



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 61.787/1/V  
van 28 juli 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 houdende de uitvoering van het decreet van 24 juni 2016 houdende de Vlaamse sociale bescherming, wat betreft de erkenningsvoorwaarden van zorgkassen’

Op 4 juli 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 18 augustus 2017,<sup>(\*)</sup> een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 houdende de uitvoering van het decreet van 24 juni 2016 houdende de Vlaamse sociale bescherming, wat betreft de erkenningsvoorwaarden van zorgkassen’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 juli 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Bruno SEUTIN en Koen MUYLLE, staatsraden, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juli 2017.

\*

---

<sup>(\*)</sup> Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

\*

### STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Naar luid van artikel 15, eerste lid, 1° en 3°, van het decreet van 24 juni 2016 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’ moet een zorgkas om erkend te worden, opgericht zijn door ziekenfondsen, landsbonden van ziekenfondsen, maatschappijen van onderlinge bijstand en verzekeringsondernemingen “die actief zijn in het hele territorium van het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad”. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er toe de voorwaarden te bepalen waaraan moet zijn voldaan opdat de voormelde instanties kunnen worden beschouwd als zijnde actief in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Hiertoe wordt artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 ‘houdende de uitvoering van het decreet van 24 juni 2016 houdende de Vlaamse sociale bescherming’ vervangen (artikel 2 van het ontwerp) en wordt in artikel 11 van hetzelfde besluit bepaald dat de aanvraag tot erkenning van een zorgkas de gegevens en stukken moet bevatten waaruit blijkt dat is voldaan aan de in het ontworpen artikel 24 bepaalde voorwaarden (artikel 1).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 3).

### RECHTSGROND

3.1. Artikel 1 van het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 16, tweede lid, van het decreet van 24 juni 2016, naar luid waarvan de Vlaamse Regering de regels bepaalt voor de toekenning, weigering, eventuele verlenging, schorsing en intrekking van de erkenning van de zorgkassen.

3.2.1. Artikel 2 van het ontworpen besluit vindt, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt, rechtsgrond in artikel 15, tweede lid, van het decreet van 24 juni 2016, naar luid waarvan de Vlaamse Regering bepaalt wat wordt verstaan onder “actief zijn in het hele territorium van het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad”.

3.2.2. Uit artikel 15 van het decreet van 24 juni 2016 vloeit voort dat de instantie die de zorgkas opricht, actief moet zijn in het hele territorium van zowel het Nederlandse taalgebied als het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Het ontworpen artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 waarborgt op onvolkomen wijze dat aan die vereiste is voldaan.

Zo wordt in het ontworpen artikel 24, 1°, bepaald dat de instanties “minstens 140.000 leden of verzekerden in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel

Hoofdstad” moeten hebben. Een instantie die 140 000 leden in het Nederlandse taalgebied heeft, maar geen of nauwelijks leden in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad voldoet aan die voorwaarde. Nochtans kan niet worden volgehouden dat ze actief is in dat taalgebied.

Hieraan wordt niet verholpen door de toevoeging dat er telkens minstens 8000 leden moeten zijn “in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied”. Het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad kan immers niet als een provincie van het Nederlandse taalgebied worden beschouwd.<sup>1</sup>

Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 24, 2°, waarin wordt bepaald dat de instanties “minstens één kantoor in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied” moeten hebben. Het is derhalve niet vereist dat ze een kantoor hebben in het tweetalige gebied Brussel Hoofdstad.

3.2.3. In de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt dienaangaande het volgende verklaard:

“Gelet op de facultatieve aansluiting in het tweetalige gebied Brussel Hoofdstad worden daar geen minimale voorwaarden inzake het aantal leden of verzekerden opgelegd.”

Los van het gegeven dat het voormelde facultatieve karakter niet kan verantwoorden dat de vereiste niet wordt nageleefd dat de instantie die de zorgkas opricht, ook actief moet zijn in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, gaat dit argument eraan voorbij dat het minimum aantal leden geldt ten aanzien van de instantie die de zorgkas opricht, maar niet ten aanzien van de zorgkas zelf.

3.2.4. Er moet worden besloten dat, in zoverre het ontworpen artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 kan leiden tot de erkenning van een zorgkas die wordt opgericht door een ziekenfonds, een landsbond van ziekenfondsen, een maatschappij van onderlinge bijstand of een verzekeringsonderneming dat of die niet actief is in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, die bepaling niet bestaanbaar is met artikel 15 van het decreet van 24 juni 2016.

Het ontwerp moet op dit punt derhalve worden aangepast.

## ALGEMENE OPMERKINGEN

### A. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

4.1. De ontworpen regeling doet een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, instanties die niet voldoen aan de voorwaarden bepaald in het ontworpen artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016, hetzij omdat zij niet het vereiste aantal leden hebben in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, of in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied, hetzij omdat zij niet over een kantoor

---

<sup>1</sup> Zie artikel 5, eerste lid, van de Grondwet.

beschikken in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied, en, anderzijds, instanties die wel aan die voorwaarden voldoen. Terwijl de eerste categorie van instanties geen zorgkas kan oprichten die erkend kan worden, kan de tweede categorie van instanties dat wel.

4.2. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

4.3.1. Het in opmerking 4.1 vermelde verschil in behandeling berust weliswaar op een objectief criterium, namelijk het aantal leden of verzekerden dat een instantie heeft in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad, en in iedere provincie, evenals het hebben van minstens één kantoor in elke provincie. De stellers van het ontwerp moeten evenwel ook kunnen aantonen dat het redelijk verantwoord is in het licht van het doel en de gevolgen van de ontworpen regeling.

4.3.2. Artikel 15 van het decreet 24 juni 2016, tot uitvoering waarvan de ontworpen bepaling strekt, herneemt artikel 14, eerste lid, 1° en 3°, van het decreet van 30 maart 1999 ‘houdende de organisatie van de zorgverzekering’, dat in een gelijkaardige vereiste voorzag dat zorgkassen moesten worden opgericht door ziekenfondsen, landsbonden van ziekenfondsen, maatschappijen van onderlinge bijstand en verzekeringsondernemingen die “actief zijn in het gehele territorium van het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad”. Uit de parlementaire voorbereiding van dat decreet blijkt dat met die vereiste werd beoogd “de grootschaligheid [te] garanderen en [te] voorkomen dat men zich bijvoorbeeld beperkt tot regio’s met minder dienstverlening of met kleinere risico’s.”<sup>2</sup> In de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt er nog aan toegevoegd dat “[h]et spreiden van het risico (...) ten goede [komt] aan het gehele systeem van de Zorgverzekering” en dat “[g]ezien de geplande significante uitbreiding van de Vlaamse Sociale Bescherming met nieuwe pijlers (...) grootschaligheid een noodzakelijke garantie [vormt] voor de goede werking en de goede dienstverlening van de zorgkassen”.

4.3.3. De gemachtigde verklaarde in verband met de vereiste dat de instantie minstens 140 000 leden heeft in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad het volgende:

“De 140.000 leden waarnaar verwezen wordt is de oprichtingsnorm. Het betekent niet dat een nieuwe zorgkas ook effectief 140.000 aangesloten leden voor VSB moet hebben. Wel dat de betrokken mutualiteit of verzekering zoveel leden moet tellen. De erkende zorgkassen beantwoorden allemaal aan de voorgestelde norm. Ook de kleinste zorgkas – de Neutrale Zorgkas Vlaanderen – beantwoordt ruimschoots aan deze norm. Deze zorgkas heeft een aandeel van 3% in het ledenbestand van de Vlaamse sociale bescherming.

<sup>2</sup> *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1239/7, 47-48.

Gezien de beperkte subsidie voor werkingskosten (12,2 mio) is het voor zorgkassen met minder dan 3% aangesloten leden zo goed als onmogelijk om een degelijke dienstverlening over heel Vlaanderen te garanderen. Zeker nu de opdracht van de zorgkassen als uniek loket voor de Vlaamse Sociale Bescherming veel breder is geworden.

Met het opleggen van deze oprichtingsnorm wil de Vlaamse Overheid effectief dat een zorgkas voldoende schaalgrootte heeft. Schaalgrootte is een randvoorwaarde voor kwalitatieve dienstverlening en vermijdt ook dat zorgkassen na verloop van tijd hun activiteiten noodgedwongen moeten stopzetten omdat ze over onvoldoende werkingsmiddelen beschikken. Gezien ook kleinere spelers als het neutrale ziekenfonds aan de opgelegde voorwaarde voldoet, is de norm van 140.000 echter geen belemmering voor nieuwkomers. Dat is ook niet de finaliteit van het OBVR, wel dat nieuwkomers over voldoende volume beschikken. Ook voor buitenlands ondernemingen kan de voorgestelde norm daarom geen hinderpaal vormen.”

Het doel van de decreetgever om de grootschaligheid te waarborgen, lijkt inderdaad de vereiste dat de instantie minstens 140 000 leden of verzekerden heeft in het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, redelijk te verantwoorden. Er kan worden aangenomen dat een dergelijk aantal leden of verzekerden nodig is om de instantie die de zorgkas opricht, in staat te stellen zowel de beheerskosten als de risico's te spreiden. Bovendien is dat aantal niet van die aard dat het de ziekenfondsen, landsbonden van ziekenfondsen, maatschappijen van onderlinge bijstand en verzekeringsondernemingen onmogelijk of bijzonder moeilijk maakt een zorgkas op te richten.

4.3.4. Anders is het evenwel wat de vereiste betreft dat de instantie bovendien minstens 8000 leden in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied moet hebben. Die vereiste kan alleszins niet worden verantwoord door de doelstelling van de grootschaligheid, die reeds wordt bewerkstelligd door de vereiste 140 000 leden of verzekerden te hebben. Weliswaar beoogt de decreetgever daarnaast ook te voorkomen dat een instantie zich beperkt tot regio's met minder dienstverlening of met kleinere risico's. Het is evenwel niet vanzelfsprekend dat die doelstelling een dergelijk verregaande vereiste kan verantwoorden, vermits de instantie die een zorgkas opricht, in ieder geval in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied minstens één kantoor moet hebben. Zodoende is het niet mogelijk zijn activiteiten te beperken tot welbepaalde regio's. Die laatst vermelde vereiste lijkt dan ook te volstaan om te voorkomen dat instanties die zorgkassen oprichten zich zouden beperken tot regio's met minder dienstverlening of met minder risico's.

Er kan dan ook betwijfeld worden dat de vereiste dat de instanties vermeld in artikel 15 van het decreet van 24 juni 2016 minstens 8000 leden moeten hebben in iedere provincie van het Nederlandse taalgebied, bestaanbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

De stellers van het ontwerp doen er bijgevolg goed aan het ontworpen artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2016 vanuit dit oogpunt te herbekijken.

## B. Het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging

5.1. Aangezien de voorwaarden waarin wordt voorzien, niet worden opgelegd aan de zorgkassen zelf,<sup>3</sup> maar aan onder meer de verzekeringsondernemingen die een zorgkas zouden willen oprichten, rijst de vraag of de ontworpen voorwaarden zouden kunnen worden beschouwd als een belemmering van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten gewaarborgd door de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zou weliswaar kunnen worden aangenomen dat de dienstverrichting van het uitbetalen van tegemoetkomingen in het kader van de Vlaamse sociale bescherming niet als een dienst in de zin van het VWEU kan worden beschouwd, nu er geen vergoeding<sup>4</sup> als tegenprestatie kan worden gevraagd.<sup>5</sup>

Voor zover de Vlaamse sociale bescherming risico's dekt die eveneens door bepaalde verzekeringsondernemingen worden gedekt, zou de ontworpen regeling evenwel een belemmering kunnen vormen voor het vrij verrichten van diensten door, of van de vrijheid van vestiging van, in andere lidstaten gevestigde verzekeringsmaatschappijen die in de Vlaamse Gemeenschap verzekeringsovereenkomsten voor dergelijke risico's willen aanbieden, desgevallend middels een dochteronderneming of filiaal, aangezien het de uitoefening van deze vrijheden al dan niet rechtstreeks bemoeilijkt, minder aantrekkelijk maakt of verhindert.<sup>6</sup> Derhalve moet worden nagegaan of een dergelijke belemmering van het vrij verkeer van diensten of van vestiging een rechtvaardiging kan vinden in het Unierecht, wat er op neer komt dat moet worden nagegaan of die belemmering gerechtvaardigd is op grond van een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is.<sup>7</sup>

5.2. Dat de belemmering is ingegeven door een reden van algemeen belang kan moeilijk worden betwist gelet op de voormelde doelstellingen “de grootschaligheid [te]

---

<sup>3</sup> De door de zorgkassen geleverde dienstverlening lijkt niet onder het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’, de zgn. dienstenrichtlijn, te vallen. Voor zover de zorgkassen de tegemoetkomingen in het raam van de zorgverzekering uitbetalen, vervullen zij opdrachten in het kader van het stelsel van sociale zekerheid, in de zin van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 ‘betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels’. Voor zover ze tegemoetkomingen verstrekken in het kader van het basisondersteuningsbudget en de tegemoetkoming voor hulp aan bejaarden, lijken die activiteiten beschouwd te kunnen worden als een sociale dienst betreffende ondersteuning van gezinnen in permanente of tijdelijke nood, die wordt verleend door de staat of door dienstverrichters die hiervoor een opdracht of een mandaat gekregen hebben van de staat, zoals bedoeld in artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn

<sup>4</sup> In de zin van een economische tegenprestatie voor de betrokken dienst, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoefte de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld (HvJ 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot AE*, punt 55).

<sup>5</sup> HvJ 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot AE*, punten 51-60.

<sup>6</sup> HvJ 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot AE*, punt 63.

<sup>7</sup> HvJ 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot AE*, punten 66-72.

garanderen en [te] voorkomen dat men zich bijvoorbeeld beperkt tot regio's met minder dienstverlening of met kleinere risico's".

Gelet op wat hiervoor is opgemerkt over de bestaanbaarheid van de ontworpen regeling met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie (opmerking 4.3.4), kan evenwel betwijfeld worden of die belemmering evenredig is.

De stellers van het ontwerp zullen alleszins moeten kunnen aantonen dat de in het ontworpen artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2006 bepaalde voorwaarden nodig zijn om de voormelde doelstellingen te bereiken.

### C. Inwerkingtreding

6. Luidens artikel 3 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op de dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van besluiten, vastgesteld bij artikel 84, 2°, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen', dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

In elk geval moet aan de instanties die een aanvraag tot erkenning van een zorgkas willen indienen, voldoende tijd worden gelaten zich op de nieuwe regeling en in het bijzonder op de nieuwe voorwaarde voor het indienen van een ontvankelijke erkenningsaanvraag, voor te bereiden.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Aanhef

7.1. Het eerste lid van de aanhef moet worden weggelaten, aangezien de er in vermelde bepaling geen rechtsgrond biedt voor het ontworpen besluit en dat lid niet noodzakelijk is voor een goed begrip van het te nemen besluit.

7.2. In het tweede lid van de aanhef, dat het eerste lid wordt, moet eveneens worden verwezen naar artikel 16, tweede lid, van het decreet van 24 juni 2016.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT