

Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin

Beleidsruimte van de overheid in de zorgsector

Dr. Vanessa Verdeyen
Prof. Dr. Johan Put



Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin
Kapucijnenvoer 39 – B-3000 Leuven
Tel 0032 16 33 70 70 – Fax 0032 16 33 69 22
E-mail: swvg@med.kuleuven.be
Website: <http://www.steunpuntwvg.be>

Publicatie nr. 2009/10
SWVG-Werknota 07

Programma 3 - Juridisch en institutioneel kader
Project 2 – Overheidsinstrumentarium in de zorgsector
Werknota “Beleidsruimte van de overheid in de zorgsector”
Promotor: Prof.dr. Johan Put
Onderzoeker: dr. Vanessa Verdeyen
Administratieve ondersteuning: Lut Van Hoof, Sabine Vanden Bossche, Lieve Van Cauwenberghe

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar de bron.

No material may be made public without an explicit reference to the source.



Promotoren en Partners van het Steunpunt

K.U.Leuven

Prof. Dr. Chantal Van Audenhove (Promotor-Coördinator), Lucas en ACHG

Prof. Dr. Hans Grietens, Centrum voor Gezins- en orthopedagogiek

Prof. Dr. Johan Put, Instituut voor Sociaal recht

Prof. Dr. Anja Declercq, Lucas

UGent

Prof. Dr. Lea Maes, Vakgroep maatschappelijke gezondheidkunde

Prof. Dr. Jan De Maeseneer, Vakgroep Huisartsgeneeskunde en
eerstelijnsgezondheidszorg

Prof. Dr. Ilse De Bourdeaudhuij, Vakgroep Bewegings- en sportwetenschappen

Prof. Dr. Ann Buysse, Vakgroep Experimenteel-klinische en gezondheidspsychologie

VUBrussel

Prof. Dr. Johan Vanderfaeillie, Vakgroep Orthopsychologie

KHKempen

Dr. Guido Cuyvers, Vlaams onderzoeks- en kenniscentrum derde leeftijd

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding.....	5
2	Het algemeen belang.....	6
2.1	Afdeling I. Het aanbieden van zorg door de WVG-voorzieningen binnen de 'leer van het algemeen belang'.....	7
3	Beperking van de vrijheid.....	13
3.1	Afdeling I. Intern recht	13
3.2	Afdeling II. Europees recht.....	14
	3.2.1 Vrij verkeer.....	15
	3.2.2 Mededinging.....	18
	3.2.3 Besluit.....	20

1 Inleiding

De overheid draagt een bijzondere verantwoordelijkheid voor de zorgverlening, die zichtbaar wordt in het uitgebreide instrumentarium dat de overheid hanteert ter bevordering en garantie van een kwaliteitsvolle zorgverlening. Dit instrumentarium bestaat onder meer uit de vele erkennings- en subsidiëringsnormen, de programmatie, verplichtingen opgelegd aan de zorginstellingen in de wetgeving, de mogelijkheid om overeenkomsten (convenants) - al dan niet in het kader van PPS - te sluiten en de informeel gehanteerde sturingsinstrumenten. Niet elke overheid kan echter zo maar elk instrument gebruiken: het Europese recht, de andere rechtstakken en de staatshervorming zorgen voor beperkingen bij het hanteren van sturingsinstrumenten.

In deze werknota wordt het juridische kader van overheidssturing in de zorg getrokken. De vraag wordt gesteld of de overheid vrij is om voorzieningen betrokken in de zorgsector te sturen en in de keuze tussen de verschillende sturingsinstrumenten. Mag een overheid bijvoorbeeld beslissen om een ouderenvoorziening aan bijzondere sturingsinstrumenten te onderwerpen, terwijl dat in mindere mate het geval zou zijn in een andere sector en heeft de overheid de vrijheid tussen publiekrechtelijke instrumenten, zoals subsidiëring en privaatrechtelijke instrumenten, zoals de overeenkomst.

2 Het algemeen belang

Het algemeen belang van de uitvoering van de zorgsector¹ rechtvaardigt de sturing door de overheid² en de keuzeruimte die de overheid in deze sturingsverhouding heeft. Het algemeen belang verantwoordt met andere woorden dat ook publiek recht van toepassing is of kan zijn op privaatrechtelijke instellingen en kan zo een rem op of een grens aan de handelingsbevoegdheid van de particuliere instantie vormen.³

Het aanvoelen dat een bepaalde taak van algemeen belang is, is een onvoldoende verantwoording van de mogelijkheid de zorgvoorzieningen via sturing te beperken in hun vrijheid als privaatrechtelijke instellingen. In een eerder artikel⁴, verfijnd in verder onderzoek⁵, werd reeds aangegeven dat het afbakenen van algemeen belang geen juridische aangelegenheid, noch een eenduidig en objectief begrip is. Het is door de toename van overheidsactiviteiten bij de ontwikkeling van de sociale verzorgingsstaat erg uitgebreid.

Aan de hand van een aantal 'eigenschappen', kenmerkend voor een 'taak van algemeen belang', kan een (eerste) kwalificatie gevoerd worden. Deze eigenschappen kunnen worden ontleed uit de wetgeving, rechtspraak en rechtsleer⁶ omtrent het 'algemeen belang' en vormen een aanwijzing in de richting van de aanwezigheid van het 'algemeen belang'. Het algemeen erkend vitaal belang van een taak of doelstelling voor (de goede werking van) de maatschappij kan dan wel een aanwijzing zijn⁷, een meer onderbouwde kwalificatie is noodzakelijk.

In wat volgt, worden een aantal eigenschappen of 'kernelementen' van 'algemeen belang' bij elkaar gebracht. Op die manier wordt gezocht naar een zeker houvast om actuele vraagstukken rond het 'algemeen belang' te beoordelen. Het gaat om:

- internationale en grondwettelijke verplichtingen,
- EU-criteria van diensten van algemeen belang,
 - universaliteit van de dienstverlening,
 - continuïteit van de dienstverlening,
 - kwaliteit van de dienstverlening,
 - betaalbaarheid van de dienstverlening,
 - gebruikers- en consumentenbescherming

1 V. Verdeyen en J. Put, "Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *T.S.R.* 2005, 515-571.

2 De mate waarin de overheid bevoegd is sturend op te treden, is afhankelijk van de visie op de taak die de overheid in een samenleving te vervullen heeft. Naargelang de ideologie of opvatting over wat de overheid en diens rol inhouden, zullen de mate waarin de overheid stuurt en de domeinen waarop de overheid stuurt verschillen (F. Schram, *Het sturen van de samenleving, mogelijkheden van een beleidsinstrumentenbenadering*, Leuven, Steunpunt beleidsrelevant onderzoek – Bestuurlijke organisatie Vlaanderen, 2005, 11). Deze visie wordt ingevuld aan de hand van de actuele visie op het 'algemeen belang' (voor de 'leer van het algemeen belang', zie V. Verdeyen, *Overheidssturing van socialezekerheidsinstellingen: mogelijkheid en instrumenten*, doctoraatsthesis Rechtsen K.U.Leuven, 2009, 69-74).

3 Arbitragehof nr. 130/99, 7 december 1999, A.A. 1999, 1575 en *R.W.* 2001-02, 465, noot P. Humblet.

4 V. Verdeyen en J. Put, "Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *T.S.R.* 2005, 515-571.

5 V. Verdeyen, *Overheidssturing van socialezekerheidsinstellingen*, Brugge, die Keure, 2009, 72-85.

6 Bv. J. Put, "Van 'administratieve overheid' naar 'overheidstaak': hoe functioneler, hoe beter?", in X. (ed.), *Ad amicissimum amici scripsimus: vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, (240) 243-244; D. Declerck, "Een peiling naar het begrip 'algemeen belang' in het bestuursrecht", *R.W.* 1967-68, 518-520; V. Verdeyen en J. Put, "Openbaarheid van bestuur in Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *T.S.R.* 2005, 541-552.

7 D. Declerck, "Een peiling naar het begrip 'algemeen belang' in het bestuursrecht", *R.W.* 1967-68, 519.

- het toezicht door de overheid,
- het feit dat de overheid de taak jarenlang zelf uitoefende,
- de oprichting van een overheidsdienst als alternatief voor de privaatrechtelijke instellingen,
- de oprichting van een bijzondere instantie met een controlerende of sturende functie,
- de erkenning door de overheid,
- de subsidiëring door de overheid,
- het beschikken over beslissingsbevoegdheid,
- de aanwezigheid van solidariteit,
- het ontbreken van een winstoogmerk.

Deze elementen zijn niet van gelijke orde. Het opnemen van een bepaald recht als sociaal grondrecht bevat intrinsiek de erkenning als 'algemeen belang', de EU-criteria moeten als doelstellingen van het algemeen belang beschouwd worden en de bijzondere regelgeving creëert de (al dan niet noodzakelijke) randvoorwaarden voor de uitoefening van een taak van algemeen belang. Het feit dat de meeste eigenschappen en verschijningsvormen zijn terug te vinden in de regelgeving bevestigt dat het *de facto* de wetgever is die beslist wat als taak van algemeen belang beschouwd wordt.

De beschreven kenmerken en verschijningsvormen van het algemeen belang en het toegekende gewicht aan deze elementen zijn daarnaast – net zoals het algemeen belang zelf – onderhevig aan veranderingen op grond van de maatschappelijke evolutie. Een eerste oordeel kan op grond van deze kenmerken en verschijningsvormen gemaakt worden, maar steeds zal het de rechter zijn, die een afweging maakt op grond van – een of meer van – deze of andere criteria/redeneringen en beslist of een bepaalde taak al dan niet het algemeen belang raakt.

2.1 Afdeling I. Het aanbieden van zorg door de WVG-voorzieningen binnen de 'leer van het algemeen belang'

(1) Internationale en grondwettelijke verplichtingen – Hierboven werd reeds aangegeven dat artikel 23 het recht omvat op een menswaardig leven, op behoorlijke huisvesting, op sociale bijstand en op sociale zekerheid, wat aspecten van het leven zijn die het 'welzijn' van de burger mee bepalen. Ook op internationaal vlak worden 'welzijnsrechten' gewaarborgd. Het herziene Europese Sociaal Handvest⁸ bevat bijvoorbeeld het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting, het recht van kinderen en jongeren op bijzondere bescherming, het recht van een gezin op sociale, juridische en economische bescherming en het recht van personen met een handicap op zelfstandigheid, sociale integratie en deelname aan de samenleving. Deze internationaalrechtelijke bescherming is echter niet rechtstreeks toepasbaar, maar gebeurt via rapportage.⁹

(2) Universele dienst - Het concept universele dienst heeft betrekking op een reeks eisen ten aanzien van het algemeen belang, door middel waarvan gewaarborgd wordt dat

8 Herziene Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996, goedgekeurd bij Wet 15 maart 2002, BS 10 mei 2004; Decreet 28 februari 2003, BS 21 maart 2003.

9 Controle op de naleving van het herziene Europees Sociaal Handvest vindt plaats via een rapportage procedure. Deze rapportages worden door een zogenaamde Comité van onafhankelijke deskundigen bestudeerd, waarna het een conclusie formuleert. Deze conclusie is niet bindend, maar wordt meestal wel gevolgd door de betrokken staat.

bepaalde diensten beschikbaar zijn voor alle gebruikers.¹⁰ Via de programmatieregels binnen de zorgsector stelt de overheid het maximum aanbod aan zorgvoorzieningen vast; objectieve criteria hierbij zijn de geografische spreiding en de functionele differentiatie van de voorzieningen. Het decreet betreffende de indeling in zorgregio's en betreffende de samenwerking en programmering van zorgvoorzieningen¹¹ biedt een instrument dat de Vlaamse overheid moet helpen om het aanbod van voorzieningen optimaal af te stemmen op de huidige en toekomstige behoeften van de bevolking. Het instrument moet toelaten om op basis van objectieve indicatoren, gemeten en geanalyseerd in een eenduidig geografisch kader, een zorgstructuurplanning uit te werken die een optimale spreiding van de voorzieningen waarborgt en de leidraad kan zijn voor de programmering.¹² Daarnaast bestaan er specifieke programmatieregels binnen een bepaalde zorgsector¹³ of voor een bepaald soort van zorgvoorziening¹⁴. Via deze instrumenten van programmering en planning wordt minstens op macrovlak door de overheid een inspanning gedaan om een universele dienst te waarborgen en de zorgtekorten te beperken.

(3) Continuïteit - De continuïteit betreft de verplichting zorg te dragen dat de dienst zonder onderbreking verricht wordt. Deze continuïteitsverplichting is niet terug te vinden in de regelgeving binnen de zorgsector. Er bestaat geen verplichting voor zorgvoorzieningen om cliënten hulp- en dienstverlening aan te bieden of te blijven aanbieden. Wel kan het ongeoorloofd beëindigen van de hulpverleningsovereenkomst door de zorgvoorziening een fout zijn – afhankelijk van de beëindigingsmogelijkheden en –modaliteiten, overeengekomen in de overeenkomst of opgelegd door de wet – waaruit de contractuele aansprakelijkheid van de zorgvoorziening voortvloeit. Dit garandeert echter geen continuïteit van de hulp- en dienstverlening. Het ontstaan van Integrale Jeugdhulp¹⁵ en de aandacht die gaat naar de wachtlijstwerking, de zorgbemiddeling, zorgafstemming en zorgplanning in de sector van de zorg voor personen met een handicap¹⁶ toont evenwel het belang aan dat door de overheid aan de continuïteit van

10 Groenboek van de commissie van de Europese Gemeenschappen over diensten van algemeen belang van 21 mei 2003, COM (2003), 270, 17-21.

11 Decreet 23 mei 2003 betreffende de indeling in zorgregio's en betreffende de samenwerking en programmering van gezondheidsvoorzieningen en welzijnsvoorzieningen, *BS* 6 juni 2003.

12 Het moet tevens toelaten om deze zorgstructuurplanning te dynamiseren door haar voortdurend te toetsen aan de wijzigende noden, de vooruitgang van de wetenschap en de financiële mogelijkheden. Het decreet beoogt daartoe de indeling van het grondgebied in hiërarchisch gestructureerde zorgregio's, die als basis kunnen dienen voor het programmeren van voorzieningen en voor de ruimtelijke afbakening van samenwerkingsverbanden en werkgebieden. Zo zal op de verschillende specialisatieniveaus van de zorgverlening een optimaal aanbod verzekerd zijn in de regio waarin de burger zich spontaan beweegt en om tegelijk te verhinderen dat investeringen verkeerd georiënteerd worden (ontwerp van decreet betreffende de indeling in zorgregio's en betreffende de samenwerking en programmering van gezondheidsvoorzieningen en welzijnsvoorzieningen, *Parl. St.* VI. Parl. 2001-02, nr. 1306/5).

13 Bv. M.B. 31 juli 2000 betreffende de programmering van de voorzieningen bijzondere jeugdbijstand, *BS* 25 oktober 2000.

14 Bv. B. VI. Reg. 17 maart 1998 houdende vaststelling van het programma voor serviceflatgebouwen, woningcomplexen met dienstverlening, en rusthuizen, *BS* 24 juni 1998.

15 Decreet 7 mei 2004 betreffende de integrale jeugdhulp, *BS* 11 oktober 2004.

16 B. VI. Reg. 18 december 1998 tot vaststelling van de voorwaarden voor het toekennen van een subsidie voor de realisatie van de wachtlijstwerking inzake opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 23 februari 1999; B. VI. Reg. 19 juli 2002 houdende maatregelen om tegemoet te komen aan de noodzaak tot leniging van dringende behoeften van personen met een handicap, *BS* 28 augustus 2002; B. VI. Reg. 28 mei 2004 betreffende de registratie van de zorgvragen, de zorgbemiddeling, de zorgafstemming en de planning van de zorg en de bijstand tot sociale integratie van personen met een handicap, *BS* 18 oktober 2004.

zorg wordt gehecht. Ook het Kwaliteitsdecreet vestigt de aandacht op de noodzaak aan een continue hulp- en dienstverlening.¹⁷

(4) Kwaliteit - De zorgsector kent een uitgebreide (algemene en sectorspecifieke) kwaliteitsreglementering. Via het Kwaliteitsdecreet¹⁸ is het nemen van kwaliteitsbevorderende initiatieven voor de zorgvoorzieningen immers een erkenningsnorm voor zorgvoorzieningen geworden. Door kwaliteit op te leggen in een erkenningsnorm, zet het Kwaliteitsdecreet de zorgvoorzieningen aan tot een systematische toetsing en een continue kwaliteitsverbetering van hun werk.¹⁹ In uitvoering van het Kwaliteitsdecreet werden op sectoraal niveau minimale kwaliteitseisen opgesteld. Deze sectorale minimale kwaliteitseisen (SMK's) hebben de juridische waarde van sectorale erkenningsnormen en werden in overleg tussen de overheid en de sector opgesteld. Per sector is een sectorale overleggroep ingericht als overlegplatform, waarvan wordt verwacht dat ze de minimale kwaliteitseisen optimaliseren, de minimale elementen van het kwaliteitssysteem, de kwaliteitsplanning en het kwaliteitshandboek bepalen en een voorstel doen tot aanpassing (harmoniseren en vereenvoudigen) van de bestaande sectorale regelgeving. De SMK's worden in de kwaliteitshandboeken van de zorgvoorzieningen toegepast en verder uitgediept.²⁰

(5) Betaalbaarheid - De betaalbaarheid houdt in dat de diensten worden verricht tegen een voor iedereen betaalbare prijs. Door de subsidies²¹ kan hulp- en dienstverlening aangeboden worden, aan een betaalbare prijs, die door de overheid kan worden vastgesteld²². Wat de commerciële zorgvoorzieningen betreft, wordt niet steeds voorzien in een subsidiëring of een bepaling van de (grenzen van de) prijs van de hulp- en

17 Het beleid van de voorziening dient gericht te zijn op onder andere een verantwoorde zorg rekening houdend met doeltreffendheid, doelmatigheid, continuïteit, veiligheid en maatschappelijke aanvaardbaarheid van zorg (art. 4, 4^o Decreet 29 april 1997 inzake de kwaliteitszorg in de welzijnsvoorzieningen, *BS* 11 juni 1997, err. *BS* 4 augustus 1997 en art. 3, § 2 Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003).

18 Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003; Decreet 29 april 1997 betreffende de kwaliteitszorg in de welzijnsvoorzieningen, *BS* 11 november 1997, err. *BS* 4 december 1997 (Opheffen van zodra het decreet van 17 oktober 2003 in werking treedt; de datum van inwerkingtreding voor de welzijnsvoorzieningen dient nog bepaald te worden door de Vlaamse regering).

19 V. Verdeyen, "Social governance: kwaliteitszorg en gebruikersrechten. Het welzijnsrecht evolueert", in X., *Tendensen in de social-profitsector*, Mechelen, Kluwer, 2003, (63) 67.

20 De sectorale invulling die aan de inhoudelijke bepalingen van het Kwaliteitsdecreet door de SMK's wordt gegeven verschilt sterk per sector. Bepaalde SMK's blijven zeer algemeen en laten een ruime invullingsruimte aan de voorzieningen (bv. B. VI. Reg. 15 juli 2002 betreffende de erkenning en subsidiëring van de centra en diensten voor het Vlaamse minderhedenbeleid, *BS* 26 februari 2003), in andere sectoren worden meer in detail uitgewerkte regelingen opgelegd. Zo werd in de sector van de zorg voor personen met een handicap voorzien in sterk uitgewerkte SMK's (B. VI. Reg. 15 december 2000 betreffende de kwaliteitszorg in de voorzieningen voor de sociale integratie van personen met een handicap, *BS* 27 februari 2001).

21 Bv. B. VI. Reg. 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen, *BS* 19 april 2001; B. VI. Reg. 10 juli 2001 houdende de toekenning van een niet-gereguleerde subsidie voor de begrotingsjaren 2001 en 2002 aan de initiatiefnemers van voorzieningen voor bejaarden die personeelsleden tewerk stellen in een gewezen DAC-statuut, *BS* 5 oktober 2001.

22 Bv. M.B. 5 oktober 1998 houdende vaststelling van de schalen die als basis dienen voor de berekening van de financiële bijdrage van de ouders in de verblijfkosten van de kinderen, opgenomen in kinderdagverblijven en in diensten voor opvanggezinnen, houdende vaststelling van de subsidies voor de werkingskosten voor kinderdagverblijven, *BS* 21 november 1998; art. 13 B. VI. Reg. 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen, *BS* 19 april 2001.

Bv. Voor de vaststelling van de prijs van de poetsdienst van het OCMW wordt rekening gehouden met het inkomen van de aanvragers. Het huishoudelijk reglement voorziet meestal een barema van de inkomsten, de berekeningswijze van de in te brengen inkomsten en de aftrekbare kosten (M. Mahieu en A. Lukowiak, *OCMW*, Antwerpen, Maklu, 1999, 174).

dienstverlening. Toch kunnen ook daar – soms diverse – vormen van overheidssubsidiëring vastgesteld worden. Zo kan er binnen de kinderopvang een onderscheid gemaakt worden tussen de kinderdagverblijven aangesloten bij Kind & Gezin en de zelfstandige kinderdagverblijven. Voor deze laatste is recent de mogelijkheid van inkomensgerelateerde bijdragen ingevoerd²³, waarbij de dagprijs bepaald wordt door het inkomen van de ouders en Kind & Gezin een compenserende subsidie verleent. Daarnaast behouden zelfstandige kinderdagverblijven de mogelijkheid te opteren om zelf de dagprijs te bepalen.

(6) Gebruikersbescherming - Gebruikersbescherming voorziet in de bijzondere rechtsbescherming van de gebruiker van een (specifieke) dienst van algemeen belang. Het hierboven omschreven Kwaliteitsdecreet voorziet in een indirecte bescherming van de gebruikers van hulp- en dienstverlening: het Kwaliteitsdecreet bevat verplichtingen tegenover de overheid, niet rechtstreeks ten opzichte van de cliënten. Wel bevat het Kwaliteitsdecreet een aantal belangrijke bepalingen die expliciet of impliciet de bescherming van de gebruiker beogen en dus een zekere 'derdenwerking' hebben.²⁴ Het precaire karakter van deze rechtsbescherming vloeit voort uit de rigide aard van de juridische middelen waarover de overheid beschikt om de handhaving binnen deze rechtsbescherming te verzekeren.²⁵

Rond de eeuwwisseling werden diverse voorstellen ingediend, die de bescherming van de gebruikers van hulp- en dienstverlening beoogden.²⁶ De decreetvoorstellen betreffende gebruikersrechten wensten de gebruiker van een zorgvoorziening direct afdwingbare rechten te geven ten aanzien van de zorgvoorziening. De rechten, opgenomen in de decreetvoorstellen waren het recht op een menswaardige behandeling, het recht op vrije keuze van de zorgvoorziening, het recht op informatie, het recht op een eigen levenssfeer (met inbegrip van de bescherming van de persoonsgegevens en het briefgeheim, het recht op een zorgvuldig bijgehouden en veilig bewaard gebruikersdossier, het recht op inzage in het dossier, de bescherming van de eigen politieke, filosofische ideologische of religieuze overtuiging, het recht om bezoek te ontvangen en het recht op medebepaling van de levensomstandigheden), het recht op financiële autonomie, het recht om hulp- en dienstverlening te weigeren en het recht om klachten te uiten. Daarnaast bevatten de decreetvoorstellen in een regeling van

23 B. VI. Reg. 30 april 2009 houdende regeling van inkomensgerelateerde opvang bij zelfstandige opvangvoorzieningen, *BS* 9 juni 2009.

24 Bv. "Bij het verstrekken van die zorg zijn respect voor de menselijke waardigheid en diversiteit, de bejegening, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het zelfbeschikkingsrecht, de klachtenbemiddeling en -behandeling, de informatie aan en de inspraak van de gebruiker en iedere belanghebbende uit zijn leefomgeving gewaarborgd" (art. 3, § 2 Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003).

25 Het al dan niet toekennen, opschorten of verder ontzeggen van een vergunning, erkenning of subsidie is niet van aard om een adequate rechtsbescherming van de gebruiker te realiseren. Een jegens een welzijnsvoorziening gestelde 'negatieve' administratieve rechtshandeling (bv. intrekking van de erkenning) wegens miskennis van één of meerdere erkenningsnormen die de gebruikerspositie regelen, impliceert geenszins dat, bij gebrek aan een dergelijke rechtshandeling, de gebruikersgerichte bepalingen zouden worden nageleefd door de betrokken welzijnsvoorziening (G. Loosveldt, "Rechtsbescherming van gebruikers: algemeen waar mogelijk, specifiek indien nodig", in J. Put, V. Verdeyen en G. Loosveldt (eds.), *Gebruikersrechten in de welzijnszorg*, Brugge, die Keure, 2003, (23) 35-36).

26 Voorstel van decreet houdende de regeling van de rechten van gebruikers in welzijnsinstellingen, *Parl. St. VI. Parl. 1997-98*, nr. 845/1 en *Parl. St. VI. Parl. 1999-2000*, nr. 99/1; Voorstel van decreet houdende rechtsbescherming en inspraak van gebruikers van welzijnsvoorzieningen, *Parl. St. VI. Parl. 1997-98*, nr. 980/1 en *Parl. St. VI. Parl. 1999-2000*, nr. 104/1; Voorstel van decreet betreffende de rechtsbescherming en de inspraak van gebruikers van welzijnsvoorzieningen, *Parl. St. VI. Parl. 2000-01*, nr. 783/1

collectieve inspraak door de (vertegenwoordigers van de) gebruikers van de zorgvoorziening.²⁷

Ook in sectorspecifieke reglementeringen binnen de zorgsector wordt gebruikersbescherming beoogd en geïmplementeerd: het decreet betreffende de rechtspositie van de minderjarige²⁸ voorziet in onder meer de rechtsbescherming van de minderjarige, die zich bevindt binnen de integrale jeugdhulp²⁹.

(7) Overheidsaanbod - Het feit dat de overheid de taak jarenlang zelf uitoefende kan eveneens een aanwijzing zijn dat het een 'taak van algemeen belang' betreft. Voor de zorgsector is er geen eenduidigheid hieromtrent; bepaalde hulp- en dienstverlening werd oorspronkelijk door de overheid verschaft en werd later (gedeeltelijk) overgenomen door het privé-initiatief. De meeste hulp- en dienstverlening is echter ontstaan vanuit privé-initiatief (of familiale solidariteit), zoals de gezinszorg, de zorg voor personen met een handicap en de armenzorg. Ook de overheid heeft steeds in een publiek aanbod voorzien, zoals de oude 'rijksgestichten', maar ook de huidige OCMW-rusthuizen en de gemeenschapsinstellingen in de bijzondere jeugdzorg. De oprichting van een overheidsdienst als alternatief voor de private instellingen, die een bepaalde taak uitoefenen, is een bijkomende aanwijzing van een taak van algemeen belang.

(9) Bijzondere instantie - De oprichting van een bijzondere instantie met een controlerende of sturende functie wijst op het belang van de uit te voeren taak. In de zorgsector als geheel en in de meeste zorgsectoren afzonderlijk zijn bijzondere instanties opgericht, die controlerend en sturend kunnen optreden. Een overkoepelende instantie is de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid die binnen de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen werd opgericht en die een adviserende taak heeft rond het zorgbeleid en de beleidsuitvoering.³⁰

Daarnaast bestaan voorlopig nog de Gezins- en Welzijnsraad³¹ (al lijkt deze niet meer te functioneren), de adviserende beroepscommissie inzake gezins- en welzijnsaangelegenheden.³² Deze beroepscommissie heeft als opdracht de regering te adviseren met betrekking tot bij de regering ingediende beroepen, bezwaar- of verweerschriften tegen een van de volgende beslissingen die in gezins- en welzijnsaangelegenheden door de regering of een andere bevoegde instantie zijn genomen, of tegen het door de regering of die instantie geuite en formeel betekende voornemen tot het nemen van een van die beslissingen: de weigering van een vergunning of van de verlenging ervan, de weigering van een erkenning, van de

27 J. Put, V. Verdeyen en G. Loosveldt (eds.), *Gebruikersrechten in de welzijnszorg*, Brugge, die Keure, 2003, 327 p.

28 Decreet 7 mei 2004 betreffende de rechtspositie van de minderjarige in de integrale jeugdhulp, *BS* 4 oktober 2004.

29 Decreet 7 mei 2004 betreffende de integrale jeugdhulp, *BS* 11 oktober 2004.

30 Decreet 7 december 2007 houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *BS* 21 december 2007.

31 Deze heeft als opdracht het gezins- en welzijnsbeleid en de ontwikkelingen inzake gezin en welzijn op te volgen en te toetsen aan de gezins- en welzijnsnoden in de samenleving, het aanbod van gezins- en welzijnsvoorzieningen te evalueren en voorstellen te formuleren voor de verdere ontwikkeling ervan, evenals het Parlement en de regering advies te verstrekken omtrent gezins- en welzijnsaangelegenheden (Decreet 15 juli 1997 houdende oprichting van een Gezins- en Welzijnsraad en van een adviserende beroepscommissie inzake gezins- en welzijnsaangelegenheden, *BS* 17 september 1997).

32 Decreet 15 juli 1997 houdende oprichting van een Gezins- en Welzijnsraad en van een adviserende beroepscommissie inzake gezins- en welzijnsaangelegenheden, *BS* 17 september 1997; M.B. 23 februari 2004 houdende benoeming van de leden van de adviserende beroepscommissie inzake gezins- en welzijnsaangelegenheden, *BS* 6 mei 2004.

verlenging of van de wijziging ervan, de schorsing of de intrekking van een erkenning en de sluiting van een voorziening. Op termijn zal de adviescommissie voor voorzieningen van welzijn, volksgezondheid en gezin – een onderdeel van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid deze bevoegdheden uitoefenen.³³ Hetzelfde geldt voor de Vlaamse Gezondheidsraad en de Vlaamse Adviesraad voor de erkenning van verzorgingsvoorzieningen.³⁴

Ook werd in 1999 een Centrum voor informatie, communicatie en vorming in de Welzijnssector opgericht.³⁵ Voorbeelden van sectorspecifieke openbare instellingen met een controlerende en sturende taak zijn de IVA's Kind & Gezin en het VAPH.

(10) Handhavingstaken – De hulp- en dienstverlening is geen 'taak' die essentieel gaat om handhavingstaken als controle, inspectie en sanctionering.

(11) Beschikken over beslissingsbevoegdheid – Het beschikken over de eenzijdige beslissingsbevoegdheid wijst op een taak van algemeen belang. De zorgvoorzieningen beschikken hier niet over. Dit is duidelijk gebleken uit een eerder gemaakte juridische analyse rond de vraag of zorgvoorzieningen als 'administratieve overheden' moeten worden beschouwd.³⁶

(12) Inspectie en sanctionering – De inspectie en sanctionering in de zorgsector zijn voornamelijk gekoppeld aan de erkenning en subsidiëring van de zorgvoorzieningen. Het toezicht werd door de BBB-hervorming geïntegreerd voor de verschillende sectoren in de IVA Inspectie van het beleidsdomein WVG.

(13) Overheidspersoneel - Het feit dat de overheid personeel ter beschikking stelt, wijst eveneens op het belang dat de overheid aan de dienst verleent. In openbare zorgvoorzieningen wordt logischerwijze overheidspersoneel te werk gesteld; in private zorgvoorzieningen niet. Bepaalde private zorgvoorzieningen kunnen wel aanspraak maken op personeelssubsidies.

Na afweging van de eigenschappen van het algemeen belang, waarvan de meeste in de zorgverlening aanwezig zijn, kan worden besloten dat de hulp- en dienstverlening, geboden door WVG-voorzieningen als een 'taak van algemeen belang' te beschouwen is.

33 Art. 12-21 decreet 7 december 2007 houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *BS* 21 december 2007.

34 Decreet 20 december 1996 houdende oprichting van een Vlaamse Gezondheidsraad en van de Vlaamse Adviesraad voor de erkenning van verzorgingsvoorzieningen, *BS* 15 februari 1997.

35 Art. 1 Decreet 18 december 1999 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1999, *BS* 31 december 1998; B. VI. Reg. 15 september 2000 betreffende het financiële en materiële beheer van de dienst met afzonderlijk beheer "Centrum voor Informatie, communicatie en vorming in de Welzijnssector (CICOV)", *BS* 24 januari 2001; www.wvc.vlaanderen.be/cicov

36 V. Verdeyen en J. Put, "Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *TSR* 2005, 515-571.

3 Beperking van de vrijheid

Niet elke overheid kan zo maar elk instrument gebruiken: de bevoegdheidsverdeling, de andere rechtstakken en het Europese recht zorgen voor beperkingen bij het hanteren van sturingsinstrumenten.

3.1 Afdeling I. Intern recht

Zoals hierboven reeds aangegeven is de sturingsbevoegdheid ten aanzien van WVG-voorzieningen niet integraal aan de Vlaamse overheid toegekend, waardoor de Vlaamse overheid niet de volledige keuzevrijheid heeft in de sturing. Sturing zal met andere woorden dienen te gebeuren binnen de grenzen van de bevoegdheidsverdeling.

Ten aanzien van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten kan daarnaast verwezen worden naar de in Nederland tot stand gekomen tweewegenleer³⁷, die het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten in zekere mate beperkt. In België aanvaardt de meerderheid van de rechtsleer het principe van de tweewegenleer.³⁸ Ook de beperkte rechtspraak hieromtrent gaat uit van de principiële keuzevrijheid van de overheid tussen het publiek en het privaat recht.³⁹ Indien er een publiekrechtelijk instrument voor handen is dat even geschikt is – of meer zelfs, beter geplaatst is – om te voldoen aan de behoeften van de overheid dan het gekozen privaatrechtelijk instrument, lijkt het vanzelfsprekend dat de overheid kiest voor het publiek recht. Wanneer echter niet het ontduiken van de waarborgen, maar bijvoorbeeld het vergroten van de flexibiliteit het oogpunt is bij het hanteren van het privaatrechtelijk instrumentarium, kan hiertegen weinig bezwaar bestaan, meer nog “in bepaalde gevallen zal die handelswijze getuigen van een behoorlijk bestuur”.⁴⁰ Er zijn evenwel – voornamelijk in de rechtsleer – beperkingen gesteld aan de keuzevrijheid van de overheid. Er mag geen gebruik worden gemaakt van het privaat recht:

- in strijd met een dwingende positiefrechtelijke regelgeving;
- in strijd met algemene rechtsbeginselen;
- wanneer hierdoor de bevoegdheid van een andere overheid miskend wordt;
- wanneer hierdoor de eigen bevoegdheid miskend wordt;
- wanneer dit leidt tot een beperking van de eigen beoordelingsvrijheid.⁴¹

37 Zie voor een omschrijving en verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer: F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 97-102.

38 A. Buttgenbach, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1952, 112-116; D. D’Hooghe, “Overeenkomsten met de overheid”, in X. (ed.), *De overeenkomst: vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, (127) 134-135; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, 138; W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 56. Voor verwijzingen naar meerderheids- en minderheidsopvatting, zie F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, voetnoot 339-340.

39 Voor een overzicht van deze rechtspraak, zie F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 102-118 en 114-118.

40 “Een overheid die haar bijzondere bevoegdheden steeds meer aan banden gelegd ziet (en haar takenpakket uitgebreid weet), moet op zoek gaan naar wettige alternatieven om haar doelstellingen zo optimaal mogelijk te realiseren” (F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 92).

41 A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, 138. Voor verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, zie F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 102-118 en 114-117.

VANDENDRIESSCHE stelt terecht dat het aangewezen is dat de wetgevers hun keuze voor publiek recht, privaatrecht dan wel een mengvorm duidelijk motiveren.⁴² Op die manier wordt de overheid verplicht de uitgangspunten van het gebruik van dit instrument te definiëren, te expliciteren en voor ogen te houden.

Daarnaast zal de juridische omkadering van het gekozen instrument beperkingen kunnen opleggen aan de sturende overheid. Zo zal de erkenning enkel ten aanzien van privaatrechtelijke instellingen kunnen worden opgelegd en is het maar mogelijk een overeenkomst te sluiten indien aan het basisbeginsel van het contractenrecht, namelijk de wilsovereenstemming, en aan de geldigheidsvereisten, namelijk de wilsuiting, de handelingsbekwaamheid, het voorwerp en de oorzaak, voldaan is.⁴³

3.2 Afdeling II. Europees recht

Naast de internrechtelijke beperkingen vormt ook het Europese recht een rem op de keuzevrijheid van de overheid in de sturing van de voorzieningen en dit op meerdere vlakken. Er kan hierbij worden verwezen naar eerdere onderzoeksprojecten die aan het Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en het Instituut voor Sociaal Recht werden gevoerd naar de dienstenrichtlijn als juridisch kader voor de welzijns- en zorgvoorzieningen en naar marktwerking.⁴⁴ De beperking in de sturing vloeit voort uit de interne markt. De interne markt houdt twee types van regelingen in, namelijk deze omtrent het instellen van de interne markt (vrij verkeer) en deze omtrent het functioneren van de markt, waarbij moet voorkomen worden dat ondernemingen hun positie misbruiken of overheden hun eigen ondernemingen gaan steunen.

De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen, waarbinnen het vrij verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal is verzekerd. Door het vrij verkeer kunnen vraag en aanbod op een ruimere markt elkaar vinden. De regels met betrekking tot het vrij verkeer leggen grenzen op aan de sturing door de overheid. In de zorgsector gaat het debat voornamelijk rond het vrij verkeer van diensten.

Binnen deze interne markt, via het vrij verkeer tot stand gekomen, moeten ondernemingen op een eerlijke manier kunnen concurreren. Naast regels ten aanzien van de ondernemingen vereist het mededingingsrecht een bepaald gedrag van de overheid om de concurrentie te waarborgen. Het mededingingsrecht wil met andere woorden voorkomen dat ondernemingen, het welzijn van de consument van producten of diensten benadelen door de concurrentie uit te schakelen of te beperken. De regels van het mededingingsrecht tekenen ook de grenzen af waarbinnen de overheid dient te blijven bij het sturen van instellingen, die onder het toepassingsgebied van het Europese mededingingsrecht vallen.

42 F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 96.

43 Art. 1108 BW.

44 I. Verdonck en J. Put, "Ontwikkelingen betreffende de Europese dienstenrichtlijn en de zorgsector", 2008, 30 p., http://www.steunpuntwvg.be/swvg/_docs/Publicaties/Werknota%20dienstenrichtlijn.pdf (dd 01/03/2009); I. Verdonck en J. Put, "Begrippen en effecten van marktwerking: een literatuurverkenning", 2008, 34 p., http://www.steunpuntwvg.be/swvg/_docs/Publicaties/Nota%20marktwerking%20september%202008.pdf (dd 01/03/2009).

3.2.1 Vrij verkeer

De zorgvoorzieningen zorgen voor dienstverlening, waarbij zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van dienstverlening relevant zijn. Zo zal voor de intramurale zorg primair de vrijheid van vestiging belangrijk zijn, waar bij ambulante dienstverlening de vrijheid van dienstverlening een belangrijke rol kan (gaan) spelen. De beperkingen die het vrij verkeer aan de sturing van zorgvoorzieningen kunnen opleggen, zijn dus te vinden in het belemmeringsverbod van het vrij verkeer van diensten en van vestiging, zoals opgenomen in het EG-Verdrag.

Het vrij verkeer van diensten is neergelegd in artikel 49 en volgende van het EG-verdrag. Ook dienstverstrekkers uit andere EG-landen moeten vrij diensten kunnen aanbieden, zonder hierbij gehinderd te worden door nationale regelgeving. Zo vormt iedere regeling waarbij expliciet op basis van het criterium van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats een onderscheid wordt gemaakt tussen eigen onderdanen en onderdanen uit andere lidstaten, een verboden belemmering van het vrij verkeer van diensten.⁴⁵ Het belemmeringsverbod betreft tevens beperkingen 'die, hoewel van toepassing zonder onderscheid naar nationaliteit, uitsluitend of in hoofdzaak het verrichten van deze diensten door vreemdelingen belemmeren'.⁴⁶

De vrijheid van vestiging; terug te vinden in de artikelen 43 tot 48 van het EG-Verdrag, houdt het recht in om duurzaam deel te nemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan de staat van herkomst, daar voordeel uit te halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden te bevorderen.⁴⁷ Belemmeringen met betrekking tot deze vrijheid van vestiging betreffen voornamelijk nationale vergunningssystemen, waarbij het voor buitenlandse instellingen die zich in Vlaanderen willen vestigen om zorg aan te bieden onmogelijk of moeilijker is deze vergunning te verkrijgen en dus 'het beroep' uit te oefenen.⁴⁸

Naast het EG-verdrag bleek bijkomende actie noodzakelijk om de dienstenmarkt als een eengemaakte markt te realiseren. Daartoe werd de Dienstenrichtlijn⁴⁹ uitgevaardigd, die zowel de belemmeringen die de vrijheid van vestiging als van dienstverlening in de weg staan, poogt te verwijderen. Er wordt een algemeen rechtskader vastgesteld voor het uitoefenen van de vrijheid van vestiging van dienstverleners en voor het vrij verkeer van diensten, waar dit voorheen quasi uitsluitend via de rechtspraak van het Hof van Justitie gebeurde.

De dienstenrichtlijn verhindert niet (net zo min als vrijheid van dienstverlening en het recht van vestiging) dat de Staat waarin de dienstverlening wordt verstrekt bevoegd blijft het internrechtelijk gehanteerde beschermingsniveau op te leggen aan de

45 HvJ 3 december 1974, *Jur. H.v.J.* 1974, 1310.

46 HvJ 29 november 2001, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9445.

47 HvJ 30 november 1995, *Jur. H.v.J.* 1995, I, 4165.

48 HvJ 21 juni 1974, *Jur. H.v.J.* 1974, 652; HvJ 28 april 1977, *Jur. H.v.J.* 1977, 778.

49 Richtl. Europees Parlement 2006/123/EG, 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt *Pb. L.* 27 december 2006, afl. 376.

dienstverstrekkers, bijvoorbeeld via een vergunningstelsel⁵⁰ of bijzondere eisen. Lidstaten kunnen voor de toegang tot en de uitoefening van een dienstactiviteit een vergunningstelsel hanteren dat non-discriminatoire is, dat objectief gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang, en dat evenredig is omdat het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt.⁵¹

Discriminerende eisen, zoals opgenomen in artikel 15 Dienstenrichtlijn, die direct of indirect verband houden met de nationaliteit of vestigingsplaats van de dienstverrichter of zijn personeel, maar ook maatregelen die zowel voor de eigen dienstverrichters als deze van een andere lidstaat gelden, maar *de facto* een dubbele belasting voor deze laatste met zich brengen, kunnen niet opgelegd worden. Een voorbeeld van een eerste belemmerende eis is de verplichting van het aannemen van een bepaalde rechtsvorm, zoals de VZW, waardoor onder meer de Nederlandse stichting uitgesloten wordt. Er wordt met andere woorden niet direct gesteld dat enkel de Belgische VZW's diensten kunnen aanbieden, maar de mogelijkheid diensten aan te bieden wordt wel afhankelijk gesteld van een typisch Belgische rechtsvorm. Een voorbeeld van het tweede type van belemmering (dubbele belasting) is het bijzondere (financiële) toezicht dat wordt geëist, terwijl in het land van oorsprong reeds een bijzonder toezicht wordt uitgeoefend. Een lidstaat mag dus binnen de gemeenschappelijke markt de verrichting van diensten niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestigingen gelden. De sturing kan dus niet inhouden dat buitenlandse dienstverstrekkers, die op een legale wijze gelijkaardige diensten verstrekken in hun Staat van vestiging en daar aan de eisen voldoen, ook moeten voldoen aan de sturingseisen gesteld door de Belgische wetgever omdat dit zou kunnen leiden tot een dubbele last.

De Dienstenrichtlijn verwijst naar artikel 50 EG-Verdrag voor de definitie van een dienst: er moet sprake zijn van 'dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden', met andere woorden de dienstverlener moet een economische activiteit verrichten. Een dienst heeft een economisch karakter wanneer er gewoonlijk een vergoeding voor betaald wordt. Het wezenlijke kenmerk van een vergoeding ligt in de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst. Daarnaast zijn er niet-economische diensten, namelijk zowel de activiteiten die niet tegen vergoeding gebeuren, als taken van zuiver sociale aard zoals bepaalde verplichte stelsels van sociale zekerheid en door de overheid georganiseerd en gesubsidieerd onderwijs. Zij vallen dus niet onder de bepalingen van het vrij verkeer.

50 HvJ 11 maart 2004, *Jur. H.v.J.* 2004, 2351.

51 K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu; 1999, 233-234.

Bepaalde diensten worden expliciet van het toepassingsgebied van de Dienstenrichtlijn uitgesloten. Hier relevant zijn:

- diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn. De uitsluiting omvat medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren;
- sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend. Concreet dient het dus te gaan om diensten die geleverd worden om een tekort aan financiële middelen of aan onafhankelijkheid op te vangen. Zij worden aangeboden omdat deze tekorten voor de ontvangers van de diensten een risico op marginalisering inhouden. Vervolgens moet het gaan om diensten hetzij betreffende sociale huisvesting, hetzij betreffende kinderopvang, hetzij betreffende de ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood.

Nog niet vrijgegeven onderzoek aan het Instituut voor Sociaal Recht geeft aan dat het niet vanzelfsprekend is dat de WVG-sectoren integraal onder deze uitzonderingen ressorteren. Ook betekent de uitsluiting van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn niet dat deze diensten van de verdragsbepalingen zijn uitgesloten. De verdragsregels met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten blijven onverkort van toepassing.

Als de WVG-voorzieningen niet onder de uitzondering ressorteren, kan de overheid zich nog beroepen op het feit dat het gaat om 'diensten van algemeen belang' om uitzonderingen op de regels van het vrij verkeer mogelijk te maken. De lidstaten van de EU zijn vrij om bepaalde diensten 'van algemeen belang' te verklaren; ook de wijze van organisatie en financiering behoren dan in beginsel tot de soevereiniteit van de lidstaten. Diensten worden 'van algemeen belang' genoemd wanneer de overheid het nodig vindt de toegang tot deze diensten voor iedereen, ongeacht economische, maatschappelijke of geografische omstandigheden, tegen een betaalbare prijs te waarborgen. De Europese Commissie spreekt van een gemeenschappelijk concept van diensten van algemeen belang in de EU dat is gebaseerd op de volgende elementen: universele dienst, continuïteit, kwaliteit, toegankelijkheid en bescherming van gebruikers en consumenten.⁵² De lidstaten moeten die belangen effectief kunnen blijven borgen door (non-discriminatoire en proportionele) nationale regulering of door gezamenlijke regels (harmonisatie).⁵³ Niet toevallig werden deze elementen gehanteerd in de 'leer van het algemeen belang' (*supra*).

52 <http://www.europapoort.nl/9345000/1/j9vvyg6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh1cbvwtcps.pdf> (dd 03/03/2009), p 45.

53 Wanneer lidstaten publieke belangen willen borgen in een hybride (gemengde publiek-privaat) stelsel, dan worden zij bij de vormgeving van een dergelijk stelsel met bepaalde Europeesrechtelijke restricties geconfronteerd. Binnen de groep diensten van algemeen belang wordt de subgroep diensten van algemeen economisch

3.2.2 Mededinging

Het Europese mededingingsrecht beïnvloedt de Vlaamse zorgsector van zodra "ondernemingen" een rol gaan spelen in de uitvoering van de zorg. Het toepassingsgebied van het Europese mededingingsrecht wordt met andere woorden afgebakend via het (Europese) ondernemingsbegrip. Indien het mededingingsrecht van toepassing is, spelen (voornamelijk) het kartelverbod, het verbod van misbruik van machtspositie en de regels rond staatssteun.

Elke entiteit die op een niet-occasionele wijze een economische activiteit uitoefent, is een onderneming in de zin van het EG-verdrag. De activiteit is een beslissend criterium bij de kwalificatie als onderneming, waardoor in het kwalificatieproces de vraag verschuift naar welke activiteit wordt uitgeoefend en of deze activiteit gekwalificeerd kan worden als een economische activiteit. De juridische rechtsvorm speelt in dit kwalificatieproces dus geen rol.⁵⁴ Het begrip 'economische activiteit' wordt in de ruime zin geïnterpreteerd. JORENS omschrijft dit als "een test waarbij de vraag is of de activiteit tenminste in principe door een private onderneming zou kunnen worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst en/of het actuele of potentiële mededinging door een private onderneming kan verwachten"⁵⁵.

Om deze ruime interpretatie te temperen, wordt door het Hof van Justitie steeds meer bijzondere aandacht besteedt aan de zelfstandigheid van de prestatieverrichter.⁵⁶ Opdat sprake zou zijn van een economische activiteit is het noodzakelijk dat de entiteit op zelfstandige wijze producten en/of diensten aanbiedt op de markt.⁵⁷ De instelling dient met andere woorden te beschikken over een zekere handelingsvrijheid (tegenover de overheid). Zo zal de instelling met een door de afnemer verplicht te gebruiken prestatie enkel als onderneming kunnen worden beschouwd indien de verrichter zelf over de mogelijkheid beschikt de voorwaarden waaronder deze wordt verstrekt mede te bepalen.⁵⁸

Zijn zorgvoorzieningen ondernemingen? De lidstaten zijn principieel vrij om hun gezondheidszorg en sociale dienstverlening al dan niet volgens marktprincipes te organiseren. Het aanbieden van dienstverlening in de zorg (in het algemeen) is een dienst die in principe door een private onderneming zou kunnen worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst. Bovendien hebben bepaalde voorzieningen te kampen met actuele mededinging door private vennootschappen, zoals in de kinderopvang, de

belang onderscheiden. Dit onderscheid is relevant met het oog op de doorwerking van regelgeving met betrekking tot de interne markt. Voor de niet-economische diensten van algemeen belang bestaan géén specifieke regels naar communautair recht. De Commissie bevestigt enkel dat zij onderworpen zijn aan de niet-economische bepalingen van het EG-Verdrag zoals het vrij verkeer van personen, het beginsel van non-discriminatie en de regels inzake overheidsopdrachten.

54 HvJ 23 april 1991, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 1979.

55 Y. Jorens, "Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?", in A. Van Regenmortel, H. Verschuere en V. Vervliet (eds.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, die Keure, 2007, (1) 133.

56 HvJ 13 juli 1995, *Jur. H.v.J.* 1995, I, 4015; HvJ 21 september 1999, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 6028, concl. F. Jacobs).

57 D. Fornaciari, S. Callens en W. Devroe, "Mededinging in de gezondheidszorg", *NJW* 2009, 51.

58 S. Baeten, *Grondslagenonderzoek naar het optreden van de overheid als onderneming: een herijkte rol van de openbare dienst*, doctoraatsthesis Rechten VUB, 2002, 14.

ouderenzorg en de thuiszorg. Mededinging is mogelijk op het vlak van prijs, kwaliteit van dienstverlening, kwalificatie van personeel, faciliteiten, aangeboden diensten ... En deze concurrentie is denkbaar zelfs in combinatie met de programmatie, de erkenning en de subsidiëring van deze voorzieningen.⁵⁹ Wanneer voor een marktsysteem gekozen wordt en de uitvoering van de zorg gebeurt door 'ondernemingen', wordt dus het Europese mededingingsrecht van toepassing.

Het Hof van Justitie heeft de gevolgen van de ruime interpretatie van het ondernemingsbegrip beperkt door een aantal activiteiten van de werking van het mededingingsrecht uit te sluiten. Het gaat om organisaties die voorzien in de uitvoering van activiteiten en/of diensten, gebaseerd op nationale solidariteit⁶⁰ en die geen winstoogmerk hebben, maar een louter sociale functie, wat een economische activiteit – en als gevolg hiervan de kwalificatie als onderneming – uitsluit.⁶¹

Mochten voorzieningen in de uitvoering van de zorg als ondernemingen worden gekwalificeerd – en niet uitgesloten zijn van het mededingingsrecht op grond van de sociale functie –, dan kunnen zij nog als ondernemingen in de zin van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag beschouwd worden. Volgens dit artikel vallen de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de mededingingsregels voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De regels inzake de vrije markt – en de mededinging – zijn met andere woorden slechts van toepassing op deze economische diensten voor zover zij het bijzondere openbardienstkarakter ervan niet schaden. Hoewel deze economische bepalingen dus principieel gelden, kunnen er met het oog op het algemeen belang afwijkingen worden aanvaard en kan de overheid dus regulerend optreden ten aanzien van deze diensten. Dan kan het land waarin de dienstverlening wordt verstrekt dus bijkomende eisen opleggen, voor toch zover deze de proportionaliteitstoets doorstaan⁶² en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet in een mate beïnvloeden die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.⁶³

Afhankelijk van de kwalificatie van de betreffende voorziening en de uitgevoerde taak, zullen de mededingingsbeperkende instrumenten dus aan de toets van het mededingingsrecht onderworpen moeten worden.

59 D. Fornaciari, S. Callens en W. Devroe, "Mededinging in de gezondheidszorg", *NJW* 2009, 52.

60 "Organisations charged with the management of State-imposed social security schemes, such as compulsory sickness insurance, which are based on the principle of solidarity, non-profit making and where the benefits paid are not proportional to the amount of the compulsory contributions, fulfill an exclusively social function and do not exercise an economic activity" (H.v.J. 17 februari 1993, *Jur.H.v.J.* 1993, I, 637, concl. G. Tesaurò).

61 "The concept of an undertaking encompasses all entities engaged in an economic activity. It does not include, therefore, organisations involved in the management of the public social security system, which fulfil an exclusively social function and perform an activity based on the principle of national solidarity, which is entirely non-profit-making" (H.v.J. 17 februari 1993, *Jur.H.v.J.* 1993, I, 637, concl. G. Tesaurò).

62 H.v.J. 25 juli 1991, *Jur.H.v.J.* 1991, 4221; Y. Jorens, "Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?", in A. Van Regenmortel, H. Verschuieren en V. Vervliet (eds.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, die Keure, 2007, (1) 117.

63 Y. Jorens, "Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?", in A. Van Regenmortel, H. Verschuieren en V. Vervliet (eds.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, die Keure, 2007, (1) 133.

3.2.3 Besluit

Hoewel de inrichting en de uitvoering van de zorg bevoegdheden van de lidstaten zijn, kan niet langer voorbij gegaan worden aan de Europese regelgeving. Het Europese recht kan een rem betekenen voor de vrije sturing door de overheid ten aanzien van de WVG-voorzieningen. In principe mag deze sturing geen belemmering van de vestiging of de dienstverlening met zich brengen en mag – voor zover de uitvoering gebeurt door ondernemingen - evenmin ingaan tegen de bepalingen van het Europese mededingingsrecht.

Opgemerkt moet worden dat Europa niet enkel een grens vormt aan de internrechtelijke sturingsvrijheid van de lidstaten, maar eveneens een sturende rol in zich draagt. Deze Europeesrechtelijke sturing, die niet binnen het onderzoekskader valt, kan bijvoorbeeld teruggevonden worden in de eerder politieke invloed van Europa op het zorgbeleid via onder meer de *open method of coordination* en de aandacht voor gelijke behandeling.