeld moet worden. Er bestaat immers onenigheid omtrent het referentiepunt, de groep waarbinnen men op zoek gaat naar anderen die aan dezelfde aandoening lijden. Dient men te vergelijken met de hele bevolking of opteert men voor een deel ervan? Uitspraken van de arbeidshoven in de ene<sup>86</sup> of de andere<sup>87</sup> richting zijn even talrijk. Zo werd een aneurisma door het arbeidshof te Gent in 2004<sup>88</sup> als zeldzaam aangemerkt aangezien het de frequentie bij de gehele bevolking bekeek, terwijl datzelfde hof in 2005<sup>89</sup> oordeelde dat dergelijke aandoening niet zeldzaam was binnen het bepaald deel van de bevolking waartoe de patiënt behoorde. Bijzonder is de uitspraak van het arbeidshof te Gent op 28 januari 2005<sup>90</sup>. Het betrof een patiënt met een vorm van Parkinson, "Young Onset", die erg vroeg optreedt. Met betrekking tot deze aandoening, zijn er geen cijfers omtrent de frequentie in België voor handen. Het hof meent dat in een dergelijk geval ook naar cijfers uit het buitenland gekeken mag worden op voorwaarde dat deze representatief zijn voor België en dat beide partijen er mee instemmen.

81. *Indicatio* = de omstandigheden of beweegredenen die de weg wijzen bij het kiezen van een wijze van behandeling". H. Pinkhof, Vertalend en verklarend woordenboek van uithetseemse geneeskundige termen, Haarlem, De Erven F. Bohn NV, 1963, v<sup>o</sup> *indicatio*. Deze omschrijving wordt ook gehanteerd door de arbeidsrechtbank van Gent in een uitspraak van 08.09.2011. Arbrb. Gent, 08.09.2011, A.R. 10/3017/A, onuitg.

82. Deze auteur stelt met betrekking tot de zeldzame indicaties dat de nadruk komt te liggen op het uitzonderlijke karakter van het inzetten van een bepaalde verstrekking voor een concrete aandoening. W. Bourry, "Het Bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat", T. Gez. 2005-2006, 317.

83. Vr. en Antw. Kamer 2004-2005, 25.07.2005, 15503 (Vr. nr. 218 D. Geerts).

84. Art. 25bis, laatste lid ZIV-wet 1994 en Arbh. Luik, 02.04.2009, I.B. - RIZIV 2009/, p. 408. (behandelt de situatie voor de wetwijziging van 2005 en doet uitspraak over 'uitzonderlijke verstrekking die zeldzaam is'. Toch kan deze rechtspraak mijns inziens getransponeerd worden naar de huidige situatie.)

85. Art. 25ter, §§ 1 en 2, ZIV-wet 1994.

86. Gehele populatie: Arbh. Luik 24.09.2007, Soc. Kron. 2009, 215; Arbh. Gent, 06.06.2005, A.R. 285/04 zoals geciteerd door J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007,849; Arbh. Gent, 28.01.2005, Soc. Kron. 2006, 464 en Arbh. Gent, 06.09.2004, TGR 2004, 420.

87. Beperkte groep: Arbh. Gent, 07.04.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 241; Arbh. Brussel, 22.09.2005, Soc. Kron. 2006, 467; Arbh. Gent, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, pp. 324-325 en Arbh. Gent, 28.01.2005, Soc. Kron. 2006, 463.

88. Arbh. Gent, 06.09.2004, TGR 2004, 420.

89. Arbh. Gent, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 324.

90. Arbh. Gent, 28.01.2005, Soc. Kron. 2006, 464.



Een oplossing voor deze impasse zou kunnen liggen in het hanteren van een variabel referentiepunt. Voorafgaand zou men dan nagaan of de aandoening de hele bevolking kan treffen dan wel enkel een bepaalde groep. Afhankelijk van het antwoord hierop, zal men als referentie de hele populatie dan wel een beperkte groep kiezen.

Toch biedt deze mogelijkheid niet steeds de gewenste uitkomst. Zo kunnen bepaalde aandoeningen bij elke mens gediagnosticeerd worden maar zullen ze zelden voorkomen bij een bepaalde groep of een bepaald deel van de bevolking. Te denken valt aan bepaalde kinderziektes<sup>91</sup>. De vergelijking met de gehele populatie zou doen besluiten tot zeldzaamheid. Anderzijds is het mogelijk dat een beperkte frequentie van voorkomen binnen de ene groep, wordt gecompenseerd door veelvuldig voorkomen van de aandoening binnen een andere groep.

Persoonlijk ben ik meer een voorstander van een oplossing die in de lijn ligt van het “tweestap-plan” dat door Markey en Jacquain is uitgewerkt<sup>92</sup>. Men zou dan zowel de frequentie van de aandoening ten opzichte van de hele bevolking als ten opzichte van een bepaalde groep onderzoeken. In geval van zeldzaamheid binnen een van de twee referentiegroepen, kunnen we spreken van een zeldzame aandoening. Hoewel bovenstaande kritiek omtrent een te ruim toepassingsgebied ook hier kan gelden, lijkt dit systeem billijker. De kans dat iemand in een behartenswaardige situatie wordt uitgesloten is beperkter.

Om concreet te kunnen oordelen of een aandoening zeldzaam is, heeft men vervolgens een (boven)grens nodig. Een grens die vaststelt hoeveel personen binnen de gekozen vergelijkingsgroep maximaal aan de aandoening mogen lijden. Op het Europese vlak is de gangbare norm dat de aandoening maximaal 1 op 2000 personen (binnen de gehele populatie) treft. Omgezet voor België komt dit neer op 5000 personen<sup>93</sup>. De norm is ontleend aan twee documenten. Met name aan de verordening omtrent de weesgeneesmiddelen<sup>94</sup> en aan het communautair actieprogramma 1999-2003 inzake zeldzame ziekten<sup>95</sup>.

Uit de rechtspraak blijkt dat deze norm aanvaard is als een van de mogelijke criteria waaruit op ernstige en gemotiveerde wijze afgeleid kan worden dat er sprake is van zeldzaamheid<sup>96</sup>. In 2008 was het arbeidshof te Brussel evenwel de mening toegedaan dat het geenszins gebonden was door deze norm omdat deze kadert in een andere context. De rechters aldaar besloten de norm dan ook niet te hanteren en duidelijk te stellen dat een hogere drempel ook aanvaard kan worden<sup>97</sup>.

Dat de Europese norm met de gehele bevolking rekening houdt, hoeft naar mijn mening geen problemen op te leveren bij vergelijking met een beperkte groep. Door middel van een simpele omslag-sleutel kan berekend worden hoeveel personen in de beperkte groep aan de aandoening mogen lijden opdat van zeldzaam kan gesproken worden.

91. Arbh. Gent, 07.04.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 243.

92. L. Markey en J. Jacquain, “La rareté de la souffrance”, Soc. Kron. 2009, 216.

93. Arbh. Gent, 07.04.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 241 ; Arbh. Brussel, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 326; Arbh. Luik, 26.11.2002, I.B. - RIZIV 2003/1, p. 33; W. Bourry, “Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat”(noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 314 en L. Markey en J. Jacquain, “La rareté de la souffrance”, Soc. Kron. 2009, 216. RIZIV, Het bijzonder solidariteitsfonds, <http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf>, 10.

94. Verord. nr. 141/2000, 16.12.1999 inzake weesgeneesmiddelen, Pb. L. 22.01.2000, afl. 18, 1-5. Aangezien weesgeneesmiddelen tot doel hebben zeldzame aandoeningen te genezen, vond men het rechtvaardig deze norm te hanteren.

95. Besluit nr. 1295/99, 29.04.1999 tot vaststelling van een communautair actieprogramma inzake zeldzame ziekten binnen het actiekader op het gebied van de volksgezondheid (1999-2003), Pb. L. 22.06.1999, afl. 155, 1-6.

96. Arbh. Gent, 07.04.2006, I.B. - RIZIV 2006/2, p. 243; Arbh. Brussel, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 326; Arbh. Luik, 03.09.1997, Soc. Kron. 1999, 334.

97. Arbh. Brussel, 07.01.2008, Soc. Kron. 2009, 220.

### c) Medische hulpmiddelen en verstrekkingen die innovatieve medische technieken zijn

Op grond van artikel 25<sup>quater</sup> van de ZIV-wet 1994 is het mogelijk om een tegemoetkoming te verkrijgen voor de kosten van medische hulpmiddelen en verstrekkingen die innovatieve medische technieken zijn. Van dergelijk innovatief karakter is sprake wanneer het hulpmiddel of de verstrekking een wezenlijke vooruitgang betekent. Het is dus niet voldoende dat het een nieuwe “speler” op de markt betreft die gelijkwaardig is aan andere, reeds beschikbare verstrekkingen<sup>98</sup>. Om welke verstrekkingen en hulpmiddelen het concreet gaat, is limitatief opgesomd door het verzekeringscomité na voorstel van het College. De verkregen tegemoetkoming geldt slechts voor een beperkt tijdsvak<sup>99</sup>. De bepaling is ingevoerd na de vaststelling dat het Bijzonder Solidariteitsfonds een belangrijke rol vervulde gedurende de periode die nodig was om de nomenclatuur aan te passen. Het fonds verleent dus als het ware een soort overbruggingstegemoetkoming<sup>100</sup>.

Afsluitend stellen we vast dat de voorwaarden waaraan een dergelijk hulpmiddel en verstrekking dient te beantwoorden lichtjes afwijkend zijn van de voorwaarden die we in de andere artikelen terugvinden<sup>101</sup>. Zo moet onder meer een kosten-batenanalyse opgesteld worden. Op die manier kan de vereiste meerwaarde van de verstrekking worden aangetoond. Tevens dient de patiënt bij de bevoegde technische Raad een aanvraag in om de meerwaarde te evalueren.

### d) Chronisch zieke kinderen

Voor deze categorie van zieken, in de wet zelf verder gespecificeerd<sup>102</sup>, voorziet de wetgever in de mogelijkheid tussenkomst te verkrijgen in het geheel van de bijkomende kosten die samenhangen met hun medische behandeling.

De zinsnede “bijkomende kosten” zou men, verkeerdelijk, kunnen opvatten als een verzaking aan het residuaire karakter. Als we evenwel teruggrijpen naar de oorspronkelijke bepaling uit 2002, verduidelijkt de wetgever dat ook hier nog geen terugbetaling in het kader van de ZIV-verzekering geweest mag zijn. In de huidige tekst wordt het wetsartikel voorafgegaan door artikel 25, dat doorwerkt voor alle volgende artikelen omtrent het Bijzonder Solidariteitsfonds, en dat zoals hierboven beargumenteerd het residuaire karakter stipuleert.

Het fonds zal niet voor eender welke bijkomende kost tegemoetkomen. Dit gebeurt enkel als het geheel van kosten de 650 EUR overschrijdt. Elk jaar waarin dit gebeurt, blijft een tegemoetkoming verschuldigd. Sinds 2005 krijgt men ook nog een tegemoetkoming in het eerste kalenderjaar waarin dit bedrag niet meer bereikt wordt.

Oorspronkelijk was in deze mogelijkheid voorzien voor kinderen tot 16 jaar. Vanuit de wil om de toegang tot het fonds voor chronisch zieke kinderen te versoepelen, heeft de wetgever de leeftijd opgetrokken naar 19 jaar<sup>103</sup>.

Het KCE vraagt zich in zijn rapport openlijk af of hier geen discriminatie op grond van leeftijd voorhanden is<sup>104</sup>. De vergoeding wordt immers onmiddellijk stop gezet bij het bereiken van de leeftijd van 19 jaar, tenzij de aandoening eveneens in aanmerking komt voor een van de andere categorieën, zoals een zeldzame aandoening die continue verzorging vereist. Dit is evenwel niet steeds het geval. Een chronische aandoening is niet altijd zeldzaam.

98. RIZIV, Het bijzonder solidariteitsfonds, <http://www.riziv.be/care/nl/infos/solidarity/pdf/fss20060424.pdf>, 12.

99. Art. 25<sup>quater</sup>, laatste lid ZIV-wet 1994.

100. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr.1624/001, 15.

101. Bespreking voorwaarden : 0.1.4.2. Voorwaarden gemeenschappelijk aan alle verzorging

102. Kind dat lijdt aan kanker, nierinsufficiëntie in chronische behandeling via peritoneale of hemodialyse of een andere levensbedreigende ziekte die een continue behandeling van minstens zes maanden noodzaakt of een repetitieve behandeling met dezelfde duur. Art. 25<sup>quinquies</sup> ZIV-wet 1994.

103. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr.1627/001, 15.

104. Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iv.

Enkel voor de kosten ten gevolge van Epidermolysis Bullosa is bij Koninklijk besluit een oplossing uitgewerkt<sup>105</sup>.

Deze worden terugbetaald ongeacht de leeftijd. Het centrum pleit dan ook voor een verschuiving naar de verplichte ziekteverzekering van deze groep<sup>106</sup>.

Het extensief beantwoorden van de vraag naar discriminatie zou mij binnen het bestek van deze bespreking te ver leiden. Toch wens ik kort aan te geven dat een beoordeling van het gehanteerde leeftijdscriterium moet gebeuren in het licht van de doelstelling. In het arrest Palacios de la Villa<sup>107</sup> van 16 oktober 2007 heeft het Hof van Justitie expliciet gesteld dat maatregelen, zelfs wanneer ze passend en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van een legitiem doel, geen nadelen mogen veroorzaken die onevenredig zijn aan het nagestreefde doel. Er moet dus zoveel mogelijk een evenwicht nagestreefd worden tussen het op nationaal niveau beoogde doel van sociaal beleid en de vereisten van het beginsel van gelijke behandeling<sup>108</sup>. Deze uitspraak indachtig, betwijfel ik, in navolging van het KCE, sterk of de leeftijdsgrens de toets van discriminatie zou doorstaan.

#### VOORWAARDEN GEMEENSCHAPPELIJK AAN ALLE VERZORGING

De verstrekking waarvoor men tegemoetkoming aanvraagt, hoeft niet enkel onder een hierboven opgesomde categorie te behoren, ze dient tevens te voldoen aan andere strikte voorwaarden. De meeste van deze voorwaarden zijn voor de verschillende categorieën dezelfde<sup>109</sup>.

Rauws en Nevens<sup>110</sup> stellen dat deze voorwaarden, behoudens enkele tekstwijzigingen, in de loop der jaren niet gewijzigd zijn. Zoals uit volgende uiteenzetting zal blijken, is die analyse correct. Ze doet mijns inziens evenwel uitschijnen dat die wijzigingen geen gevolgen hebben gehad voor de concrete invulling van de begrippen. Een dergelijk standpunt verdedigen zou echter onjuist zijn.

##### *a) De verstrekking moet DUUR zijn.*

Bij nagenoeg alle categorieën vinden we deze voorwaarde terug. Met het oog op zeldzame aandoeeningen die continue verzorging vereisen, is de voorwaarde licht afwijkend. De verzorging dient hier namelijk in haar totaliteit duur te zijn<sup>111</sup>. De wetgever heeft hiervoor gekozen daar het bedrag per maand of per dag mogelijks niet duur is, terwijl het totale bedrag gedurende de hele periode fors kan oplopen<sup>112</sup>. Ook het RIZIV erkent dat een niet dure verstrekking die regelmatig herhaald wordt, uiteindelijk als duur kan worden beschouwd<sup>113</sup>.

Wanneer is een verstrekking nu juist duur? Door de notie niet te definiëren, heeft de wetgever twee denkrichtingen open gelaten. De eerste betreft een subjectieve-relatieve benadering waarbij het financieel vermogen van de patiënt in acht genomen moet worden. Een andere mogelijkheid is een objectieve benadering waarbij de beoordeling gebeurt op grond van absolute maatstaven met betrekking tot het doel en de functie van de verstrekking. Dit paradigma zien we ook in de rechtspraak<sup>114</sup>.

105. Art. 1, § 4. K.B. van 26.02.2001 tot uitvoering van art. 25 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14.07.1994, B.S. van 28.02.2001.

106. Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iv.

107. HvJ C-411/05, Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, 2007.

108. HvJ C-411/05, Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, 2007 en HvJ C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark, 2010, concl. Kokott.

109. Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iii.

110. W. Rauws en K. Nevens, "De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie in het sociaizekerheidsrecht" in R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet (eds.), Actuele problemen sociaizekerheidsrecht, nr. 12, Brugge, die Keure, 2007 144.

111. Hierover is echter geen rechtspraak terug te vinden.

112. J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007, 846.

113. RIZIV, College van geneesheren-directeurs, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. als geciteerd door W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. van 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 313.

114. Subjectieve-relatieve benadering: Arbh. Antwerpen 07.12.2000, Soc. Kron. 2002, 139 en Arbh. Luik, 01.03.2000, Soc. Kron. 2002, 136. Een objectieve benadering: Arbh. Gent, 13.10.2000, Soc. Kron. 2002, 138.

Geen van beide systemen is ideaal, ze hebben elk hun nadelen. Financieel zwakke patiënten, worden door de objectieve benadering extra benadeeld. Ze kunnen de verstrekking niet betalen en kunnen daarenboven geen tegemoetkoming krijgen omdat de verstrekking objectief niet duur is. Dit terwijl het gelet op hun budget, voor hen wel duur is. Een subjectieve benadering is dan weer nadelig ten opzichte van de meer goeude klasse. Zij zouden geen tegemoetkoming krijgen omdat zij op grond van hun middelen in staat zijn een verstrekking te betalen.

Zoals Bourry<sup>115</sup> terecht aanhaalt, is het kiezen voor een minimumbedrag zonder oog te hebben voor de situatie van de aanvrager, een weinig sociale maatregel. Bourry lijkt met zijn kritiek echter uit het oog te verliezen dat het Bijzonder Solidariteitsfonds niet onder de sociale bijstand valt maar onder de sociale verzekeringen. Hoewel ook binnen de sociale zekerheid *sensu stricto* enige verticale solidariteit merkbaar is, vindt enkel binnen de sociale bijstand een echt behoefteonderzoek plaats. Rekening houden met de behoefte van de aanvrager sluit eerder aan bij de bijstandsgedachte<sup>116</sup>.

Ten slotte wens ik aan te stippen dat de wetgever één keer expliciet gekozen heeft voor de objectieve benadering. Bij het artikel omtrent de chronisch zieke kinderen vereist hij niet dat de verstrekking duur is, maar legt hij een strikte grens van 650 EUR op.

*b) De verstrekking wordt gebruikt voor de behandeling van een aandoening die de VITALE FUNCTIES van de rechthebbende bedreigt.*

De vereiste dat de aandoening de vitale functies aantast, vinden we terug bij een zeldzame indicatie, een zeldzame aandoening en, evenwel anders verwoord, bij kosten van innovatieve technieken. De hamvraag hier is uiteraard wat onder het begrip 'vitale functies' begrepen wordt. Van eensgezindheid is geenszins sprake. Gedurende lange tijd kwamen voor het fonds enkel "levensreddend" of "levensnoodzakelijk" als invulling in aanmerking<sup>117</sup>. Ook in de rechtspraak vinden we een soortgelijke invulling terug. Zo stelt het arbeidshof te Gent in 1999 volgende omschrijving voorop: "functies van het menselijk lichaam waarvan de werking noodzakelijk is, zoals het bewustzijn, de ademhaling, het hart en de bloedsomloop. Indien de aandoening niet levensbedreigend is maar slechts het levenscomfort of beroepsmogelijkheden van de betrokkene aantast, kan er geen sprake zijn van de aantasting van vitale functies"<sup>118</sup>. De bottransplantatie van een harsmodel in de knie met het oog op het verbeteren van de mobiliteit is bijgevolg geen vitale functie<sup>119</sup>. Evenmin is het plaatsen van een bepaald soort ooglenzen om het zicht te verbeteren een vitale functie. De ingreep is volgens het hof hooguit nuttig, minder belastend en medisch en ethisch verantwoord<sup>120</sup>. In latere arresten wordt deze visie bevestigd<sup>121</sup>.

Hoewel de rechtspraak, zoals aangetoond, vaak opteerde voor een strikte interpretatie, waagden sommige rechters zich toch aan een ruime invulling. In 2001<sup>122</sup>, 2003<sup>123</sup> en 2005<sup>124</sup> verdedigden de arbeidshoven te Gent en Antwerpen een dergelijke visie. Zij baseerden zich hiervoor op de overweging dat de vitale functies van een mens niet enkel bepaald kunnen worden in een inwendige en zuiver biologische sfeer maar ook in een bredere bio-psykosociale context.

115. W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. van 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 313.

116. J. Van Langendonck, J. Put, D. Simoens, G. Van Limberghen en A. Van Regenmortel, Handboek socialezekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2011, 10-12, 432 en 773.

117. W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-2006, 314.

118. Arb. Gent, 05.11.1999, I.B. - RIZIV 1999/4, p. 412.

119. Arb. Gent, 16.12.2004, I.B. - RIZIV 2005/1, p. 30.

120. Arb. Brussel, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 327.

121. Zie ook: Arb. Brussel, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 326; Arb. Luik, 11.03.2005, JLMB 2006, 205 en Soc. Kron. 2006, 469; Arb. Gent, 16.12.2004, I.B. - RIZIV 2005/1, p. 30 en Soc. Kron. 2006, 468; Arb. Bergen, 16.05.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, p. 347 en Arb. Gent, 10.05.2002, A.R. 2001/164 zoals geciteerd door J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007, 847. In het arrest van 16.12.2004 voegt het hof eraan toe dat vitaal geïnterpreteerd dient te worden als "van wezenlijk of primair belang voor het leven of het functioneren" en niet als "tot het leven als zodanig behorend, voor het leven kenmerkend".

122. Arb. Antwerpen, 22.05.2001, Soc. Kron. 2002, 145.

123. Arb. Gent, 14.03.2003, I.B. - RIZIV 2003/3, p. 352.

124. Arb. Gent, 10.05.2005 zoals geciteerd door W. Bourry "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 314 en Arb. Antwerpen, 10.05.2005, Soc. Kron. 2006, 470.

Hieronder dient het functioneren van de mens in zijn omgeving en het contact met andere mensen verstaan te worden.

Gelet op de uitdrukkelijke stellingname van de minister bij de wijziging van de ZIV-wet 1994 in 2005 kunnen we verwachten dat in de toekomst een dergelijke bredere interpretatie vaker de weg zal vinden naar de rechtspraak<sup>125</sup>. In de memorie van toelichting staat namelijk zwart op wit dat hieronder essentiële functies verstaan worden zoals het gezichtsvermogen, zelfs als de aandoening geen bedreiging voor het leven van de verzekerde vormt<sup>126</sup>.

Toegepast op het voorbeeld van de ooglens<sup>127</sup>, zal deze op grond van de ruime visie wel als een vitale functie worden bestempeld.

Clesse<sup>128</sup> bekritiseert deze brede interpretatie. De auteur stelt dat een rechter weliswaar een mens blijft met empathisch vermogen, maar hij dient de wetsbepalingen te analyseren die voorliggen zonder zich te laten verleiden tot het oordelen in het voordeel van sociaal verzekerden in een ongelukkige situatie. De bepaling "vitaal" moet volgens de auteur medisch ingevuld worden. Dit brengt mee dat er de oorspronkelijke betekenis van levensnoodzakelijk aan gegeven moet worden. Het betreft dus functies die een individu in staat stellen in leven te blijven. Het in leven blijven slaat hier op het fysieke leven en niet op het sociale leven.

*c) De verstrekking bezit een wetenschappelijke waarde en een doeltreffendheid die door de gezaghebbende medische instanties in ruime mate wordt erkend en die het EXPERIMENTEEL STADIUM VOOR-BIJ moet zijn.*

Dit criterium is tweeledig. Allereerst moet de verstrekking doeltreffend en waardevol<sup>129</sup> zijn. Of dit het geval is stelt men vast aan de hand van wetenschappelijke studies. De methodologie waarmee men dergelijke studies voert, moet unaniem door de wetenschappelijke wereld aanvaard zijn. Een onderzoek geval per geval om dit medisch-wetenschappelijk criterium te beoordelen, is aan de orde. Vervolgens moet de verstrekking zich buiten het experimenteel stadium bevinden. Deze vereiste vloeit voort uit het voorgaande. Experimenten hebben immers (nog) geen erkende doeltreffendheid, noch is de wetenschappelijke waarde bewezen.

Het RIZIV licht in een interpretatieve nota toe dat dit criterium eigenlijk de patiënt beschermt. Mochten wetenschappelijke experimenten in aanmerking komen, bestaat de kans dat het fonds misbruikt wordt om de veiligheidsprocedures die voor experimenten bestaan, te omzeilen. Daarenboven draagt het Bijzonder Solidariteitsfonds dan ook bij tot de financiering van het onderzoek. Dit is geenszins de bedoeling<sup>130</sup>.

In artikel 25ter van de ZIV-wet 1994 betreffende zeldzame aandoeningen die al dan niet continue verzorging vereisen, vinden we deze voorwaarde niet terug en bij de bepaling over chronisch zieke kinderen, is deze voorwaarde in 2005 stilzwijgend geschrapt. De wetgever verschaft ons evenwel geen inzicht in het waarom hiervan.

125. J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007, 848.

126. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, Parl. St. Kamer 2004-2005, nr. 1627/001, 14.

127. Arb. Brussel, 12.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 327.

128. C. Clesse, *L'expertise en droit social*, Waterloo, Kluwer, 2010, 132.

129. Het Fonds heeft in zijn interpretatienota aangegeven dat dit door universiteiten erkend moet zijn. RIZIV, College van geneesheren-directeurs, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. zoals geciteerd door W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 313.

130. RIZIV, College van geneesheren-directeurs, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. zoals geciteerd door W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 314.

*d) De verstrekking is voorgeschreven door een geneesheer die gespecialiseerd is in de behandeling van de betreffende aandoening en toestemming heeft om in België de geneeskunde uit te oefenen.*

Deze voorwaarde behoeft weinig commentaar. Als de voorschrijvende dokter is ingeschreven bij de Belgische Orde van Geneesheren en hij gespecialiseerd is in het domein waartoe de aandoening behoort, is aan deze vereiste voldaan<sup>131</sup>. Wanneer bijgevolg een tandheilkundige, die enkel houder is van een licentiaatsdiploma in de tandheilkunde en niet van dat van arts, een bridge voorschrijft, is dus niet voldaan aan de voorwaarde<sup>132</sup>.

Over de precieze bestaansreden van deze voorwaarde is niets bekend. Naar mijn mening is deze ingevoerd om misbruik te voorkomen. Zoniet zou men van iedere arts die enige vorm van geneeskunde beoefent of van artsen, soms met een bedenkelijke reputatie, uit het buitenland een voorschrift kunnen krijgen.

Voor de chronisch zieke kinderen is het niet voldoende dat de arts enkel aan deze voorwaarden voldoet. Hij dient tevens de behandeling te coördineren. Is dit niet het geval, dan vereist de wetgever net zoals voor de zeldzame aandoening die continue en complexe verzorging noodzaakt, dat de verzorging past binnen een behandelingsplan.

*e) Er bestaat geen alternatief*

De draagwijdte van deze voorwaarde is afhankelijk van de aandoening waarvoor men een aanvraag indient<sup>133</sup>. Het absolute karakter van de verstrekking waarvoor men tegemoetkoming wenst te verkrijgen, strekt zich niet enkel uit tot het medische vlak. Ook het sociale vlak moet in overweging genomen worden<sup>134</sup>.

De enige categorie waarbij deze voorwaarde nergens met zoveel woorden is terug te vinden, zijn de medische hulpmiddelen. Hier kan evenwel geargumenteed worden dat de vereiste van innovatief evenzeer inhoudt dat er geen alternatief mag zijn. Uit voorgaande bespreking blijkt dat een innovatief hulpmiddel meer is dan een nieuwe speler, de techniek moet nieuw zijn. Die vereiste vernieuwing impliceert dat er geen alternatief is.

Hoewel het, gezien het residuaire karakter, begrijpelijk is dat de wetgever eist dat er geen alternatief beschikbaar mag zijn, is hier ook kritiek mogelijk. Bourry<sup>135</sup> wijst er op dat in sommige gevallen een alternatief voor handen is maar dat dit niet steeds evenwaardig is. Al kan hier onmiddellijk de vraag worden opgeworpen of een niet-evenwaardig alternatief dan wel een alternatief is?

131. Arbh. Luik, 02.04.2009, I.B. - RIZIV 2009/3-4, p. 408 en Riziv, College van geneesheren-directeurs, nota COL/BSF nr. 2003/22, 14.02.2003, 27p. zoals geciteerd door W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 316.

132. Arbh. Luik, 02.04.2009, I.B. - RIZIV 2009/3-4, p. 408.

133. Voor zeldzame indicaties mag geen alternatief op vlak van diagnose en therapie bestaan. Bij de zeldzame aandoeningen dient een gebrek aan therapeutisch alternatief te zijn en bij de chronische ziekten omvat de voorwaarde de therapie en het preventieve vlak. Art. 25**bis**, art. 25**ter** en art. 25**quinquies** ZIV-wet 1994.

134. Arbh. Luik, 01.03.2000, Soc. Kron. 2002, 137-138.

135. W. Bourry, "Het bijzonder solidariteitsfonds: een deur die nooit opengaat" (noot onder Cass. 06.09.2004), T. Gez. 2005-06, 315.

## 2. Aanvraag en, bij afwijzing, bevoegdheid en macht van de rechter

### a. De aanvraag

De procedure werd oorspronkelijk geëxpliciteerd in het Koninklijk besluit van 23 maart 1990<sup>136</sup>, dat later vervangen werd door het Koninklijk besluit van 26 februari 2001<sup>137</sup>. Sinds de wetwijziging in 2005 is de procedure ook deels opgenomen in artikel 25<sup>septies</sup> van de ZIV-wet 1994.

Bepaald is onder meer tot wie de aanvraag gericht dient te zijn en welke documenten men moet bijsluiten. Samenvattend kunnen we stellen dat de aanvraag door de patiënt ingediend moet worden bij de adviserend geneesheer van het ziekenfonds. Van hieruit wordt de aanvraag doorgestuurd naar het Bijzonder Solidariteitsfonds<sup>138</sup>. Voor aanvragen met het oog op behandeling in het buitenland, is de procedure licht afwijkend. Ook tussen de procedures met het oog op terugbetaling voor verstrekkingen in België verleend, zijn discrepanties waar te nemen<sup>139</sup>.

Gelet op de omstandige maar duidelijke omschrijving in de wet, het Koninklijk besluit en de brochure van het RIZIV, wens ik niet dieper in te gaan op de aanvraagprocedure op zich. Overigens, een diepgaande behandeling hier zou mij te ver leiden<sup>140</sup>.

Ik ga wel kort in op de termijn van de aanvraag. Een van de kritieken op de procedure betreft de omslachtigheid. Er dienen erg veel documenten verstrekt te worden<sup>141</sup>. Op de snelheid waarmee de aanvraag behandeld wordt, scoort het fonds wel erg goed. In de wet zelf is geen termijn bepaald waarbinnen de aanvraag behandeld dient te zijn. Er is uitsluitend vastgelegd dat de uitbetaling gebeurt binnen een termijn van 15 dagen na kennisname van de (gunstige) beslissing<sup>142</sup>. Gelet op het toepassingsgebied van het sociaal handvest<sup>143</sup> zijn de hierin gestelde regels van toepassing. De aanvraag moet dus binnen de 4 maanden behandeld zijn<sup>144</sup>. Uit onderzoek blijkt evenwel dat de gemiddelde duur van behandeling binnen het Bijzonder Solidariteitsfonds slechts 13 dagen is en dat ongeveer 90 % van de aanvragen binnen de maand afgerond is<sup>145</sup>.

Verder wens ik nog kort stil te staan bij de draagwijdte van de rechtsmacht van het arbeidshof in geval van beroep tegen de beslissing van het College van geneesheren-directeurs. De problematiek behelst *in se* de vraag naar de soort bevoegdheid van het College: gaat het hier om een gebonden bevoegdheid dan wel een discretionaire bevoegdheid? Hoewel de vraag nu beantwoord lijkt door het Hof van Cassatie<sup>146</sup>, is hierover vroeger duchtig gediscussieerd<sup>147</sup>.

136. K.B. van 23.03.1990 tot uitvoering van art. 25 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14.07.1994, B.S. 09.05.2005.

137. K.B. van 26.02.2001 tot uitvoering van art. 25 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14.07.1994, B.S. 28.02.2001.

138. Art. 25<sup>septies</sup> ZIV-wet 1994; K.B. 26.02.2001 tot uitvoering van art. 25 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14.07.1994, B.S. 28.02.2001 en Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iv.

139. Zo blijkt uit art. 25<sup>septies</sup> ZIV-wet 1994 dat geen aanvraag ingediend moet worden voor een tegemoetkoming in de extra kosten bedoeld in art. 25<sup>quinquies</sup> ZIV-wet 1994. Art. 25<sup>septies</sup> ZIV-wet 1994, 3<sup>de</sup> lid en art. 25<sup>quinquies</sup> ZIV-wet 1994.

140. Voor een diepgaande uiteenzetting: Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), iii - vi en 36-53 (weergave per niveau van aanvraag).

141. Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), vi en 56.

142. Art. 25<sup>nonies</sup> ZIV-wet 1994.

143. Wet van 11.04.1995 tot invoering van het "handvest" van de sociaal verzekerde, B.S. 06.09.1995 en art. 21,5<sup>o</sup> wet van 29.06.1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, B.S. 02.07.1981.

144. Art. 10 wet 11.04.1995 tot invoering van het "handvest" van de sociaal verzekerde, B.S. 06.09.1995.

145. Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg, Optimalisatie van de werkingsprocessen van het Bijzonder Solidariteitsfonds, [http://kce.fgov.be/index\\_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777](http://kce.fgov.be/index_nl.aspx?SGREF=5260&CREF=16777), vi en 46-54.

146. Cassatie van 13.09.2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).

147. J. Put en S. Derieuw, "Het Bijzonder Solidariteitsfonds: interpretatie en beleid", AJT 1999-2000, 869-872 en Rauws, W. en Nevens, K., "De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie in het socialezekerheidsrecht" in R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet (eds.), Actuele problemen socialezekerheidsrecht, nr. 12, 144.

## b. Beroep tegen een weigeringsbeslissing

Dat het arbeidshof de bevoegde instantie is voor de behandeling van beroepen tegen beslissingen van het College van geneesheren-directeurs staat buiten kijf<sup>148</sup>. Toch heeft het arbeidshof te Brussel<sup>149</sup> ooit (ambtshalve) een afwijkende mening geuit. Het deed dit op grond van het argument dat de beslissingsmacht van het College van geneesheren-directeurs discretionair is. Bijgevolg is het hof van oordeel dat de controle van de bevoegdheid van het College aan de arbeidsrechtbanken ontsnapt. Wanneer we er evenwel artikel 580, 2° Gerechtelijk Wetboek in combinatie met artikel 167 ZIV-wet 1994 op na slaan, zien we dat betwistingen in verband met rechten en plichten, ongeacht een discretionaire beslissingsmacht, tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoren<sup>150</sup>. De door het arbeidshof te Brussel geuite visie is in 2000 nog eens herhaald door de arbeidsrechtbank van Dinant<sup>151</sup>.

Deze uitzonderingen buiten beschouwing gelaten, betreft de discussie voornamelijk de omvang van de macht van de rechters<sup>152</sup>. Dit vloeit voort uit het debat rond de aard van de beslissingsbevoegdheid van het College. Globaal genomen kunnen we in de rechtspraak drie strekkingen onderscheiden.<sup>153</sup> Allereerst die waarbij de rechters oordelen dat het College geen vrije beoordelingsmarge heeft<sup>154</sup>. De tweede strekking staat lijnrecht tegenover de eerste en is van oordeel dat het College een volledig vrij beoordelingsrecht heeft<sup>155</sup>. De gulden middenweg lezen we in de derde visie. Hierbij wordt het vaststellen van de voorwaarden als een gebonden bevoegdheid beschouwd. Voor het vaststellen van het bedrag is het College vrij<sup>156</sup>.

Aanvankelijk was het RIZIV van oordeel dat de beslissingsbevoegdheid discretionair was. Het experimentele karakter van het fonds en het beperkte budget rechtvaardigt volgens het RIZIV deze zienswijze.<sup>157</sup> Een dergelijke visie brengt met zich mee dat de rechters slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikken. Met andere woorden, de rechter kan de beslissing dan slechts bij kennelijke onredelijkheid vernietigen<sup>158</sup>.

148. Hoewel de meeste arbeidsrechters onmiddellijk het geschil beslechten, zonder zich over de vraag naar hun bevoegdheid te buigen, zijn er enkele die expliciet stellen bevoegd te zijn. Arbh. Antwerpen, 16.06.1998, I.B. - RIZIV 1998/4, p. 379 en Arbh. Brussel, 12.02.1998, Soc. Kron 1999, 339. Uit de uitspraken die direct het geschil beslechten mogen we afleiden dat de rechters stilzwijgend aannemen dat zij bevoegd zijn.

149. Arbh. Brussel, 08.01.1997, RW 1998-99, 605.

150. P.A. Briffeuil, noot onder Arbrb. Dinant, 14.01.2000, I.B. - RIZIV 2000/2, p. 186; J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007, 843 en J. Put en S. Derieuw, "Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid", AJT 1999-00, 869-870.

Voor een uitvoerige bespreking van deze problematiek: T. Messiaen, "En wat met de rechtszekerheid?" (noot onder Arbh. Brussel, 08.01.1997), RW 1998-1999, 605-608.

151. Arbrb. Dinant 14.01.2000, I.B. - RIZIV 2000/2, p. 185.

152. H. Koppen, "De motivering en aanverwante beginselen van behoorlijk bestuur: de theorie getoetst aan de praktijk die de dienst voor geneeskundige verzorging aanbelangt", I.B. - RIZIV 1999/3, p. 260 en J. Put en S. Derieuw, "Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid", AJT 1999-00, 869.

153. H. Koppen, "De motivering en aanverwante beginselen van behoorlijk bestuur: de theorie getoetst aan de praktijk die de dienst voor geneeskundige verzorging aanbelangt", I.B. - RIZIV 1999/3, p. 260.

154. Onder meer: Arbrb. Oudenaarde 03.02.2003, T. Gez. 2004-05, 320; Arbh. Antwerpen 09.01.2003, I.B. - RIZIV 2003/1, p. 27; Arbrb. Brussel, 08.01.1997, Soc. Kron. 1999, 334; Arbh. Antwerpen, 16.06.1998, RW 1998-1999, 605; Arbrb. Brussel, 23.04.1998, A.R. 5049/97 zoals geciteerd door H. Koppen, "De motivering en aanverwante beginselen van behoorlijk bestuur: de theorie getoetst aan de praktijk die de dienst voor geneeskundige verzorging aanbelangt", I.B. - RIZIV 1999/1, 260, voetnoot 101 en Arbh. Gent, 26.01.1996, Soc. Kron. 1997, 298.

155. Onder meer: Arbh. Luik, 24.09.2007, Soc. Kron. 2009, 214; Arbh. Antwerpen, 14.03.2006, Soc. Kron. 2009, 208; Arbh. Luik, 23.05.2005, I.B. - RIZIV 2005/3, p. 327; Arbh. Brussel, 03.09.2003, JTT 2005, 46; Arbh. Antwerpen, 09.01.2003, I.B. - RIZIV 2003/1, p. 27; Arbrb. Antwerpen, 24.04.1998, A.R. 287760, onuitg.; Arbrb. Antwerpen, 05.06.1998, A.R. 286158, onuitg. en Arbrb. Antwerpen, 26.06.1998, A.R. 295702, onuitg. en Arbrb. Brussel, 12.02.1998, Soc. Kron. 1999, 340.

156. Onder meer: Arbrb. Antwerpen, 08.06.2007, Soc. Kron. 2009, 221; Arbh. Bergen, 24.08.2006, Soc. Kron. 2009, 212; Arbh. Antwerpen, 14.03.2006, Soc. Kron. 2009, 210; Arbh. Brussel, 22.09.2005, Soc. Kron. 2006, 462; Arbh. Gent, 06.09.2004, TGR 2004, 420; Arbh. Gent, 09.01.2003, I.B. - RIZIV 2003/1, p. 29; Arbh. Antwerpen, 26.06.2002, Soc. Kron. 514; Arbh. Luik, 02.04.2001, Soc. Kron. 2003, 515; Arbh. Antwerpen, 28.04.2000, Soc. Kron. 2002, 126 en Arbrb. Nijvel, 13.12.1996, Soc. Kron. 1997, 339.

157. Visie RIZIV weergegeven door J. Diependaele, "Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?", BTSZ 2007, 843 en H. Koppen, "De motivering en aanverwante beginselen van behoorlijk bestuur: de theorie getoetst aan de praktijk die de dienst voor geneeskundige verzorging aanbelangt", I.B. - RIZIV 1999/3, p. 260-261.

158. J. Put en S. Derieuw, "Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid", AJT 1999-00, 869. De auteur wijst op de nuancering van dit principe. De controle die door de rechters uitgeoefend wordt blijkt dikwijls toch verregaand.



Het laatste decennia wordt door de rechtsleer<sup>159</sup> en rechtspraak<sup>160</sup> meer en meer aangenomen dat de discretionaire bevoegdheid van het College geenszins allesomvattend is.

Het Hof van Cassatie heeft in 2004 in deze materie stelling genomen<sup>161</sup>. Naast een heel aantal andere grieven, wierp de eiser op dat het arbeidshof het College zijn beoordelingsbevoegdheid had ontzegd door zich in de plaats te stellen.<sup>162</sup> Het Hof van Cassatie antwoordt als volgt: “dat alleen wanneer een wettelijke bepaling aan het College van geneesheren-directeurs een discretionaire beoordelingsbevoegdheid verleent, de rechter zich niet in de plaats kan stellen van dat College ten einde het zijn beoordelingsbevoegdheid niet te ontnemen; [...] dat artikel 25, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994, het College van geneesheren-directeurs geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid verleent; [...] Dat het arbeidshof bijgevolg, door te onderzoeken of de eerste verweerster beantwoordde aan de in die bepaling sub 1° tot 6° opgesomde voorwaarden, geen enkele wettelijke bepaling schendt en geen enkel algemeen rechtsbeginsel miskent die in dat onderdeel worden weergegeven”<sup>163</sup>.

Als we het toenmalige artikel 25, § 2, eerste lid bekijken in het licht van deze uitspraak, kunnen we mijns inziens niet anders dan concluderen dat de gebonden bevoegdheid van het College zowel op de toetsing van de wettelijke voorwaarden slaat als op de vaststelling van het bedrag.

Toch zien we dat ook vandaag bepaalde arbeidsgerechten nog blijven vasthouden aan een afwijkende visie. Zij oordelen dat enkel de toetsing van de wettelijke voorwaarden tot de mogelijkheden van de arbeidsgerechten behoort<sup>164</sup>.

### 3. Besluit

Zoals meermaals gesteld is het Bijzonder Solidariteitsfonds in het leven geroepen om de gebreken van het nomenclatuursysteem te ondervangen. Idealiter zou het dus een houvast moeten bieden voor personen die voor een tegemoetkoming in medische kosten nergens anders terecht kunnen. Dit onder meer omdat hun situatie dermate specifiek is dat de wetgever er via de ZIV-verzekering niet op kan anticiperen.

Oorspronkelijk slaagde de wetgever zeer beperkt in zijn opzet. De toegang tot het fonds stond immers enkel open voor uitzonderlijke geneeskundige verstrekkingen die niet in de nomenclatuur opgenomen zijn. Die beide begrippen, “uitzonderlijke geneeskundige verstrekking” en “opgenomen in de nomenclatuur”, gaven aanleiding tot discussie en verhinderden dan ook (te) vaak de toegang tot het systeem terwijl de aanvragers zich in een behartenswaardige situatie bevonden.

Geleidelijk aan heeft de wetgever ingegrepen. Hij is niet te beroerd geweest om deze problemen te erkennen en onderwierp de regelgeving geregeld aan een kritisch onderzoek. Op die manier werd het systeem in de loop der jaren verfijnd. In vergelijking met het oorspronkelijke toepassingsgebied, stellen we vast dat er merkkelijk meer patiënten geviseerd worden. Het enge toepassingsgebied is opengetrokken naar een brede waaier patiënten met diverse pathologie.

159. J. Diependaele, “Het bijzonder solidariteitsfonds, blijvende bron van controverses?”, BTSZ 2007, 843 en J. Put en S. Derieuw, “Het Bijzonder solidariteitsfonds: interpretatie en beleid”, AJT 1999-00, 871.

160. Zie voetnoot 155 en 156.

161. Cass. 13.09.2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).

162. Cass. 13.09.2004, [www.cass.be](http://www.cass.be), 16.

163. Cass. 13.09.2004, [www.cass.be](http://www.cass.be), 20-21.

164. Arbrb. Antwerpen, 08.06.2007, Soc. Kron. 2009, 221; Arbh. Bergen, 24.08.2006, Soc. Kron. 2009, 212; Arbh. Antwerpen, 14.03.2006, Soc. Kron. 2009, 210; Arbh. Brussel, 22.09.2005, Soc. Kron. 2006, 462.

Toch is er nog een lange weg af te leggen. Aangezien de laatste niet-procedurele wijziging voor tegemoetkoming bij zorgen verleend in België dateert van 2005 en er in voorgaande uiteenzetting verscheidene wettelijke onduidelijkheden en twistpunten geconstateerd zijn, is het hoog tijd dat de wetgever opnieuw in actie schiet.

Een eerste issue waarover de wetgever zich moet beraden, betreft het beperkte budget. De huidige constructie doet twijfels rijzen over de (subjectieve) aard van het recht op tegemoetkoming. Verder kunnen de beperkte financiële middelen aanleiding geven tot discriminatie.

Met eenzelfde doelstelling voor ogen, moet de wetgever zich bezinnen over de leeftijdsgrens voor chronisch zieke kinderen. Het beschermen van kinderen en het gezin waarin ze opgroeien is een nobele doelstelling maar volwassenen die aan dezelfde ziektes lijden, bevinden zich in een gelijkwaardige situatie.

Vervolgens is het naar mijn mening aangewezen de draagwijdte van het residuaire karakter in artikel 25, derde lid van de ZIV-wet van 1994 te verhelderen. Bij de huidige formulering zou men zich kunnen afvragen of er geheel geen tegemoetkoming mag zijn verkregen. Door in de wettekst te specificeren dat het “doen gelden van rechten” geheel zonder gunstig gevolg moet zijn geweest, wordt dit gereduceerd.

Vervolgens is er nood aan definiëring van de gehanteerde termen. We hebben er heden ten dage het raden naar wat de wetgever bedoelt met zeldzame indicatie. Hoewel er enkele aanwijzingen te vinden zijn, blijft er onzekerheid heersen. Deze kan weggewerkt worden door artikel 25*bis* van de ZIV-wet van 1994 te beginnen met een definitie. Hetzelfde geldt voor de voorwaarden duur en vitale functies. De wetgever dient hier een standpunt in te nemen over de invulling van deze begrippen. Dit zal eveneens de eenduidigheid binnen de rechtspraak bevorderen.

De wetgever neemt een dergelijk initiatief bij voorkeur ook voor het begrip zeldzame aandoening, zodat duidelijk is welke referentiegroep gehanteerd wordt.

Aangezien de wetgever zich in het verleden reeds bereid heeft getoond om mee te evolueren, verwacht ik dat hij dit ook in de toekomst zal doen. Enkel zo kan de vangnetfunctie ten volle gerealiseerd worden.

## VII. L'article 17 de la Charte de l'assuré social - Réflexions autour de la récupération de l'indu

Par Nancy de Marneffe, Sarah Koval, Caroline Lekane, Caroline Marthus et Allister Zuinen

*"Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu."* C'est en ces termes que l'article 1376 du Code civil consacre le principe général de la répétition de l'indu. Ce principe fondamental, basé sur l'équité, a reçu, en droit de la sécurité sociale, nombre d'applications dans les législations spécifiques.

En matière de prestations sociales, ce principe peut cependant avoir des répercussions particulièrement graves pour les assurés sociaux.<sup>1</sup> <sup>2</sup> Dès lors, afin de limiter l'impact pour ceux-ci, le législateur a, depuis longtemps, opté pour des délais de prescription plus courts que les délais de droit commun. Cette méthode permet en effet de limiter le montant des récupérations, en limitant la période pour laquelle la récupération peut être opérée. Généralement, trois délais de prescription ont été prévus : un délai ordinaire, de 2 ou 3 ans ; un délai allongé en cas de fraude de l'assuré social, généralement de 5 ans ; et un délai abrégé en cas de bonne foi de ce même assuré social, généralement de 6 mois ou un an.<sup>3</sup>

En adoptant la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social, le législateur change la donne. L'article 17 de la Charte de l'assuré social dispose, dans sa rédaction actuelle :

*"Lorsqu'il est constaté que la décision est entachée d'une erreur de droit ou matérielle, l'institution de sécurité sociale prend d'initiative une nouvelle décision produisant ses effets à la date à laquelle la décision rectifiée aurait dû prendre effet, et ce sans préjudice des dispositions légales ou réglementaires en matière de prescription."*

*Sans préjudice de l'article 18, la nouvelle décision produit ses effets, en cas d'erreur due à l'institution de sécurité sociale, le premier jour du mois qui suit la notification, si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu initialement."*

*L'alinéa précédent n'est pas d'application si l'assuré social sait ou devait savoir, dans le sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité d'une prestation."*

Bien que cet article ait déjà fait couler beaucoup d'encre, nous tenterons de contribuer à la réflexion autour de sa mise en œuvre et de son éventuelle évolution.

1. Art 2, al. 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup> de la Charte : "on entend par "assurés sociaux" : les personnes physiques qui ont droit à des prestations sociales, qui y prétendent ou qui peuvent y prétendre, leurs représentants légaux et leurs mandataires".
2. Voy. J.-F. NEVEN, "Les délais de prescription applicables à la récupération des prestations de sécurité sociale payées indûment. Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 30 octobre 2008", Chron.D.S., 2009, p. 412.
3. Voy. à cet égard H. MORMONT et J. MARTENS, "La révision des décisions administratives et la récupération de l'indu dans la Charte de l'assuré social", in Dix ans d'application de la charte de l'assuré social, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 92.

## I. Historique du texte et *ratio legis*

### 1. Le régime instauré en matière de pensions - Le précurseur

L'article 21bis de l'arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, qui a inspiré la rédaction des futurs articles 17 et 18<sup>4</sup> se lisait comme suit dans sa version en vigueur lors du dépôt de la proposition de loi visant à instituer "la charte" de l'assuré social :

*"Art. 21bis. § 1<sup>er</sup>. Lorsqu'il est constaté que la décision administrative ou son exécution est entachée d'une irrégularité ou d'une erreur matérielle, l'Office national des pensions prend une nouvelle décision et corrige l'irrégularité ou l'erreur. La nouvelle décision produit ses effets à la date de prise de cours de la première décision.*

*Sans préjudice de l'application du § 2 du présent article ou de l'article 21, de la loi du 13 juin 1966 relative à la pension de retraite et de survie des ouvriers, des employés, des marins naviguant sous pavillon belge, des ouvriers mineurs et des assurés libres, la nouvelle décision produira toutefois ses effets, en cas d'erreur due à l'administration, le premier jour du mois qui suit la notification si le droit à la prestation est inférieur au droit reconnu initialement.*

*§ 2. L'Office peut rapporter la décision administrative et prendre une nouvelle décision dans le délai d'introduction d'une requête devant le tribunal du travail ou si une requête a été introduite, jusqu'à la clôture des débats lorsque :*

- a) à la date de la prise de cours de la pension, le droit est modifié par une disposition légale ou réglementaire*
- b) un fait nouveau ou des éléments de preuve nouveaux ayant une incidence sur les droits du demandeur sont invoqués en cours d'instance*
- c) il est constaté que la décision administrative est entachée d'erreur."*<sup>5</sup>

### 2. Les réflexions autour des subventions, indemnités et allocations - La référence

L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations a été modifié par la loi du 7 juin 1994 modifiant l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations de toute nature qui sont, en tout ou en partie, à charge de l'État pour y introduire le concept de "personne qui sait ou devait savoir".

À la lecture de la discussion nourrie en Commission de la Justice du Sénat au moment de l'adoption du texte, l'on peut déduire que l'adoption du texte a eu lieu "à condition que l'emploi des mots "ou devait savoir" soit considéré non pas comme une application de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" (et n'implique pas de présomption de connaissance), mais comme un moyen de permettre de déduire des circonstances de fait que l'intéressé devait nécessairement savoir qu'il n'avait plus droit à l'intégralité d'une subvention, d'une indemnité ou d'une allocation. Il est donc permis de rapporter la preuve à l'aide de présomptions de fait."<sup>6</sup> Il n'est donc pas nécessaire pour prouver la connaissance de recourir à "un écrit ou une confession"<sup>7</sup>.

4. Proposition de loi visant à instituer "la charte" de l'assuré social, Doc. parl., Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 353/1, p. 7.

5. Modification apportée par l'A.R. du 04.12.1990 portant exécution de la loi du 20.07.1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour les travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l'évolution du bien-être général, et modifiant certaines dispositions en matière de pensions pour travailleurs salariés, M.B. 20.12.1990, p. 23555.

6. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice sur la proposition de loi modifiant l'A.R. du 31.05.1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations de toute nature qui sont, en tout ou en partie, à charge de l'État, Doc. parl., Sénat., sess. 1993-1994, n° 938-2, p. 26.

7. Ibid., p. 14.

### 3. La version initiale - Les fondations

Dans la proposition de loi visant à instituer “la charte” de l’assuré social déposée le 18 mars 1992 par Madame Corbisier-Hagon et consorts, l’article 21 proposé - futur article 17 - était rédigé comme suit :

*“Lorsqu’il est constaté que la décision est entachée d’une erreur de droit ou matérielle, l’institution de sécurité sociale prend d’initiative une nouvelle décision produisant ses effets à la date de prise en cours de la décision initiale, sans préjudice des articles 27 à 33 qui régissent la prescription.*

*Sans préjudice de l’article 23, la nouvelle décision produit ses effets, en cas d’erreur due à l’institution de sécurité sociale, le premier jour du mois qui suit la notification, si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu initialement.”<sup>8</sup>*

L’article 22 - futur article 18 - se lisait quant à lui :

*“L’institution de sécurité sociale peut rapporter sa décision et en prendre une nouvelle dans le délai d’introduction d’un recours devant le tribunal du travail ou, si un recours a été introduit, jusqu’à la clôture des débats lorsque :*

- 1. à la date de prise de cours de la prestation, le droit est modifié par une disposition légale ou réglementaire*
- 2. un fait nouveau ou des éléments de preuve nouveaux ayant une incidence sur les droits du demandeur sont invoqués en cours d’instance*
- 3. il est constaté que la décision administrative est entachée d’irrégularité ou d’erreur matérielle.”*

L’article 17 de la Charte finalement publié au Moniteur belge du 6 septembre 1995 se lisait comme suit :

*“Lorsqu’il est constaté que la décision est entachée d’une erreur de droit ou matérielle, l’institution de sécurité sociale prend d’initiative une nouvelle décision produisant ses effets à la date de prise en cours de la décision initiale.*

*Sans préjudice de l’article 18, la nouvelle décision produit ses effets, en cas d’erreur due à l’institution de sécurité sociale, le premier jour du mois qui suit la notification, si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu initialement.”*

L’article 18 publié correspondait, quant à lui, au texte proposé.

### 4. Les modifications introduites en 1997 - Les ajustements

L’article 19 de la loi du 25 juin 1997 modifiant la loi du 11 avril 1995 visant à instituer “la charte” de l’assuré social a donné à l’article 17 de la Charte sa forme actuelle. À l’alinéa 1<sup>er</sup>, la “date de prise d’effets de la décision initiale” est remplacée par “la date à laquelle la décision rectifiée aurait dû prendre effet” et le texte est complété par la mention “et ce sans préjudice des dispositions légales ou réglementaires en matière de prescription”. En outre, l’alinéa 3 est venu compléter la disposition.

8. Proposition de loi visant à instituer “la charte” de l’assuré social, Doc. parl., Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 353/1, pp. 15-16.

L’on peut noter que le commentaire des art. (p. 7) est assez sommaire :

“Les art. 21, 22 et 23 relatifs à la révision sont inspirés par les art. 21 et 21 bis de l’A.R. du 21.12.1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés. Ils ont trait, d’une part, à la révision d’office par l’institution lorsque la première décision est entachée d’erreur, lorsque le droit est modifié ou en cas de fait nouveau ou d’éléments de preuve nouveaux et, d’autre part, à la révision en cas de nouvelle demande de l’intéressé dans ces mêmes hypothèses.”

Dans le projet de loi modifiant la loi du 11 avril 1995 visant à instituer “la charte” de l’assuré social déposé le 30 janvier 1997, un article 18 envisage les modifications suivantes de l’article 17 :

“À l’article 17 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :

1° l’alinéa 1<sup>er</sup> est remplacé par la disposition suivante :

*“Lorsqu’il est constaté que la décision est entachée d’une erreur de droit ou matérielle, l’institution de sécurité sociale prend d’initiative une nouvelle décision produisant ses effets à la date à laquelle la décision rectifiée aurait dû prendre effet, et ce sans préjudice des dispositions légales ou réglementaires en matière de prescription.”*

2° l’article est complété par l’alinéa suivant :

*“L’alinéa précédent n’est pas d’application si l’assuré social sait ou devait savoir, dans le sens de l’arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subvention, indemnités et allocations, qu’il n’a pas ou plus droit à l’intégralité d’une prestation.”*<sup>9</sup>

D’une part, la reformulation de l’alinéa 1<sup>er</sup> vise à préciser que l’article 17 n’a pas pour effet de rendre caduques les règles applicables en matière de prescription. En d’autres termes, l’application de la décision révisée reste limitée par les règles de prescription. D’autre part, l’adaptation vise à garantir une prise d’effet correcte de la révision, que la date de prise d’effet de la décision initiale ait été elle-même correcte ou non.<sup>10</sup>

Quant à l’adjonction d’un alinéa à l’article 17, elle vise à limiter l’incidence financière de cet article sur le budget de la sécurité sociale.<sup>11</sup>

L’on peut lire dans l’exposé des motifs :

*“L’article 17, alinéa 2, vise uniquement les cas où, lors de la fixation des droits de l’assuré, une erreur est intervenue qui est due à l’institution de sécurité sociale. Cet alinéa n’est pas d’application si l’erreur résulte du dol ou de la fraude, des manœuvres frauduleuses ou de l’omission par l’assuré social de faire une déclaration prescrite par une disposition légale ou réglementaire, ou qui découle d’un engagement antérieur.*

(...)

*Vu que l’objectif de la Charte n’est pas de récompenser la mauvaise foi de l’assuré social, l’ajout d’un troisième alinéa à l’article 17 doit obliger l’assuré à signaler en temps utile des fautes manifestes des institutions, et la récupération doit, le cas échéant demeurer possible.*

*Le renvoi à l’arrêté royal du 31 mai 1933 est important, parce qu’ainsi, pour l’application de l’article 17, troisième alinéa, on se réfère à la portée de la notion “sait ou devait savoir” qui a été donnée à l’arrêté royal précité dans la doctrine et la jurisprudence.”*<sup>12</sup>

Selon les travaux parlementaires, les modifications apportées à l’article 18 de la Charte par l’article 19 “ne visent que l’uniformisation de la terminologie utilisée”.<sup>13</sup>

Dans l’exposé des motifs relatif à l’article 20 du même projet (qui insère l’art. 18bis dans la Charte), l’on peut lire :

*“Selon l’article 17 de la Charte, une révision d’une décision qui limite les droits de l’assuré, en cas d’erreur de droit ou matérielle d’une institution de sécurité sociale, ne peut avoir d’effet que pour l’avenir, de sorte qu’une récupération n’est pas possible. L’article 18 permet encore une récupération limitée des prestations payées de trop, si le caractère indu est constaté dans le délai de recours de trois mois (la plupart des cas) ou, si un recours a été introduit devant le tribunal, jusqu’à la clôture des débats.*

9. Projet de loi modifiant la loi du 11.04.1995 visant à instaurer “la charte” de l’assuré social, Doc. parl., Ch. Repr., sess. 1996-1997, n° 907/1, pp. 38-39.

10. Ibid., pp. 14-15.

11. Ibid., p. 3.

12. Ibid., p. 15.

13. Ibid., p. 15.

*Ce régime existe déjà dans certains secteurs, notamment celui des pensions. Dans d'autres branches, la récupération est possible dans les limites des délais de prescription des prestations ; ces délais peuvent éventuellement être interrompus.*

*La limitation de la récupération vise à protéger l'assuré social en cas d'erreurs des institutions de sécurité sociale.*

*Ce souci justifié entraîne toutefois d'importantes implications budgétaires. C'est surtout dans le cadre de l'assurance chômage et de l'assurance soins de santé et indemnités que ces nouvelles dispositions pourraient donner lieu à une perte de milliards de francs de prestations payées de trop, qui ne peuvent plus être récupérés.*

*Dans ces secteurs en effet, la plupart des décisions de paiement des prestations sont prises par des organismes privés, qui collaborent à la sécurité sociale, notamment les syndicats et les mutualités."<sup>14</sup>*

## II. La notion d'erreur

### 1. Le principe

L'article 17 de la Charte de l'assuré social impose à l'institution publique de sécurité sociale de corriger d'initiative une décision entachée d'une erreur de droit ou matérielle. Cette obligation de corriger découle du caractère d'ordre public de la sécurité sociale.<sup>15</sup>

### 2. Les conditions

#### A. ERREUR DE DROIT OU MATÉRIELLE

La Charte de l'assuré social ne fait pas de distinction selon qu'il s'agit d'une erreur de droit ou d'une erreur matérielle. La décision qui repose sur une mauvaise application ou interprétation de la loi, qui a été prise suite à des données inexactes, qui ne tient pas compte d'une disposition légale ou de certains éléments de fait, qui comporte une erreur de calcul, doit être rectifiée.<sup>16</sup>

#### B. ERREUR DE L'INSTITUTION

S'il n'est pas contesté qu'en cas d'erreur due à l'institution de sécurité sociale concernée, l'article 17, alinéa 2, trouve à s'appliquer, comment la jurisprudence a-t-elle défini la notion d'"institution de sécurité sociale" ?

14. Ibid., pp. 15-16.

15. S. GILSON et J.-F. NEVEN, "La Charte de l'assuré social à la lumière de la jurisprudence", in Questions de droit social, Liège, Anthémis, 2007, p. 108 ; H. MORMONT et J. MARTENS, "La révision des décisions administratives de sécurité sociale et la récupération de l'indu", in Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 59.

16. C. trav. Bruxelles, 21.11.2007, inédit, R.G. 45.100.

Dans un arrêt rendu suite à une question préjudicielle en date du 21 décembre 2005<sup>17</sup>, la Cour Constitutionnelle estime que l'article 17, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1995 peut être interprété comme visant toute décision prise par une institution de sécurité sociale en vue de rectifier une erreur de droit ou matérielle commise par l'institution elle-même, que cette décision de révision soit prise par un organisme de droit privé (comme une mutualité ou un syndicat) ou par une institution publique. La Cour dit pour droit que l'article 17, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle il s'applique à une décision de récupération prise par un organisme de droit privé lorsqu'une erreur de droit ou matérielle a été commise par cet organisme. Eu égard aux objectifs du législateur, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de traiter les assurés sociaux de manière différente selon que les prestations leur sont octroyées en exécution d'une décision prise par un organisme de droit privé ou par une institution de droit public.

Cet arrêt est conforme à l'esprit de la Charte. En effet, le champ d'application tel qu'il est défini à l'article 2, 2°, inclut expressément les institutions de sécurité sociale de droit public et les institutions de sécurité sociale de droit privé.<sup>18</sup>

### 3. Revue de jurisprudence

La Cour du travail de Liège, dans un arrêt du 23 août 2011<sup>19</sup>, a considéré que : *"Bien que l'organisme assureur ne dispose pas de la compétence d'octroyer un supplément d'indemnités (pour aide à tierce personne) et qu'il a l'obligation de se conformer aux décisions prises par l'INAMI, lequel est seul compétent pour prendre une décision, le versement par l'organisme assureur du supplément sans suivre la procédure ou le fait de continuer à verser ce supplément au-delà de la date fixée par l'INAMI constitue une décision, implicite ou explicite selon le cas, illégale, mais réelle. Par conséquent, il convient d'appliquer l'article 17, alinéa 2 de la Charte de l'assuré social lorsque l'organisme assureur effectue des versements sans respecter la procédure en accordant à l'assuré social des droits qui n'auraient pas dû lui être accordés. Lorsque, d'une part, l'erreur émane de l'organisme assureur et de lui seul et que, d'autre part, l'assuré ne pouvait pas s'en rendre compte, n'ayant pas été informé de la nécessité d'introduire une demande de prolongation en vue de continuer à bénéficier de la majoration, l'indu créé par le fait de cette erreur doit être mis à charge de l'organisme assureur puisque la décision prise de supprimer l'avantage accordé à tort ne pouvait être assortie d'un effet rétroactif"*.

La Cour du travail de Bruxelles a estimé, quant à elle, qu'il y a erreur de l'institution lorsque la caisse d'allocations familiales accorde un supplément d'allocations familiales alors qu'en fonction des revenus du ménage dont elle connaissait l'existence, ce supplément n'était pas dû. Si l'on tient compte de l'importance des allocations familiales dans la sécurité d'existence de bon nombre de familles, il est par contre tout à fait logique que le législateur n'ait pas entendu permettre aux caisses d'allocations familiales de rapporter leurs décisions avec effet rétroactif en défaveur de l'assuré social, même dans un délai rapproché, lorsqu'aucune mauvaise foi ne peut être reprochée à l'assuré.<sup>20</sup>

17. C.C., 21.12.2005, arrêt n° 196/2005 ; V. VERDEYEN, "Het verbod van terugvordering van socialezekerheidsuitkeringen bij fout van de socialezekerheidsinstelling", R.W., 2005-2006, p. 1461.

18. J.-Fr. LECLERCQ, "Sécurité sociale : stop ou encore?", J.T., 2007, n° 6279, p. 620.

19. C. trav. Liège, section Namur, 23.08.2011, inédit, R.G. n° 2010/AN/69, UNML c./R.B.-INAMI ; également C. trav. Liège, section Namur, 15.02.2011, inédit, R.G. 2010/AN/69, UNML c./R.B.-INAMI.

20. C. trav. Bruxelles, 23.06.2005, Chron. D.S., 2006, p. 577.



Le Tribunal du travail de Bruxelles a, pour sa part, jugé que : *“Dès lors que l’organisme assureur disposait en temps voulu des informations nécessaires pour ne pas procéder au paiement de la somme litigieuse, il a incontestablement commis une erreur dont l’assuré social ne pouvait pas se douter. C’est à juste titre que l’organisme assureur n’a pas pris de décision administrative de récupération à charge de l’assuré social, une telle décision eut été contraire à l’article 17 de la Charte de l’assuré social et en cas de recours eut été déclarée nulle par le tribunal”*<sup>21</sup>.

#### 4. Erreur d’une autre institution

L’alinéa 2 de l’article 17 de la Charte vise l’hypothèse d’une erreur de droit ou matérielle de l’institution qui a pris la décision. Ce même article 17 peut-il être appliqué si une autre institution de sécurité sociale est à l’origine de l’erreur ?

La Cour du travail de Gand, dans un arrêt rendu en date du 18 mars 2013, a répondu à cette question par la négative : l’article 17, alinéa 2, de la Charte n’est pas applicable si l’erreur provient d’un autre organisme que l’institution qui effectue le paiement<sup>22</sup>.

Dans le cas d’espèce, l’ONAFTS, débiteur des allocations familiales, avait continué à verser les allocations familiales alors que le bénéficiaire n’y avait plus droit. Cette erreur était la conséquence d’une communication tardive des informations nécessaires de la caisse d’assurance sociale pour indépendants. Dans un jugement rendu en date du 5 mars 2012, le Tribunal du travail d’Audenarde a estimé que l’article 17, alinéa 2, de la Charte de l’assuré social s’applique non seulement lorsque l’institution commet elle-même l’erreur de droit ou matérielle, mais également lorsque l’erreur provient d’une autre institution de sécurité sociale. La Cour du travail de Gand va réformer ce jugement : une institution de sécurité sociale ne doit pas supporter les conséquences d’une erreur de droit ou matérielle d’une autre institution de sécurité sociale. Dès lors, le paiement est indu et le bénéficiaire doit rembourser les allocations perçues indument. La Cour précise que le bénéficiaire devra s’adresser à l’institution qui a commis l’erreur, en l’occurrence à la caisse d’assurance sociale pour indépendants, s’il estime que celle-ci lui est imputable.

Dans une perspective civiliste basée sur les principes de responsabilité, nous pouvons comprendre la position défendue par la Cour du travail de Gand qui consiste à ne pas faire supporter à une institution les erreurs commises par une autre institution de sécurité sociale. Suivant cette logique, les répercussions de la faute commise devraient être supportées par l’institution qui en est l’auteur. Il y aurait donc responsabilisation de l’institution fautive. En première instance, le Tribunal du travail d’Audenarde prônait, quant à lui, un principe de solidarité entre les différentes institutions. D’autant plus, indique le juge *a quo*, que la partie demanderesse *“ne savait pas ou n’était pas censée savoir qu’elle ne pouvait plus recevoir des allocations familiales”*.

En instituant la Charte de l’assuré social, le législateur recherchait une meilleure protection juridique de celui-ci. *“Pour ce faire, la Charte devait répondre aux exigences suivantes : “la sécurité juridique, l’accessibilité, la transparence, la rapidité et la minutie et enfin la simplification des charges administratives” et des relations entre les autorités et les citoyens. “Un amendement du Gouvernement tendant à supprimer l’article 17 n’a d’ailleurs pas été retenu car cet article accroît considérablement la sécurité juridique de l’assuré social”*.<sup>23</sup>

21. Trib. trav. Bruxelles, 09.09.2013, inédit, R.G. 09/18053/A ; également Trib. trav. Bruxelles, 08.10.2013, inédit, R.G. 12/5751/A.

22. C. trav. Gand, 18.03.2013, inédit, R.G. 2013/AG/135.

23. C.C., 21.12.2005, arrêt n° 196/2005.

L'on constate donc que deux visions diamétralement opposées s'affrontent sur cette question. À la lecture des travaux parlementaires, force est toutefois de constater que la position adoptée par le Tribunal du travail semble plus en adéquation avec la *ratio legis* de cette disposition.

À ce stade, il nous semble important de souligner la différence entre, d'une part, la protection de l'assuré social, consacrée par l'article 17, alinéa 2, de la Charte et, d'autre part, la prise en charge financière des conséquences de l'erreur. L'amalgame entre ces deux ordres de préoccupation peut compliquer la recherche de réponses équilibrées à des questions épineuses - comme celles posées par la situation de l'assuré social confronté à l'erreur d'un tiers à sa relation avec l'institution de sécurité sociale - que certaines décisions - notamment celles évoquées ci-avant - laissent déjà disparaître.

D'aucuns argumenteront que, s'il ne bénéficie pas de la protection offerte par l'article 17, l'assuré social peut faire appel à l'article 1382 du Code civil afin d'obtenir réparation auprès de l'institution ayant commis l'erreur<sup>24</sup>. Nous sommes cependant d'avis, comme nous l'expliquerons ci-dessous, qu'il est sensiblement plus complexe d'invoquer les principes de responsabilité civile que les principes de non-récupération prévus par la Charte<sup>25</sup>.

## 5. Erreur - contexte

Lorsqu'il est question d'erreur d'une institution de sécurité sociale, il n'est pas possible de faire fi du cadre plus large dans lequel cette institution est amenée à prendre des décisions ou à les exécuter. Par ailleurs, on peut s'interroger sur les liens, similitudes et différences entre les règles en matière de responsabilité civile de l'administration et les dispositions de la Charte de l'assuré social.

Actuellement, la jurisprudence interprète généralement la notion d'erreur dans le cadre de l'article 17, alinéa 2, de la Charte de l'assuré social sans envisager systématiquement le contexte plus large qui l'entoure. Dès qu'une institution de sécurité sociale fait une erreur, fut-elle minime, est quelque peu négligente, ou même s'abstient d'effectuer un contrôle systématique de l'ensemble des données d'un dossier, d'une décision ou d'un paiement, les juges estiment que cette institution a commis une erreur au sens de l'article 17, alinéa 2, de la Charte.

Afin de mettre en lumière la complexité de la situation dans laquelle se trouve l'institution de sécurité sociale, et plus précisément les institutions de sécurité sociale qui interviennent dans le cadre de l'assurance soins de santé et indemnités, il nous semble utile de rappeler quelques données chiffrées. Pour des données plus détaillées, nous renvoyons à la partie "Données statistiques" des rapports annuels de l'INAMI.<sup>26</sup>

Dans le secteur des soins de santé, le nombre de bénéficiaires concernés atteignait 11 millions. Le montant des prestations s'élevait pour l'exercice 2013 à 25,69 milliards d'EUR. Ce montant concernait un volume de plus d'un milliard de prestations.

24. Cass., 22.05.2006, C.D.P.K., 2008, pp. 456-460 ; Cass., 25.11.2002 (R.G. S000036F), [www.juridat.be](http://www.juridat.be), M. PALUMBO et P. KALLAI, "La répétition de l'indu et l'assuré social de bonne foi", J.L.M.B., 2006/5, p.189 ; J.-F. NEVEN, "La réparation selon le droit commun des fautes des institutions de sécurité sociale", in *Regards croisés sur la sécurité sociale*, Liège, Anthémis, 2012, pp. 247 à 275.

25. Cf. notamment titre IV - L'art. 17, al. 2 et 3, face à d'autres mécanismes juridiques, section 3 - La responsabilité civile.

26. Cf. site internet de l'INAMI : <http://www.inami.fgov.be>.

Dans le secteur des indemnités<sup>27</sup>, le nombre de titulaires concernés était, en 2013, de plus de 3,8 millions dans le régime général et de 600.000 dans le régime des indépendants. Le Service des indemnités avance pour 2013, les chiffres suivants : les indemnités octroyées pour incapacité primaire s'élevaient pour les deux régimes à un total de plus de 1,5 milliard d'EUR, soit près de 36,6 millions de journées indemnisées; les indemnités d'invalidité se chiffraient quant à elles globalement à près de 4,2 milliards d'EUR, montant qui représente plus de 96,3 millions de journées indemnisées ; les indemnités de maternité, en ce compris le congé de paternité, représentaient, pour les deux régimes, près de 658 millions d'EUR ; alors que les frais funéraires s'élevaient pour le régime général à 1,5 million d'EUR.

Le législateur doit-il intervenir afin de permettre que soient pris en considération par le juge, lorsqu'il est amené à apprécier s'il y a eu erreur de l'institution de sécurité sociale ou si l'assuré devait savoir qu'il n'avait plus droit à l'intégralité de la prestation, certains éléments de faits, parfois spécifiques au secteur concerné ?

En tout cas, la Cour constitutionnelle a estimé que *"la complexité de la gestion administrative qui incombe aux organismes assureurs ne saurait justifier que le bénéficiaire de prestations indues (...) soit tenu au remboursement des sommes qu'il a perçues indûment durant un an, alors que les bénéficiaires d'autres allocations sociales perçues indûment dans les mêmes circonstances ne sont pas tenus de les rembourser"*<sup>28</sup> et semble donc indiquer qu'il conviendrait que le législateur intervienne pour l'ensemble des secteurs et non pour un secteur déterminé.

Le nombre conséquent de transactions a conduit à ce que, dans le secteur des soins de santé, de nombreux paiements soient effectués quotidiennement, sans qu'un *instrumentum* ne doive systématiquement être formalisé<sup>29</sup>, ce qui prive l'institution de sécurité sociale (tout comme l'assuré social) d'une occasion de constater une erreur éventuelle.<sup>30</sup>

Dans les rapports entre l'assuré social et l'institution de sécurité sociale, le caractère binaire de l'article 17<sup>31</sup> de la Charte de l'assuré social pourrait-il être tempéré par le législateur, tant lors de l'appréciation de l'existence ou non d'une erreur que lors de l'appréciation des notions de "savait ou devait savoir" dans le chef de l'assuré social ? La question reste ouverte...

L'on peut se demander – poursuivant un raisonnement de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>32</sup> qui se sont penchées sur des législations en matière de sécurité sociale – si le législateur ne pouvait pas prévoir un degré d'erreur admissible dans le chef des institutions de sécurité sociale ou une possibilité de récupération en cas d'erreur ou de négligence n'ayant pas d'incidence importante sur la situation financière du ménage ou de l'assuré.

27. Le secteur des indemnités comprenait l'incapacité primaire et l'invalidité, le congé de paternité, ainsi que le repos de maternité et les frais funéraires. Depuis le 31.12.2012, les frais funéraires ne sont plus pris en charge (loi programme du 27.12.2012, art. 57, M.B. 31.12.2012).

28. C.C., 24.05.2012, arrêt n° 66/2012, B.6.1.

29. Les tempéraments à l'obligation de notification sont prévus aux art. 160bis et ss de l'A.R. du 03.07.1996 portant exécution de la loi SSI en vertu de l'habilitation conférée par l'art. 7 de la Charte.

30. Le Trib. trav. de Bruxelles a considéré que l'art. 17, al. 2, de la Charte de l'assuré social doit recevoir une interprétation large lorsqu'il fait usage du mot "décision". Il n'y a pas lieu, selon le Tribunal, de s'en tenir à une conception trop étroite ou trop technique de ce terme, sauf à dénaturer l'esprit qui a prévalu à l'élaboration de la Charte. Le Tribunal rappelle à cet égard que l'art. 17, al. 2, de la Charte ne comporte aucune disposition particulière concernant la forme que doit prendre une décision de révision et que la jurisprudence considère ainsi, à raison, que la révision peut parfois être implicite, estimant que bien souvent la notification d'un indu par l'administration se décompose en réalité en deux décisions : une décision de révision implicite d'une décision précédente, qui doit le cas échéant faire application de l'art. 17, al. 2, de la Charte, et la décision de notification de l'indu proprement dit (Trib. trav., Bruxelles, 06.09.2013, inédit, R.G. 10/11785/A).

31. Le caractère binaire (ou dualiste) évoqué ici concerne l'effet sans nuance des al. 2 et 3 de l'art. 17 dans la relation entre l'assuré social et l'institution de sécurité sociale. Soit l'assuré social sait ou devait savoir n'avoir pas ou plus droit à l'intégralité de la prestation, il ne peut donc bénéficier de la protection de l'al. 2 et devra rembourser l'intégralité de l'indu. Soit il ne savait pas et ne devait pas savoir qu'il n'y avait pas ou plus droit, il bénéficie alors de ladite protection et l'indu sera donc financièrement intégralement pris en charge par l'institution.

32. C.C., 24.05.2012, arrêt n° 66/2012: "à l'inverse du pécule de vacances, qui a fait l'objet de l'arrêt n° 39/2008 du 04.03.2008 par lequel la Cour a jugé qu'il n'était pas contraire aux art. 10 et 11 de la Constitution de permettre la récupération d'un paiement indu causé par une erreur de l'institution débitrice, les allocations d'incapacité de travail sont un revenu de remplacement qui est payé chaque mois, de sorte qu'elles constituent dans la majorité des cas l'essentiel du budget mensuel de l'assuré social qui en est créancier." (B.6.2) ; Cour. Eur. D.H., arrêt MOSKAL c./Pologne, 15.09.2009, req. n°10373/05 et arrêt B. c./Royaume-Uni, 14.02., req. n°36571/06 (cf. infra).

L'on note toutefois que la mise en œuvre d'une exception à la protection de l'assuré définie par l'absence d'incidence importante sur le revenu du ménage soulève de nombreuses questions théoriques et pratiques relatives tant à la détermination de l'importance de l'incidence qu'à celle du revenu. En effet, dans une telle hypothèse, comment garantirait-on que chaque institution dispose de tous les renseignements pertinents préalablement à l'adoption de la décision de récupération ? Chacune serait-elle à même de déterminer l'incidence exacte de l'erreur (éventuellement dans d'autres secteurs de la sécurité sociale) ? Quels revenus seraient pris en considération ? Tous les revenus, y compris mobiliers et immobiliers ? À partir de quelle hauteur de revenu faudrait-il envisager une récupération ? Autant de questions qui démontrent que cette possibilité théorique serait confrontée à des obstacles pratiques conséquents.

Le texte des articles 17 et 18 de la Charte de l'assuré social s'inspire de dispositions rédigées pour le secteur des pensions<sup>33</sup> qui ne connaît pas l'intervention d'organismes de paiement. Ces dispositions ont été rédigées à une époque où il n'existait pas de Banque-carrefour de la sécurité sociale<sup>34</sup> et où l'automatisation de l'attribution des droits était loin d'être généralisée. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 17 de la Charte impose la correction de toute décision erronée. Il se place ainsi sur un plan objectif. L'alinéa 2 semble adopter un point de vue plus subjectif en évoquant l'erreur de l'institution de sécurité sociale. L'on doit toutefois constater qu'il retranscrit un texte, rédigé en matière de pensions, basé sur une vision dualiste des situations visées : il y a une erreur soit dans le chef de l'administration, soit dans le chef du pensionné<sup>35</sup>. L'interprétation de cette disposition n'est cependant plus aussi aisée après sa transposition dans d'autres branches de la sécurité sociale et suite aux évolutions qui ont marqué l'attribution des droits aux assurés sociaux.

Comme évoqué ci-dessus, des difficultés peuvent surgir en cas d'"erreurs en cascade". Deux hypothèses peuvent être envisagées. D'une part, le caractère erroné de la décision résulte uniquement de l'interaction entre l'institution de sécurité sociale et l'assuré social lui-même, le comportement de chacun pouvant avoir contribué au caractère erroné de la décision (cette situation est abordée dans le chapitre suivant sous l'angle de l'interprétation des notions de "savait ou devait savoir" dans le chef de l'assuré social). D'autre part, le caractère erroné de la décision provient, en tout ou partie, d'éléments étrangers à la relation entre l'assuré et l'institution de sécurité sociale, tels que la communication d'informations erronées par une autre institution de sécurité sociale ou par un tiers, ou encore d'erreurs dont l'origine ne peut être clairement identifiée.

Pour les secteurs soins de santé et indemnités, le législateur s'est, notamment suite à l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 24 mai 2012 et au rapport de la Cour des comptes du 11 avril 2011, penché sur cette problématique en insérant un paragraphe 3 à l'article 194 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994.<sup>36</sup>

Comme l'a rappelé la Cour Constitutionnelle<sup>37</sup>, l'effet conjugué de la Charte de l'assuré social et de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 2008<sup>38</sup> aboutissait à faire peser sur l'INAMI les conséquences financières d'une erreur qui était due aux organismes assureurs.

La Cour de cassation avait en effet jugé, après avoir rappelé les dispositions de l'article 164 de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 et des articles 325, 326 et 327 de l'arrêté royal du 3 juillet 1996, que *"l'inscription en frais d'administration par un organisme assureur de ses décaissements suppose que les prestations qui en font l'objet constituent un indu récupérable contre le bénéficiaire. (...)*

33. Cf. Titre I - Historique du texte et *ratio legis*.

34. Instituée par la loi du 15.01.1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, M.B., 22.02.1990.

35. Cf. Titre I - Historique du texte et *ratio legis*, section 1 - Le régime instauré en matière de pensions - Le précurseur.

36. Art. 71 de la loi portant dispositions diverses en matière de santé du 10.04.2014, M.B., 30.04.2014, p. 35442.

37. C.C., 22.05.2012, arrêt n°66/2012.

38. Cass., 22.12.2008, Pas., 2008, n° 749.

*L'obligation de l'organisme assureur d'inscrire ses décaissements en frais d'administration ne s'applique dès lors pas au paiement, qui, en vertu de l'article 17, alinéa 2, précité ne constituent pas un indu récupérable auprès du bénéficiaire des prestations."*

Autrement dit, les indus rendus irrécupérables par application de l'article 17, alinéa 2, de la Charte ne sont pas supportés financièrement par l'organisme assureur qui les a versés, mais par le régime.

Saisie sur question préjudicielle au sujet de la constitutionnalité de l'article 174, alinéa 3, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994, la Cour constitutionnelle, répondant à l'un des moyens développés par le Conseil des ministres, avait estimé qu'il appartenait *"au législateur et au Roi de modifier, le cas échéant, la réglementation pertinente afin de faire peser, totalement ou partiellement, les conséquences financières d'une telle erreur sur les organismes assureurs, responsables du versement indu des prestations à l'assuré social, ou de modifier dans un sens accru les règles de contrôle des organismes assureurs."*<sup>39</sup>

C'est désormais chose faite. Dans le nouveau système instauré par la loi du 10 avril 2014 portant dispositions diverses en matière de santé<sup>40</sup>, une partie des dépenses payées indûment qui ne peuvent pas être récupérées en application de l'article 17, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social est considérée comme frais d'administration, c'est-à-dire supportée par les organismes assureurs. Cette prise en charge partielle et graduelle est calculée annuellement, par secteur, en fonction du pourcentage que représentent les indus non récupérables par rapport au montant global des dépenses engagées par l'organisme assureur considéré dans ce secteur.

La nouvelle disposition prévoit également la possibilité pour l'organisme assureur d'établir que l'octroi indu des prestations fait suite à l'erreur commise par une autre institution de sécurité sociale. Dans ce cas, les dépenses concernées ne sont pas prises en compte pour déterminer la partie des dépenses non récupérables considérée pour établir les frais d'administration.

L'objectif du législateur était notamment de tenir compte des particularités de chaque secteur, de prévoir un seuil d'erreurs "admissibles" au regard du contexte et de ne pas faire peser sur les organismes assureurs les conséquences financières d'erreurs commises par d'autres institutions de sécurité sociale.

39. C.C., 24.05.2012, arrêt n° 66/2012, B.6.4

40. Modification de l'art. 194 de la loi SSI introduite par les art. 71 et 72 de la loi du 10.04.2014 portant dispositions diverses en matière de santé. Selon l'art. 72 précité, le nouveau § 3 de l'art. 194 "entre en vigueur au 01.01.2014 et le calcul prévu à l'art.194, § 3, al. 2, de la loi SSI sera effectué pour la première fois au mois d'avril 2015. "

### III. L'article 17, alinéa 3, de la Charte de l'assuré social ou l'exception à l'exception en matière de rétroactivité d'une décision rectificative prise par une institution de sécurité sociale - Interprétation de la notion de "savait ou devait savoir"

#### 1. Contexte historique

L'article 17, alinéa 3, précise : *"L'alinéa précédent n'est pas d'application si l'assuré social sait ou devait savoir, dans le sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité d'une prestation"*.

Les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1997, introduisant l'alinéa 3 de l'article 17, apportent des précisions sur la manière dont il convient d'interpréter les termes "savait ou devait savoir" :

*"L'article 17, alinéa 2, vise uniquement les cas où, lors de la fixation des droits de l'assuré, une erreur est intervenue qui est due à l'institution de sécurité sociale. Cet alinéa n'est pas d'application si l'erreur résulte du dol ou de la fraude, de manœuvres frauduleuses ou de l'omission par l'assuré social de faire une déclaration prescrite par une disposition légale ou réglementaire, ou qui découle d'un engagement antérieur (...).*

*Vu que l'objectif de la Charte n'est pas de récompenser la mauvaise foi de l'assuré social, l'ajout d'un troisième alinéa à l'article 17 doit obliger l'assuré à signaler en temps utiles des fautes manifestes des institutions, et la récupération doit, le cas échéant, demeurer possible. Le renvoi à l'arrêté royal du 31 mai 1933 est important, parce qu'ainsi, pour l'application de l'article 17, troisième alinéa, on se réfère à la portée de la notion "sait ou devait savoir" qui a été donnée à l'arrêté royal précité dans la doctrine et la jurisprudence"<sup>41</sup>.*

Bien que le renvoi à l'arrêté royal du 31 mai 1933 apparaisse peu opportun et ne soit pas source d'une grande clarté pour le praticien, il semble néanmoins utile de relever que, des discussions ayant précédé l'adoption du projet de loi modifiant ledit arrêté royal du 19 mai 1933, il ressort que l'emploi des mots "ou devait savoir" doit être considéré *"non pas comme une application de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" (et n'implique pas une présomption de connaissance), mais comme un moyen de permettre de déduire des circonstances de fait que l'intéressé devait nécessairement savoir qu'il n'avait plus droit à l'intégralité d'une subvention, d'une indemnité ou d'une allocation. Il est donc permis de rapporter la preuve à l'aide de présomptions de fait"<sup>42</sup>.*

#### 2. Lien avec le principe de confiance légitime

Selon la Cour de cassation, le principe de confiance légitime implique *"que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle fixe de conduite et d'administration et en vertu duquel les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître en son chef"<sup>43</sup>.*

41. Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 1996-1997, n° 907/001, p. 15, extrait cité *supra*.

42. Rapport fait au nom de la Commission de la justice, Doc. Parl., Sénat, sess. 1993-1994, n° 938-2, p. 26.

43. Not. Cass., 29.11.2004, J.T.T., 2005, p. 104.

Selon la doctrine, trois conditions doivent être réunies pour que le principe trouve à s'appliquer ; il faut : *"une erreur de l'administration ; une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur ; l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette reconnaissance"*<sup>44</sup>.

Au vu de ce qui précède, l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte apparaît comme une forme de consécration légale de ce principe dans le droit de la sécurité sociale, en ce qu'il fait obstacle à la révision rétroactive d'une décision prise par l'institution de sécurité sociale de manière erronée ou par négligence<sup>45</sup>, sauf si l'assuré social *"sait ou devait savoir"* qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité de la prestation.<sup>46</sup>

### 3. Lien avec la "mauvaise foi"

À la lecture des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1997 introduisant l'alinéa 3 de l'article 17 de la Charte et plus particulièrement au vu des termes utilisés dans ces travaux (dol, fraude, manœuvres frauduleuses,...), l'application de l'alinéa 3 de l'article 17 semble bel et bien requérir que l'assuré social soit de mauvaise foi<sup>47</sup>, avec pour conséquence directe que la charge de la preuve repose sur l'institution de sécurité sociale (conformément à l'adage selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas)<sup>48</sup>.

Comment, dès lors, prouver qu'un assuré social est de mauvaise foi, qu'il savait ou devait savoir qu'il n'avait pas ou plus droit à la prestation ou à l'intégralité du montant qui lui a été payé, compte tenu notamment de la complexité de la législation sociale et des disparités entre secteurs quant au contenu à donner à la notion *"savait ou devait savoir"* ?

### 4. En pratique

La jurisprudence en la matière n'est pas dense et témoigne de la difficulté à appliquer ces notions. Nous nous proposons néanmoins de relever quelques décisions, dans le secteur de l'assurance soins de santé et indemnités.

Le Tribunal du travail de Mons<sup>49</sup> a estimé qu'une erreur de calcul dans la détermination du montant des indemnités d'invalidité relevait de l'article 17, alinéa 2 et non de l'alinéa 3. En effet, il n'est pas reproché à Madame D. d'avoir commis une faute quelconque ni, plus particulièrement, d'avoir fourni des renseignements erronés ou inexacts. Le Tribunal a également considéré que l'article 17 n'est pas applicable à une modification de la situation du ménage survenue après la décision initiale.

Le Tribunal du travail de Bruxelles<sup>50</sup> a considéré qu'une personne ayant bénéficié à la fois d'allocations de chômage et d'indemnités d'assurance maladie-invalidité pendant une période de repos de maternité devait savoir que ce cumul n'était pas permis.

44. J.-Fr. NEVEN, "La réparation selon le droit commun des fautes des institutions de sécurité sociale", in Regards croisés sur la sécurité sociale, CUP, Liège, Anthémis, 2012, p. 268.

45. Cass., 09.06.2008, www.juridat.be.

46. Nous renvoyons, à cet égard, à la dernière section de la présente étude : "L'article 17, alinéas 2 et 3, face à d'autres mécanismes juridiques".

47. En sens contraire : M. PALUMBO et P. KALLAI, "La répétition de l'indu et l'assuré social de bonne foi", obs. sous Cass., 26.05.2003, J.L.M.B., 2006, p. 190. Ces deux auteurs paraissent cependant revenir sur leur position défendue dans cette note d'observations de 2006, dans : M. PALUMBO et P. KALLAI "Lorsque l'indu n'est pas dû : les obstacles à la répétition de l'indu par l'institution de sécurité sociale", obs. sous C.C., 20.01.2010, J.L.M.B., 2011, p. 1417.

48. H. MORMONT et J. MARTENS : "La révision des décisions administratives et la récupération de l'indu", op. cit., pp. 71-72.

49. Trib. trav. Mons (sect. La Louvière), 13.03.2003, inédit, R.G. 51611.

50. Trib. trav. Bruxelles, 09.12.2005, inédit, R.G. 38242, 1997.

Le Tribunal du travail de Bruxelles<sup>51</sup> a estimé que l'organisme assureur n'établit pas qu'au sens de l'article 17, alinéa 3, de la loi du 11 avril 1995, Madame H. savait ou aurait dû savoir que les sommes versées constituaient un indu, alors que vu la difficulté de la matière et l'absence de connaissance spécifique de Madame H. (connaissant par ailleurs de gros problèmes de santé), cette dernière pouvait légitimement croire que les indemnités versées par son organisme assureur, à qui elle avait donné tous les renseignements (allant même jusqu'à demander l'aide d'un employé de son organisme assureur pour remplir certains documents), étaient correctement calculées et ce d'autant plus qu'elle n'a reçu au cours de la période litigieuse aucun décompte de son organisme assureur l'informant de la manière dont ses indemnités avaient été calculées, qui lui aurait permis de se rendre compte d'une erreur de calcul, opéré sur base d'une rémunération à temps plein en lieu et place d'un temps partiel.

La Cour du travail de Liège<sup>52</sup> a considéré que l'ensemble des travailleurs engagés sur le marché de l'emploi sait que les indemnités d'incapacité de travail sont normalement inférieures à la rémunération en période d'activité. Il s'agit d'une donnée élémentaire relevant des connaissances collectives.

Le Tribunal du travail de Bruxelles<sup>53</sup> a considéré que la mutualité avait commis une erreur au sens de l'article 17, alinéa 2, de la Charte de l'assuré social dans la mesure où l'information relative à la radiation d'office de Monsieur F. était accessible via la Banque-carrefour et que la mutualité aurait dû la recueillir d'initiative. De plus, le Tribunal précise qu'il n'est pas démontré et ne découle pas des faits de l'espèce que Monsieur F. savait ou devait savoir qu'il n'avait pas ou plus droit, en tout ou en partie, aux indemnités indûment versées.

Un constat s'impose rapidement à la lecture de ces différentes décisions : il n'est pas aisé d'établir que l'hypothèse visée par l'article 17, alinéa 3, de la Charte est rencontrée.

Il nous semble cependant que la qualité de l'information fournie à l'assuré social a un rôle à jouer, de même que, dans une certaine mesure, le niveau de collaboration de l'assuré social. Nous n'allons pas revenir de manière exhaustive, dans le cadre de la présente contribution, sur le contenu de ces notions et leurs applications dans la jurisprudence. Nous souhaitons néanmoins attirer l'attention du lecteur sur certains aspects.

## 5. Le devoir d'information et de conseil incombant aux institutions de sécurité sociale

La Charte consacre, respectivement en ses articles 3 et 4, l'obligation d'information et de conseil s'imposant aux institutions de sécurité sociale. Ces deux obligations s'exercent "*dans les mêmes conditions*" mais la première est conçue comme une obligation de résultat et la seconde, comme une obligation de moyen<sup>54</sup>.

La jurisprudence ne s'est que peu attardée sur l'obligation, plus floue, de conseil. Il semble néanmoins admis que le respect de cette obligation n'implique pas d'informer l'assuré social sur "l'ingénierie sociale"<sup>55</sup>.

Au sein de l'obligation d'information, il y a lieu de distinguer l'information sur demande, de l'information d'initiative.

51. Trib. trav. Bruxelles, 22.06.2007, B.I. - INAMI, 2007/3, p. 381.

52. C. trav. Liège, 9<sup>e</sup> ch, 14.09.2009, R.G. 34.941/07, commenté sur [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be).

53. Trib. trav. Bruxelles, 30.05.2013, inédit, R.G. 09/12129/A.

54. J.-Fr. NEVEN et St. GILSON, "Les obligations d'information et de conseil des institutions de sécurité sociale" in Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social, Kluwer, 2008, p. 19.

55. P. PALSTERMAN, "la Charte de l'assuré social", Exposé du 23.11.2006 dans le cadre des échanges d'expérience professionnelle entre les magistrats des juridictions du travail, p. 7, cité par J.-Fr. NEVEN et St. GILSON, "Les obligations d'information et de conseil des institutions de sécurité sociale" in Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social, Kluwer, 2008, p. 19.



Concernant la première, il y a lieu de relever que celle-ci a reçu une interprétation très large dans la jurisprudence et que la demande écrite de renseignements peut prendre des formes très diverses<sup>56</sup>. De plus, dans le cadre de la définition<sup>57</sup> donnée aux "informations utiles" qui doivent être communiquées à l'assuré social qui en a fait la demande écrite, il y a lieu de noter que bien que la jurisprudence ait déjà admis le caractère suffisant d'informations générales<sup>58</sup>, la délivrance ou la publication d'une brochure explicative d'ordre général ne suffit pas nécessairement, l'information doit, dans la plupart des cas, aussi être individualisée.

Concernant la seconde, il y a lieu de relever l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 novembre 2009<sup>59</sup>. En effet, il ressort de cet arrêt que l'obligation reposant sur les institutions de sécurité sociale de fournir d'initiative des informations aux assurés sociaux n'est pas subordonnée à une demande préalable de ceux-ci. L'obligation d'information d'initiative ne concerne donc pas uniquement le complément d'information mais également l'information elle-même.

Enfin, diverses circonstances telles que la faiblesse de l'assuré social ou la complexité de la législation renforcent encore un peu plus l'obligation d'information de l'institution de sécurité sociale.

## 6. L'obligation de collaboration de l'assuré social

Le devoir d'information incombant à l'institution de sécurité sociale est donc important, mais il n'implique pas que l'assuré social soit dispensé de toute obligation. Différents textes prévoient que l'assuré social doit, notamment, informer l'institution de sécurité sociale des données relatives à sa situation personnelle et s'informer.

Cependant, la Charte ne consacre pas un devoir général de collaboration de l'assuré social comme elle consacre, en son article 3, le devoir d'information incombant aux institutions de sécurité sociale. Ces deux obligations ne peuvent donc pas être mises sur le même pied.

En effet, concernant l'obligation d'informer l'institution de sécurité sociale, la Charte précise simplement attendre du demandeur qu'il fournisse les renseignements demandés et nécessaires au moment où la décision doit être prise<sup>60</sup>. Seules les réglementations sectorielles imposent à l'assuré social des obligations de collaboration plus spécifiques.

De plus, pour autant que les données sociales (modifications d'état civil, de composition de ménage ou de domiciliation) soient disponibles dans le réseau de la Banque-carrefour de la Sécurité sociale, les institutions de sécurité sociale doivent exclusivement les demander à la Banque-carrefour<sup>61</sup> qui leur communiquera par la suite, automatiquement, tout changement éventuel<sup>62</sup>.

Enfin, concernant l'obligation de s'informer (incombant à l'assuré social), il y a lieu de constater que celle-ci n'est pas inscrite dans la loi, qu'elle ne constitue donc qu'un tempérament au devoir d'information (incombant à l'institution de sécurité sociale) et qu'elle ne peut ainsi être retenue qu'à titre d'exception, lorsque des circonstances particulières le justifient<sup>63</sup>.

56. C. trav. Bruxelles, 6<sup>e</sup> ch., 30.04.2007, Chron. D.S., 2008, p. 566.

57. Voy. à cet égard l'art. 2 de l'A.R. du 19.12.1997 et les arrêtés propres à chaque secteur de la sécurité sociale.

58. C. trav. Bruxelles, 19.05.2011, www.juridat.be.

59. Cass., 23.11.2009, Chron. D.S., 2010, p. 422.

60. Art. 10, al. 5 et 11, al. 2, de la Charte.

61. Art. 11 de la loi du 15.01.1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

62. "La Banque-Carrefour de la sécurité sociale comme moteur de l'e-gouvernement du secteur social", www.ksz-bcss.fgov.be.

63. À ce sujet, voy. J.-Fr. FUNCK "Le devoir d'information et de conseil des institutions selon la Charte de l'assuré social" in Regards croisés sur la sécurité sociale, CUP, Liège, Anthémis ; 2012, pp. 186 et 187.

## 7. Conséquences

Initialement, l'alinéa 3 de l'article 17 avait été introduit en vue d'éviter qu'un trop grand nombre de récupérations d'indu soient tenues en échec par l'alinéa 2 et par la volonté de réserver le recours à cet alinéa 2 aux assurés sociaux de bonne foi<sup>64</sup>.

Or, recourir à l'application de l'alinéa 3 de l'article 17 n'est pas aisé et l'analyse de la jurisprudence ayant fait application de cette disposition révèle une interprétation large de l'alinéa 2 de l'article 17 et restrictive de son alinéa 3, puisque le fait que l'assuré social "savait ou devait savoir" doit être dûment établi.

Il y a lieu de relever que : *"la charge de la preuve pour l'application de l'article 17, alinéa 3 de la Charte requiert la preuve par l'institution de sécurité sociale de la connaissance par la personne qui bénéficie de la prestation qu'elle ne remplit plus les conditions d'octroi de celles-ci. Je renvoie à cet égard à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2005 en matière de pension<sup>65</sup>. Il est néanmoins certain que, lorsque la question porte sur la connaissance supposée, celle-ci repose essentiellement sur l'appréciation subjective du juge qui doit vérifier s'il s'agit d'une donnée élémentaire relevant des connaissances collectives. La charge de la preuve n'a alors d'incidence qu'en ce qui concerne le doute du juge, doute que doit dissiper la partie sur laquelle repose la charge de la preuve."*<sup>66</sup>

Dans le cadre de l'administration de la preuve, l'institution de sécurité sociale a bien entendu un rôle important à jouer en amont, notamment via le respect de ses obligations d'information et de conseil qu'il convient d'apprécier raisonnablement vu le nombre d'informations qui circulent dans les différents secteurs, mais elle pourra également s'appuyer sur tous les autres éléments de fait pour établir la connaissance dans le chef de l'assuré social<sup>67</sup>. En effet, il ne faudrait pas que l'objectif de l'insertion de la référence à l'arrêté royal du 31 mai 1933, à savoir donner la possibilité à l'institution de sécurité sociale *"de rapporter la preuve à l'aide de présomptions de fait"*<sup>68</sup>, soit perdu de vue.

Cependant, même en cas de manquements partagés aux obligations respectives de l'institution de sécurité sociale et de l'assuré social, le juge devra déterminer si l'assuré social savait ou devait savoir et ne pourra pas – comme il en aurait eu la possibilité dans le cadre de la responsabilité civile – adopter une position nuancée, et éventuellement réduire le montant de l'indu, étant donné le caractère binaire du raisonnement induit par l'alinéa 3.<sup>69</sup>

64. Cf. Titre I - Historique du texte et *ratio legis*, Section 4 - Les modifications introduites en 1997 - Les ajustements et J.-Fr. NEVEN et St. GILSON, "Les obligations d'information et de conseil des institutions de sécurité sociale" in Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 69.

65. Voy. en ce sens Trib. trav. Bruxelles, 22.06.2007, B.I.-INAMI, 2007/3, p. 381, qui renvoie à l'arrêt de la C.C. du 12.12.2005 rendu en matière de pension.

66. B. GRAULICH, "L'indu : révision d'une décision, prescription de la récupération, modalités de la récupération et renonciation à celle-ci" in Regards croisés sur la sécurité sociale, CUP, Anthémis 2012, pp. 32 et 33.

67. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice sur la proposition de loi modifiant l'A.R. du 31.05.1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations de toute nature qui sont, en tout ou en partie, à charge de l'État, op. cit., p. 14.

68. Ibid.

69. Pour une explication sur le caractère binaire de cette disposition, cf. Titre II - La notion d'erreur, Section 5 - Erreur - Contexte.

## IV. L'article 18, 3°, de la Charte – Un tempérament ou une exception à l'article 17, alinéa 2 ?

L'article 18 de la Charte précise : *“Sans préjudice des dispositions légales et réglementaires en matière de prescription, l'institution de sécurité sociale peut rapporter sa décision et en prendre une nouvelle dans le délai d'introduction d'un recours devant la juridiction compétente ou, si un recours a été introduit, jusqu'à la clôture des débats lorsque :*

*1° à la date de prise en cours de la prestation, le droit a été modifié par une disposition légale ou réglementaire*

*2° un fait nouveau ou des éléments de preuve nouveaux ayant une incidence sur les droits du demandeur sont invoqués en cours d'instance*

*3° il est constaté que la décision administrative est entachée d'irrégularité ou d'erreur matérielle<sup>70</sup>”.*

En première lecture, l'intention du législateur semblait être de permettre, par cette disposition, une récupération limitée des prestations lorsque le caractère indu est constaté dans le délai de recours de trois mois<sup>71</sup> ou si un recours a déjà été introduit, jusqu'à la clôture des débats et ce, même dans l'hypothèse, également visée par l'article 17, alinéa 2, de la Charte de l'assuré social, où la décision est entachée d'une erreur due à l'institution de sécurité sociale.

Avant d'aller plus avant dans le développement de notre raisonnement, nous souhaiterions souligner que, sous l'intitulé “révision”, la Charte semble en réalité aborder plusieurs hypothèses (retrait, rectification, abrogation,...) qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer. De plus, l'emploi du terme “rapporter” à l'article 18 de la Charte sème encore un peu plus le trouble dans l'esprit du praticien.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1997 que : *“selon l'article 17, une révision d'une décision qui limite les droits de l'assuré, en cas d'erreur de droit ou matérielle d'une institution de sécurité sociale, ne peut avoir d'effet que pour l'avenir, de sorte qu'aucune récupération n'est possible. L'article 18 permet encore une récupération limitée des prestations payées en trop, si le caractère indu est constaté dans le délai de recours de trois mois (la plupart des cas) ou, si un recours a été introduit devant le tribunal, jusqu'à la clôture des débats<sup>72</sup>”.*

Une partie de la doctrine, se fondant sur les premiers mots de l'alinéa 2 de l'article 17 (*“sans préjudice de l'article 18”*), s'était d'ailleurs positionnée en ce sens, estimant que tant que la décision erronée n'était pas définitive, l'effet rétroactif de sa révision pouvait jouer à plein<sup>73</sup>.

La Cour de cassation a néanmoins rejeté cette position dans un arrêt rendu le 6 mai 2002, en matière d'allocations familiales. Elle a en effet estimé que *“l'article 18 prévoit le délai endéans lequel l'institution de sécurité sociale peut rapporter sa décision ; qu'il ne prévoit pas de délai à partir duquel la nouvelle décision administrative prend effet et ne déroge dès lors pas à la disposition de l'article 17, alinéa 2<sup>74</sup>”.*

La position prise par la Cour de cassation, intimement liée à la manière dont les moyens étaient articulés, n'aurait-elle pas dû être plus nuancée ?

70. Les auteurs soulignent la partie du texte légal qui va faire l'objet d'un commentaire.

71. Art. 23 de la Charte.

72. Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 1996-1997, n° 907/001, pp. 15 et 16.

73. W. Van EECKHOUTTE, “Terugvordering en herziening”, in (J. PUT, dir.) Het handvest van de sociaal verzekerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid, Bruges, die Keure, 1999, pp. 135-205, n° 162.

74. Cass., 06.05.2002, R.G. S.010119.N.

En l'espèce, la caisse d'allocations familiales partait du principe que par "délai d'introduction d'un recours", il fallait entendre le délai de recevabilité des actions des assurés sociaux à l'encontre des décisions prises par l'institution de sécurité sociale. Elle soulignait que, dans les matières concernées par les lois coordonnées relatives aux allocations familiales des travailleurs salariés, il n'existait aucun délai de recevabilité.

La caisse considérait en conséquence que c'était le droit commun qui s'appliquait, à savoir le délai de prescription de dix ans (art. 2262*bis* du C. civ.), délai plus favorable, pour l'assuré social, que le délai de trois mois prévu par l'article 23 de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social. Il s'ensuivait, selon la caisse, que la décision initiale pouvait être "rapportée" dans un délai de dix ans, dès lors qu'il était constaté qu'elle contenait une irrégularité ou une erreur matérielle, en application de l'article 18, 3°, de la Charte.

La décision de la Cour de cassation ne confirme, ni n'infirme, le raisonnement tenu sur les délais applicables mais écarte purement et simplement l'application de l'article 18 en précisant que cette disposition légale "se borne à fixer le délai dans lequel une nouvelle décision peut être prise" (et non le "délai à partir duquel la nouvelle décision administrative prend effet").

Or, la Cour du travail de Bruxelles a précisé dans son arrêt du 23 juin 2005<sup>75</sup>, qu'"il résulte des travaux parlementaires qu'en prévoyant cette faculté de "rapporter" une décision administrative, le législateur a eu à l'esprit les délais d'introduction de recours en justice "courts", puisqu'il est dit, dans l'exposé des motifs (précédant la loi du 25 juin 1997) que : "Selon l'article 17 de la Charte, une révision d'office d'une décision qui limite les droits de l'assuré, en cas d'erreur de droit ou matérielle d'une institution de sécurité sociale, ne peut avoir d'effet que pour l'avenir, de sorte qu'une récupération n'est pas possible. L'article 18 permet encore une récupération limitée des prestations payées de trop, si le caractère indu est constaté dans le délai de recours de trois mois (la plupart des cas) ou, si un recours a été introduit devant le tribunal, jusqu'à la clôture des débats"<sup>76</sup>.

La doctrine va également dans ce sens : "De même l'article 18 est adapté aux secteurs, comme les pensions, où la procédure gravite autour d'un acte administratif unilatéral qui devient définitif à l'issue d'un délai de forclusion. Qu'en est-il dans les secteurs où les délais ne se rattachent pas à une décision, mais à la naissance du droit ? Tel est le cas, d'une manière générale, en matière d'accidents du travail dans le secteur privé, mais aussi, pour beaucoup d'aspects, en matière d'assurance-maladie, d'allocations familiales, etc. ...

L'article 23 de la Charte, qui porte à trois mois le "délai de recours" en matière de sécurité sociale précise, comme suite à sa modification par la loi du 25 juin 1997, qu'il ne porte pas préjudice aux "délais plus favorables" établis par des législations particulières. Le commentaire de cette modification, dans l'exposé des motifs de la loi du 25 juin 1997, soutient que cette référence à des "délais plus favorables" s'applique aussi à l'article 18.

Cette interprétation doit être rejetée. Elle implique que les décisions non soumises à un délai de forclusion peuvent toujours être rapportées, même en défaveur de l'assuré social, dans la seule limite du délai de prescription. Elle viole l'article 18, mais aussi la règle générale de l'article 17, de tout contenu, ce qui n'est certainement pas l'intention du législateur. Le texte lui-même n'autorise pas cette interprétation.

Il vise clairement les "délais de recours", autrement dit les délais établis pour contester une décision. Lorsqu'aucun délai spécifique n'est établi pour contester la décision, autrement dit lorsque la contestation n'est limitée que par un délai de prescription relié à d'autres éléments que la décision proprement dite, l'article 18 ne trouve pas à s'appliquer. Aucun argument, et certainement aucun argument de texte ni aucun argument logique, ne permet d'étendre à l'article 18 la dérogation prévue à l'article 23."<sup>77</sup>

75. C. trav. Bruxelles, 23.06.2005, Chron. D.S., 2006, p.577.

76. Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 1996-1997, n° 907/001, pp. 15 et 16.

77. B. GRAULICH et P. PALSTERMAN, «La Charte de l'assuré social», Chron. D.S., 1998, pp. 261 à 279, sp. n° 111 et 112; voy. aussi W. Van EECKHOUTTE, «Terugvordering en herziening », op. cit., pp. 178-179.

Dans son arrêt, la Cour du travail de Bruxelles ne semble donc pas exclure la rétroactivité de la révision pendant le délai de recours ou en cours d'instance dans les secteurs régis par le délai de recours ordinaire de trois mois<sup>78</sup> et ce, contrairement à la Cour de cassation dans son arrêt du 6 mai 2002. Ce raisonnement nous semble plus conforme à l'objectif initial poursuivi par le législateur, lequel n'était pas de proscrire toutes récupérations, même en cas d'erreur due à l'institution de sécurité sociale.

S'il nous semble que les deux premiers cas évoqués par l'article 18 visaient à l'origine un élément postérieur à la décision en cause et se distingueraient donc du champ d'application de l'article 17 qui ne viserait que la décision initialement atteinte d'un vice, la troisième hypothèse visée par l'article 18 recoupe, quant à elle, totalement celle de l'article 17 mais permettrait une récupération limitée des prestations payées de trop à condition que le caractère indu soit constaté dans le délai de recours de trois mois ou jusqu'à la clôture des débats si un recours a été introduit devant le tribunal.

Ainsi, selon nous, la décision erronée doit être révisée, avec effet rétroactif, si l'assuré social savait ou devait savoir que la prestation ne lui était pas ou plus due (art. 17, al. 3, de la Charte) ou si le caractère indu de la prestation est constaté dans le délai de recours de trois mois ou si un recours a été introduit, jusqu'à la clôture des débats (art. 18, 3°, de la Charte combiné avec le caractère d'ordre public des dispositions de sécurité sociale).

Cette interprétation de la troisième hypothèse visée par l'article 18 nous semble d'ailleurs conforme à l'exigence de sécurité juridique traduite dans différentes dispositions de la Charte, dans la mesure où les décisions visées sont des décisions non définitives, puisqu'encore susceptibles de recours.

En outre, cette interprétation a le mérite de rapprocher cette disposition d'un principe reconnu, à savoir la théorie du retrait des actes administratifs, tel que défini par le Conseil d'État, selon lequel un acte administratif créateur de droit et irrégulier peut être retiré avec effet *ex tunc* dans le délai de recours devant le Conseil d'État, ou jusqu'à la clôture des débats lorsqu'un tel recours a été introduit.<sup>79</sup>

Notons encore que la lecture de la position de la Cour de cassation, selon laquelle "*l'article 18 prévoit le délai endéans lequel l'institution de sécurité sociale peut rapporter sa décision ; qu'il ne prévoit pas de délai à partir duquel la nouvelle décision administrative prend effet et ne déroge dès lors pas à la disposition de l'article 17, alinéa 2*", apporte plus de questions quant à l'interprétation de ces deux dispositions qu'elle n'en résout.

En effet, une lecture littérale de cet arrêt implique que l'article 18 fixe le délai dans lequel doit intervenir la décision de révision, et que l'article 17 détermine, quant à lui, la date de prise de cours de cette nouvelle décision. Une telle interprétation a pour conséquence qu'une révision, même favorable à l'assuré social, ne peut avoir lieu lorsque le délai de recours contre la décision "initiale" a expiré, ce qui nous semble contraire à la lettre des alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 17.

Une autre lecture, estimant que l'article 18 ne cadre pas, dans le temps, le pouvoir de révision que les institutions puisent dans l'article 17, impliquerait que l'article 18, 3°, serait une coquille vide. L'institution puise, dans l'article 17, alinéa 1<sup>er</sup>, le pouvoir de revoir sa décision, à tout moment, même si les effets de cette révision sont limités par la prescription<sup>80</sup>. Si l'article 18, 3°, vise les mêmes hypothèses que l'article 17, mais ne peut, quant à lui, s'appliquer que dans le délai de recours (ou jusqu'à la clôture des débats), chaque situation visée à l'article 18, 3°, est *ipso facto* couverte par l'article 17.

78. Dans le même sens, Trib. trav. Bruxelles, 11.02 et 06.07.1999, Chron. D.S., 2000, p. 560.

79. Voy. notamment P. GOFFAUX, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 237 et ss., en particulier p. 239.

80. Le fait que l'art. 17 ne porte pas atteinte au délai de prescription ("et ce sans préjudice des dispositions légales et réglementaires en matière de prescription") est sans incidence sur la question du moment de la révision proprement dite. En effet, l'institution de sécurité sociale pourra rectifier sa décision entachée d'erreur sans limitation dans le temps. Par contre, la date de prise d'effet de cette nouvelle décision révisée sera, elle, impactée soit par la règle de non rétroactivité contenue à l'al. 2 de l'art. 17, soit par les délais de prescription applicables.

Pourquoi, dès lors, le législateur aurait-il pris la peine d'adopter l'article 18, 3° ? Rappelons que dans l'interprétation de la législation, lorsque deux interprétations d'une disposition sont possibles, il y a lieu de donner à cette disposition l'interprétation qui lui donne un effet, plutôt que celle qui ne lui en donne aucun.

*Contrairement à l'interprétation donnée par la Cour de cassation, nous sommes donc d'avis que l'intention du législateur, en adoptant l'article 18, était bel et bien d'exclure l'application de l'article 17, alinéa 2, lorsque la décision de révision a été prise dans le délai de recours (ou, éventuellement, jusqu'à la clôture des débats lorsque la décision a fait l'objet d'un recours). Les travaux préparatoires semblent d'ailleurs accréditer cette interprétation : "Selon l'article 17 de la Charte, une révision d'une décision qui limite les droits de l'assuré, en cas d'erreur de droit ou matérielle d'une institution de sécurité sociale, ne peut avoir d'effet que pour l'avenir, de sorte qu'une récupération n'est pas possible. L'article 18 permet encore une récupération limitée des prestations payées de trop, si le caractère indu est constaté dans le délai de recours de trois mois (la plupart des cas) ou, si un recours a été introduit devant le tribunal, jusqu'à la clôture des débats."<sup>81</sup>*

Ne faudrait-il pas que le législateur clarifie l'articulation entre les articles 17 et 18, afin de préciser, d'une part, les hypothèses respectives visées par ces deux articles et, d'autre part, leurs effets dans le temps ?

## V. L'article 17, alinéas 2 et 3, face à d'autres mécanismes juridiques

### 1. Introduction

Le cas de figure visé par l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte de l'assuré social est simple : en raison d'une décision erronée de l'institution de sécurité sociale, l'assuré social reçoit un paiement auquel il n'avait pas droit, partiellement ou entièrement, et dont il ne savait pas et ne devait pas savoir qu'il était indu.

Dans cette situation, l'assuré social est protégé, il ne devra pas rembourser cet indu à l'institution concernée. Cette règle, comme nous l'avons vu *supra*, vise à protéger l'assuré social contre les conséquences néfastes que les erreurs des institutions pourraient avoir sur lui.

L'on peut, en effet, aisément percevoir l'impact financier que pourrait avoir, sur un assuré social, la récupération de prestations sociales dont il a cru, de bonne foi, être créancier, et qu'il a par conséquent utilisées pour ses dépenses quotidiennes.

Force est de constater que certains mécanismes juridiques sont susceptibles d'emporter des effets similaires. Citons, à cet égard, le principe de légitime confiance, les principes de la responsabilité civile et la protection du droit de propriété. Nous tenterons d'en tracer les grandes lignes, afin d'appréhender l'utilité réelle de l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte, dans le droit positif.

Cette analyse ne se veut nullement exhaustive, nous renvoyons donc le lecteur à la doctrine et la jurisprudence citées pour toutes précisions.

81. Projet de loi modifiant la loi du 11.04.1995 visant à instaurer "la charte" de l'assuré social, Doc. parl., Ch. Repr., sess. 1996-1997, n° 907/1, pp.15-16.

## 2. Le principe de légitime confiance

Ce principe, d'origine prétorienne, est une composante des principes de bonne administration ou du principe de sécurité juridique<sup>82</sup>. S'il existe encore nombre de controverses quant à son application, son existence ne fait plus aucun doute. Il a en effet été reconnu tant par la Cour de cassation que le Conseil d'État, et même par la Cour constitutionnelle.<sup>83</sup>

### A. DÉFINITION

Selon le Conseil d'État, *"le principe de confiance peut être défini comme l'un des principes de bonne administration en vertu duquel le citoyen doit pouvoir se fier à une ligne de conduite constante de l'autorité ou à des concessions ou des promesses que les pouvoirs publics ont faites dans le cas concret"*<sup>84</sup>.

Quant à la Cour de cassation, elle estime que *"le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; qu'il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen."*<sup>85</sup>

### B. LA LÉGITIME CONFIANCE EN DROIT POSITIF<sup>86</sup>

Au vu de la jurisprudence et de la doctrine au sujet de ce principe, il convient d'être particulièrement circonspect dans son utilisation. Bien que les définitions avancées par les plus hautes juridictions peuvent sembler d'une limpidité étonnante et paraissent avoir un champ d'application particulièrement vaste, la Cour de cassation a jugé *"qu'en règle, l'application de ces principes ne peut (...) justifier une dérogation à la loi"*.<sup>87</sup>

Selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation<sup>88</sup>, le principe de légalité doit primer sur le principe de légitime confiance.

Sans s'appesantir sur les controverses entourant cette question, force est de constater qu'en ces circonstances, il semble difficile de faire usage de ce principe en matière d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, voire de manière générale dans tous les secteurs de la sécurité sociale, pour justifier une non-récupération de prestations payées indûment.

En effet, les conditions d'obtention des prestations sont fixées par des dispositions légales ou réglementaires, qui sont en outre d'ordre public. Par conséquent, lorsqu'un organisme assureur paie, par erreur, une prestation sociale, c'est qu'il n'a pas respecté, fautivement ou non, ces dispositions légales ou réglementaires. Il semble dès lors illusoire de rejeter la répétition de cet indu sur la base du principe de légitime confiance.

82. La question de la classification comme composante de l'un ou l'autre de ces principes ne semble pas encore totalement tranchée (voy. notamment les définitions citées du C.E. et de la Cass.).

83. Voy. notamment C.C., 21.10.2008, n° 135/2008.

84. C.E. (A.G.), 06.02.2001, Missorten, n° 93.104.

85. Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 27.03.1992, R.C.J.B., 1995, pp. 53 et ss.

86. Pour une analyse approfondie du sujet, nous renvoyons le lecteur vers : N. GEELHAND, "Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal", note sous Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 27.03.1992, R.C.J.B., 1995, pp. 57 à 105 (1<sup>re</sup> partie), pp. 259 à 313 (2<sup>e</sup> partie) et pp. 488 à 523 (3<sup>e</sup> partie) ; R. ERGEC, "Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration", note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 04.09.1995, R.C.J.B., 1998, pp. 13 à 25 ; V. SCORIELS, "Le principe de confiance légitime en matière fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation", J.T., 2003, pp. 301 à 310 ; S. KOVAL, "Après le temps de l'apparence : considérations sur la confiance légitime du citoyen et la responsabilité de l'administration dans la jurisprudence de la Cour de cassation", note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 22.05.2006, C.D.P.K., 2008, pp. 461 à 468 ; T. ERNIQUIN, "Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l'application du principe de légalité", in *De wettigheidsstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Die Keure, Bruges, 2010, pp. 303 à 324.

87. Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 29.11.2004, J.T.T., 2005, pp. 104 et ss.

88. Voy. notamment Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 22.05.2006, C.D.P.K., 2008, pp. 456 à 460 ; Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 11.02.2011, Pas., 2011, liv. 2, pp. 490 à 492.

Néanmoins, comme le note la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mai 2006 précité, le fait pour une administration de créer une attente légitime dans le chef de l'assuré social peut constituer une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, et donc faire l'objet d'une réparation si les conditions d'application de la responsabilité civile sont réunies.

### 3. La responsabilité civile

L'article 1382 du Code civil prévoit : *"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."*

La mise en œuvre de la responsabilité civile requiert, selon la conception classique, unanimement partagée, trois éléments : une faute, un dommage et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

Si l'on tenait pour acquis que le texte de l'alinéa 2 de l'article 17 de la Charte impose que l'erreur soit imputable à l'institution de sécurité sociale, seul le critère du *bonus pater familias* la distinguerait d'une faute. Il ne resterait dès lors plus au plaideur qu'à établir un lien causal entre cette faute et son dommage.

L'arrêt de la Cour de cassation, déjà évoqué, du 22 mai 2006 permet de mettre en lumière les liens qui peuvent exister entre le principe de légitime confiance et les principes de la responsabilité civile. Premièrement, la création d'attentes légitimes dans le chef de l'assuré social peut constituer une faute dans le chef de l'institution, ou, à tout le moins, une circonstance aggravant cette faute. Deuxièmement, la Cour reconnaît que le dommage résultant de cette faute peut s'identifier au montant indûment perçu.

Ainsi, les considérations qui précèdent démontrent qu'en invoquant les principes de la responsabilité civile couplés au principe de légitime confiance, l'assuré social pourrait obtenir un résultat comparable à celui obtenu en application de l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte, lorsque l'erreur est imputable à l'institution concernée.

### 4. La protection du droit de propriété

Selon le protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, *"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international."*

*Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes."*<sup>89</sup>

Nous relèverons, avec la Cour constitutionnelle<sup>90</sup>, deux<sup>91</sup> affaires dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur la possibilité de récupérer, auprès de l'assuré social, des prestations sociales payées indûment suite à une erreur de l'institution et en l'absence de faute de l'assuré social.

Dans ces deux affaires, les demandeurs invoquaient une violation de leur droit de propriété. L'on remarquera d'emblée que l'appel aux dispositions protégeant le droit de propriété est pour le moins original, dès lors que, s'agissant d'un paiement indu, il semble difficile de prétendre qu'un droit de propriété ait pu naître dans le chef de l'accipiens.

89. Protocole n° 1 à la CEDH, signé à Paris le 20.03.1952, approuvé par la loi du 13.05.1955, art. 1<sup>er</sup>.

90. C.C., 24.05.2012, arrêt n° 66/2012, B.4.1.

91. CEDH, arrêt MOSKAL c./Pologne, 15.09.2009, req. n° 10373/05 ; CEDH, arrêt B. c./Royaume-Uni, 14.02.2012, req. n° 36571/06 (les passages de ces deux arrêts repris ci-dessous constituent des traductions libres des versions originales publiées en langue anglaise).



Le raisonnement de la Cour s'articule comme suit. Elle indique tout d'abord que l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 ne crée aucun droit à l'acquisition de la propriété, mais uniquement un droit à la protection du droit de propriété déjà reconnu.

Dans ces conditions, les États conservent une grande liberté pour donner des droits à la sécurité sociale, ou pour fixer les conditions d'accès aux prestations sociales ainsi que leur montant.

Néanmoins, la Cour estime que lorsqu'un individu dispose d'un droit subjectif reconnu à une prestation sociale selon le droit interne, il y a lieu de retenir l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 comme applicable : *"le simple fait qu'un droit de propriété est sujet à révocation dans certaines circonstances ne l'empêche pas d'être une "propriété" dans le sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, au moins jusqu'à ce qu'il soit révoqué."*<sup>92</sup>

En l'espèce, la Cour estimera que *"un droit de propriété a été généré par l'évaluation favorable du dossier du demandeur annexé à sa demande de pension qui a été déposé de bonne foi et par la reconnaissance du droit par le Conseil de sécurité sociale."*<sup>93</sup>

L'on remarquera que cette situation est similaire aux situations visées par l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte de l'assuré social, à savoir l'existence d'un paiement indu en raison de l'erreur d'une institution de sécurité sociale, alors que l'assuré est de bonne foi.

Dans un second temps, après avoir constaté l'applicabilité de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, la Cour en tire trois conséquences : toute immixtion par les autorités publiques doit être légale ; cette immixtion doit se faire dans l'intérêt public et poursuivre un but légitime par des moyens raisonnablement proportionnés au but recherché ; il incombe à l'autorité, en vertu des principes de bonne gouvernance, d'agir en temps utiles, de manière appropriée et avec la plus grande cohérence.

*"La Cour, soucieuse de l'importance de la justice sociale, considère que, comme principe général, les autorités publiques ne devraient pas être empêchées de corriger leurs erreurs, même celles résultant de leurs propres négligences. Soutenir le contraire serait contraire à la doctrine de l'enrichissement sans cause. Ce serait aussi injuste par rapport aux autres individus contribuant au financement de la sécurité sociale, en particulier ceux à qui une prestation a été refusée parce qu'ils ne rencontraient pas les conditions légales. Enfin, cela reviendrait à autoriser une distribution inappropriée de ressources publiques limitées, qui en elle-même serait contraire à l'intérêt public."*

*En dépit de ces considérations importantes, la Cour doit, malgré tout, observer que le principe général ci-dessus ne peut prévaloir dans une situation dans laquelle l'individu concerné est tenu de supporter une charge excessive comme résultat d'une mesure qui le prive d'une prestation."*

*Si une erreur a été causée par les autorités elles-mêmes, sans aucune faute d'une tierce partie, une approche différente de la proportionnalité doit être faite pour déterminer si la charge supportée par le demandeur était excessive."*

*À cet égard, il devrait être observé que comme résultat de la mesure contestée, le demandeur a été confronté, pratiquement du jour au lendemain, à la perte totale de sa pré-retraite, qui constituait sa seule source de revenus (...)."94*

La Cour en conclut que le juste équilibre n'était pas atteint entre la protection de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu, en ce qu'il devait supporter une charge excessive.

92. Arrêt MOSKAL, p. 9, n° 40.

93. Ibid.

94. Ibid., n° 73 et 74.

Poussant la réflexion construite par cette jurisprudence, l'on peut se demander si le législateur ne pourrait pas envisager de traiter différemment les situations dans lesquelles la prestation servie constitue le seul revenu de l'assuré (comme c'est souvent le cas en matière d'indemnités) et les situations dans lesquelles ladite prestation ne constitue qu'une partie infime de ces revenus (en matière de soins de santé, par ex.).

L'on peut en tout cas noter le raisonnement exposé par la Cour constitutionnelle : *“En outre, à l'inverse du pécule de vacances, qui a fait l'objet de l'arrêt n° 39/2008 du 4 mars 2008<sup>95</sup> par lequel la Cour a jugé qu'il n'était pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution de permettre la récupération d'un paiement indu causé par une erreur de l'institution débitrice, les allocations d'incapacité de travail sont un revenu de remplacement qui est payé chaque mois, de sorte qu'elles constituent dans la majorité des cas l'essentiel du budget mensuel de l'assuré social qui en est créancier. Permettre durant une année entière la récupération de sommes payées en suite d'une erreur de l'institution débitrice aurait dès lors des conséquences disproportionnées pour la plupart des allocataires sociaux se trouvant dans cette situation et à qui il ne peut être reproché aucune faute ou négligence.”<sup>96</sup>*

## 5. Mise en perspective des différents instruments envisagés

L'on voit que l'article 17, alinéa 2, offre une réponse juridique dans des situations qui sont également visées par d'autres principes juridiques (qu'ils soient autonomes ou non) et la question de l'utilité pratique d'une disposition spécifique pourrait donc être soulevée.

L'on constatera, néanmoins, que les mécanismes décrits ci-avant comportent, chacun pour ce qui le concerne, des forces et des faiblesses selon le point de vue que veut défendre celui qui les invoque.

Comme mentionné, le principe de légalité prime le principe de légitime confiance. Dès lors, on imagine assez mal que ce dernier puisse être utilisé de manière autonome par l'assuré social placé dans les circonstances visées par l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte de l'assuré social.

En ce qui concerne la responsabilité civile, comme nous l'avons souligné, elle peut aboutir au même résultat que l'article 17 de la Charte, qu'elle soit couplée ou non au principe de légitime confiance. Toutefois, force est de constater que ses conditions d'application sont plus exigeantes que les conditions d'application de ce dernier : une faute de l'institution sera exigée, alors que l'article 17 de la Charte n'exige qu'une erreur. L'assuré social devra prouver son dommage, alors que l'article 17, alinéa 2, pour sa part, fixe la hauteur de ce dommage au montant perçu indûment. En cas de faute de l'assuré social, ce dernier devra supporter une partie du dommage (théorie de l'équivalence des conditions), alors que l'article 17, alinéa 2, de la Charte implique une prise en charge complète par l'institution, à moins que l'institution de sécurité sociale ne puisse établir que l'assuré social savait ou devait savoir et ainsi activer l'article 17, alinéa 3, ce qui impliquerait une prise en charge complète par l'assuré. Dans le cadre de la responsabilité civile, la charge de la preuve – pour l'assuré social – sera donc bien plus lourde que dans le cadre de l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte de l'assuré social.

Enfin, les dispositions internationales en matière de protection du droit de propriété issues de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas d'application directe dans l'ordre juridique des États signataires. Une disposition de droit interne traduisant ces exigences est donc nécessaire pour rendre effective cette protection.

95. Les auteurs observent toutefois que la question préjudicielle posée dans le cadre de ce recours n'évoquait pas l'art. 17 de la Charte mais une autre législation, à savoir l'art. 30 de la loi du 29.06.1981.

96. C.C., 24.05.2012, arrêt n° 66/2012, B.6.2.

En définitive, l'on peut considérer que l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Charte de l'assuré social répond à une exigence du droit international, exigence qui ressort de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme.

## V. Conclusions

Il faut constater que l'appel au mécanisme de protection mis en place par l'article 17 de la Charte allège fortement la charge de la preuve pour l'assuré social par rapport à la situation qui prévaudrait si ce dernier était contraint de faire appel au droit commun. Le mécanisme de l'article 17 offre une protection plus efficace. La justice sociale semble donc commander qu'une disposition de ce type figure dans l'arsenal juridique mais une réflexion sur la responsabilisation de chacun vis-à-vis d'un système qui garantit la solidarité entre les citoyens mérite également d'être menée.

Il nous semble en tout cas essentiel qu'une éventuelle révision législative puisse notamment permettre de trancher les questions qui suivent. La prise en charge financière des conséquences de l'erreur doit-elle être exclusive ou peut-elle être partagée ? Vise-t-on les décisions initialement erronées et les décisions qui le sont devenues ? Dans les relations où un élément tiers intervient, l'imputabilité de l'erreur doit-elle déterminer si l'assuré social doit être protégé ? Quel intervenant devra subir les conséquences financières de l'erreur ?

Pour répondre à ces questions, le législateur sera amené, dans le respect du principe de proportionnalité, à chercher des équilibres entre la sécurité juridique, la sécurité économique des assurés sociaux, la nécessaire rigueur budgétaire, l'équité, l'égalité et la responsabilité. Des équilibres qui devront, n'en doutons pas, être compris et affinés par les praticiens au fil des confrontations à la réalité de terrain...

Éditeur responsable : J. De Cock, Avenue de Tervueren 211, 1150 Bruxelles

Réalisation et graphic design : Services d'appui administratif et Cellule communication de l'INAMI