

De opname- en begeleidingsplicht in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg

Anne-Sophie Versweyvelt

Prof. Johan Put

Rapport in opdracht van het Vlaams Welzijnsverbond

Leuven, september 2016

De opname- en begeleidingsplicht in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg

Juridisch onderzoek naar het principe, de grondslagen en de uitwerking van
een opname- en/of begeleidingsplicht, met de focus op private
voorzieningen in de jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap

Onderzoeker

Anne-Sophie Versweyvelt

Promotor

Prof. Johan Put

Rapport in opdracht van het Vlaams Welzijnsverbond

Leuven, september 2016

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen.....	vii
Inleiding.....	1
Situering van het onderzoek.....	1
Probleemstelling.....	2
Opbouw.....	3
Hoofdstuk 1. Juridische aard welzijnsvoorzieningen.....	5
Afdeling 1. Soorten voorzieningen.....	5
A. Algemeen kader.....	5
B. Openbare voorzieningen.....	5
C. Private voorzieningen.....	7
Afdeling 2. Samenvatting.....	8
Hoofdstuk 2. Opname- en begeleidingsplicht in de Vlaamse sectorale regelgeving.....	9
Afdeling 1. Jeugdhulp.....	9
A. Algemeen kader.....	9
a. Decreet Integrale Jeugdhulp.....	9
i. Vrijwillige jeugdhulpverlening.....	9
a) Rechtstreeks en niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp.....	9
b) Crisisjeugdhulpverlening.....	15
ii. Gerechtelijke jeugdhulpverlening.....	16
iii. Werkingsprincipes integrale jeugdhulp.....	19
b. Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.....	21
c. Samenvatting.....	22
B. Erkennings- en subsidiëringsnormen.....	22
a. Bijzondere jeugdbijstand.....	22
b. Centra voor kindercare en gezinsondersteuning.....	25
c. Minderjarige personen met een handicap.....	26
i. Multifunctionele centra voor minderjarigen.....	26
ii. Thuisbegeleidingsdiensten.....	27
d. Samenvatting.....	28
C. Kwaliteitsnormen.....	29
Afdeling 2. Zorg voor personen met een handicap.....	30

A.	Algemeen kader	30
a.	Persoonsvolgende financiering.....	30
b.	Zorgregie en prioritering.....	31
i.	Algemeen.....	31
ii.	'Oude' regelgeving zorgregie.....	31
iii.	Toekomstige regelgeving prioriteitenlijsten PVF.....	33
iv.	Noodsituatie.....	34
B.	Erkennings- en subsidiëringsnormen.....	34
a.	Flexibele aanbodcentra voor meerderjarigen.....	34
b.	Thuisbegeleidingsdiensten	36
c.	Samenvatting.....	36
C.	Kwaliteitsnormen.....	37
Hoofdstuk 3. Invloed van het contractenrecht op de opname- en begeleidingsvrijheid....		39
Afdeling 1. Juridische kwalificatie van de zorgovereenkomst		40
A.	Algemeen kader	40
B.	Sectorale regelgeving.....	42
C.	Samenvatting.....	43
Afdeling 2. Totstandkoming van de overeenkomst		43
A.	Uitgangspunt: contractvrijheid.....	43
B.	Grenzen aan de contractvrijheid.....	46
a.	Grenzen aan de vrijheid om al dan niet te contracteren: onrechtmatige contractweigering.....	46
i.	Algemeen kader	46
ii.	Buitencontractuele grondslag.....	48
a)	Contractweigering als precontractuele fout	48
b)	Contractweigering als rechtsmisbruik	52
iii.	Contractuele grondslag.....	55
b.	Grenzen aan de vrijheid om de medecontractant te bepalen: discriminatieverbod..	57
i.	Algemeen kader	57
ii.	Gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.....	58
a)	Antidiscriminatiedecreet	58
b)	Grondwettelijk discriminatieverbod.....	60
c)	Discriminatieverbod en opnamebeleid.....	62
C.	Samenvatting.....	65
Afdeling 3. Uitvoering van de overeenkomst		66

A.	Bindende kracht van de overeenkomst.....	66
B.	Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst.....	69
a.	Algemeen kader	69
b.	Eenzijdige beëindiging van overeenkomsten gesloten voor onbepaalde duur.....	69
c.	Eenzijdige beëindiging van overeenkomsten gesloten voor bepaalde duur.....	73
d.	Bedongen opzegbevoegdheid	75
C.	Samenvatting.....	77
Hoofdstuk 4. Invloed van een (mogelijk) recht op zorg op de opname- en begeleidingsvrijheid		79
Afdeling 1. Subjectief recht op zorg?.....		79
A.	Concept 'subjectief recht'	79
a.	Internrechtelijke bepalingen.....	79
b.	Verdragsbepalingen.....	81
c.	Gevolgen van de kwalificatie als norm die (g)een subjectief recht verleent.....	82
B.	Mensenrechtelijk kader	84
a.	Sociale grondrechten.....	84
i.	Inleiding	84
ii.	Juridische draagwijdte sociale grondrechten.....	86
a)	Directe werking?.....	86
b)	<i>Standstill</i> -beginsel	88
b.	Verruimde interpretatie van burgerlijke en politieke grondrechten.....	90
i.	Verticale werking.....	90
ii.	Horizontale werking	92
C.	Vlaams regelgevend kader.....	95
D.	Samenvatting.....	96
Afdeling 2. Grenzen aan een opname- en/of begeleidingsplicht.....		97
A.	Verenigings- en ondernemingsvrijheid.....	97
B.	Contractvrijheid	100
C.	Aangepaste zorg.....	100
Hoofdstuk 5. Invloed van het strafrecht op de opname- en begeleidingsvrijheid		101
Afdeling 1. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid rechtspersoon.....		101
Afdeling 2. Schuldig hulpverzuim		104
A.	Artikel 422 <i>bis</i> Sw.....	104
a.	Algemeen kader	104

b. Constitutieve bestanddelen	105
c. Rechtvaardigingsgrond	108
d. Schuldig hulpverzuim als grondslag voor een opname- en/of begeleidingsplicht?	109
B. Artikel 422 <i>ter Sw</i>	110
Afdeling 3. Misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en onbekwamen	112
Afdeling 4. Samenvatting.....	114
Conclusie	117
Overzicht.....	117
Algemene beschouwingen en aanbevelingen	119
Bibliografie.....	123
Bijlagen.....	133

LIJST VAN AFKORTINGEN

Acc. & Tax: Accountancy & Tax

Amén.: Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier

Antidiscriminatiedecreet: Decr. Vl. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008

Antidiscriminatiewet: Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007

Antidiscriminatiewetten: antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007, bestaande uit de Antidiscriminatiewet, de Antiracismewet en de Genderwet

Antiracismewet: Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007

AR: algemene rol

Arbh.: arbeidshof

Besluit Integrale Jeugdhulp: B.Vl.Reg. 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, *BS* 28 februari 2014

Besluit Regie PVF: B.Vl.Reg. van 4 maart 2016 over de oprichting van een regionale prioriteitencommissie, de toekenning van prioriteitengroepen, de vaststelling van de maatschappelijke noodzaak, de toeleiding naar ondersteuning, de afstemming en planning in het kader van persoonsvolgende financiering, *BS* 20 april 2016

Besluit Zorgregie: B.Vl.Reg. 17 maart 2006 betreffende de regie van de zorg en bijstand tot sociale integratie van personen met een handicap en betreffende de erkenning en subsidiëring van een Vlaams Platform van verenigingen van personen met een handicap, *BS* 16 juni 2006

BS: Belgisch Staatblad

B.Vl.Reg.: Besluit van de Vlaamse Regering

BUPO-Verdrag: Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, *BS* 6 juli 1983

BW: Burgerlijk Wetboek

BWHI: Bijzondere wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980.

Cass.: Hof van Cassatie

CIG: centrum voor integrale gezinszorg

Comm.Bijz.Ov.: Commentaar Bijzondere overeenkomsten

Comm.Straf.: Commentaar Strafrecht en strafvordering

Corr.: correctionele rechtbank

Decreet Bijzondere Jeugdbijstand: Decr. Vl. 7 maart 2008 betreffende de bijzondere jeugdbijstand, *BS* 15 april 2008

Decreet d'Allarde: Decreet 2-17 maart 1791 tot afschaffing van het gildenwezen

Decreet Integrale Jeugdhulp: Decr.Vl. 12 juli 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *BS* 13 september 2013

Decreet Persoonsvolgende Financiering: Decreet 25 april 2014 houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap, *BS* 28 augustus 2014

ECOSOC-Verdrag: Verdrag 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, *BS* 6 juli 1983

ECSR: Europees Comité voor Sociale Rechten

Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand: B.Vl.Reg. 13 juli 1994 inzake de erkenningsvoorwaarden en de subsidiënormen voor de voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand, *BS* 10 december 1994

Erkenningsbesluit FAM: B.Vl.Reg. 26 februari 2016 houdende erkenning en subsidiëring van flexibele aanbodcentra voor meerderjarige personen met een handicap, *BS* 12 april 2016

Erkenningsbesluit MFC: B.Vl.Reg. 26 februari 2016 houdende erkenning en subsidiëring van multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap, *BS* 12 april 2016

Erkenningsbesluit Thuisbegeleidingsdiensten: B.Vl.Reg. 17 december 1996 betreffende de erkenning en subsidiëring van thuisbegeleidingsdiensten voor personen met een handicap, *BS* 14 februari 1997

Erkenningsbesluit VAPH: B.VI.Reg. 4 februari 2011 betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 8 april 2011

EHRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EU-Handvest van de Grondrechten: Handvest 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 14 december 2007

EVRM: Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955

FAM: flexibele aanbodcentra voor meerderjarige personen met een handicap

Genderwet: Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen, *BS* 30 mei 2007

GES: gedrags- en emotionele stoornis

GES+: kinderen en jongeren met een ernstige gedrags- en emotionele stoornis, waarbij de draaglast uitzonderlijk hoog is omwille van de complexiteit van de problematiek

Gw.: Gecoördineerde Grondwet, *BS* 12 februari 1994

GwH: Grondwettelijk Hof (tot mei 2007 Arbitragehof)

hESH: Herziene Europees Sociaal Handvest 3 mei 1996, *BS* 10 mei 2004

IRPC: Intersectorale Regionale Prioriteitencommissie

Jeugdwet: Wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, *BS* 15 april 1965

Jura Falc.: Jura Falconis. Juridisch wetenschappelijk studententijdschrift

JT: Journal des tribunaux

Kinderrechtenverdrag: Verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, *BS* 13 juli 1991

KG: kort geding

Kwaliteitsdecreet: Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003

MB: ministerieel besluit

MER: Milieu- en energierecht: driemaandelijkse duiding bij recente wetgeving, rechtspraak en rechtsleer

MFC: multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap

MvT: memorie van toelichting

OBO: Overzicht bijzondere overeenkomsten

OCMW: Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn

OOOC: onthaal-, oriëntatie- en observatiecentra

Parl.St.: parlementaire stukken

Pb.C.: Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen – Mededelingen

PVF: persoonsvolgende financiering

RABG: Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent

Rb.: rechtbank van eerste aanleg, burgerlijke kamer

RW: Rechtskundig Weekblad

Sw.: Strafwetboek

TBBR: Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht

TBH: Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht

TBP: Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht

TJK: Tijdschrift voor jeugdrecht en kinderrechten

TORB: Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid

TPR: Tijdschrift voor privaatrecht

TSR: Tijdschrift voor sociaal recht

T.Vreemd.: Tijdschrift voor vreemdelingenrecht

VAPH: Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap

VI.Parl.: Vlaams parlement

VN-Vrouwenverdrag: Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen van 18 december 1979, BS 5 november 1985

Voorz.: voorzitter

VOS: verontrustende situatie

Vzw: vereniging zonder winstoogmerk

Wetboek Economisch recht: Wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, BS 29 maart 2013

INLEIDING

SITUERING VAN HET ONDERZOEK

1. Dit rapport is het eindresultaat van een kortlopende onderzoeksopdracht uitgaande van het Vlaams Welzijnsverbond. Aanleiding daartoe was de ongerustheid van de private welzijnsvoorzieningen in de sectoren jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap voor een mogelijke (strafrechtelijke) aansprakelijkheid indien zij zouden weigeren een zorgvrager op te nemen of de zorgverlening wensen te beëindigen, mede door stijgende verwachtingen hieromtrent vanwege de maatschappij en de overheid en door recente rechtszaken. De vraag die hierbij in het bijzonder rijst, is of en in welke mate private zorgaanbieders verplicht (kunnen) worden om een zorgvrager op te nemen of de begeleiding verder te zetten.

2. Het onderzoek beoogt het in kaart brengen, analyseren en uitklaren van de regelgeving die een impact heeft op de opname- en begeleidingsvrijheid in hoofde van de welzijnsvoorzieningen, teneinde het juridische kader te verhelderen. Hoewel het onderzoek niet blind wil zijn voor de impact en de gevolgen van de regelgeving in de praktijk, betreft het een juridische analyse van het bestaande regelgevend kader, waarbij de focus ligt op het principe, de grondslagen en de uitwerking van een (mogelijke) opname- en/of begeleidingsplicht in hoofde van private voorzieningen in de sectoren jeugdhulp en gehandicaptenzorg. Daarbij wordt in het bijzonder nagegaan welke juridische instrumenten een mogelijke grondslag vormen voor een opname- en/of begeleidingsplicht in hoofde van de welzijnsvoorzieningen in de twee betrokken sectoren en wat de impact daarvan is op de positie van deze voorzieningen.

3. De focus verklaart de beperkingen van het onderzoek. In de eerste plaats benadert het onderzoek de probleemstelling vanuit een juridische invalshoek. Hierbij werd gebruik gemaakt van de klassieke juridische onderzoeksmethode, d.i. een analyse van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer. Mogelijke andere aspecten die een impact hebben op de opname- of begeleidingsvrijheid van voorzieningen, zoals sociaaleconomische, financiële en ethische perspectieven, werden als dusdanig niet in het onderzoek betrokken. Er werd geen empirisch onderzoek verricht. De diverse gesprekken die werden gevoerd in de loop van het onderzoek hebben ons evenwel in staat gesteld om de problematiek in een bredere context te plaatsen en een beter inzicht te krijgen in de actuele knelpunten. Zo werd het onderzoek gevoerd in nauw overleg met de opdrachtgever en werden de voorlopige resultaten afgetoetst in een besloten workshop, waaraan een aantal private voorzieningen in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg deelnamen. Een bezoek aan de afdeling Intersectorale Toegangspoort van het Agentschap Jongerenwelzijn verschafte ons een inzicht in de praktische werking ervan.

In de tweede plaats focust het onderzoek op de private voorzieningen in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg. Andere zorgsectoren vallen aldus buiten het bestek van het onderzoek; de gemeenschapsinstellingen worden er slechts op niet-exhaustieve wijze in betrokken. Hoewel de focus op de private welzijnsvoorzieningen ligt, wordt een objectieve analyse van de problematiek nagestreefd, waarbij niet enkel het perspectief van de zorgaanbieders wordt belicht, maar eveneens de perspectieven van de cliënten, de toeleidingsinstanties en de overheid worden betrokken. Tenslotte focust het onderzoek enkel op de vraag naar de vrijheid en (mogelijke) verplichtingen in hoofde van de zorgaanbieders bij het aangaan en beëindigen van de zorgverleningsrelatie, waardoor aanverwante problemen die gepaard gaan met de uitvoering van de hulpverlening, niet worden behandeld.

PROBLEEMSTELLING

4. De overheid wordt geconfronteerd met een schaarste van middelen en met de grenzen van de capaciteit van de welzijnsvoorzieningen. In veel ambulante, semi-residentiële en residentiële welzijnsvoorzieningen worden hulpvragers geconfronteerd met zorgtekorten, wachtlijsten, systemen van prioritering, etc. Voor een groot aantal hulpvragers (kinderen en jongeren, personen met een handicap...) is de nood aan gespecialiseerde zorgverlening groot, maar blijkt deze zorg niet voldoende beschikbaar te zijn.

5. Daarnaast is er een toenemende juridisering van de zorgsector, als uiting van een bredere maatschappelijke tendens van juridisering van relaties. De verschillende actoren zijn meer geneigd om hun rechten en plichten juridisch te definiëren en er wordt een toenemend beroep gedaan op het recht en op (buiten)gerechtelijke procedures.

6. De problematiek betreffende de toegang tot de welzijnsvoorzieningen doet (vanuit een juridische invalshoek) een aantal principiële vragen rijzen. In het bijzonder rijst de vraag of en in welke mate de overheid een voorziening kan verplichten een bepaalde cliënt op te nemen of de zorgverlening voort te zetten. De vraag naar het bestaan en de draagwijdte van een opname- of begeleidingsplicht is nauw verbonden met de creatie van een (subjectief) recht op zorg. Dat perspectief heeft belangrijke implicaties voor de zorgaanbieders, zoals hun mogelijke aansprakelijkheid en schuldig hulpverzuim ingeval ze een zorgvrager niet opnemen of begeleiden, de vraag naar de vrijheid van private zorgaanbieders om zorgrelaties aan te gaan (als correlaat van de vrijheid van vereniging en contracteervrijheid) en het bieden van aangepaste zorg.

De welzijnsvoorzieningen worden geconfronteerd met specifieke (juridische) uitdagingen en risico's. De huidige regelgeving is erg verspreid en vaak sector- en voorzieningsafhankelijk. Ook

tal van internationale en Europese instrumenten hebben een rechtstreekse of onrechtstreekse invloed op de vrijheid van zorgaanbieders om een cliënt op te nemen of te begeleiden en het bestaan van een mogelijke opname- en/of begeleidingsplicht. Dit kluwen aan regelgeving op zowel supra- en internationaal als op nationaal (federaal en deelstatelijk) niveau zorgt ervoor dat de positie van welzijnsvoorzieningen onduidelijk is en de dreiging met mogelijke (strafrechtelijke) aansprakelijkheid hen in een kwetsbare positie brengt.

OPBOUW

7. In het kader van het onderzoek werden vijf hefboomen geselecteerd die een impact hebben op de vrijheid van voorzieningen om een cliënt op te nemen of de zorgverlening te beëindigen. Deze aspecten vormen de vijf hoofdstukken van het onderzoek.

Het eerste hoofdstuk betreft de vraag naar de juridische aard van de welzijnsvoorzieningen en wat de impact is van de kwalificatie van de voorziening op het bestaan van een opname- of begeleidingsplicht.

In het tweede hoofdstuk komt de sectorale regelgeving aan bod, waarbij in het bijzonder wordt nagegaan of er in de decretale regelgeving, dan wel in de erkennings- en subsidiëringsnormen en in de kwaliteitsnormen in een specifieke opname- en/of begeleidingsplicht wordt voorzien.

In het derde hoofdstuk wordt onderzocht of er uit het contractenrecht verplichtingen voortvloeien die de opname- en begeleidingsvrijheid van de voorzieningen beïnvloeden. Daarbij wordt in eerste instantie nagegaan in welke mate gedragingen tijdens de precontractuele fase aanleiding kunnen geven tot verplichtingen voor partijen en in welke mate contractweigering mogelijk is. Daarnaast wordt nagegaan of uit de uitvoeringsverplichting van de overeenkomst een begeleidingsplicht kan worden afgeleid.

Het vierde hoofdstuk heeft betrekking op het mensenrechtelijk kader. In dit deel wordt meer bepaald de vraag behandeld of er een subjectief recht op zorg bestaat in de huidige stand van het recht, en wat de gevolgen daarvan zijn voor de opname- en begeleidingsvrijheid van de voorzieningen.

Tenslotte behandelt het vijfde hoofdstuk de vraag of het strafrecht een hefboom kan bieden om een opname- en/of begeleidingsplicht op te leggen. In het bijzonder worden daarbij het misdrijf van schuldig hulpverzuim en de misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en kwetsbare personen geanalyseerd.

HOOFDSTUK 1. JURIDISCHE AARD WELZIJSVOORZIENINGEN

Afdeling 1. Soorten voorzieningen

A. Algemeen kader

8. Een voorafgaande vraag bij het onderzoek naar een mogelijke opname- en/of begeleidingsplicht in hoofde van voorzieningen in de jeugdhulp en de zorg voor personen met een handicap, is deze naar de juridische aard van de welzijnsvoorzieningen en de mogelijke gevolgen die deze kwalificatie teweegbrengt met betrekking tot een opname- en begeleidingsplicht.

9. Welzijnsvoorzieningen kunnen zowel vanuit openbaar als privaat initiatief worden opgericht. Naargelang de inrichtende macht en de exploitatiebestemming onderscheidt SCHEPERS in zijn doctoraal proefschrift vier typen van voorzieningen.¹

Onder het begrip ‘inrichtende macht’ dienen de personen of groepen van personen die een welzijnsvoorziening oprichten of beheren of die in die mate aan de basis liggen van het ontstaan van de voorziening dat zonder hun initiatief de voorziening niet tot stand zou zijn gekomen, te worden begrepen.² Op basis van dit criterium kan een onderscheid worden gemaakt tussen voorzieningen die behoren tot enerzijds het openbaar initiatief en anderzijds tot het privaat initiatief. Een verdere opdeling kan worden gemaakt op grond van de exploitatiebestemming van de voorzieningen. Het begrip ‘exploitatiebestemming’ houdt verband met de finaliteit van de activiteiten van de voorziening. Op basis van dit criterium wordt, wat de openbare initiatieven betreft, een onderscheid gemaakt tussen voorzieningen die kaderen in de uitoefening van de openbare macht (type 1) en andere openbare voorzieningen (type 2); wat de privé-initiatieven betreft, kan een opdeling worden gemaakt naargelang de voorziening als doel heeft winst te realiseren (type 4) of niet (type 3).³

B. Openbare voorzieningen

10. Tot type 1 behoren de voorzieningen die worden opgericht door de overheid in haar hoedanigheid van openbare macht. Als voorbeeld hiervan kunnen onder meer de gemeenschapsinstellingen voor bijzondere jeugdbijstand worden aangehaald, die in Vlaanderen

¹ J. SCHEPERS, *Inleiding tot het welzijnsrecht*, Brugge, die Keure, 1996, 249.

² G. LOOSVELDT, “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur” (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 112, nr. 22; V. VERDEYEN en J. PUT, “Openbaarheid van bestuur in Vlaamse welzijnsvoorzieningen”, *TSR* 2005, (515) 541-542, nr. 41.

³ Zie ook W. BLOCKEN, K. DEWEERDT, I. VAN DER STRAETE en V. VERDEYEN, “Welzijnsrecht in het kielzog van de sociale zekerheid?” in D. SIMOENS, D. PIETERS, J. PUT, P. SCHOUKENS en Y. STEVENS (eds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (41) 53; B. VERSCHEURE, *Welzijn in Vlaanderen: beleid, bestuurlijke organisatie en uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2014, 205.

het (gesloten) hulpverleningsaanbod van overheidswege vormen in VOS- en MOF-zaken.⁴ Volgens SCHEPERS rust er op deze 'type 1'-voorzieningen vaak een wettelijke verplichting tot hulpverlening.⁵ Hoewel geen expliciete verklaring voor deze vaststelling wordt gegeven, kan een mogelijke grondslag worden gevonden in het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst.⁶ De term openbare dienst kan in twee betekenissen worden gebruikt, met name in organieke en functionele zin. In organieke zin wordt bedoeld een openbare dienst die wordt geleverd door een voorziening die is ontstaan uit openbaar initiatief; in functionele zin wordt enkel gelet op de aard van de geleverde hulp- en dienstverlening (d.i. een taak van algemeen belang).⁷ Een openbare dienst moet voortdurend of regelmatig blijven functioneren zolang de openbare macht oordeelt dat deze dienst aan een collectieve behoefte of algemeen belang beantwoordt.⁸ De loutere oprichting van een dienst is onvoldoende om aan die behoefte te voldoen, ook het regelmatig functioneren van de dienst is vereist. Ter illustratie kunnen de gemeenschapsinstellingen voor bijzondere jeugdbijstand worden aangehaald. De gemeenschapsinstellingen zijn opgericht om een specifieke hulp- en dienstverlening te verschaffen en om te voldoen aan een bepaalde collectieve behoefte, waarvan maatschappelijke beveiliging deel uitmaakt. Uit de verplichting tot continuïteit in de werking kan dan een opnameplicht worden afgeleid in hoofde van openbare voorzieningen die kaderen in de uitoefening van de openbare macht.^{9,10}

Op grond van het zgn. organieke criterium¹¹ kan volgens het hof van beroep te Antwerpen deze verplichting ook rusten op openbare voorzieningen die niet kaderen in de uitoefening van de openbare macht (type 2).¹²

⁴ J. SCHEPERS, *Inleiding tot het welzijnsrecht*, Brugge, die Keure, 1996, 250, nr. 269. Zie ook J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 243, nr. 454.

⁵ J. SCHEPERS, *Inleiding tot het welzijnsrecht*, Brugge, die Keure, 1996, 250, nr. 269. Wat de gemeenschapsinstellingen betreft, zie art. 47, § 2 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

⁶ G. LOOSVELDT, "Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur" (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 112, nr. 21.

⁷ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 177-178, nr. 154; G. GOEDERTIER, J. VANDE LANOTTE en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 771, nr. 1237; J. VANDE LANOTTE, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 105, nr. 66.

⁸ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 213-214, nr. 167; J. VANDE LANOTTE, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 108, nr. 71.

⁹ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 36.

¹⁰ Hierbij dient opgemerkt dat de opnameplicht slechts geldt binnen de beschikbare capaciteit van de voorziening.

¹¹ Op grond van het zgn. organieke criterium wordt nagegaan of er sprake is van een openbare dienst die wordt geleverd door een voorziening die is ontstaan uit openbaar initiatief. Zie hierover uitvoerig F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 174-185 en de verwijzingen aldaar. Zie ook G. LOOSVELDT, "Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur" (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 113, nr. 23; J. VANDE LANOTTE, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 105, nr. 66.

¹² Antwerpen 27 juni 2002, nr. 149/02 en 186/02, *TJK* 2003, 103, noot G. LOOSVELDT. *In casu* had de uitspraak betrekking op een openbaar Medisch Pedagogisch Instituut (MPI). Tot de 'type 2'-voorzieningen behoren onder meer

C. Private voorzieningen

11. Wat de private voorzieningen betreft kan de redenering gebaseerd op het principe van de openbare dienst in organieke zin niet zonder meer worden doorgetrokken. Op grond van het functioneel criterium dient te worden gekeken naar de aard van de geleverde hulp- en dienstverlening. De welzijnsvoorzieningen zonder winstoogmerk (type 3) hebben een strikt privaatrechtelijk karakter.¹³ LOOSVELDT verdedigt dat de erkenning van een privé-voorziening deze voorziening niet tot openbare dienst maakt.¹⁴ De erkenning van een voorziening wijzigt de juridische aard van de voorziening niet. De verhouding tussen de overheid en de voorziening, die tot stand komt door de erkenning, creëert slechts een juridisch kader waarbinnen de overheid reglementerend optreedt ten aanzien van de voorziening.¹⁵ Of er al dan niet een opnameplicht op de voorziening rust, is afhankelijk van de voorwaarden die in de erkenningsnormen zijn opgenomen en van het interne reglement (opnamebeleid). Het niet naleven van de erkenningsvoorwaarden kan enkel de erkenning en subsidiëring van de voorziening in het gedrang brengen.

12. Kan er worden beargumenteerd dat erkende private voorzieningen als een functionele openbare dienst kunnen worden gekwalificeerd? De vraag lijkt o.i. bevestigend te kunnen worden beantwoord: erkende privé-voorzieningen kunnen voor bepaalde aspecten worden beschouwd als openbare diensten, met name voor die aspecten die betrekking hebben op het vervullen van een taak van algemeen belang. Hiervoor kan steun worden gevonden in de rechtspraak en doctrine over het vrije gesubsidieerde onderwijs. Van vrije onderwijsinstellingen wordt algemeen aanvaard dat zij als een functionele openbare dienst kunnen worden beschouwd, aangezien zij diensten ten behoeve van de bevolking organiseren met het oog op het vervullen van een taak van algemeen belang.¹⁶ In zowel de onderwijssector als in de welzijnssector wordt er hulp- en dienstverlening verschaft die essentieel is voor de maatschappij.¹⁷ Deze hulp- en dienstverlening kan worden beschouwd als een taak van algemeen belang.¹⁸

de welzijnsvoorzieningen die door het OCMW worden opgericht of beheerd, zoals bijvoorbeeld de openbare ziekenhuizen.

¹³ J. SCHEPERS, *Inleiding tot het welzijnsrecht*, Brugge, die Keure, 1996, 252, nr. 269.

¹⁴ G. LOOSVELDT, "Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur" (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 113, nr. 24.

¹⁵ G. LOOSVELDT, "Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur" (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 112, nr. 21.

¹⁶ Zie hierover R. VERSTEGEN, "Gemengd onderwijs verplicht?", *RW* 1996-97, (241) 243, nr. 8. Zie ook de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ter zake: bv. Arbitragehof 21 maart 1995, nr. 27/95, overw. B.9.

¹⁷ V. VERDEYEN en J. PUT, "Openbaarheid van bestuur in Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *TSR* 2005, (515) 552, nr. 48.

¹⁸ Zie hierover uitvoerig V. VERDEYEN en J. PUT, "Openbaarheid van bestuur in Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *TSR* 2005, (515) 543-552, nr. 46-49.

De gevolgen van de kwalificatie als functionele openbare dienst zijn evenwel niet eenduidig. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de juridische kwalificatie van vrije onderwijsinstellingen blijkt dat aan de kwalificatie als functionele openbare dienst minder verregaande gevolgen worden verbonden dan aan een organieke openbare dienst. Zo oordeelde het Hof dat uit de kwalificatie als functionele openbare dienst niet voortvloeit dat internaten van vrije onderwijsinstellingen een algemene inschrijvingsplicht hebben van alle leerlingen, wat wel een kenmerk is van een organieke openbare dienst.¹⁹ Toegepast op erkende private welzijnsvoorzieningen kan worden geconcludeerd dat, anders dan bij openbare voorzieningen, zelfs indien zij als een openbare dienst kunnen worden gekwalificeerd, er geen algemene opname- en/of begeleidingsplicht kan worden afgeleid. Er moet telkens worden nagegaan wat de toepasselijke regelgeving is en welke gevolgen daaruit kunnen worden afgeleid met betrekking tot de vrijheid die aan de voorzieningen wordt gelaten.²⁰

Afdeling 2. Samenvatting

De loutere kwalificatie van een welzijnsvoorziening als openbare of private voorziening heeft niet automatisch een invloed op het bestaan van een opname- of begeleidingsplicht in hoofde van deze voorziening. Een mogelijk aanknopingspunt voor het bestaan van een verplichting tot hulpverlening is het beginsel van de 'continuïteit van de openbare dienst'. Uit de verplichting tot continuïteit in de werking van de dienst kan een opname- of begeleidingsplicht in hoofde van de openbare voorzieningen worden afgeleid. Dergelijke opname- of begeleidingsplicht kan niet worden afgeleid voor de private voorzieningen.

¹⁹ Zie in die zin Arbitragehof 2 april 1992, nr. 26/92, overw. 3.B.6; R. VERSTEGEN, "Gemengd onderwijs verplicht?", *RW* 1996-97, (241) 243, nr. 8; R. VERSTEGEN, "Wanneer treden privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?", *RW* 2002-03, (801) 803, nr. 7.

²⁰ Zie m.b.t. onderwijs: S. LUST en B. STEEN, "Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming", *TORB* 2003-04, (315) 325, nr. 19; R. VERSTEGEN, "Gemengd onderwijs verplicht?", *RW* 1996-97, (241) 243, nr. 8.

HOOFDSTUK 2. OPNAME- EN BEGELEIDINGSPLICHT IN DE VLAAMSE SECTORALE REGELGEVING

Afdeling 1. Jeugdhulp

A. Algemeen kader

a. Decreet Integrale Jeugdhulp

i. Vrijwillige jeugdhulpverlening

a) Rechtstreeks en niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp

13. Met de inwerkingtreding van het Decreet Integrale Jeugdhulp op 1 maart 2014 is het Vlaamse jeugdhulpverleningslandschap grondig gewijzigd. Het hulpverleningsaanbod van de bijzondere jeugdbijstand werd ingepast in de integrale jeugdhulp.²¹ Het toepassingsgebied van de integrale jeugdhulp omvat de gezinszorg, de bijzondere jeugdbijstand, de zorg voor personen met een handicap, het algemeen welzijnswerk, de geestelijke gezondheidszorg en de centra voor leerlingenbegeleiding.²² Tevens vallen de centra voor integrale gezinszorg en de pleegzorg onder de integrale jeugdhulp.

14. Er is een belangrijk onderscheid tussen de rechtstreeks en niet-rechtstreeks toegankelijke hulp. In de vrijwillige jeugdhulpverlening wordt getracht om aan een hulpvraag zo snel mogelijk en in zo weinig mogelijk stappen het minst ingrijpende en meest geschikte beschikbare hulpaanbod te koppelen.²³ Het hulpaanbod wordt uitgedrukt in modules en kan bestaan uit rechtstreeks of niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening.

De rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp is jeugdhulpverlening die voor iedereen toegankelijk is. Het is daarbij mogelijk dat de jongere via de brede instap wordt verwezen naar de meest passende hulpverlening, maar dit is geen verplichting.²⁴ Daarnaast is er de probleemgebonden hulp, waarbij de diensten gespecialiseerd zijn in een bepaalde problematiek, maar ook voor iedereen toegankelijk zijn. Het grootste deel van de jeugdhulpverlening is rechtstreeks toegankelijk.

²¹ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 372, nr. 717.

²² Art. 3, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

²³ Art. 11, derde lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

²⁴ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 405, nr. 773.

Wat de rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening betreft (brede instap en probleemgebonden rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp) is niets bepaald inzake intake, contractering, begin en einde van de jeugdhulpverlening e.d.m. De specifieke wetgeving bevat hier derhalve geen opname- of begeleidingsverplichtingen.

15. De zwaardere jeugdhulpverlening is niet rechtstreeks toegankelijk en kan aldus slechts worden verkregen na een jeugdhulpverleningsbeslissing van de intersectorale toegangspoort.²⁵ De gespecialiseerde (residentiële) voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand en de voorzieningen voor kinderen en jongeren met een handicap vallen veelal onder deze niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening. De intersectorale toegangspoort vormt het regie-instrument van de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening. Deze toegangspoort ontvangt in beginsel alle aanvragen omtrent niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp. Op dit principe bestaan evenwel drie uitzonderingen.

In de eerste plaats verlopen de aanvragen met betrekking tot het aanbod van de gemeenschapsinstellingen niet via de intersectorale toegangspoort.²⁶ De aanmeldingen verlopen verplicht via het 'centraal informatie- en aanmeldpunt', dat instaat voor het instroom- en capaciteitsbeheer van de gemeenschapsinstellingen.²⁷

De tweede uitzondering heeft betrekking op de individuele materiële bijstand voor de sociale integratie van personen met een handicap. Overeenkomstig artikel 18, § 2 Decreet Integrale Jeugdhulp beperkt de taak van de intersectorale toegangspoort zich tot het ontvangen van de aanvraag; evenwel blijkt uit artikel 36 Besluit Integrale Jeugdhulp dat ook de indicatiestelling door de intersectorale toegangspoort kan worden verricht.

Tenslotte blijft bij de gerechtelijke jeugdhulpverlening de beslissingsbevoegdheid bij de jeugdrechter (*infra* nr. 20).²⁸

16. Verder kan worden opgemerkt dat de intersectorale toegangspoort ook aan capaciteits- en wachtbeheer van de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening doet, hetgeen impliceert dat de jeugdhulpaanbieders verplicht zijn om overleg te plegen met de intersectorale toegangspoort en tijdig vrijgekomen plaatsen dienen door te geven.²⁹ De intersectorale toegangspoort bestaat uit een team indicatiestelling en een team jeugdhulpregie. De indicatiestelling is het bepalen van de behoefte aan jeugdhulpverlening, van de wenselijke

²⁵ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 405, nr. 775.

²⁶ Art. 18, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

²⁷ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 435, nr. 857.

²⁸ Zie ook MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 120-121.

²⁹ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 406, nr. 778.

hulpverlening en de urgentie daarvan.³⁰ De jeugdhulpregie impliceert dat de geïndiceerde hulp wordt omgezet in concrete jeugdhulpverlening.

17. Het team jeugdhulpregie neemt een jeugdhulpverleningsbeslissing waarin de overeengekomen modules of persoonsvolgende financiering (of een combinatie van beide) worden aangegeven. Daar het Decreet Integrale Jeugdhulp in geen algemene opnameplicht voorziet voor jeugdhulpaanbieders, zullen de jeugdhulpaanbieder en de langst wachtende in dialoog gaan, waarbij de jeugdhulpaanbieders in beginsel kunnen bepalen wie ze toelaten.³¹ Zij moeten evenwel maximaal meewerken aan de realisatie van de indicatiestelling. Indien geen opname mogelijk is, dient deze beslissing te worden gemotiveerd ten aanzien van de jeugdhulpregie en de cliënten.³² Indien hulpverlening niet onmiddellijk beschikbaar is, kan het team jeugdhulpregie een jeugdhulpverleningsvoorstel opmaken, waarin de relevante modules en de vermoedelijke wachttijd worden aangeduid.³³ Indien de jeugdhulpregie een dossier als prioritair aanmerkt, komt dit dossier bovenaan een intersectorale registratielijst te staan.³⁴ De jeugdhulpaanbieders zijn verplicht om een prioritair dossier op te nemen indien er een plaats vrijkomt, tenzij de weigering wordt gemotiveerd en het team jeugdhulpregie akkoord gaat met de opname van een ander dossier.³⁵ Indien een dossier volledig dreigt vast te lopen, kan het dossier worden bezorgd aan de Intersectorale Regionale Prioriteitencommissie (IRPC). Deze

³⁰ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 409, nr. 786.

³¹ Na de registratie en prioritering van de aanvraag, volgt de fase van matching van vraag en aanbod. Hierbij kunnen diverse stappen in het matchingsproces worden onderscheiden, die worden aangeduid met een welbepaalde status van aanmelding bij een voorziening. In de eerste fase neemt de jeugdhulpregisseur in zijn jeugdhulpverleningsvoorstel een lijst op met relevante voorzieningen. De voorzieningen die zijn opgenomen in het voorstel krijgen de status 'geselecteerd sinds'. Vervolgens moet de cliënt zijn voorkeurvoorziening(en) kenbaar maken. Indien de contactpersoon-aanmelder het akkoord van de cliënt voor een bepaalde voorziening heeft aangegeven, is de jongere aangemeld bij de voorziening (status 'weerhouden'). De voorzieningen die weerhouden zijn door de cliënt, krijgen toegang tot het A-document en het indicatiestellingsverslag, zodat zij over de nodige informatie beschikken om te beoordelen of de minderjarige in aanmerking komt om opgenomen te worden op de wachtlijst van de voorziening. Indien de voorziening akkoord gaat met de hulpvraag van de minderjarige bij de voorziening, komt de jongere op de wachtlijst van de voorziening te staan (status 'op wachtlijst sinds'). Indien de jongere wordt gekoppeld aan een vrije plaats, gaat de voorziening in gesprek met de cliënt om de hulp op te starten (status 'hulp gereserveerd'). In dit verband kan worden opgemerkt dat het moment waarop een intakegesprek wordt gevoerd, afhankelijk is van het beleid van de voorziening. Sommige voorzieningen voeren een intakegesprek op het moment dat zij weerhouden zijn door de cliënt, waardoor alle potentiële cliënten worden uitgenodigd, ongeacht of er een plaats vrij is. Andere voorzieningen gaan slechts over tot een intakegesprek indien er daadwerkelijk een plaats vrij komt. Indien de hulpverlening wordt opgestart (status 'hulp opgestart') moet deze opstart worden bevestigd door de jeugdhulpregie en wordt de einddatum van de hulpverlening vermeld (status 'hulpverlening tot'). Indien de hulpverlening bij een bepaalde voorziening werd beëindigd, dient dit tevens te worden geregistreerd (status 'hulp beëindigd'). Zie in die zin ook Handleiding Insisto, wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/professionelen/assets/docs/jeugdhulpaanbieders/itp/a-doc_handleiding-insisto-2014.pdf, 71-72. Zie over het procesmatige verloop van een opname A. VANDENBERK en I. DE COSTER, "De invalshoek van de directie" in S. OPDEBEECK en C. VAN AUDENHOVE (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, (25) 31.

³² J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 412, nr. 794.

³³ Art. 26, § 1, lid 1, 4° Decreet Integrale Jeugdhulp.

³⁴ Zie ook MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 27 en 32.

³⁵ Art. 37, zesde lid, 1° Besluit Integrale Jeugdhulp; J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 413, nr. 797.

commissie kan de jeugdhulpaanbieders die de gewenste modules hulpverlening aanbieden bij elkaar brengen en bemiddelen met het oog op de uitvoering van de hulpverlening.³⁶

De voorgaande mechanismen en prioriteitsregels vergen van de jeugdhulpaanbieders een soort van engagement om mee te werken aan de realisatie van geïndiceerde jeugdhulpverlening, tot en met het motiveren van een niet-opname, maar houden finaal geen verplichting in om een cliënt op te nemen of te begeleiden. Een specifieke opnameplicht is evenwel voorzien voor dossiers met de hoogste prioriteit.³⁷ Indien een tijdige opstart van de jeugdhulpverlening op basis van een dialoog tussen de minderjarige, zijn ouders of opvoedingsverantwoordelijken enerzijds en de jeugdhulpvoorziening anderzijds niet mogelijk is, kan de jeugdhulpregie de jeugdhulpaanbieders die de gewenste modules aanbieden, samenroepen teneinde de uitvoering van de geïndiceerde jeugdhulpverlening te bewerkstelligen.³⁸ Indien deze bemiddeling en onderhandeling niet resulteren in de uitvoering van de jeugdhulpverlening, kan de jeugdhulpregie de opdracht geven om binnen de beschikbare capaciteit een of meerdere modules niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening effectief uit te voeren. Jeugdhulpaanbieders kunnen in geen geval de uitvoering van deze jeugdhulpverlening weigeren.³⁹

Deze laatste dwingende fase van toewijzing is enkel mogelijk voor dossiers met de hoogste prioriteit. De hoogste prioriteit wordt toegekend aan drie typen van dossiers, met name:

(1) aan dossiers die het hele jeugdhulpregieproces hebben doorlopen en die, zelfs na overmaking aan de IRPC en navolgend overleg door de jeugdhulpregisseur, niet kunnen worden uitgevoerd;

(2) aan dossiers waarvoor in het indicatiestellingsverslag hulpverlening uit de gehandicaptensector is geïndiceerd en waarbij de betrokken minderjarige in een noodsituatie verkeert. Hierbij dient opgemerkt dat het begrip 'noodsituatie' niet gedefinieerd wordt in het Decreet Integrale Jeugdhulp, noch in de uitvoeringsbesluiten. Een omschrijving van het begrip is

³⁶ Art. 26, § 1, lid 1, 5° Decreet Integrale Jeugdhulp. Hierbij dient opgemerkt dat ook het team jeugdhulpregie de bevoegdheid heeft om alle betrokken partijen samen te brengen om een oplossing voor het dossier te vinden. De mogelijkheid om het dossier finaal voor te leggen aan de IRPC zou evenwel de garantie moeten bieden dat vertegenwoordigers van cliënten en van aanbieders betrokken worden in het gesprek. Zie in die zin MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 33.

³⁷ Art. 26, § 1, lid 1, 6° Decreet Integrale Jeugdhulp. Hierbij moet worden opgemerkt dat deze laatste dwingende fase van toewijzing slechts zelden voorkomt in de praktijk, daar de voorkeur wordt gegeven aan onderhandelde oplossingen.

³⁸ Zie ook MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 33.

³⁹ Art. 26, § 3 Decreet Integrale Jeugdhulp.

terug te vinden in de reglementering van de zorg voor personen met een handicap⁴⁰, doch dit heeft enkel betrekking op meerderjarigen⁴¹;

(3) aan dossiers die de jeugdrechter heeft laten inschrijven op de intersectorale registratielijst teneinde een hoogdringende maatregel uit te voeren. Opdat een jeugdrechter kennis kan nemen van een hoogdringende VOS-vordering, is vereist dat de gerechtelijke jeugdhulpmaatregel dringend noodzakelijk is, dat er voldoende aanwijzingen zijn dat de minderjarige onmiddellijk moet worden beschermd tegen een aantal situaties van mishandeling en verwaarlozing,⁴² en tenslotte dat het verlenen van vrijwillige jeugdhulpverlening niet meteen mogelijk is.⁴³

Voor dossiers met de hoogste prioriteit kan het team jeugdhulpregie beslissen tot een aanvullend geïndividualiseerd hulpaanbod, met specifieke subsidies voor de jeugdhulpaanbieder.⁴⁴ Deze aanvullende interventie dient te worden onderscheiden van het reguliere jeugdhulpaanbod en de jeugdhulpregie en heeft als doel om alsnog een jeugdhulpverlening op te starten.⁴⁵ Het aanvullende geïndividualiseerde hulpaanbod moet beschreven zijn in een zorgplan voor de minderjarige, dat wordt opgemaakt en ingediend bij het team jeugdhulpregie door de jeugdhulpaanbieder.⁴⁶ Specifiek voor minderjarigen met een meervoudige en complexe problematiek die geen toegang krijgen tot het reguliere aanbod, werd in een aanvullend geïndividualiseerd hulpaanbod voorzien door de invoering van het intersectorale zorgnetwerk.⁴⁷

⁴⁰ Art. 1, 12° B.Vl.Reg. 27 november 2015 over de indiening en de afhandeling van de aanvraag van een budget voor niet rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over de terbeschikkingstelling van dat budget, *BS* 15 januari 2016. Als noodsituatie dient te worden beschouwd: *“een onverwachte, acuut beleefde en objectief vastgestelde situatie waarbij aan de meerderjarige persoon met een handicap onmiddellijk hulp moet worden geboden vanwege het plotse wegvallen van de sociale context waardoor een zeer ernstige bedreiging is ontstaan voor de lichamelijke of geestelijke integriteit van de persoon met een handicap.”*

⁴¹ Zie hierover J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 413-414, nr. 797.

⁴² Deze situaties van mishandeling en verwaarlozing worden in art. 47, 2°, b) Decreet Integrale Jeugdhulp omschreven als *‘een vorm van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik, lichamelijke of geestelijke verwaarlozing of nalatige behandeling, mishandeling of exploitatie, met inbegrip van seksueel misbruik.’*

⁴³ Art. 47, 2° en 53 Decreet Integrale Jeugdhulp. In art. 71 Decreet 15 juli 2016 houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *BS* 19 augustus 2016 werd de vereiste dat geen vrijwillige jeugdhulpverlening mogelijk is *omdat de mogelijke instemmingen niet werkelijk zijn verkregen*, geschrapt. In de praktijk leidde de formulering tot een zeer strikte interpretatie van de mogelijkheid om de jeugdrechter te vorderen in geval van hoogdringendheid, waarbij eerst moest worden aangetoond dat de instemming van de ouders en/of minderjarige niet is verkregen. Op deze wijze werd er aldus een extra formele voorwaarde opgelegd (nl. de attestering dat er geen instemming tot jeugdhulpverlening werd verkregen), die niet in overeenstemming is met de geest van de decreetgever (MvT, *Parl. St. Vl.Parl. 2015-16*, nr. 733/1, 32-33).

⁴⁴ Art. 67, tweede lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁴⁵ Art. 40, § 2, eerste lid Besluit Integrale Jeugdhulp; J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 414, nr. 798.

⁴⁶ Art. 40, § 2, tweede lid Besluit Integrale Jeugdhulp.

⁴⁷ B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

Jongeren met een handicap en een complexe zorgvraag kunnen terecht in een intersectoraal zorgnetwerk.⁴⁸ In uitvoering van het besluit van 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk⁴⁹, heeft de Vlaamse regering aan drie samenwerkingsverbanden een kwaliteitslabel gegeven als een 'intersectoraal netwerk' dat een hulpprogramma voor jongeren met een complexe hulpvraag vorm geeft.⁵⁰ Er is een netwerk voor de provincie Antwerpen, een netwerk voor de provincies Limburg en Vlaams-Brabant en Brussel samen, en tenslotte een netwerk voor de provincies Oost- en West-Vlaanderen. Het intersectorale zorgnetwerk dient te garanderen dat elke jongere die wordt toegewezen een begeleiding krijgt. Het intersectorale zorgnetwerk kan daarbij geen jongeren weigeren.⁵¹ De toewijzing van een jongere aan een intersectoraal zorgnetwerk gebeurt na aanmelding van het dossier door de jeugdhulpregie bij de regiocoördinatoren, waarna deze hun advies uitbrengen aan de administrateur-generaal van het Agentschap Jongerenwelzijn, die beslist over de toewijzing van de jongere aan één van de intersectorale zorgnetwerken en over de termijn van de begeleiding.⁵² Het intersectorale zorgnetwerk verbindt zich ertoe om gedurende de duur van het kwaliteitslabel, d.i. zeven jaar, op jaarbasis tien jongeren voltijds te begeleiden.⁵³ Eens de begeleiding is opgestart, moet de continuïteit van de jeugdhulpverlening worden gegarandeerd door de opgestarte dossiers af te werken en te garanderen dat de jongere kan doorstromen binnen of buiten het intersectorale zorgnetwerk.⁵⁴ Teneinde de continuïteit te waarborgen, rust bovendien op het intersectorale zorgnetwerk de verplichting om na afloop van het kwaliteitslabel de begeleiding verder te

⁴⁸ Opstart uiterlijk tegen april 2016: zie Persbericht Jongerenwelzijn http://wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/assets/docs/persberichten/2016/20160304_pb-complexe-zorgvragen.pdf

⁴⁹ B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

⁵⁰ In dit verband is het interessant om de regelgeving omtrent internering aan te halen, waar een opnameplicht geldt voor private voorzieningen waarmee een samenwerkingsakkoord is gesloten. Door de opnameplicht te beperken tot die private inrichtingen die een principiële samenwerkingsovereenkomst hebben gesloten, wenst de wetgever de problemen omtrent de uitvoering van de rechterlijke beslissingen te voorkomen. De doeltreffendheid van de rechterlijke beslissing is daardoor niet langer afhankelijk van de voorafgaande instemming van de inrichting. Zie hierover GwH 18 februari 2016, nr. 22/2016, overw. B.51.3.

⁵¹ Art. 7, *in fine* B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

⁵² Art. 4 en 5 B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

⁵³ Art. 7, 1° B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

⁵⁴ Art. 7, 2° B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

zetten.⁵⁵ Deze verplichting tot continuïteit van de jeugdhulpverlening kan worden beschouwd als een vorm van begeleidingsplicht in hoofde van de jeugdhulpaanbieder.

Wat de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening betreft, bestaat er geen algemeen geldende opname- en begeleidingsplicht. Jeugdhulpaanbieders moeten meewerken aan de realisatie van de geïndiceerde jeugdhulpverlening en dienen de weigering om een hulpvrager op te nemen te motiveren, maar daaruit kan geen opnameplicht worden afgeleid. Enkel met betrekking tot dossiers met de hoogste prioriteit geldt een opnameplicht. In de specifieke context van het intersectorale zorgnetwerk geldt een begeleidingsplicht in hoofde van de jeugdhulpaanbieders. Bovendien kan het intersectorale zorgnetwerk geen jongeren weigeren die werden toegewezen.

b) Crisisjeugdhulpverlening

18. In elke regio wordt een permanent subsidiair aanbod crisisjeugdhulpverlening georganiseerd.⁵⁶ Onder een crisissituatie dient een acuut beleefde noodsituatie waarin onmiddellijk hulp moet worden geboden te worden verstaan.⁵⁷ Het gaat om een subsidiair hulpprogramma, hetgeen impliceert dat de inzet van een crisisinterventie, -begeleiding of -opvang enkel mogelijk is als de aanmelder⁵⁸, het eigen netwerk van de minderjarige, of een andere vorm van jeugdhulpverlening een ontoereikende oplossing bieden voor de crisissituatie.⁵⁹ De jeugdhulpaanbieders werken daartoe gezamenlijk een hulpprogramma crisisjeugdhulpverlening uit. De crisismeldpunten dienen crisisjeugdhulpverlening te garanderen aan elke minderjarige die wordt aangemeld en die zich in de regio bevindt op het ogenblik van de aanmelding.⁶⁰ Deze crisismeldpunten kunnen enkel worden opgenomen door centra voor algemeen welzijnswerk of centra voor kinderzorg en gezinsondersteuning.⁶¹

⁵⁵ Art. 7, 3° B.Vl.Reg. 9 oktober 2015 betreffende het intersectorale zorgnetwerk en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 februari 2014 betreffende de integrale jeugdhulp, wat betreft de prioritair toe te wijzen hulpvragen, *BS* 17 november 2015.

Hierbij dient opgemerkt dat de begeleiding kan lopen tot zeven jaar na de duur van het kwaliteitslabel. Het intersectorale zorgnetwerk engageert zich aldus voor een periode van veertien jaar.

⁵⁶ Art. 44, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁵⁷ Art. 2, § 1, 9° Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁵⁸ In beginsel kunnen enkel hulpverleners en jeugdmagistraten zich hiertoe richten indien ze worden geconfronteerd met een crisissituatie en ze inschatten dat ze zelf of met een doorverwijzing in de jeugdhulpverlening niet tijdig tot een gepaste oplossing kunnen komen. Uitzonderlijk kunnen cliënten rechtstreeks een beroep doen op het aanbod crisisjeugdhulpverlening wanneer zij geconfronteerd worden met een crisissituatie en ze zelf op het ogenblik van de crisissituatie niet in de mogelijkheid zijn om zich hiervoor te wenden tot een jeugdhulpaanbieder, een andere persoon of voorziening die jeugdhulpverlening aanbiedt of een dienstverlener. Zie art. 44, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁵⁹ MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* Vl.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 50.

⁶⁰ Art. 4, 1° MB 24 februari 2014 met betrekking tot de crisisjeugdhulpverlening in de integrale jeugdhulp, *BS* 12 maart 2014.

⁶¹ Art. 3 MB 24 februari 2014 met betrekking tot de crisisjeugdhulpverlening in de integrale jeugdhulp, *BS* 12 maart 2014.

In dit verband moet worden opgemerkt dat de capaciteit van de netwerken op twee wijzen wordt voorzien, met name moet een onderscheid worden gemaakt tussen het ‘verzekerd aanbod’ en het ‘mogelijk aanbod’ crisisjeugdhulpverlening. Jeugdhulpaanbieders in het ‘verzekerd aanbod’ houden plaatsen exclusief vrij voor het crisismeldpunt en dienen te garanderen dat zij jongeren kunnen opvangen of begeleiden indien een beroep wordt gedaan op hun aanbod.⁶² Het ‘mogelijk aanbod’ crisisjeugdhulpverlening bestaat uit jeugdhulpaanbieders die bevroegd worden door de crisismeldpunten en die hulp bieden indien zij een beschikbare plaats hebben. Deze jeugdhulpaanbieders behouden een zekere vrijheid om de jongere op te nemen of te begeleiden, rekening houdend met bijvoorbeeld de problematiek van de jongere, de samenstelling van de leefgroep, etc.

Wat de crisisjeugdhulpverlening betreft, geldt een bijzondere verplichting, met name een ‘realisatieplicht’ van crisis hulp. Op de jeugdhulpaanbieders die een ‘verzekerd aanbod’ crisisjeugdhulpverlening garanderen, rust een opnameplicht.

ii. Gerechtelijke jeugdhulpverlening

19. Indien er sprake is van een verontrustende situatie kan de jeugdrechter of jeugdrechtbank gerechtelijke jeugdhulpmaatregelen opleggen. Gerechtelijke jeugdhulpverlening kan enkel door de jeugdrechter of jeugdrechtbank worden bevolen op vordering van het Openbaar Ministerie.⁶³ In beginsel kan de jeugdrechter slechts optreden indien het Openbaar Ministerie aantoont dat het verlenen van vrijwillige jeugdhulpverlening niet mogelijk is en alles in het werk is gesteld om vrijwillige jeugdhulpverlening te realiseren, en er een doorverwijzing is van een gemandateerde voorziening.⁶⁴ Daarnaast kan het Openbaar Ministerie ook zonder doorverwijzing van een gemandateerde voorziening de zaak aanhangig maken bij de jeugdrechter indien het een gerechtelijke jeugdhulpmaatregel dringend noodzakelijk acht.⁶⁵ Zoals reeds werd opgemerkt, kan een jeugdrechter slechts kennisnemen van een hoogdringende VOS-vordering indien de gerechtelijke jeugdhulpmaatregel dringend noodzakelijk is, er voldoende aanwijzingen zijn dat de minderjarige onmiddellijk moet worden beschermd tegen

⁶² Zie ook art. 74, § 2 Besluit Integrale Jeugdhulp.

⁶³ Art. 47 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁶⁴ Art. 47, 1° Decreet Integrale Jeugdhulp. Zie ook MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 54. Hierbij moet worden opgemerkt dat het Openbaar Ministerie de vrijheid behoudt om de jeugdrechtbank te vorderen.

⁶⁵ Art. 47, 2° Decreet Integrale Jeugdhulp.

een aantal situaties van mishandeling en verwaarlozing,⁶⁶ en het verlenen van vrijwillige jeugdhulpverlening niet meteen mogelijk is.⁶⁷

20. Indien de jeugdrechter een maatregel wenst op te leggen die tot de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulp behoort, dient hij zijn vraag te laten inschrijven op de intersectorale registratielijst van de toegangspoort.⁶⁸ Het team jeugdhulpregie zet dit verzoek om in modules en geeft aan welke jeugdhulpaanbieders hiervoor in aanmerking komen gezien het jeugdhulpaanbod.⁶⁹ De jeugdrechter behoudt evenwel de bevoegdheid om over de aard en toewijzing van de gerechtelijke jeugdhulpmaatregel te beslissen. Het is de jeugdrechter die finaal de maatregel oplegt en desgevallend aangeeft wie deze dient uit te voeren.⁷⁰ De jeugdrechter kan dus na modulering van de vraag beslissen om een andere jeugdhulpaanbieder met de uitvoering van de maatregel te belasten, zij het dat in dat geval de uitvoering van de maatregel enige tijd kan duren.⁷¹ De uitvoerende macht en de voorziening zelf kunnen de keuze voor of de draagwijdte van de maatregelen niet wijzigen, zonder dat voorafgaand de jeugdrechter of jeugdrechtbank is tussengekomen.⁷²

In dit verband moet worden opgemerkt dat de opgelegde maatregelen in beginsel vatbaar zijn voor verlenging en herziening. De jeugdrechter of de jeugdrechtbank kan de meeste maatregelen verlengen voor een termijn die de maximumduur van de maatregel niet mag overschrijden.⁷³ De oriëntatie, observatie en gesloten plaatsing kunnen slechts eenmaal worden verlengd; de pedagogische richtlijn en het opvoedend project zijn niet verlengbaar.⁷⁴ Daarnaast kunnen de maatregelen (ambtshalve) door de jeugdrechter te allen tijde worden ingetrokken of op verzoek van de minderjarige of diens wettelijke vertegenwoordiger, de sociale dienst of het Openbaar Ministerie worden vervangen door een andere maatregel.⁷⁵ De procedure voor verlenging verloopt volgens dezelfde vormvereisten en procedurewaarborgen als deze vereist voor de

⁶⁶ Deze situaties van mishandeling en verwaarlozing worden in art. 47, 2°, b) Decreet Integrale Jeugdhulp omschreven als 'een vorm van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik, lichamelijke of geestelijke verwaarlozing of nalatige behandeling, mishandeling of exploitatie, met inbegrip van seksueel misbruik.'

⁶⁷ Art. 47, 2° en 53 Decreet Integrale Jeugdhulp. Merk op dat de derde voorwaarde, met name de vereiste dat geen vrijwillige jeugdhulpverlening mogelijk is, werd gewijzigd door art. 71 Decreet 15 juli 2016 houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *BS* 19 augustus 2016. Zie in die zin ook *Parl. St.* Vl.Parl. 2015-16, nr. 733/1, 32-33. Zie hierover *supra* nr. 17 en voetnoot 43.

⁶⁸ Ingevolge art. 72 Decreet 15 juli 2016 houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin is de jeugdrechter verplicht om ook de vragen tot niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening voor minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, te laten inschrijven op de intersectorale registratielijst.

⁶⁹ Art. 26, § 1, tweede lid en art. 55 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁷⁰ MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* Vl.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 120. Zie ook Mvt bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *Parl. St.* Vl.Parl. 2015-16, nr. 733/1, 33-34.

⁷¹ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 435, nr. 857.

⁷² J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 445, nr. 865.

⁷³ Art. 51, tweede lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁷⁴ Art. 51, tweede lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁷⁵ Art. 51, eerste lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

aanvankelijke beslissing.⁷⁶ De maatregelen eindigen van rechtswege op het ogenblik dat de minderjarige meerderjarig wordt.⁷⁷ De hulpverlening kan evenwel worden verdergezet na het bereiken van de meerderjarigheid, doch slechts in het kader van de vrijwillige jeugdhulpverlening, hetgeen impliceert dat de instemming van de jongere is vereist.

21. De partijen in het geding zijn de minderjarige vanaf 12 jaar en diens ouders, voogd en/of de persoon die de jongere onder zijn bewaring heeft.⁷⁸ De voorziening is geen partij in het geding. De beschikking of het vonnis van de jeugdrechter of de jeugdrechtbank is aldus niet *ipso facto* bindend ten aanzien van de voorziening. In tegenstelling tot de minderjarige, die zich niet aan de plaatsingsmaatregel kan onttrekken,⁷⁹ is een voorziening in beginsel niet verplicht om tot de opname van de minderjarige over te gaan. Aangezien er geen structurele opnameplicht geldt voor private voorzieningen, hebben zij, weliswaar binnen bepaalde grenzen, de vrijheid om de opdracht al dan niet te aanvaarden. Deze vrijheid wordt (in belangrijke mate) beperkt voor dossiers met de hoogste prioriteit in de integrale jeugdhulp, de crisisjeugdhulpverlening, de OOC's en de zgn. 1bis-voorzieningen (*supra* nr. 17-18 en *infra* nr. 26). Indien evenwel tot een opname wordt overgegaan, is de voorziening verplicht om de maatregel uit te voeren overeenkomstig de beslissing van de jeugdrechter. Daar een welbepaalde voorziening wordt belast met de uitvoering van een welbepaalde maatregel, kan de voorziening zonder tussenkomst van de jeugdrechter de uitvoering van de maatregel niet wijzigen of beëindigen.⁸⁰ Het is aldus niet mogelijk dat de voorziening op eigen initiatief bijvoorbeeld een residentiële begeleiding omzet in een contextbegeleiding zonder dat de jeugdrechter dit op voorhand heeft bepaald. Hieruit kan een zekere begeleidingsplicht in hoofde van de voorziening worden afgeleid. De voorziening heeft – zoals hierboven besproken – evenmin de mogelijkheid zelf een herziening te vragen: dat is beperkt tot de minderjarige, de sociale dienst of het Openbaar Ministerie. Bijgevolg moet de voorziening, indien zij de maatregel wenst te beëindigen, te wijzigen of te laten uitvoeren door een andere voorzieningen, zich wenden tot een van die partijen. Het meest voor de hand liggend is wellicht deze wens te richten tot de sociale dienst, die de situatie kan inschatten en in voorkomend geval de jeugdrechter of jeugdrechtbank kan vatten.

⁷⁶ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 443, nr. 861.

⁷⁷ Art. 52, tweede lid Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁷⁸ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 479, nr. 934; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht in APR*, Deurne, Kluwer, 1996, 554, nr. 1469.

⁷⁹ Zie in die zin bv. Rb. West-Vlaanderen (afd. Ieper) 14 januari 2016, *E-Zine TJK* 2016, afl. 4, waarin wordt gesteld dat de ouders van een minderjarig kind de plicht hebben om de rechterlijke beslissing inzake plaatsing van de minderjarige in een jeugdinstelling te respecteren. Ook al zijn de eerste en de tweede beklagde de ouders van het minderjarig kind, dan nog hebben alle beklagden de plicht om de rechterlijke beslissing die met betrekking tot de minderjarige werd genomen, te respecteren.

⁸⁰ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 445, nr. 865.

Uit de regelgeving omtrent de gerechtelijke jeugdhulp vloeit geen algemene opnameplicht voort. Indien een jeugdrechter een gerechtelijke jeugdhulpmaatregel wenst op te leggen, is een voorziening in beginsel niet verplicht om de minderjarige op te nemen. Indien een voorziening tot een opname overgaat, kan zij zonder tussenkomst van de rechter de uitvoering van de maatregel niet wijzigen of beëindigen, hetgeen een zekere begeleidingsplicht in hoofde van de voorziening inhoudt.

iii. Werkingsprincipes integrale jeugdhulp

22. Naast de bijzondere verplichting die op voorzieningen rust in geval van dossiers met de hoogste prioriteit en van crisisjeugdhulpverlening (wat ook een soort ‘realisatieplicht’ van crisis hulp inhoudt), kan in het Decreet Integrale Jeugdhulp geen algemene opname- en/of begeleidingsplicht in hoofde van private voorzieningen worden gevonden.

Ook uit het recht op jeugdhulp, zoals vervat in artikel 6 Decreet Integrale Jeugdhulp, vloeit geen opname- of begeleidingsplicht voort. Minderjarigen, evenals hun ouders of opvoedingsverantwoordelijken in zoverre hun hulpvraag of -behoefte verband houdt met de opvoeding of de ontwikkeling van de minderjarige, hebben binnen het beschikbare jeugdhulpaanbod het recht op gepaste en accurate jeugdhulp zoals bedoeld in het decreet. Hoewel de precieze inhoud en draagwijdte van dit recht op jeugdhulp onduidelijk is, wordt geen algemeen recht op hulp- en dienstverlening gewaarborgd, waarbij de overheid kan worden aangesproken indien dit niet voorhanden is.⁸¹ Slechts in de mate dat uit het Decreet Integrale Jeugdhulp concrete verplichtingen voortvloeien in hoofde van de jeugdhulpaanbieders, kunnen cliënten een aanspraak laten gelden.⁸² Er is slechts sprake van een recht binnen het beschikbare jeugdhulpaanbod.⁸³ Bovendien vloeit hieruit niet voort dat jeugdhulpverlening kan worden afgedwongen van een specifieke jeugdhulpaanbieder, buiten de expliciete opnameplicht in geval van dossiers met de hoogste prioriteit.

23. Eén van de werkingsprincipes geformuleerd in het Decreet Integrale Jeugdhulp is de continuïteit van de jeugdhulp. Dit principe impliceert geen begeleidingsplicht in hoofde van de jeugdhulpaanbieders, maar houdt onder meer de verplichting in om te zorgen voor een passende verwijzing en een naadloze overgang naar andere vormen van hulpverlening.

⁸¹ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 390, nr. 748; M. VAN DEN BERG, “Jeugdzorg of jeugdhulp: een wereld van verschil?”, *Panopticon* 2005, afl. 6, (9) 18.

⁸² J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 391, nr. 750.

⁸³ Zie in die zin ook B. DE SMET, *Juridische aanpak van problemen rond opvoeding. Begeleiding van kinderen in nood en onbuigzame pubers*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 126.

Continuïteit in de jeugdhulpverlening is onder meer aan de orde wanneer een hulpvrager wordt doorverwezen naar een andere jeugdhulpaanbieder of wanneer meerdere jeugdhulpaanbieders betrokken zijn bij de hulpverlening. In complexe dossiers met verschillende jeugdhulpaanbieders dient een van hen als coördinator op te treden.⁸⁴

Bij de aanmelding van een cliënt bij de toegangspoort of een gemandateerde voorziening blijft de aanmelder tijdens de afhandeling van de aanmelding mee verantwoordelijk voor de jeugdhulpverlening.⁸⁵ De wetgever wilde hiermee vermijden dat het onderscheid tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening zou leiden tot een breuk in het hulpverleningstraject.⁸⁶ In afwachting van het opstarten van de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening staat de aanmelder in de mate van het mogelijke in voor de voortzetting van de lopende jeugdhulpverlening, zodat de continuïteit van de zorg wordt gewaarborgd.⁸⁷ De aanmelder dient de cliënten en andere hulpverleners te betrekken bij de aanvraag, tijdens de behandeling van de aanvraag de communicatie te verzorgen en de jeugdhulpverlening te coördineren.⁸⁸ Indien een multidisciplinair team, een gemandateerde voorziening of een sociale dienst wordt betrokken bij het aanmeldingsproces, wordt deze verantwoordelijkheid in beginsel aan deze instantie overgedragen.⁸⁹

Daarnaast dient bemiddeling en cliëntoverleg bij te dragen tot de continuïteit van de jeugdhulp. Jeugdhulpaanbieders die zich genoodzaakt zien om zich terug te trekken uit het hulpverleningstraject, bijvoorbeeld omwille van de specifieke situatie of kenmerken van de minderjarige, moeten voorzien in overleg of bemiddeling om middels samenwerking tot een oplossing te komen, hetzij binnen de eigen voorziening, hetzij in een andere.⁹⁰

In dit verband kan worden opgemerkt dat, teneinde de continuïteit van de hulpverlening te waarborgen, de intersectorale toegangspoort kan beslissen over de voortzetting van de (niet-rechtstreeks toegankelijke) jeugdhulpverlening voor jongvolwassenen, d.i. voor meerderjarigen tussen 18 en 25 jaar.⁹¹ Een verderzetting van de jeugdhulpverlening kan aangevraagd worden op voorwaarde dat voor deze persoon in het verleden niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening is aangevraagd.⁹² Er is niet vereist dat de jongere op het ogenblik van de

⁸⁴ Art. 30, eerste lid, 3° Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁸⁵ Art. 31, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁸⁶ MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 40.

⁸⁷ MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 41.

⁸⁸ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 409, nr. 785.

⁸⁹ Art. 25 Besluit Integrale Jeugdhulp.

⁹⁰ Art. 30, 4° Decreet Integrale Jeugdhulp; MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 1952/1, 39.

⁹¹ Art. 18, § 3 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁹² Art. 26, derde lid, 2° Besluit Integrale Jeugdhulp.

aanvraag gebruik maakt van de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening.⁹³ Opdat de hulpverlening kan worden verdergezet, is vereist dat in het indicatiestellingsverslag typemodules zijn geïndiceerd die kunnen worden ingezet voor personen ouder dan 18 jaar.⁹⁴ De verderzetting van de jeugdhulpverlening is evenwel subsidiair aan de reguliere hulpverlening voor meerderjarigen. Slechts indien niet onmiddellijk een plaats kan worden gevonden of er geen passend aanbod is in de hulpverlening voor meerderjarigen, kan een beroep worden gedaan op de voortgezette jeugdhulpverlening.^{95, 96}

b. Decreet Bijzondere Jeugdbijstand

24. Door het Decreet Integrale Jeugdhulp is een aanzienlijk deel van het Decreet Bijzondere Jeugdbijstand opgeheven, daar het hulpaanbod van de bijzondere jeugdbijstand werd geïntegreerd in de integrale jeugdhulp.

Overeenkomstig artikel 47, § 2 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand zijn gemeenschapsinstellingen, binnen de vastgestelde maximumcapaciteit, belast met het uitvoeren van opdrachten inzake oriëntatie, observatie, residentiële begeleiding en opvang zoals bepaald in artikel 48, § 1, eerste lid, 8°, 9°, 11° en 12° Decreet Integrale Jeugdhulp en in de Jeugdwet. Hoewel artikel 47, § 2 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand niet uitdrukkelijk in een opnameplicht voorziet, wordt voor de gemeenschapsinstellingen aangenomen dat zij een opnameplicht hebben binnen hun maximumcapaciteit.^{97, 98} Deze opnameplicht vindt tevens zijn grondslag in het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst (*supra* nr. 10). Dergelijke opname- en/of begeleidingsplicht geldt evenwel niet voor private voorzieningen.

⁹³ Art. 26, derde lid, 1° Besluit Integrale Jeugdhulp.

⁹⁴ Art. 26, derde lid, 3° Besluit Integrale Jeugdhulp.

⁹⁵ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 374, nr. 719.

⁹⁶ Voor een toepassing in de rechtspraak, zie bv. KG Rb. Limburg (afd. Hasselt) 9 september 2014, AR 14/309/C, onuitg. *In casu* oordeelde de rechter dat het gegeven dat een zorgbehoevende dreigt verstoken te worden van elke vorm van ondersteuning, terwijl de continuïteit van de opvang in een professionele setting onontbeerlijk kan zijn, een toestand van urgentie uitmaakt. Door niet in de continuïteit van de opvang te voorzien, is het VAPH haar opdracht, m.n. het realiseren van de maatschappelijke integratie en participatie van personen met een handicap door ondersteuning te verlenen, niet nagekomen.

⁹⁷ De maximumcapaciteit is vastgelegd in art. 22 B.VI.Reg. 24 oktober 2008 tot uitvoering van het decreet van 7 maart 2008 inzake bijzondere jeugdbijstand en het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003, BS 2 maart 2009.

⁹⁸ Zie MvT bij het ontwerp van decreet bestuurlijk beleid, *Parl.St.* VI.Parl. 1989-90, nr. 395/9, 17, waarin wordt gesteld dat gemeenschapsinstellingen een opnameplicht hebben en een subsidiaire functie vervullen ten opzichte van minder ingrijpende hulpverleningsvormen.

c. Samenvatting

In het Decreet Integrale Jeugdhulp kan geen algemeen geldende opname- of begeleidingsplicht worden gelezen. Uit de werkingsprincipes van de integrale jeugdhulp vloeit onder meer voort dat de jeugdhulpaanbieders moeten zorgen voor een passende verwijzing en een naadloze overgang naar andere vormen van hulpverlening, maar dit vormt geen begeleidingsplicht in hoofde van de jeugdhulpaanbieders. Ook het recht op jeugdhulp impliceert niet dat de hulpverlening kan worden afgedwongen van een specifieke jeugdhulpaanbieder.

Wat de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening betreft, moeten de jeugdhulpaanbieders meewerken aan de realisatie van de geïndiceerde hulpverlening en moet een opnameweigering worden gemotiveerd, maar daaruit vloeit geen opnameplicht voort. Een specifieke opnameplicht is wel voorgeschreven voor de dossiers met de hoogste prioriteit. Ook wat de crisisjeugdhulpverlening betreft geldt een bijzondere verplichting, met name een soort van 'realisatieplicht' van crishulp. In de specifieke context van het intersectorale zorgnetwerk geldt een begeleidingsplicht in hoofde van de jeugdhulpaanbieders. Bovendien kan het intersectorale zorgnetwerk geen jongeren weigeren die werden toegewezen. Indien door de jeugdrechter een gerechtelijke jeugdhulpmaatregel wordt opgelegd, kan de voorziening die de opname van de minderjarige aanvaardt, de uitvoering van de maatregel niet wijzigen of beëindigen zonder tussenkomst van de jeugdrechter.

Wat de rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening betreft voorziet de regelgeving niet in specifieke verplichtingen die de opname- of begeleidingsvrijheid beïnvloeden.

Hoewel in het Decreet Bijzondere Jeugdbijstand geen expliciete opnameplicht is opgenomen, kan voor de gemeenschapsinstellingen een opnameplicht binnen hun maximumcapaciteit worden afgeleid. Voor private voorzieningen geldt dergelijke verplichting niet.

B. Erkennings- en subsidiëringsnormen

a. Bijzondere jeugdbijstand

25. De erkenning en subsidiëring van voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand wordt geregeld in het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.⁹⁹ Elke inrichtende macht die minderjarigen in een voorziening wenst op te nemen of door deze voorziening wenst laten te begeleiden, dient vooraf deze voorziening te laten erkennen.¹⁰⁰ De erkenning kan worden

⁹⁹ B.VI.Reg. 13 juli 1994 inzake de erkenningsvoorwaarden en de subsidiënormen voor de voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand, BS 10 december 1994.

¹⁰⁰ Art. 48 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand en art. 21 Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

omschreven als een eenzijdige administratieve rechtshandeling die door de overheid wordt gesteld, met als doel de reglementering van private activiteiten of het toewijzen van een activiteit van een openbare dienst.¹⁰¹ De erkenning en subsidiëring van voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand werd recent hervormd, waardoor de opdeling van de verschillende hulpverleningsvormen in erkenningscategorieën grotendeels werd afgeschaft.¹⁰² De voormalige begeleidingstehuizen, gezinstehuizen, onthaal-, oriëntatie- en observatiecentra, dagcentra, thuisbegeleidingsdiensten en diensten voor begeleid zelfstandig wonen zijn overgegaan in de ‘organisaties voor bijzondere jeugdzorg’. Enkel de diensten voor herstelgerichte constructieve afhandeling en de diensten voor crisishulp aan huis werden behouden.

Thans worden de organisaties voor bijzondere jeugdzorg erkend volgens bepaalde typemodules, die toelaten zorg op maat aan te bieden. De voorzieningen ontvangen zgn. enveloppesubsidies waarmee ze modules moeten ontwikkelen en aanbieden.¹⁰³ Door de invoering van de integrale jeugdhulp wordt het jeugdhulpaanbod van de betrokken sectoren immers in modules opgedeeld, waardoor de voorzieningen hulpverleningsmodules aanbieden.¹⁰⁴ Er kunnen zes typemodules worden onderscheiden, met name contextbegeleiding, contextbegeleiding in functie van autonoom wonen, dagbegeleiding in groep, verblijf, ondersteunende begeleiding en kortdurend (crisis)verblijf.

26. Het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand bevat een drietal specifieke bepalingen waarin een (gedeeltelijke) opname- of begeleidingsplicht kan worden gelezen.

Ten eerste hebben organisaties voor bijzondere jeugdzorg die erkend zijn om modules verblijf aan te bieden (voormalige begeleidingstehuizen) een opnameplicht tot uitputting van hun capaciteit, in zoverre zij uitsluitend minderjarigen opnemen vanaf de leeftijd van twaalf jaar die vooraf werden opgenomen in een onthaal-, oriëntatie- en observatiecentrum.¹⁰⁵ Deze organisaties kunnen een bijkomende erkenning krijgen om voor een gedeelte van hun modules uitsluitend minderjarigen te begeleiden die rechtstreeks uit een gemeenschapsinstelling komen.¹⁰⁶ Hieruit vloeit evenwel geen opname- of begeleidingsplicht voort, enkel de verplichting om voor deze capaciteit uitsluitend de vooropgestelde doelgroep te begeleiden.

¹⁰¹ V. VERDEYEN en J. PUT, *Het overheidsinstrumentarium in de zorgsector*, Leuven, SWVG, 2011, www.steunpuntwvg.be, 20.

¹⁰² Zie B.Vl.Reg. 11 januari 2013 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 1994 inzake de erkenningsvoorwaarden en de subsidiënormen voor de voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand, wat betreft het inschrijven van de mogelijkheid tot een experimenteel modulair kader, *BS* 1 maart 2013.

¹⁰³ B. VERSCHUERE, *Welzijn in Vlaanderen: beleid, bestuurlijke organisatie en uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2014, 37.

¹⁰⁴ Zie ook B.Vl.Reg. 9 december 2005 betreffende de modulering in de integrale jeugdhulp, *BS* 23 februari 2006.

¹⁰⁵ Art. 53bis, § 3 *juncto* art. 3, § 4 en art. 13, 2° Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁰⁶ Dit betreft het vroegere projectmatige GKRb-aanbod (Gestructureerde Kortdurende Residentiële Begeleiding). Deze hulpvorm wordt toegepast op jongeren die werden opgenomen in een gemeenschapsinstelling. Zie hierover ook Toelichting bij het besluit van de Vlaamse Regering van 25 juni 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse

Ten tweede zijn, overeenkomstig artikel 53 *duodevicies* van het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand, onthaal-, oriëntatie- en observatiecentra (OOOC's) in een modulair kader inrichtingen die voor het ene gedeelte van hun totale capaciteit uitsluitend minderjarigen moeten opnemen voor diagnostiek en voor het andere gedeelte van hun capaciteit welbepaalde categorieën van minderjarigen opnemen, zijnde 1) minderjarigen die noch teruggebracht kunnen worden door de politionele overheden bij de personen die hen onder hun bewaring hebben, noch onmiddellijk voor het parket kunnen worden gebracht, 2) minderjarigen die niet onmiddellijk door het parket naar de jeugdrechter kunnen worden verwezen, 3) minderjarigen voor wie naar gepaste hulp en bijstand wordt gezocht. Op deze onthaal-, oriëntatie- en observatiecentra rust een opnameplicht.

Ten derde bieden diensten voor crisishulp aan huis een kortdurende¹⁰⁷, intensieve en ambulante begeleiding aan op een mobiele wijze. De hulpverlening wordt aangeboden aan gezinnen in een perspectiefloze opvoedingssituatie en heeft als voornaamste doel een plaatsing van minderjarigen te vermijden en gezinnen een opvoedingsperspectief te bieden.¹⁰⁸ Deze diensten moeten de standaarden 'crisishulp aan huis' opgelegd door de overheid, vermeld in bijlage 7 van het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand, naleven. Relevant in het kader van een mogelijke opname- en begeleidingsplicht is de standaard waarin wordt gesteld dat een hulpverlening snel dient te worden opgestart indien er een begeleidingsmogelijkheid is, met name indien er plaats is bij een van de gezinsmedewerkers.¹⁰⁹ Hieruit kan een opnameplicht worden afgeleid binnen de beschikbare capaciteit van de dienst. Verder wordt gesteld dat een zorgzame afronding moet worden nagestreefd. Dit wordt onder meer bereikt door aan het thema vervolghulp uitdrukkelijk aandacht te besteden en door na te gaan of en zo ja welke hulp verder vereist is. Nazorg kan eventueel op een flexibele manier worden georganiseerd.¹¹⁰ Deze standaard focust op de continuïteit van de hulpverlening en situeert zich bijgevolg op het niveau van een mogelijke begeleidingsplicht. Hieruit lijkt eerder de verplichting voort te vloeien om voor passende verwijzing te zorgen door op zoek te gaan naar gepaste vervolghulp binnen het eigen of professionele netwerk, dan een echte begeleidingsplicht in hoofde van de diensten voor crisishulp aan huis.

Regering van 13 juli 1994 inzake de erkenningsvoorwaarden en de subsidiënormen voor de voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand, wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/professionelen/assets/docs/private-voorzieningen/toelichting_sector_wijziging_bvr19940713.pdf.

¹⁰⁷ Er wordt vooropgesteld dat een crisisbegeleiding 28 dagen duurt. De periode kan maximaal twee keer met een week worden verlengd, indien dit wordt gemotiveerd vanuit de behoefte om de hulp af te ronden. Zie de standaarden voor de structuur van het programma, Bijlage 7 Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁰⁸ Bijlage 7 Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁰⁹ Standaard 'Snelheid opstarten begeleiding' Bijlage 7 Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹¹⁰ Standaard 'Zorgzame afronding' Bijlage 7 Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

27. De centra voor integrale gezinszorg zijn sinds 1 januari 2014 toegevoegd aan de voorzieningen voor bijzondere jeugdbijstand.¹¹¹ De erkenning en subsidiëring wordt voortaan geregeld door het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.¹¹² Centra voor integrale gezinszorg zijn voorzieningen die voor de begeleiding en het verblijf van ouders en hun kinderen zorgen, of die zorgen voor aanstaande ouders van wie de gezinscohesie, de zorg voor de komende generatie en de maatschappelijke integratie in het gedrang komt of is verstoord.¹¹³ Uit het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand kan geen opname- of begeleidingsplicht in hoofde van de centra voor integrale gezinszorg worden afgeleid.

28. Er kan nog worden opgemerkt dat de voorzieningen in hun kwaliteitsbeleid moeten rekening houden met gelijke kansen, op het gebied van toegankelijkheid, diversiteit en non-discriminatie.¹¹⁴

In het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand zijn enkele bepalingen opgenomen die de vrijheid van private voorzieningen om een minderjarige op te nemen of de begeleiding te beëindigen, beperken. Zo geldt voor de OOC's een specifieke opnameplicht. Daarnaast dienen de diensten crisishulp aan huis de hulpverlening snel op te starten indien er een begeleidingsmogelijkheid is. Tenslotte wordt de opnamevrijheid beperkt voor de organisaties voor bijzondere jeugdzorg die erkend zijn om modules verblijf aan te bieden, in die zin dat zij zich moeten richten op jongeren met een specifiek voortraject (OOC's en gemeenschapsinstellingen).

b. Centra voor kindercare en gezinsondersteuning

29. De kernopdracht van de centra voor kindercare en gezinsondersteuning bestaat uit het aanbieden van mobiele en ambulante begeleidingen, crisisopvang en korte residentiële opvang. Deze hulpverlening is rechtstreeks toegankelijk en vertrekt vanuit de bereidheid van de ouders om hieraan mee te werken.¹¹⁵ Daarnaast kunnen centra voor kindercare en gezinsondersteuning ook residentiële opvang aanbieden. De hulpverlening die daaronder valt is niet rechtstreeks toegankelijk en is gericht op gezinnen met multifactoriële problemen.¹¹⁶ Uit de erkenningsnormen kan geen opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid.

¹¹¹ Voorheen werd de erkenning en subsidiëring van de CIG's geregeld in B.VI.Reg. 24 juli 1997 tot regeling van de erkenning en de subsidiëring van de centra voor integrale gezinszorg, BS 27 november 1997.

¹¹² Art. 53*duodecies* – 53*sexiesdecies* Besluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹¹³ Art. 53*duodecies* Besluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹¹⁴ Art. 11*bis*, tweede lid Besluit Bijzondere Jeugdbijstand.

¹¹⁵ Art. 2, tweede lid B.VI.Reg. 9 november 2012 inzake erkenning en subsidiëring van de centra voor kindercare en gezinsondersteuning, BS 18 januari 2013.

¹¹⁶ Art. 2, derde lid Erkenningsbesluit Kinderzorg en Gezinsondersteuning.

c. Minderjarige personen met een handicap

i. Multifunctionele centra voor minderjarigen

30. De erkenning en subsidiëring van de multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap (hierna: MFC) wordt geregeld in het Erkenningsbesluit MFC¹¹⁷ en in het Erkenningsbesluit VAPH.¹¹⁸ Een MFC kan voor de niet-rechtstreeks toegankelijke modules dagopvang, verblijf, begeleiding of diagnostiek enkel ondersteuning bieden aan cliënten die over een jeugdhulpverleningsbeslissing¹¹⁹ of een indicatiestellingsverslag¹²⁰ beschikken.¹²¹ Een MFC kan in beginsel slechts cliënten opnemen tot de leeftijd van 21 jaar, maar in bepaalde gevallen kan de cliënt verder ondersteund worden door het MFC tot 25 jaar.¹²² Een MFC kan modules met de ondersteuningsfuncties verblijf, schoolaanvullende of schoolvervangende dagopvang, begeleiding of diagnostiek aanbieden.¹²³

Voor kinderen en jongeren met ernstige gedrags- en emotionele problemen zijn er de zgn. GES+-plaatsen, waarbij een zeer intensieve residentiële ondersteuning wordt geboden.¹²⁴ Binnen een voorziening met een GES+-erkenning is er een speciaal aanbod voor kinderen en jongeren met een extreme gedrags- en emotionele problematiek.¹²⁵ Om gebruik te kunnen maken van het GES+-aanbod is vereist dat in de jeugdhulpverleningsbeslissing de typemodule 'verblijf voor minderjarigen met een GES+-problematiek' is geïndiceerd. Indien de ondersteuningsnood in die mate wijzigt dat deze niet meer past binnen de GES+-omkadering, dient er een doorstroom te zijn naar de reguliere jeugdhulpverlening.¹²⁶ Strikt genomen geldt geen opnameplicht in deze regeling, maar er is uiteraard minstens een verhoogde verwachting dat de betrokken plaatsen ook effectief worden ingezet voor jongeren met de indicatie GES+.

¹¹⁷ B.VI.Reg. 26 februari 2016 houdende erkenning en subsidiëring van multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap, *BS* 12 april 2016.

¹¹⁸ B.VI.Reg. 4 februari 2011 betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 8 april 2011.

¹¹⁹ Art. 26, eerste lid, 3° Decreet Integrale Jeugdhulp.

¹²⁰ Art. 21, eerste lid, 2° Decreet Integrale Jeugdhulp.

¹²¹ Art. 8, eerste en derde lid Erkenningsbesluit MFC.

¹²² Zie hierover art. 9, § 2 - § 3 Erkenningsbesluit MFC.

¹²³ Art. 10 Erkenningsbesluit MFC.

¹²⁴ Hierbij kan worden opgemerkt dat GES+ is ontstaan voor jongeren waarbij de problematiek zodanig complex is dat het voor reguliere voorzieningen niet vanzelfsprekend is om met hen aan de slag te gaan of te blijven. Zie hierover *Werkingsprocessen in de Intersectorale Toegangspoort. Wat doen de teams Indiciestelling en Jeugdhulpregie?*, http://wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/assets/docs/publicaties/nieuwsbrief/2014/bijlagen_nieuwsbrief/06/20120527_nota_werkingsprocessen_extern_201405.pdf, 21.

¹²⁵ Zie hierover Omz. Uitbreidingsbeleid 2010, 28 oktober 2009, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl>. Hierbij kan worden opgemerkt dat in 2016 geen bijkomende middelen werden voorzien voor GES+-plaatsen. De aanwending en spreiding van de bestaande plaatsen wordt geëvalueerd in samenhang met andere initiatieven die gericht zijn op de opvang en ondersteuning van jongeren met zeer complexe problematieken. Zie Omz. Uitbreidingsbeleid personen met een handicap 2016, 22 januari 2016, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013944>.

¹²⁶ Zie in die zin Richtlijnen MFC, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/9182304-Richtlijnen+MFC.html>, 10.

31. Uit de erkennings- en subsidiëeringsnormen kan geen specifieke opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid. Er is evenwel een expliciete bepaling opgenomen waarin wordt gesteld dat de voorzieningen geen cliënten kunnen weigeren op grond van etnische afkomst, nationaliteit, geslacht, seksuele geaardheid, sociale achtergrond, ideologische, filosofische of godsdienstige overtuiging, of financieel onvermogen.¹²⁷ Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat het discriminatieverbod, zoals onder meer vervat in de artikelen 10 en 11 Gw. en het Antidiscriminatie-decreet, ook van toepassing is indien niet expliciet opgenomen in een specifieke sectorale bepaling (*infra* nr. 74).

In dit verband kan worden opgemerkt dat de voorziening een protocol van verblijf, behandeling of begeleiding, alsmede een schriftelijke individuele dienstverleningsovereenkomst moet opstellen met de cliënt of zijn vertegenwoordiger.¹²⁸ De cliënt die toegang tot de voorziening heeft verkregen, ontleent zijn subjectief recht op zorg aan deze dienstverleningsovereenkomst. Indien de voorziening niet zelf kan voorzien in bepaalde noden van de cliënt bij de uitvoering van de overeenkomst, moet ze actief zoeken naar samenwerking met derden en daarbij zorgen voor de continuïteit van de ondersteuning.¹²⁹ De voorziening kan in beginsel de cliënt niet eenzijdig ontslaan of eenzijdig de ondersteuning beëindigen, tenzij om een van de redenen vermeld in artikel 37, § 1 Erkenningsbesluit VAPH¹³⁰ en op voorwaarde dat deze eenzijdige opzegging schriftelijk wordt gemotiveerd.

ii. Thuisbegeleidingsdiensten

32. De thuisbegeleidingsdiensten kunnen zowel rechtstreeks toegankelijke als niet-rechtstreeks toegankelijke hulp aanbieden. De rechtstreeks toegankelijke hulp richt zich zowel tot meerderjarigen als tot minderjarigen die geholpen kunnen worden met een beperkte ondersteuning. Opdat een minderjarige gebruik zou kunnen maken van de rechtstreeks toegankelijke hulp, is het mogelijk, maar niet noodzakelijk dat de minderjarige reeds door de intersectorale toegangspoort werd erkend als persoon met een handicap. Indien evenwel geen aanvraag werd ingediend of de intersectorale toegangspoort oordeelde dat de minderjarige geen handicap heeft, kan de minderjarige alsnog gebruik maken van de rechtstreeks toegankelijke

¹²⁷ Art. 5 Erkenningsbesluit VAPH.

¹²⁸ Art. 8-16 Erkenningsbesluit VAPH.

¹²⁹ Art. 16, tweede lid Erkenningsbesluit VAPH.

¹³⁰ Deze redenen zijn: 1° in geval van overmacht; 2° als de beslissing tot tenlasteneming door het VAPH de opname of begeleiding niet toelaat; 3° als de gebruiker niet meer aan de bijzondere opnamevoorwaarden, vermeld in het charter, voldoet; 4° als de lichamelijke of geestelijke toestand van de gebruiker dermate gewijzigd is dat het zorgaanbod van de voorziening niet meer kan beantwoorden aan de noden en zorgvragen van de gebruiker; 5° als de gebruiker of zijn wettelijke vertegenwoordiger de verplichtingen, vastgelegd in het protocol van verblijf, behandeling of begeleiding of het charter niet nakomt; 6° als de gebruiker of zijn vertegenwoordiger bedrieglijke gegevens heeft verstrekt over de verklaring op erewoord; 7° als de gebruiker of zijn vertegenwoordiger geen overeenkomst sluit met het VAPH als hij een vergoeding voor hulp van derden of ondersteuning door een voorziening heeft ontvangen, om die vergoeding voor de ondersteuning aan te wenden of de verplichtingen van die overeenkomst niet nakomt.

hulp indien er een vermoeden is van een handicap.¹³¹ Het is toegestaan om tijdelijk gebruik te maken van rechtstreeks toegankelijke hulp in afwachting van meer intensieve niet-rechtstreeks toegankelijke ondersteuning. Bij het verlenen van rechtstreeks toegankelijke hulp moet geen individuele dienstverleningsovereenkomst worden opgemaakt.¹³² Opdat een minderjarige gebruik zou kunnen maken van de niet-rechtstreeks toegankelijke hulp, is een jeugdhulpverleningsbeslissing nodig van de intersectorale toegangspoort.

Uit de erkennings- en subsidiëringnormen kan geen specifieke opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid.

d. Samenvatting

De in het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand gedetecteerde bepalingen leggen aan specifieke types van organisaties en hulpverleningsmodules, de verplichting op hun capaciteit te gebruiken, maar dat staat op zich nog niet gelijk met de verplichting om de eerste cliënt die zich aandient of die wordt verwezen, meteen op te nemen – of omgekeerd, dat de betrokken cliënt verplicht zou zijn gebruik te maken van de hulpverlening aangeboden door de organisatie waar een plaats is vrijgekomen. Anders gezegd: een verplichting om vrijgekomen plaatsen onmiddellijk in te vullen, sluit een beperkt intakebeleid van de voorziening en het weigeringsrecht van de cliënt niet uit. Zeker gezien de permanente wachtlijsten in de jeugdhulp, is het waarschijnlijk dat er voor een vrijgekomen plaats meer dan één potentiële cliënt in aanmerking komt. De wetgeving regelt niet in detail hoe dit ‘matchingsproces’ moet gebeuren, zodat er in de praktijk ruimte lijkt te zijn voor een zekere flexibiliteit. Ook hierbij zijn evenwel twee nuanceringen te formuleren. Ten eerste moet wél rekening worden gehouden met de algemene principes van de integrale jeugdhulp, waaronder het principiële recht op jeugdhulp en de beginselen van tijdige toegang en continuïteit. Ten tweede wordt de onderhandelingsruimte in een aantal situaties wettelijk ingeperkt: dossiers met de hoogste prioriteit in de integrale jeugdhulp, crisisjeugdhulpverlening en de OOOO’s. Ook voor de zgn. *1bis*-voorzieningen geldt een beperking, in die zin dat ze zich moeten richten op jongeren met een specifiek voortraject (OOO’s of gemeenschapsinstellingen).

Wat de centra voor kinderzorg en gezinsondersteuning enerzijds en de zorg voor minderjarigen met een handicap anderzijds betreft, kan in de desbetreffende erkennings- en subsidiëringnormen geen algemene opname- of begeleidingsplicht worden gelezen. Voor de multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap is een expliciete bepaling

¹³¹ Zie in die zin art. 2, 9° B.Vl.Reg. 22 februari 2013, BS 19 maart 2013. Zie ook Richtlijnen rechtstreeks toegankelijke hulp, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/7983778>, 6.

¹³² Art. 19 B.Vl.Reg. 17 december 1996 betreffende de erkenning en subsidiëring van thuisbegeleidingsdiensten voor personen met een handicap, BS 14 februari 1997 (hierna: Erkenningsbesluit Thuisbegeleidingsdiensten).

opgenomen waarin wordt gesteld dat een MFC geen cliënt kan weigeren op grond van 'verdachte' criteria. Ook andere voorzieningen kunnen geen cliënten weigeren omwille van discriminerende motieven, en dit op grond van het algemene (grondwettelijk) principe van gelijkheid en non-discriminatie.

C. Kwaliteitsnormen

33. Elke voorziening in de gezondheids- en welzijnssector is verplicht om een kwaliteitsbeleid uit te bouwen. De vereisten om aan kwaliteitszorg te doen zijn terug te vinden in het Kwaliteitsdecreet.¹³³ Artikel 3 van het Kwaliteitsdecreet impliceert de verplichting om aan iedere cliënt verantwoorde zorg te verstrekken, zonder onderscheid van leeftijd of geslacht, van ideologische, filosofische of godsdienstige overtuiging, van ras of geaardheid en zonder onderscheid van de vermogenstoestand van de betrokkene.¹³⁴ De verantwoorde zorg voldoet daarbij aan de vereisten van doeltreffendheid, doelmatigheid, continuïteit, maatschappelijke aanvaardbaarheid en cliëntgerichtheid.¹³⁵ Uit de verplichting om aan kwaliteitsvolle zorg te doen vloeit geen opnameplicht in hoofde van de welzijnsvoorzieningen voort: enkel indien wordt overgegaan tot een opname dient verantwoorde zorg te worden verleend. Dit neemt niet weg dat voorzieningen een eigen kwaliteitsbeleid kunnen voeren, waarin zij voor zichzelf een vorm van opname- of begeleidingsplicht bepalen.

34. De vereisten om aan kwaliteitszorg te doen zijn eveneens vervat in sectorspecifieke regelgeving. Zo wordt voor de centra voor kinderzorg en gezinsondersteuning gesteld dat de centra dienen aan te geven op welke wijze de afronding van de hulpverlening op een verantwoorde manier wordt geregeld in afspraak met de gebruiker en hoe een eventuele doorverwijzing of overgang naar een andere hulpverleningsvorm wordt opgevolgd.¹³⁶ Wat de centra voor integrale gezinszorg betreft moeten de procedures van opname, begeleiding en afronding van de hulpverlening worden weergegeven, hetgeen als doel heeft te komen tot een transparant opname- en begeleidingsbeleid.¹³⁷

¹³³ Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003.

¹³⁴ Art. 3, § 1 Kwaliteitsdecreet.

¹³⁵ Art. 3, § 2 Kwaliteitsdecreet.

¹³⁶ Art. 5, 8° MB 10 juni 2002 betreffende de kwaliteitszorg in de centra voor kinderzorg en gezinsondersteuning, *BS* 15 augustus 2002.

¹³⁷ Art. 4, 1°-3° MB 22 februari 2000 inzake de kwaliteitszorg in de centra voor integrale gezinszorg, *BS* 22 maart 2000.

Afdeling 2. Zorg voor personen met een handicap

A. Algemeen kader

a. Persoonsvolgende financiering

35. Met het Decreet Persoonsvolgende Financiering¹³⁸ werd de financiering van personen met een handicap hervormd. Deze hervorming beoogt de omschakeling van een aanbodgestuurde naar een vraaggestuurde zorg en de realisatie van een zorggarantie voor personen met een handicap met de grootste ondersteuningsnood.¹³⁹ De niet-rechtstreekse hulp wordt daarbij persoonsvolgend gefinancierd, hetgeen impliceert dat de financiering wordt gekoppeld aan de persoon met een handicap zelf en niet langer aan de dienst of voorziening die de ondersteuning aanbiedt.¹⁴⁰ De persoonsvolgende financiering wordt in twee trappen georganiseerd, met name het basisondersteuningsbudget (eerste trap) en het persoonsvolgend budget (tweede trap). Het basisondersteuningsbudget is een forfaitair bedrag dat wordt toegekend aan personen met een handicap met een duidelijk vast te stellen behoefte aan zorg en ondersteuning, die voldoen aan de voorwaarden die gelden voor de zorgverzekering.¹⁴¹ Indien dit basisondersteuningsbudget niet volstaat, kan een persoonsvolgend budget worden aangevraagd. Om aanspraak te kunnen maken op een persoonsvolgend budget dient de persoon met een handicap een ondersteuningsplan op te maken.¹⁴² Dit ondersteuningsplan kan worden opgemaakt door de persoon zelf, door een reguliere dienst of door de Diensten Ondersteuningsplan.¹⁴³ De Diensten Ondersteuningsplan gaan na op welke wijze de ondersteuning zo inclusief mogelijk kan worden georganiseerd.¹⁴⁴ Daarnaast moet de aanvrager een geobjectiveerde nood hebben aan zorg en ondersteuning die de duur, intensiteit en frequentie van de rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning overschrijdt.¹⁴⁵ Indien een persoonsvolgend budget wordt toegekend, heeft de persoon met een handicap de keuze tussen een cashbudget, een voucher of een combinatie van beide.¹⁴⁶

¹³⁸ Decreet 25 april 2014 houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap, *BS* 28 augustus 2014.

¹³⁹ MvT bij het Ontwerp van decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, 2429/7, 7.

¹⁴⁰ MvT bij het Ontwerp van decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, 2429/7, 10.

¹⁴¹ Art. 4, eerste lid Decreet Persoonsvolgende Financiering.

¹⁴² Art. 8, 1° Decreet Persoonsvolgende Financiering.

¹⁴³ B.VI.Reg. 30 september 2011 betreffende de erkenning en subsidiëring van diensten Ondersteuningsplan en een mentororganisatie voor het voortraject van personen met een handicap, *BS* 24 november 2011.

¹⁴⁴ Art. 10 B.VI.Reg. 30 september 2011 betreffende de erkenning en subsidiëring van diensten Ondersteuningsplan en een mentororganisatie voor het voortraject van personen met een handicap, *BS* 24 november 2011.

¹⁴⁵ Art. 8, 1° Decreet Persoonsvolgende Financiering.

¹⁴⁶ Art. 10-14 Decreet Persoonsvolgende Financiering.

Naast het niet-rechtstreeks toegankelijke aanbod, is er ook een aanbod rechtstreeks toegankelijke hulp. De voorzieningen die rechtstreeks toegankelijke zorg aanbieden worden daarvoor erkend en gesubsidieerd door het VAPH.¹⁴⁷ Er bestaan drie vormen rechtsreeks toegankelijke hulp, met name begeleiding via een gesprek, dagopvang in een erkende voorziening met zinvolle dagbesteding en verblijf met overnachting in een erkende voorziening.

b. Zorgregie en prioritering

i. Algemeen

36. Wat de registratie van zorgvragen en zorgregie van de niet-rechtstreeks toegankelijke hulp betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen minderjarigen en meerderjarigen. Voor minderjarigen met een handicap is dit opgenomen in de integrale jeugdhulp en gebeurt de registratie via de intersectorale toegangspoort (*supra* nr. 15). Voor meerderjarigen met een handicap is dit opgenomen in de regelgeving inzake gehandicaptenzorg. De implementatie van de persoonsvolgende financiering heeft belangrijke implicaties op de zorgregieprocessen. De processen noodsituatie, registratie en prioritering worden geïntegreerd in de toelidingsprocedure voor vragen naar een persoonsvolgend budget.¹⁴⁸ Hierbij kan nog worden opgemerkt dat enkel zorgvragen voor niet-rechtstreeks toegankelijke hulp moeten worden geregistreerd. Gelet op het feit dat de regelgeving in volle evolutie is, worden enkel de krachtlijnen van zowel de oude als de nieuwe principes rond zorgregie en prioritering besproken die relevant zijn in het kader van het onderzoek naar een mogelijke opname- of begeleidingsplicht.

ii. 'Oude' regelgeving zorgregie

37. De zorgregie beoogt een rechtvaardige toewijzing van de beschikbare plaatsen en middelen, de afstemming van het bestaande aanbod op de vraag en een gefundeerde planning van het aanbod.¹⁴⁹ Essentieel element in de zorgregie is de toekenning van een urgentiecategorie, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen een toekomstgerichte en een actieve zorgvraag.¹⁵⁰ Zorgbemiddeling heeft tot doel een behandelings-, begeleidings- of opvangaanbod te vinden als antwoord op individuele zorgvragen, rekening houdend met de

¹⁴⁷ Zie B.VI.Reg. 22 februari 2013 betreffende rechtstreeks toegankelijke hulp voor personen met een handicap, BS 19 maart 2013.

¹⁴⁸ Zie hierover Infonota 8 februari 2016, ZR 35, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013944>.

¹⁴⁹ Art. 2, § 1 Besluit Zorgregie.

¹⁵⁰ Art. 14, § 1 Besluit Zorgregie. Zie over het Protocol toekenning van een urgentiecategorie: Uitvoeringsrichtlijnen Zorgregie 2 april 2015, [http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013769-Uitvoeringsrichtlijnen+zorgregie+\(inclusief+veelstelde+vragen\).html](http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013769-Uitvoeringsrichtlijnen+zorgregie+(inclusief+veelstelde+vragen).html). In dit verband kan worden opgemerkt dat de regionale prioriteitencommissie gehouden is te werken volgens de Uitvoeringsrichtlijnen Zorgregie. Een zorgvrager mag zich als rechtszoekende steunen op de richtlijnen. Zie Arbrb. Gent (afd. Kortrijk) 5 september 2014, AR 13/938/A, onuitg.

zorgvraag, de urgentiecategorie en het beschikbare aanbod.¹⁵¹ De regionale prioriteitencommissie kan aan de zorgvraag de status van prioritair te bemiddelen zorgvraag toekennen, indien aan de criteria vermeld in artikel 18/1 Besluit Zorgregie werd voldaan.^{152, 153} De kandidaten voor opname in een voorziening worden in de centrale gegevensbank ingedeeld in prioriteitengroepen.

De voorzieningen kunnen een persoon met een handicap opnemen indien hij behoort tot de hoogst voorkomende prioriteitengroep¹⁵⁴ en beantwoordt aan de profielbeschrijving die door de voorziening werd vastgesteld.¹⁵⁵ Opnames uit prioriteitengroep 3, zijnde de toekomstgerichte zorgvragen, of niet-geregistreerde zorgvragen zijn niet mogelijk.¹⁵⁶ De voorziening kan enkel afwijken van de prioriteitenregeling, d.i. een opname van een zorgvrager uit de tweede prioriteitengroep ingeval er kandidaten zijn aangemeld met een passend profiel uit de eerste prioriteitengroep, indien dit wordt gemotiveerd ten aanzien van de regionale prioriteitencommissie.¹⁵⁷ De voorziening kan niet verplicht worden om een welbepaalde zorgvrager op te nemen. Indien er nog andere kandidaten tot dezelfde prioriteitengroep behoren, kan de voorziening zonder motivering een andere zorgvrager opnemen, zo niet dient de afwijking te worden gemotiveerd.

38. Gedurende het volledige jaar 2016 blijven de afspraken binnen de zorgregie gelden. De instroom in de thuisbegeleiding voor meerderjarigen en het flexibel aanbod meerderjarigen verloopt in 2016 verder via de Centrale Registratie Zorgvragen.¹⁵⁸

¹⁵¹ Art. 24 Besluit Zorgregie.

¹⁵² In art. 18 Besluit Zorgregie worden volgende criteria vermeld: 1° het gaat om een actieve zorgvraag waarbij de persoon met een handicap aangeeft dat hij bereid is om in te gaan op een gepast aanbod van een voorziening of het hem toegekende persoonlijke-assistentiebudget te activeren; 2° er is een duidelijke kloof tussen de zorg en ondersteuning die hij nu ontvangt en de zorg en ondersteuning die noodzakelijk is; 3° de huidige situatie wordt op korte termijn onhoudbaar; 4° de draagkracht van zijn sociaal netwerk is overschreden; 5° een intensief bemiddelingstraject kan geen antwoord bieden op de zorgvraag; 6° de geestelijke en lichamelijke integriteit van de persoon met een handicap of van zijn sociale context is in het gedrang of is geschonden; 7° er is geen perspectief op gepaste zorg en ondersteuning.

¹⁵³ Hierbij kan worden opgemerkt dat de toekenning van een urgentiegraad en van de status van prioritair te bemiddelen zorgvraag in het verleden reeds diverse malen het voorwerp uitmaakte van een gerechtelijke procedure. De rechter beschikt slechts over een marginaal toetsingsrecht, waarbij hij enkel kan nagaan of de beslissing de grenzen van een normale beoordeling niet te buiten gaat. Gelet op de grote vraag naar zorg en de schaarste aan middelen, zijn systemen van prioritering noodzakelijk. De verdeling van het ter beschikking gesteld budget en de toekenning van een urgentiegraad zijn beleidsbeslissingen van het bestuur, waarin de rechter zich niet kan mengen, behalve in geval van kennelijke onredelijkheid. Zie in die zin bv. Arbrb. Antwerpen 26 maart 2014, AR 13/2263/A, onuitg.; Arbrb. Gent (afd. Sint-Niklaas) 11 juni 2014, AR 13/1083/1, onuitg.; Arbrb. Gent (afd. Kortrijk) 5 september 2014, AR 13/938/A, onuitg.

¹⁵⁴ De prioriteitengroepen zijn als volgt ingedeeld: prioriteitengroep 1 zijn de migratievragen en de prioritair te bemiddelen zorgvragen, prioriteitengroep 2 zijn de actieve zorgvragen en prioriteitengroep 3 zijn de toekomstgerichte zorgvragen.

¹⁵⁵ Art. 18 Besluit Zorgregie.

¹⁵⁶ Uitvoeringsrichtlijnen Zorgregie 2 april 2015, [http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013769-Uitvoeringsrichtlijnen+zorgregie+\(inclusief+veelstelde+vragen\).html](http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013769-Uitvoeringsrichtlijnen+zorgregie+(inclusief+veelstelde+vragen).html), 17.

¹⁵⁷ Art. 19 Besluit Zorgregie.

¹⁵⁸ Infonota 23 december 2015, ZR 33, http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013944_2.

iii. Toekomstige regelgeving prioriteitenlijsten PVF

39. De Centrale Registratie Zorgvragen is een registratielijst op basis van zorgvragen, waaruit voortvloeit dat ook de prioritering op het niveau van de zorgvragen geschiedt. De prioritering voor het toekennen van een persoonsvolgend budget voor niet-rechtsreeks toegankelijke hulpverlening, gebeurt echter op persoonsniveau. De actieve vragen bij de Centrale Registratie Zorgvragen moeten worden omgezet naar de prioriteitenlijsten PVF.¹⁵⁹

De kandidaten voor toewijzing van een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning worden ingedeeld in prioriteitengroepen.¹⁶⁰ De regionale prioriteitencommissie beslist over de toekenning van een prioriteitengroep op basis van 1) de noodzaak tot onmiddellijke terbeschikkingstelling van een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning, of de mate waarin met de terbeschikkingstelling van een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning een einde kan worden gemaakt aan een situatie die al langere tijd onhoudbaar is, 2) het honoreren van de bovengebruikelijke zorg.¹⁶¹ De regionale prioriteitencommissie kent prioriteitengroep 1, 2 of 3 toe aan de vraag om toewijzing van een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning.¹⁶² Indien de regionale prioriteitencommissie vaststelt dat er bovengebruikelijke ondersteuning is in de huidige situatie of langdurige bovengebruikelijke zorg is geweest in het verleden, kent de regionale prioriteitencommissie de eerstvolgende hogere prioriteitengroep toe, behoudens ingeval reeds prioriteitengroep 1 werd toegekend.¹⁶³ Binnen elke prioriteitengroep worden de vragen naar een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning chronologisch gerangschikt, rekening houdend met de datum van de aanvraag.¹⁶⁴

De regionale prioriteitencommissie kan op verzoek van de zorgvrager de aanwezigheid van maatschappelijke noodzaak vaststellen. Voor personen met een handicap die een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning hebben verkregen, maar die er niet in slagen de benodigde ondersteuning te organiseren met het gebruik van het budget, kan een passende oplossing worden gevonden via bemiddeling.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Art. 3-5 B.VI.Reg. 10 juni 2016 houdende de transitie van personen met een handicap met een actieve zorgvraag naar persoonsvolgende financiering, *BS* 1 september 2016. Zie ook Infonota 8 februari 2016, ZR 35, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/4013944>, 4-8.

¹⁶⁰ Art. 3 Besluit Regie PVF.

¹⁶¹ Art. 8 Besluit Regie PVF.

¹⁶² Art. 13, § 1 Besluit Regie PVF.

¹⁶³ Art. 13, § 2, eerste lid Besluit Regie PVF.

¹⁶⁴ Art. 13, § 2, tweede lid Besluit Regie PVF; art. 12 en 13 B.VI.Reg. 10 juni 2016 houdende de transitie van personen met een handicap met een actieve zorgvraag naar persoonsvolgende financiering, *BS* 1 september 2016.

¹⁶⁵ Art. 17 Besluit Regie PVF.

iv. Noodsituatie

40. Een meerderjarige persoon die in een noodsituatie verkeert, kan een beroep doen op het protocol noodsituatie. Een noodsituatie is een onverwachte, acuut beleefde en objectief vastgestelde situatie waarbij aan de meerderjarige persoon met een handicap onmiddellijk hulp moet worden geboden vanwege het plotse wegvallen van de sociale context waardoor een zeer ernstige bedreiging is ontstaan voor de lichamelijke of geestelijke integriteit van de persoon met een handicap.¹⁶⁶ Indien een situatie waarin een persoon met een handicap zich bevindt, erkend wordt als een 'noodsituatie', kan een budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning worden toegekend voor een periode van maximaal 22 weken.¹⁶⁷

Uit de regelgeving betreffende de zorg voor personen met een handicap kan geen structurele opnameplicht worden afgeleid. Door middel van een systeem van zorgregie, bemiddeling en prioritering wordt een correcte toewijzing van een beschikbare plaats aan een potentiële cliënt nagestreefd, doch gelet op het aanbodtekort en de wachtlijsten in de sector kunnen meerdere zorgvragers na prioritering in aanmerking komen voor een vrijgekomen plaats. De regelgeving voorziet niet in een verplichting om een welbepaalde zorgvrager op te nemen. De voorziening kan dus, binnen bepaalde wettelijk vastgestelde grenzen, vrij bepalen welke cliënt kan worden opgenomen.

B. Erkennings- en subsidiëringsnormen

a. Flexibele aanbodcentra voor meerderjarigen

41. De erkenning en subsidiëring van de flexibele aanbodcentra voor meerderjarige personen met een handicap (hierna: FAM) wordt geregeld in het Erkenningsbesluit FAM¹⁶⁸ en in het Erkenningsbesluit VAPH.¹⁶⁹ Een FAM biedt op vraaggestuurde wijze niet-rechtstreeks toegankelijke ondersteuning voor meerderjarige¹⁷⁰ personen met een handicap.¹⁷¹ Met de

¹⁶⁶ Art. 1, 12° en art. 30 B.VI.Reg. 27 november 2015 over de indiening en de afhandeling van de aanvraag van een budget voor niet rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over de terbeschikkingstelling van dat budget, *BS* 15 januari 2016. Zie ook B.VI.Reg. 24 juni 2016 betreffende de besteding van persoonsvolgende budgetten die in het kader van een noodsituatie en spoedprocedure ter beschikking worden gesteld in de periode van 1 april 2016 tot en met 31 augustus 2016, *BS* 26 augustus 2016.

¹⁶⁷ Art. 31 B.VI.Reg. 27 november 2015 over de indiening en de afhandeling van de aanvraag van een budget voor niet rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over de terbeschikkingstelling van dat budget, *BS* 15 januari 2016.

¹⁶⁸ B.VI.Reg. 26 februari 2016 houdende erkenning en subsidiëring van flexibele aanbodcentra voor meerderjarige personen met een handicap, *BS* 12 april 2016.

¹⁶⁹ B.VI.Reg. 4 februari 2011 betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 8 april 2011.

¹⁷⁰ Een FAM kan evenwel ondersteuning bieden aan een minderjarige persoon met een handicap vanaf de leeftijd van zestien jaar met een ernstige of diepe verstandelijke handicap of een lichte of matige verstandelijke handicap in combinatie met gedrags- en emotionele stoornissen. Zie art. 8, § 2 Erkenningsbesluit FAM *juncto* art. 2 B.VI.Reg. 7

invoering van de FAM wordt een hervorming van de voorzieningen beoogd, waardoor een vlottere overgang naar en tussen de verschillende ondersteuningsfuncties mogelijk is en een betere zorg op maat kan worden geboden. Aan de persoon met een handicap en de zorgaanbieder wordt meer ruimte geboden om te onderhandelen over welke ondersteuning gewenst is en wanneer deze kan worden geboden.¹⁷²

Binnen een FAM wordt er gekeken naar welke ondersteuning effectief nodig is en wordt er afgestapt van de vroegere erkenningsvormen. De erkenningen als tehuis, dagcentrum, dienst voor beschermd wonen, begeleid wonen, zelfstandig wonen en inclusieve ondersteuning, zijn overgegaan in de 'flexibele aanbodcentra voor meerderjarigen'.¹⁷³ Een FAM kan drie ondersteuningsfuncties aanbieden, met name een dagondersteuning, een woonondersteuning en een individuele ondersteuning.¹⁷⁴ Deze ondersteuningsfuncties kunnen met elkaar gecombineerd worden, teneinde een flexibel antwoord te kunnen bieden op de ondersteuningsvraag van een cliënt.¹⁷⁵ Het aanbod van een FAM wordt onderverdeeld in vier ondersteuningscategorieën, die de 'klassieke' VAPH-zorgvormen vervangen. Zo is er 1) de middenfrequente ondersteuning, 2) de dagondersteuning, 3) de intensieve ondersteuning, en 4) de kortdurende woon- en dagondersteuning.¹⁷⁶

42. Uit de erkennings- en subsidiëringsnormen kan geen specifieke opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid. Zoals reeds uiteengezet bij de bespreking van de multifunctionele centra voor minderjarigen, kunnen de voorzieningen geen cliënten weigeren op grond van etnische afkomst, nationaliteit, geslacht, seksuele geaardheid, sociale achtergrond, ideologische, filosofische of godsdienstige overtuiging, of financieel onvermogen,¹⁷⁷ en moeten de voorzieningen een protocol van verblijf, behandeling of begeleiding, alsmede een schriftelijke individuele dienstverleningsovereenkomst opstellen met de cliënt of zijn vertegenwoordiger (*supra* nr. 31 en *infra* nr. 74).¹⁷⁸

september 2012 houdende vaststelling van maatregelen ter ondersteuning van kwetsbare jongvolwassen personen met een handicap, BS 12 oktober 2012.

¹⁷¹ Art. 6 Erkenningsbesluit FAM.

¹⁷² Richtlijnen Flexibel Aanbod Meerderjarigen (FAM), <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/9182301-Richtlijnen+FAM.html>, 4.

¹⁷³ Art. 41- 45 Erkenningsbesluit FAM. Zie in die zin ook Richtlijnen Flexibel Aanbod Meerderjarigen (FAM), <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/9182301-Richtlijnen+FAM.html>, 5.

¹⁷⁴ Art. 9 Erkenningsbesluit FAM.

¹⁷⁵ Richtlijnen Flexibel Aanbod Meerderjarigen (FAM), <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/9182301-Richtlijnen+FAM.html>, 6.

¹⁷⁶ Art. 10 Erkenningsbesluit FAM.

¹⁷⁷ Art. 5 Erkenningsbesluit VAPH.

¹⁷⁸ Art. 8-16 Erkenningsbesluit VAPH.

b. Thuisbegeleidingsdiensten

43. De thuisbegeleidingsdiensten kunnen zowel rechtstreeks toegankelijke als niet-rechtstreeks toegankelijke hulp aanbieden. De rechtstreeks toegankelijke hulp richt zich zowel tot meerderjarigen als tot minderjarigen die geholpen kunnen worden met een beperkte ondersteuning. Een meerderjarige kan, om gebruik te maken van de rechtstreeks toegankelijke hulp, reeds erkend zijn door het VAPH als persoon met een handicap. De erkenning als persoon met een handicap is evenwel geen vereiste om gebruik te kunnen maken van de rechtstreeks toegankelijke hulp. Indien geen aanvraag werd ingediend of het VAPH oordeelde dat de meerderjarige geen handicap heeft, kan de meerderjarige alsnog gebruik maken van de rechtstreeks toegankelijke hulp indien er een vermoeden is van een handicap.¹⁷⁹ Het is toegestaan om tijdelijk gebruik te maken van rechtstreeks toegankelijke hulp in afwachting van meer intensieve niet-rechtstreeks toegankelijke ondersteuning. Bij het verlenen van rechtstreeks toegankelijke hulp moet geen individuele dienstverleningsovereenkomst worden opgemaakt.¹⁸⁰ Opdat een meerderjarige gebruik zou kunnen maken van de niet-rechtstreeks toegankelijke hulp, dient deze erkend te zijn door het VAPH als persoon met een handicap.

Uit de erkennings- en subsidiëringsnormen kan geen specifieke opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid.

c. Samenvatting

In de erkennings- en subsidiëringsnormen met betrekking tot de zorg voor meerderjarige personen met een handicap kan geen algemene opname- of begeleidingsplicht worden gelezen. Wat de flexibele aanbodcentra voor meerderjarige personen met een handicap betreft, is een expliciete bepaling opgenomen waarin wordt gesteld dat een FAM geen cliënt kan weigeren op grond van 'verdachte' criteria. Hoewel enkel voor de FAM's in een discriminatieverbod is voorzien, kunnen ook andere voorzieningen geen cliënten weigeren omwille van discriminerende motieven, en dit op grond van het algemene (grondwettelijk) principe van gelijkheid en non-discriminatie.

¹⁷⁹ Zie in die zin art. 2, 9° B.Vl.Reg. 22 februari 2013, BS 19 maart 2013. Zie ook Richtlijnen rechtstreeks toegankelijke hulp, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/7983778>, 6.

¹⁸⁰ Art. 19 B.Vl.Reg. 17 december 1996 betreffende de erkenning en subsidiëring van thuisbegeleidingsdiensten voor personen met een handicap, BS 14 februari 1997 (hierna: Erkenningsbesluit Thuisbegeleidingsdiensten).

C. Kwaliteitsnormen

44. Zoals uiteengezet, is elke voorziening in de gezondheids- en welzijnssector verplicht om een kwaliteitsbeleid uit te bouwen. De vereisten om aan kwaliteitszorg te doen zijn terug te vinden in het Kwaliteitsdecreet.¹⁸¹ De relevante bepalingen werden reeds besproken in het hoofdstuk met betrekking tot de sectorale regelgeving in de jeugdhulp (*supra* nr. 33-34).

¹⁸¹ Decreet 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *BS* 10 november 2003.

HOOFDSTUK 3. INVLOED VAN HET CONTRACTENRECHT OP DE OPNAME- EN BEGELEIDINGSVRIJHEID

45. Een zorgverleningsrelatie impliceert in beginsel een contractuele verhouding tussen de zorgaanbieder en de cliënt. De toegang tot de zorgverlening wordt in vele gevallen verkregen door het sluiten van een, al dan niet geschreven, overeenkomst.¹⁸² De cliënt die toegang tot de voorziening heeft verkregen, ontleent zijn subjectief recht op zorg aan deze overeenkomst.¹⁸³ De zorgcontracten worden beheerst door de regels van het gemeen verbintenissenrecht.

De overheid kan de zorgverleningsrelatie (indirect) reguleren door middel van erkennings- en subsidiënormen. In bepaalde gevallen bevat deze sectorale regelgeving specifieke bepalingen omtrent de vereiste om een contract op te stellen en/of omtrent de inhoud van het contract.¹⁸⁴ Deze erkennings- en subsidiëeringsnormen kunnen de ruimte om te contracteren sturen, expliciteren of beperken.¹⁸⁵ De sectorale regelgeving lijkt dwingend van aard te zijn.¹⁸⁶

In wat volgt wordt onderzocht of, en in welke mate, uit het contractenrecht verplichtingen voortvloeien die de opname- en begeleidingsvrijheid van de (private) voorzieningen beïnvloeden. Daarbij wordt in eerste instantie nagegaan in welke mate gedragingen tijdens de precontractuele fase aanleiding kunnen geven tot (opname- of begeleidings)plichten in hoofde van de welzijnsvoorzieningen en in welke mate contractweigering mogelijk is. Daarnaast wordt de uitwerking van de zorgverleningsovereenkomst tussen partijen onderzocht en wordt nagegaan of uit de uitvoeringsverplichting van een overeenkomst een begeleidingsplicht kan worden afgeleid.

¹⁸² G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 35; H. NYS en P. QUAETHOVEN, *Zorgen voor welzijn: overheid en welzijnszorg in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1984, 53-54.

¹⁸³ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 35; H. NYS en P. QUAETHOVEN, *Zorgen voor welzijn: overheid en welzijnszorg in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1984, 53-54.

¹⁸⁴ Zie in die zin bv. B.VI.Reg. 4 februari 2011 betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, BS 8 april 2011. Zo bepaalt art. 12 Erkenningsbesluit VAPH dat de individuele dienstverleningsovereenkomst schriftelijk moet worden opgesteld in overleg met de gebruiker of zijn vertegenwoordiger, op basis van de noden en mogelijkheden van de gebruiker. Daarnaast stelt art. 13 dat de individuele dienstverleningsovereenkomst de ondersteuning en de wijze waarop die geboden zal worden, moet omvatten. De individuele dienstverleningsovereenkomst streeft ernaar een maatschappelijk aanvaardbare ondersteuning te verstrekken aan de gebruiker of zijn omgeving.

¹⁸⁵ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 7, nr. 15.

¹⁸⁶ R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 78, nr. 114.

Afdeling 1. Juridische kwalificatie van de zorgovereenkomst

A. Algemeen kader

46. Noch in het Burgerlijk Wetboek, noch in andere wetgeving wordt de zorgovereenkomst expliciet geregeld, waardoor deze overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een (quasi-) onbenoemd contract.¹⁸⁷ De overeenkomst is evenwel onderworpen aan de algemene regels van het verbintenissenrecht en het specifiek contractueel regime dat de partijen zijn overeengekomen en, in voorkomend geval, aan de specifieke sectorale regelgeving die de zorgovereenkomst in de desbetreffende sector concretiseert. De zorgovereenkomst kan worden beschouwd als een dienstenovereenkomst, waarbij er door de zorgaanbieder materiële handelingen worden gesteld ten behoeve van de cliënt. Aangezien ‘zorgverlening’ erg divers is en verscheidene verschijningsvormen kan aannemen, gaande van ambulante zorg tot (semi)residentiële zorg, is het overigens moeilijk om te spreken van ‘de’ zorgovereenkomst. In zijn meest eenvoudige verschijningsvorm is er sprake van een aflopende of ogenblikkelijke overeenkomst, die betrekking heeft op één specifieke behandeling, die wordt uitgevoerd door een (welbepaalde) hulpverlener.¹⁸⁸ De overeenkomst kan evenwel ook betrekking hebben op een complexere situatie, zoals de opname in een welzijnsvoorziening, waarbij tussen de cliënt, de voorziening en de verschillende hulpverleners die betrokken zijn bij de zorgverlening rechtsverhoudingen ontstaan. Deze overeenkomst kan worden beschouwd als een duurovereenkomst, die verschillende opeenvolgende prestaties behelst of prestaties die op een voortdurende, doorlopende wijze geschieden.¹⁸⁹ Het ‘zorgtraject’ bestaat vaak uit verschillende opeenvolgende handelingen, die een vooraf onbepaalde tijdsduur beslaan.¹⁹⁰ De zorgaanbieder is door het aangaan van een zorgovereenkomst in beginsel gehouden om zijn prestaties te verstrekken zolang er nood is aan hulpverlening, zij het binnen de grenzen van het contract en van zijn specialisatie en rekening houdend met het weigeringsrecht van de cliënt.

47. De zorgovereenkomst komt tot stand door de loutere wilsovereenstemming tussen de partijen, en kan in die zin als een consensuele overeenkomst worden beschouwd.¹⁹¹ Het bestaan

¹⁸⁷ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 290, nr. 697; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 27, nr. 34.

¹⁸⁸ Zie met betrekking tot de medische behandelingsovereenkomst T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 294, nr. 704.

¹⁸⁹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 28, nr. 36; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 391, nr. 489.

¹⁹⁰ Cf. T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 307, nr. 733.

¹⁹¹ Naar Belgisch recht is consensualisme de regel. Contracten komen in beginsel tot stand door de loutere toestemming van de partijen, zonder formaliteiten. Veelal wordt een geschrift opgemaakt met het oog op het bewijs van de overeenkomst (art. 1341 BW). Zie S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 22, nr. 28 en 42, nr. 55; K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, “De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen” in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOF (eds.), *Bestendig handboek*

van een contractuele verhouding tussen de zorgaanbieder en de cliënt is in beginsel niet afhankelijk van bepaalde vormvereisten, zodat de wilsovereenstemming schriftelijk, mondeling of stilzwijgend kan gebeuren.¹⁹² Beide contractspartijen verbinden zich ten opzichte van elkaar, zodat er van bij aanvang verbintenissen ontstaan voor elke partij.¹⁹³ Zo kan de zorgaanbieder zich verbinden tot de (zorgvuldige) behandeling van de cliënt en rust op de cliënt de verplichting om deze prestaties te vergoeden.¹⁹⁴ De zorgcontracten zijn vaak contracten *intuitu personae*, daar ze in vele gevallen door de cliënt worden gesloten omwille van de specifieke bekwaamheden van de zorgaanbieder.¹⁹⁵ Zowel een overeenkomst met een natuurlijke persoon als met een rechtspersoon kan *intuitu personae* worden aangegaan.¹⁹⁶ Al blijkt het *intuitu personae*-karakter van een overeenkomst vaak uit de aard van de overeenkomst zelf, de aard van de overeenkomst kan niet als determinerend worden beschouwd. Niet elke rechtsverhouding tussen een cliënt en een hulpverlener heeft een *intuitu personae*-karakter. Een cliënt kan zich laten leiden door de kwalificaties van de zorgaanbieder, doch niets belet hem om de keuze te maken op grond van andere overwegingen, zoals de beschikbaarheid van het aanbod en de prijs.¹⁹⁷

48. Volledigheidshalve moet nog worden opgemerkt dat, opdat er sprake zou zijn van een geldige overeenkomst, de constitutieve bestanddelen van de overeenkomst voorhanden moeten zijn, met name de toestemming, de handelingsbekwaamheid, een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak.¹⁹⁸ Op deze geldigheidsvoorwaarden wordt evenwel niet verder ingegaan.

verbintenissenrecht, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 6, nr. 1311; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 58.

¹⁹² J. BOSMANS, "Een juridische invalshoek. Vrijheidsbeperking bij plaatsing van minderjarigen in Vlaamse voorzieningen voor jeugdzorg" in S. OPDEBEECK en C. VAN AUDENHOVE (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, (165) 195; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 295, nr. 706.

¹⁹³ Art. 1102 BW. Zie ook S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 24, nr. 29; K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen" in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOFT (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 9, nr. 1320.

¹⁹⁴ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 295, nr. 707.

¹⁹⁵ R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 77; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 26, nr. 33; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 61.

¹⁹⁶ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 300, nr. 716; K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen" in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOFT (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 13, nr. 1334.

¹⁹⁷ K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen" in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOFT (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 13, nr. 1331.

¹⁹⁸ Art. 1108 BW. Zie hierover ook G. LOOSVELDT, "Voor een (h)erkende welzijnscliënt" in G. LOOSVELDT en B. VAN BUGGENHOUT (eds.), *Cliëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, Leuven, Garant, 2000, (1) 52; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 74-112, nr. 95-153.

B. Sectorale regelgeving

49. In bepaalde gevallen voorziet de sectorale regelgeving in specifieke bepalingen omtrent de vereiste om een contract op te stellen en/of omtrent de inhoud van het contract.

Zo wordt in het Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand de zorgovereenkomst geconcretiseerd via een handelingsplan. De voorzieningen moeten een handelingsplan opmaken met de betrokken partijen, en dit binnen 45 dagen te rekenen van de opname of de begeleiding van de minderjarige in de voorziening.¹⁹⁹ In geval van een gerechtelijke jeugdhulpverlening, worden de modaliteiten van de opname vastgelegd door de rechterlijke beslissing, zoals de keuze van de maatregel, de duurtijd, etc. Binnen de grenzen van dit kader is er wel ruimte voor de partijen om verdere afspraken te maken en een handelingsplan op te stellen.

De centra voor kindercare en gezinsondersteuning zijn verplicht om een individueel ondersteuningsplan op te stellen bij de start van de begeleiding van de minderjarige.²⁰⁰ Dit ondersteuningsplan wordt opgesteld in overleg met de betrokkenen en vormt de leidraad voor de begeleiding. Een schriftelijke bijsturing van het ondersteuningsplan is mogelijk na evaluatie en in samenspraak met de betrokkenen.²⁰¹

In de gehandicaptenzorg moeten de voorzieningen een schriftelijk protocol van verblijf, behandeling of begeleiding sluiten met de cliënt.²⁰² Dit protocol moet in beginsel worden opgemaakt voordat er tot ondersteuning wordt overgegaan, maar in geval van dringende opvang kan dit worden opgemaakt binnen vijf dagen na opname.²⁰³ Dit protocol is een overeenkomst die wordt gesloten tussen de cliënt of zijn vertegenwoordiger en de voorziening.²⁰⁴ Het protocol bevat onder meer de individuele dienstverleningsovereenkomst, de aanvangsdatum van opname, etc.

¹⁹⁹ Art. 11, 7°-10° Erkenningsbesluit Bijzondere Jeugdbijstand.

²⁰⁰ Art. 16, § 1 Erkenningsbesluit Kinderzorg en Gezinsondersteuning.

²⁰¹ Art. 16, § 2 Erkenningsbesluit Kinderzorg en Gezinsondersteuning.

²⁰² Art. 8, eerste lid Erkenningsbesluit VAPH.

²⁰³ Art. 8, eerste en tweede lid Erkenningsbesluit VAPH.

²⁰⁴ Art. 1, 10° Erkenningsbesluit VAPH.

C. Samenvatting

De zorgverleningsrelatie wordt in de regel gekenmerkt door een contractuele verhouding tussen de zorgaanbieder en de cliënt. Aangezien de zorgverlening verscheidene verschijningsvormen kan aannemen, is het moeilijk om te spreken van 'de' zorgovereenkomst. Afhankelijk van de te verstrekken zorg, heeft de zorgovereenkomst een andere finaliteit en kan de kwalificatie ervan verschillen. In de verschillende sectoren zijn er 'vormen' van zorgovereenkomsten terug te vinden, onder meer aangeduid met de term 'protocol', 'handelingsplan' en 'ondersteuningsplan'. In bepaalde gevallen voorziet de sectorale regelgeving in specifieke vereisten omtrent het opstellen van een contract en/of omtrent de inhoud van het contract.

Afdeling 2. Totstandkoming van de overeenkomst

A. Uitgangspunt: contractvrijheid

50. In de precontractuele fase primeert in beginsel de contractvrijheid van de partijen.²⁰⁵ De precontractuele fase is de periode die voorafgaat aan het sluiten van een overeenkomst of aan de beslissing om een welbepaalde overeenkomst niet te sluiten.²⁰⁶ De contractvrijheid maakt deel uit van de wilsautonomie,²⁰⁷ waaruit voortvloeit dat elk individu de bevoegdheid heeft om zijn eigen rechtspositie te bepalen, onder meer door overeenkomsten aan te gaan.²⁰⁸ Wilsautonomie en contractvrijheid kunnen beschouwd worden als de exponenten van de vrijheid van de persoon, zoals onder meer gewaarborgd in de artikelen 12 Gw. en 5 EVRM²⁰⁹ en kunnen, in zoverre hierdoor privé zaken van de partijen worden geregeld, binnen de werkingssfeer van het recht op eerbiediging van het privéleven vallen, zoals onder meer gewaarborgd in de artikelen 22 Gw. en 8 EVRM. Niettegenstaande deze vaststelling, is de contractvrijheid als dusdanig niet

²⁰⁵ A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 139-140, nr. 8; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 37, nr. 30.

²⁰⁶ A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 137, nr. 2.

²⁰⁷ De wilsautonomie bestaat klassiek uit drie onderdelen, met name de contractvrijheid, de verbindende kracht van de overeenkomst en het consensualisme. Zie S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 36-38, nr. 47.

²⁰⁸ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 38, nr. 48; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 19, nr. 30; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigeren en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 442, nr. 5; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 11, nr. 9; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Brugge, die Keure, 2015, 363, nr. 284.

²⁰⁹ Merk op dat deze bepalingen in contractuele geschillen niet of nauwelijks worden ingeroepen. Zie A. DE BOECK, "Contractweigeren en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, (491) 492.

opgenomen in de lijst van traditionele grondrechten, noch in het Burgerlijk Wetboek of andere regelgeving.²¹⁰ In het Burgerlijk Wetboek zijn evenwel enkele bepalingen opgenomen die een aanknopingspunt kunnen bieden, in het bijzonder artikel 1134, eerste lid BW²¹¹ en artikel 1123 BW²¹². Daarnaast is de contractvrijheid ook terug te vinden in het toenmalige artikel 7 van het Decreet d'Allarde, thans vervat in artikel II.3 Wetboek Economisch recht.²¹³

Door sommige auteurs wordt verdedigd dat de contractvrijheid, als aspect van de persoonlijke vrijheid, kan worden beschouwd als de juridische grondslag van de maatschappelijke orde en op dezelfde hoogte kan worden geplaatst als de 'klassieke' grondrechten.²¹⁴ Hieruit vloeit dan voort dat beperkingen op de contractvrijheid, zoals bij de klassieke grondrechten, slechts mogelijk zijn indien zij bij wet worden opgelegd en dat deze de proportionaliteitstoets moeten doorstaan.²¹⁵

51. De contractvrijheid impliceert dat in beginsel elk individu vrij is om rechtsbetrekkingen aan te gaan, en in het bijzonder om zelf te beslissen of en met wie gecontracteerd wordt en wat de eventuele inhoud van de overeenkomst is.²¹⁶

Drie aspecten van de contractvrijheid kunnen worden onderscheiden.²¹⁷ Het eerste aspect impliceert de vrijheid om contracten aan te gaan. Een persoon is vrij om al dan niet overeenkomsten te sluiten.²¹⁸ Hieruit vloeit voort dat contractweigering in beginsel is toegelaten.²¹⁹ Het tweede aspect houdt de vrijheid in om een medecontractant te bepalen. In beginsel is iedereen vrij om volgens zijn eigen inzichten en doelstellingen een medecontractant te kiezen.²²⁰ Tot slot zijn de contractpartijen vrij de inhoud van hun overeenkomst te regelen. Indien een van de partijen niet akkoord gaat met de bepalingen van de overeenkomst, kan de

²¹⁰ W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71.

²¹¹ Art. 1134, eerste lid BW stelt dat alle wettig aangegane overeenkomsten degene die ze aangegaan hebben tot wet strekken.

²¹² Art. 1123 BW stelt dat eenieder contracten kan aangaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard.

²¹³ Art. 7 Decreet 2-17 maart 1791 tot afschaffing van het gildenwezen, opgeheven bij art. 3 Wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013.

²¹⁴ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 368, nr. 622; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 72.

²¹⁵ W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 72.

²¹⁶ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 38, nr. 48; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 11, nr. 9.

²¹⁷ Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat sommige auteurs hier een vierde aspect aan toevoegen, met name dat partijen vrij zijn om de overeenkomst te wijzigen of te beëindigen bij nieuwe consensus. Zie in die zin R. KRUIJTHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-86, (2731) 2738, nr. 4. VERVACK merkt echter op dat dit geen vierde aspect is van de contractvrijheid, maar dient te worden beschouwd als een nieuwe, tweede toepassing van de wilsautonomie. Zie C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 17, voetnoot 32.

²¹⁸ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 17, nr. 14.

²¹⁹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 38, nr. 48; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 20, nr. 30.

²²⁰ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 17, nr. 14.

toestemming worden geweigerd. Indien een (nieuwe) consensus wordt bereikt kunnen de contractspartijen de overeenkomst wijzigen of beëindigen.²²¹

52. De contractvrijheid is evenwel geen absoluut principe, maar is aan tal van beperkingen onderworpen. Al van oudsher wordt de contractvrijheid begrensd door wetten van openbare orde en goede zeden.²²² Daarnaast wordt de contractvrijheid begrensd door beperkingen ingevolge de bescherming van de vrije mededinging, het discriminatieverbod en dwingende bepalingen ter bescherming van de zwakkere contractpartij.²²³ Deze beperkingen zijn in de eerste plaats het gevolg van een toenemende inmenging van de overheid door het uitvaardigen van regels van dwingend recht of van openbare orde.²²⁴ Daarnaast wordt de contractvrijheid ook door jurisprudentiële ontwikkelingen begrensd.²²⁵ Tenslotte is het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid in deze context van belang.²²⁶ De partijen die wederzijds overwegen om een contract te sluiten, treden in elkaars rechtssfeer, waardoor bepaalde rechtsplichten kunnen ontstaan, ook al creëert deze precontractuele verhouding niet noodzakelijk een rechtsband tussen de partijen.²²⁷ Een weigering om een overeenkomst te sluiten, kan in bepaalde gevallen een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm uitmaken en de precontractuele aansprakelijkheid in het gedrang brengen.²²⁸

53. In wat volgt worden de belangrijkste beperkingen van de contractvrijheid besproken die van belang zijn in het kader van het onderzoek naar de mogelijke grondslagen van een opname- en begeleidingsplicht van de (private) voorzieningen en wordt nagegaan wat de impact is van deze beperkingen op de opname- en begeleidingsvrijheid van deze voorzieningen. Daarbij wordt

²²¹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 38, nr. 48.

²²² Art. 6 BW. Regels zijn van openbare orde wanneer zij de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschappen en gewesten raken of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastleggen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust. Zie in die zin bv. Cass. 19 maart 2007, AR C.03.0582.N. Tot de openbare orde behoren o.m. de grondwettelijke bepalingen en de bepalingen van internationale verdragen die België verbinden en die verband houden met de rechten van de mens of het bestrijden van discriminatie. Zie A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 445, nr. 12.

²²³ A. DE BOECK, "Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, (491) 492-493.

²²⁴ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 4, nr. 5.

²²⁵ Hierbij valt onder meer te denken aan de aanvaarding door het Hof van Cassatie van het principe '*fraus omnia corrumpit*' als algemeen rechtsbeginsel, waardoor een overeenkomst die met bedrog tot stand is gekomen een ongeoorloofde oorzaak heeft en absoluut nietig is. Zie in die zin bv. Cass. 3 maart 2011, AR C.07.0312.F.

²²⁶ H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 40.

²²⁷ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 177, nr. 404; H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 40.

²²⁸ Zie ook A. DE BOECK, "Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, (491) 493; H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 40; S. STIJNS en E. SWAENEPOL, "De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht" in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 17, nr. 28.

geen exhaustief overzicht beoogd, maar worden enkel die aspecten besproken die relevant (kunnen) zijn in het kader van het onderzoek. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de vraag of de vrijheid om niet te contracteren, d.i. de zgn. contractweigering, in bepaalde omstandigheden onrechtmatig kan zijn. Eveneens interessant is de vraag of de vrijheid om de medecontractant te bepalen, kan worden beperkt en welke beperkingen daarbij mogelijk zijn. Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat het onderscheid tussen het eerste aspect van de contractvrijheid, met name de vrijheid om niet te contracteren, en het tweede aspect van de contractvrijheid, met name de vrijheid om de medecontractant te bepalen, in de praktijk niet steeds duidelijk te maken is en de opdeling tussen beide een enigszins artificieel karakter heeft. Om een overzichtelijk kader te bieden, worden beide aspecten echter afzonderlijk besproken.²²⁹ De beperkingen die worden opgelegd aan de vrijheid om de contractinhoud te bepalen, worden niet behandeld.²³⁰

B. Grenzen aan de contractvrijheid

a. Grenzen aan de vrijheid om al dan niet te contracteren: onrechtmatige contractweigering

i. Algemeen kader

54. Als uitgangspunt geldt dat een persoon de vrijheid heeft om al dan niet te contracteren, en bijgevolg ook kan weigeren om een overeenkomst te sluiten.²³¹ Tijdens de onderhandelingen zijn partijen vrij om deze te beëindigen, tenzij zij door een voorovereenkomst gebonden zouden zijn of er reeds een bindend aanbod is geformuleerd. Bij gebreke aan bindende precontractuele afspraken, is er in beginsel sprake van een subjectief recht om de aangeknoopte onderhandelingen weer af te breken.²³² Dit belet evenwel niet dat het uitoefenen van deze contractvrijheid in bepaalde gevallen als een onrechtmatige contractweigering kan worden beschouwd.²³³ Het afbreken van de onderhandelingen maakt op zichzelf niet vaak een fout uit, maar door de omstandigheden die gepaard gaan met het afbreken van de onderhandelingen, kan

²²⁹ Zie in die zin ook S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 4, nr. 7; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 373, nr. 631. Daar het onderscheid tussen deze twee deelaspecten niet eenduidig is, onderscheidt De Bondt slechts twee deelaspecten van de contractvrijheid, met name de vrijheid om al dan niet te contracteren en de vrijheid om de inhoud van het contract te bepalen. Zie W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 174.

²³⁰ Zie hierover o.m. S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 14-16, nr. 30-33.

²³¹ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 376, nr. 638.

²³² A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 139-140, nr. 8; H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 44.

²³³ Zie in die zin Cass. 7 oktober 2011, *RW* 2012-13, 1118, noot S. JANSEN en S. STIJNS.

de contractweigering een foutief karakter verkrijgen.²³⁴ De beoordeling van het al dan niet rechtmatig karakter van de contractweigering kan gesteund worden op verschillende grondslagen, afhankelijk van de concrete stappen in het onderhandelingsproces die reeds werden gezet en de concrete omstandigheden die gepaard gaan met het stopzetten van de onderhandelingen.

55. Hierbij kunnen in het bijzonder twee hypothesen worden onderscheiden: 1° deze waarin degene die de contractsluiting weigert, voorafgaandelijk aan de contractweigering volkomen passief bleef, en 2° deze waarin degene die de contractsluiting weigert reeds een contractsluiting in het vooruitzicht heeft gesteld, bijvoorbeeld door een aanbod te doen.²³⁵ Tussen beide hypothesen bevinden zich de situaties waarin degene die de contractsluiting weigert, in een bijzondere relatie staat ten aanzien van de andere partij, bijvoorbeeld in de onderhandelingsfase.²³⁶

Indien degene die weigert te contracteren voorafgaandelijk aan de contractweigering volkomen passief is gebleven en geen aanbod of onderhandelingsvoorstel heeft gedaan, noch zijn bereidheid tot contractsluiting heeft kenbaar gemaakt, kan worden gesteld dat de contractweigering in beginsel rechtmatig is.²³⁷ Indien de contractweigeraar evenwel dwingende bepalingen overtreedt of rechtsmisbruik pleegt, kan de contractweigering een onrechtmatig karakter verkrijgen.

Indien degene die weigert te contracteren evenwel een contractsluiting in het vooruitzicht heeft gesteld, wordt de weigering om een aanbod te aanvaarden sneller beschouwd als een onrechtmatige contractweigering, die zowel een contractuele als een buitencontractuele grondslag kan hebben.²³⁸ Er kan met name sprake zijn van een contractuele wanprestatie indien er reeds een overeenkomst tot stand is gekomen; dat kan ofwel omdat er wilsovereenstemming is over de essentiële bestanddelen van de overeenkomst of het aanbod voortijdig werd ingetrokken, ofwel omdat er sprake is van een miskenning van een voorbereidende

²³⁴ M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, (136) 138, nr. 4; A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 140, nr. 10; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 49, nr. 43.

²³⁵ A. DE BOECK, "De tussenkomen van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 249, nr. 75; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 377, nr. 638; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 448-449, nr. 18.

²³⁶ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 377, nr. 638.

²³⁷ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 449, nr. 19.

²³⁸ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 453, nr. 28.

overeenkomst die een onderhandelingsplicht of contracteerplicht vervatte.²³⁹ Bij de beoordeling van het (on)rechtmatig karakter moet rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak.²⁴⁰

In de precontractuele fase, d.i. de periode die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst, geldt als uitgangspunt de contractvrijheid van de partijen. Zowel de zorgaanbieder als de cliënt kan in beginsel vrij beslissen met wie hij/zij wenst te contracteren. De vrijheid om de onderhandelingen af te breken en geen overeenkomst te sluiten, is niet onbegrensd. De beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van de contractweigering is afhankelijk van de concrete stappen die reeds werden gezet in het onderhandelingsproces en de concrete omstandigheden die gepaard gaan met het afbreken van de onderhandelingen.

56. In wat volgt worden de verschillende grondslagen besproken waarop een mogelijke aansprakelijkheidsvordering kan worden gesteund in geval van onrechtmatige contractweigering. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naargelang de contractweigering als contractuele wanprestatie of als precontractuele fout kan worden beschouwd.

ii. *Buitencontractuele grondslag*

a) Contractweigering als precontractuele fout

57. Niettegenstaande de partijen in de precontractuele fase de vrijheid hebben om de onderhandelingen af te breken en geen overeenkomst te sluiten, moeten ze rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en de zorgvuldigheidsplicht die op hen rust, en mogen ze geen misbruik maken van het recht om de onderhandelingen af te breken.²⁴¹ Partijen kunnen een zgn. *culpa in non contrahendo* begaan indien ze de onderhandelingen op een onrechtmatige wijze afbreken.²⁴² Het is aan de rechter om het gedrag te beoordelen, rekening houdend met alle omstandigheden eigen aan de zaak. In de rechtsleer worden er beoordelingselementen aangereikt om het gedrag van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken, te beoordelen. Het betreft geenszins een limitatieve lijst. De rechter is soeverein om rekening te houden met de relevante elementen die eigen zijn aan de concrete zaak. De belangrijkste elementen zijn het gewekte vertrouwen, het stadium waarin de onderhandelingen zich bevinden

²³⁹ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 67, nr. 70. Zie over de totstandkoming van een overeenkomst o.m. S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 113-121, nr. 154-164.

²⁴⁰ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 453, nr. 29.

²⁴¹ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 154; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 49, nr. 43.

²⁴² H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 44.

op het ogenblik dat de onderhandelingen worden afgebroken en de redenen die worden aangereikt om geen contract te sluiten.²⁴³

Een belangrijk beoordelingselement betreft de fase waarin de onderhandelingen worden afgebroken. Afhankelijk van de fase waarin de partijen zich bevinden, zijn ze in mindere of meerdere mate vrij om de onderhandelingen af te breken. Klassiek worden drie stadia onderscheiden.²⁴⁴ In een eerste verkennende fase kunnen de partijen, zelfs zonder dat zij daarvoor redenen moeten opgeven, de onderhandelingen afbreken.²⁴⁵ In een tweede fase kunnen partijen voorafgaande of begeleidende afspraken maken. Ook in deze fase is het beëindigen van de onderhandelingen in beginsel rechtmatig, doch de begeleidende omstandigheden zijn daarbij doorslaggevend om te beoordelen of de weigerende partij zich heeft gedragen als een normaal, zorgvuldig en bedachtzaam persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst.²⁴⁶ In de eindfase tenslotte zal het afbreken van de onderhandeling vaak als onrechtmatig worden beschouwd, daar de wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben in de totstandkoming van de overeenkomst.^{247, 248} Ter illustratie kan de toewijzing van de niet-rechtstreeks toegankelijke jeugdhulpverlening worden aangehaald (*supra* nr. 15-17). Indien de voorziening die weerhouden is door de cliënt, akkoord gaat met de hulpvraag, komt de jongere op de wachtlijst van de voorziening te staan, waarna de voorziening in gesprek

²⁴³ Zie hierover uitvoerig A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 145-147, nr. 18-21; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 54-57, nr. 52-57.

²⁴⁴ A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 145, nr. 18; H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 45. Deze opdeling is geïnspireerd op het Nederlandse model, waar de zgn. 'driefasenleer' wordt gehanteerd en is gegroeid uit het arrest-*Plas v. Valburg* van de Nederlandse Hoge Raad d.d. 18 juni 1982. Zie hierover ook C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 57, nr. 58-59.

²⁴⁵ H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 45.

²⁴⁶ H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 45-46.

²⁴⁷ A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 145, nr. 18; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 55, nr. 54.

²⁴⁸ Hierbij kan worden opgemerkt dat sommige voorzieningen aandacht besteden aan het geleidelijk en procesmatig verloop van een opname. Zo krijgt de zorgvrager in sommige voorzieningen eerst een rondleiding, gevolgd door enige bedenktijd, alvorens een intakegesprek wordt georganiseerd. Na het intakegesprek verloopt er eveneens enige tijd alvorens tot een effectieve opname wordt overgegaan. Zie hierover A. VANDENBERK en I. DE COSTER, "De invalshoek van de directie" in S. OPDEBEECK en C. VAN AUDENHOVE (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, (25) 31. Hoe verder de onderhandelingen zijn gevorderd en bij de zorgvrager het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat de zorgaanbieder tot een opname zou overgaan, hoe moeilijker het is om de onderhandelingen af te breken zonder dat de contractweigering een foutief karakter heeft. Bovendien kan de zorgaanbieder, bijvoorbeeld na het intakegesprek, een aanbod formuleren, waardoor de overeenkomst tot stand komt door de loutere aanvaarding van het aanbod door de zorgvrager. *Infra* nr. 63.

gaat met de jongere om de hulp op te starten indien er een plaats vrij is (*supra* voetnoot 31). De voorziening gaat in deze fase bepaalde engagementen aan, waardoor de vrijheid om de onderhandelingen af te breken, beperkt is. Er moet in dit verband worden opgemerkt dat de verschillende stadia slechts als richtlijn kunnen worden beschouwd en dat de rechter zijn soevereine appreciatiebevoegdheid behoudt om de voorliggende zaak te beoordelen. Een essentieel beoordelingselement is het plots en ontijdig afbreken van vergevorderde onderhandelingen op een moment dat bij de tegenpartij een rechtmatig vertrouwen was gewekt dat het onderhandelde contract definitief tot stand zou komen.²⁴⁹ Bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter van de contractweigering functioneert de vertrouwensleer als gedragsnorm. Een partij die tijdens de onderhandelingen bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt de overeenkomst te sluiten, kan zich niet meer op de contractvrijheid beroepen om de onderhandelingen te beëindigen.²⁵⁰

58. Indien de rechter oordeelt dat het afbreken van de onderhandelingen een fout²⁵¹ uitmaakt, kan de partij die onrechtmatig weigerde te contracteren op grond van de artikelen 1382 en 1383 BW aansprakelijk worden gesteld. Hiervoor is vereist dat de voorwaarden voor buitencontractuele aansprakelijkheid zijn voldaan; met name dient er sprake te zijn van schade en een oorzakelijk verband tussen de fout en de schade.²⁵² Het slachtoffer van een precontractuele fout kan een schadevergoeding ontvangen, die het slachtoffer zo goed als mogelijk moet terugplaatsen in de positie waarin zij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige precontractuele handeling niet was gesteld.²⁵³

De vraag of de rechter de partijen kan verplichten om verder te onderhandelen en een contract te sluiten, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, lijkt in de rechtsleer te worden afgewezen, omdat deze ‘gedwongen’ contractsluiting op gespannen voet staat met de contractvrijheid.²⁵⁴

²⁴⁹ A. DE BOECK, “De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 145, nr. 18; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 55, nr. 55.

²⁵⁰ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 50, nr. 44.

²⁵¹ Een fout impliceert de aanwezigheid van twee cumulatieve voorwaarden, met name een objectief en een subjectief bestanddeel. Het objectieve bestanddeel houdt in dat er sprake moet zijn van een objectieve onrechtmatigheid of een onrechtmatige gedraging. Het subjectieve bestanddeel houdt in dat de dader schuldbequaam is en dat de onrechtmatige gedraging aan hem toerekenbaar is. Zie hierover S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 50-62, nr. 48-78; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123-166, nr. 172-225.

²⁵² S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 50, nr. 47.

²⁵³ H. GEENS, “Precontractuele aansprakelijkheid” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 60.

²⁵⁴ Zie hierover A. DE BOECK, “De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd” in

Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de aanwezigheid van voorafgaande overeenkomsten de buitencontractuele aansprakelijkheid niet *ipso facto* uitsluit.²⁵⁵ Indien de gedraging niet gesanctioneerd wordt door het voorcontract, maar strijdig is met de zorgvuldigheidsnorm die op de partijen rust, kan de buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang komen.²⁵⁶ Dit zal echter *in concreto* moeten worden beoordeeld, rekening houdend met de aard en de inhoud van het voorcontract en het feitelijke gedrag van de partijen. Indien dit niet het geval is, kan de vordering enkel op grond van contractuele aansprakelijkheid worden ingesteld, gelet op het samenloopverbod.²⁵⁷

De beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van een contractweigering behoort tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter. Er kunnen evenwel enkele beoordelingselementen worden aangereikt waarmee de zorgaanbieders rekening moeten houden, aangezien deze elementen een (belangrijke) invloed (kunnen) hebben op de vrijheid om de onderhandelingen af te breken.

In de eerste plaats is het stadium waarin de onderhandelingen zich bevinden, van belang. Hoe verder de onderhandelingen zijn geëvolueerd en de zorgaanbieder bij de cliënt het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt dat de zorgovereenkomst zou worden gesloten, hoe sneller de rechter zal oordelen dat de contractweigering een foutief karakter heeft. De zorgaanbieder die plots en ontijdig (vergevoerde) onderhandelingen afbreekt, en bij de cliënt het rechtmatig vertrouwen heeft opgewekt dat het onderhandelde zorgcontract tot stand zou komen, dreigt hiervoor aansprakelijk te worden gesteld.

Daarnaast zijn ook de redenen die worden aangehaald om geen contract te sluiten, van belang. Indien de zorgaanbieder goede redenen heeft om de cliënt niet op te nemen, kan de contractweigering rechtmatig zijn, zelfs indien de onderhandelingen reeds ver gevorderd zijn. De zorgaanbieder moet de weigering om een cliënt op te nemen nadat de onderhandelingen zijn opgestart, motiveren.

S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 151, nr. 27 en de verwijzingen aldaar.

²⁵⁵ A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 144, nr. 17.

²⁵⁶ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 63, nr. 69.

²⁵⁷ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 63, nr. 69.

b) Contractweigering als rechtsmisbruik

59. De leer van het rechtsmisbruik houdt in essentie in dat het aan een rechthebbende wordt verboden om zijn recht uit te oefenen op een wijze die kennelijk de grenzen van een redelijke rechtsuitoefening door een voorzichtige persoon te buiten gaat. Enkel die uitoefeningswijze van het recht die van een duidelijke grensoverschrijding getuigt, wordt aan banden gelegd.²⁵⁸

60. Over de vraag of de leer van het rechtsmisbruik van toepassing is in geval van contractweigering, bestond in de rechtsleer heel wat discussie.²⁵⁹ In een arrest van 7 oktober 2011 oordeelde het Hof van Cassatie dat de contractweigering misbruik van recht kan uitmaken, indien de aanwending van de vrijheid om niet te contracteren wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van die vrijheid door een zorgvuldig en vooruitziend persoon.²⁶⁰ Het afbreken van onderhandelingen en de weigering om te contracteren is op zichzelf niet onrechtmatig, doch door de wijze waarop dit recht wordt uitgeoefend, kan de contractweigering een onrechtmatig karakter verkrijgen.²⁶¹

Het algemene criterium om uit te maken of er al dan niet sprake is van rechtsmisbruik, impliceert dat een recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon. Niet elke

²⁵⁸ A. DE BOECK en F. VERMANDER, "Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd" in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (29) 31, nr. 3.

²⁵⁹ Volgens een eerste strekking kan er enkel sprake zijn van rechtsmisbruik bij de uitoefening van subjectieve rechten *sensu stricto* (d.i. rechten die aan de houder van het recht een bijzonder zeggenschap verlenen over een bepaald goed, d.i. zakelijke rechten, of ten aanzien van een andere persoon, d.i. vorderingsrechten), terwijl voor vrijheden die verkeerd worden aangewend, de buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing is. Daar de contractweigering gekwalificeerd kan worden als een aspect van de individuele contractvrijheid, en niet als een subjectief recht *sensu stricto*, vindt de leer van het rechtsmisbruik geen toepassing. Volgens deze strekking vereist de leer van het rechtsmisbruik dat de (subjectieve) rechten (*sensu lato*) voldoende afgebakend zijn. Zie in die zin bv. E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 378, nr. 639; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 76. Volgens een tweede strekking kan de uitoefening van vrijheden, evenals subjectieve rechten, in bepaalde gevallen rechtsmisbruik uitmaken. Dit zou ook gelden voor de contractvrijheid. Bepaalde auteurs aanvaarden dat rechtsmisbruik bij contractweigering enkel mogelijk is indien de contractweigeraar een dominante marktpositie inneemt. Zie in die zin bv. L. VAN BUNNEN, "Le traitement jurisprudentiel du refus de vente. Etat de question" (noot onder Cass. 24 september 1992), *RCJB* 1995, (10) 21-22, nr. 9. Voor een overzicht van de verschillende strekkingen, zie A. DE BOECK, "Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, (491) 493; S. JANSEN en S. STIJNS, "Contractweigering kan rechtsmisbruik uitmaken" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *RW* 2012-13, (1182) 1184, nr. 6; J. ROMAIN, "La liberté de commerce et le refus de contracter", *TBBR* 1994, (440) 452-458, nr. 13.

²⁶⁰ Cass. 7 oktober 2011, AR C.10.0227.F. Uit dit cassatiearrest vloeit evenwel niet *ipso facto* voort dat alle (fundamentele) rechten en vrijheden kunnen worden getoetst aan het criterium van rechtsmisbruik. JANSEN en STIJNS merken bovendien op dat de vrijheid om niet te contracteren door toenemende beperkingen niet meer als een echte 'vrijheid' kan worden beschouwd en suggereren dat het onderscheid tussen 'subjectieve rechten *sensu stricto*', 'bevoegdheden' en 'vrijheden' niet meer het gepaste instrument kan zijn om het toepassingsgebied van het verbod op rechtsmisbruik af te bakenen. De vraag of een subjectief recht *sensu lato* een afgebakend karakter heeft, lijkt evenwel aan pertinentie te winnen. Een vrijheid die toenemende begrenzings kent, kan evenals een begrensd recht vatbaar zijn voor rechtsmisbruik. Zie S. JANSEN en S. STIJNS, "Contractweigering kan rechtsmisbruik uitmaken" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *RW* 2012-13, (1182) 1185, nr. 6. Zie ook A. DE BOECK en F. VERMANDER, "Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd" in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (29) 35, nr. 7; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 74, nr. 76.

²⁶¹ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 74, nr. 76.

onbillijke uitoefeningswijze wordt zo verboden, maar enkel indien deze kennelijk onredelijk of onfatsoenlijk is.²⁶² De rechter oefent slechts een marginale controle uit.²⁶³ De rechter moet zich aldus bij de beoordeling terughoudend opstellen en hij kan enkel de rechtsuitoefening beteugelen indien een manifeste grensoverschrijding wordt vastgesteld.²⁶⁴ Naast het algemene criterium zijn er ook bijzondere criteria ontwikkeld die de rechter in zijn beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van de weigering kan betrekken, zoals de rechtsuitoefening zonder redelijk en voldoende belang en het proportionaliteitscriterium.²⁶⁵ Deze bijzondere criteria kunnen voornamelijk als hulpmiddel dienen om een concrete invulling te geven aan het algemene criterium.²⁶⁶ Aangezien de lijst van bijzondere criteria niet exhaustief is, staat niets het Hof van Cassatie in de weg om in de toekomst nieuwe criteria te ontwikkelen. In de rechtsleer gaan stemmen op om een nieuw bijzonder criterium te aanvaarden, met name het beschamen van het legitiem vertrouwen.²⁶⁷

61. De sanctie in geval van rechtsmisbruik bestaat uit het opleggen van het 'best passende herstel', waardoor een einde wordt gemaakt aan de onwettige toestand.²⁶⁸ De sanctie van het rechtsmisbruik moet dus tot gevolg hebben dat de abusievelijke handeling elk gevolg wordt ontnomen.²⁶⁹ In geval van rechtsmisbruik bij contractweigering is de sanctie evenwel niet eenduidig. Algemeen wordt aanvaard dat bij een misbruik van keuzerecht van artikel 1184 BW, de rechter de keuze kan ombuigen naar de alternatieve optie.²⁷⁰ Er kan worden aangenomen dat bij contractweigering een keuzerecht voorhanden is, met name wel contracteren of niet contracteren. Naar analogie kan dan worden gesteld dat, bij misbruik van het keuzerecht in geval van contractweigering, het alternatief door de rechter kan worden opgelegd, hetgeen

²⁶² A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, afl. 85, losbl., (119) 129.

²⁶³ A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, afl. 85, losbl., (119) 129.

²⁶⁴ S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (75) 100, nr. 23.

²⁶⁵ In dit verband kan worden opgemerkt dat over de precieze verhouding tussen deze criteria geen eensgezindheid heerst. Ook de verhouding tussen het algemeen criterium en de bijzondere criteria is niet helemaal duidelijk. In sommige gevallen wordt door het Hof van Cassatie enkel naar het algemeen criterium verwezen, in andere gevallen wordt een aangevochten beslissing vernietigd op grond van het ontbreken van een specifiek criterium. Zie hierover A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, afl. 85, losbl., (119) 130-135.

²⁶⁶ S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (75) 102, nr. 25.

²⁶⁷ A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, afl. 85, losbl., (119) 135; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 8, nr. 15; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 79, nr. 85.

²⁶⁸ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 8, nr. 16.

²⁶⁹ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 8, nr. 16.

²⁷⁰ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 130, nr. 152.

volgens bepaalde auteurs een gedwongen contractsluiting lijkt te impliceren.²⁷¹ Deze gedwongen contractsluiting staat op gespannen voet met de contractvrijheid. Evenwel kan ook een andere redenering worden gevolgd. Bij het afbreken van onderhandelingen en de daaruit voortvloeiende contractweigering, kan worden gesteld dat het keuzerecht niet 'wel of niet contracteren' inhoudt, maar 'wel of niet verder onderhandelen' veronderstelt.²⁷² Het alternatief dat door de rechter kan worden opgelegd, komt vanuit deze redenering neer op een onderhandelingsplicht en niet op een gedwongen contractsluiting.²⁷³

62. Over de vraag naar de verhouding tussen enerzijds de buitencontractuele aansprakelijkheid en anderzijds de leer van het rechtsmisbruik, en op welke wijze rechtsmisbruik moet worden ingepast in het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen, bestaat in de huidige stand van het recht geen eenduidig antwoord.²⁷⁴ Het onderscheid tussen beide rechtsfiguren is evenwel van belang, want de foutappreciatie door de rechter en het schadeherstel is bij beide verschillend.²⁷⁵ De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik zorgt ervoor dat minder fouten in de precontractuele fase tot aansprakelijkheid leiden, daar de rechter slechts een marginale controle uitoefent en enkel fouten die 'kennelijk' foutief zijn, gesanctioneerd kunnen worden.²⁷⁶ Bij de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid kan de rechter een volledige toetsing doorvoeren, waarbij de lichtste fout kan volstaan opdat er sprake zou zijn van aansprakelijkheid.²⁷⁷ Wat het schadeherstel betreft, geeft een buitencontractuele fout aanleiding tot een integraal herstel, terwijl het rechtsmisbruik aanleiding geeft tot de herleiding van het recht tot de normale uitoefening ervan of tot het herstel van de veroorzaakte schade.²⁷⁸

Aansluitend op het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de hypothese waarin de weigerende partij volledig passief bleef voorafgaand aan de contractsluiting en de hypothese waarin de weigerende partij een contractsluiting in het vooruitzicht stelde, wordt door sommige auteurs

²⁷¹ A. DE BOECK, "Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk" (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, (491) 495; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 8, nr. 16.

²⁷² Zie in die zin C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 130, nr. 152.

²⁷³ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 130, nr. 152.

²⁷⁴ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 75-76, nr. 78-79.

²⁷⁵ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 75, nr. 78.

²⁷⁶ H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in *VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN* (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 44.

²⁷⁷ H. GEENS, "Precontractuele aansprakelijkheid" in *VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN* (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (39) 44; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 329.

²⁷⁸ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 75, nr. 78.

verdedigd dat in de eerste hypothese de contractweigering principieel rechtmatig is, tenzij de ermee gepaard gaande omstandigheden, zoals rechtsmisbruik, hieraan een onrechtmatig karakter verlenen.²⁷⁹ In deze hypothese speelt aldus de leer van het rechtsmisbruik. In de tweede hypothese kan er sprake zijn van een schending van het gewekte vertrouwen, hetgeen betoogd kan worden op grond van de artikelen 1382 en 1383 BW.²⁸⁰

Een ander onderscheid dat door sommige auteurs wordt gemaakt, is dit tussen enerzijds de fouten die gepleegd werden *in* de rechtsuitoefening van de contractvrijheid, hetgeen gesanctioneerd wordt op grond van de leer van het rechtsmisbruik, en anderzijds de fouten die gepleegd werden ter gelegenheid van de uitoefening van de prerogatieven van de contractvrijheid, hetgeen gesanctioneerd wordt op grond van de artikelen 1382 en 1383 BW.²⁸¹

Indien de vrijheid om niet te contracteren wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een zorgvuldig en vooruitziend persoon, kan de contractweigering een onrechtmatig karakter verkrijgen.

iii. Contractuele grondslag

63. Een contractweigering kan in bepaalde gevallen aanleiding geven tot contractuele aansprakelijkheid van de weigeraar. Hierbij kunnen in het bijzonder twee hypothesen worden onderscheiden.

In de eerste plaats kunnen de partijen tijdens hun besprekingen de precontractuele fase, al dan niet bewust, hebben verlaten en kan de overeenkomst tot stand zijn gekomen, omdat er reeds wilsovereenstemming is over de essentiële bestanddelen van de overeenkomst.²⁸² In tegenstelling tot de loutere onderhandelingen, die in beginsel geen bindend karakter hebben, kan er reeds een aanbod worden geformuleerd dat bindend is voor de aanbieder.²⁸³ Een aanbod

²⁷⁹ Zie hierover A. DE BOECK, "De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 249, nr. 75; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 448-449, nr. 18; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 76, nr. 79.

²⁸⁰ A. DE BOECK, "De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 249, nr. 75.

²⁸¹ Zie hierover A. DE BOECK, "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (137) 140, nr. 10; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 76, nr. 80.

²⁸² M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, (136) 141, nr. 14; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 74, nr. 96 en 76, nr. 99.

²⁸³ M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, (136) 141, nr. 14; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge,

is het door een van de partijen gedaan vast en precies voorstel tot contracteren, waarin alle essentiële en substantiële elementen aanwezig zijn die nodig zijn voor de totstandkoming van de overeenkomst.²⁸⁴ Eens de weigerende partij een aanbod heeft geformuleerd, is er, zolang dit aanbod geldig is en niet werd verworpen, nauwelijks ruimte voor contractweigerings.²⁸⁵ De aanvaarding (zonder voorbehoud) van een aanbod door de partij tot wie het aanbod is gericht, impliceert het einde van de precontractuele fase en het begin van de contractuele fase, daar de overeenkomst tot stand komt indien het aanbod wordt aanvaard.²⁸⁶ Indien in deze fase de ‘onderhandelingen’ worden afgebroken, komt dit neer op een niet-uitvoering van de overeenkomst.²⁸⁷ Eveneens kan het vroegtijdig intrekken van het aanbod worden beschouwd als een fout in de uitvoering van de overeenkomst.

In de tweede plaats kan er sprake zijn van een miskenning van een voorbereidende overeenkomst, die een onderhandelings- of contracteerplicht bevat. Deze hypothese betreft hoofdzakelijk het sluiten van complexe overeenkomsten, die vaak langdurige onderhandelingen met zich meebrengen en is in de context van het onderzoek minder relevant.²⁸⁸

64. In geval van contractuele aansprakelijkheid geldt als uitgangspunt de uitvoering in natura, tenzij dit onmogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt.²⁸⁹ De rechter kan tevens een uitvoering bij equivalent toekennen indien de uitvoering in natura onmogelijk of abusievelijk is, of de schuldeiser niet integraal schadeloos stelt.²⁹⁰ De benadeelde partij, die slachtoffer is van een toerekenbare niet-nakoming van de verbintenissen door de schuldenaar, kan in een wederkerige overeenkomst krachtens artikel 1184 BW kiezen tussen de gedwongen uitvoering

die Keure, 2005, 118, nr. 161-162; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 155-156.

²⁸⁴ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 118, nr. 161.

²⁸⁵ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigerings en antidiscriminatie” in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 456, nr. 35.

²⁸⁶ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 157; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 37, nr. 30.

²⁸⁷ C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 67, nr. 70.

²⁸⁸ Zie hierover o.m. M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 141-146, nr. 14-28; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010” in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2010, (1) 4-7, nr. 8-10; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigerings en antidiscriminatie” in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 463-464, nr. 48-49.

²⁸⁹ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 164; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 119, nr. 136.

²⁹⁰ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 178, nr. 249.

van het contract en de gerechtelijke ontbinding ervan, eventueel met een bijkomende schadevergoeding.²⁹¹

Indien er sprake is van een miskenning van een voorbereidende overeenkomst die een onderhandelings- of contracteerplicht vervatte en de schuldeiser verkiest om verder te onderhandelen of het contract te sluiten als uitvoering in natura, impliceert dit een onderhandelings- respectievelijk contracteerplicht.²⁹² Traditioneel wordt een gedwongen contractsluiting, evenals een onderhandelingsplicht, in de rechtsleer niet aanvaard, daar dit onder meer als een te verregaande aantasting van de contractvrijheid wordt beschouwd.²⁹³

Een contractweigering kan aanleiding geven tot de contractuele aansprakelijkheid van de partij die de onderhandelingen afbreekt. De zorgaanbieder moet in het bijzonder opletten dat hij tijdens de onderhandelingen niet ongewild een aanbod formuleert ten aanzien van de cliënt. Indien de zorgaanbieder een aanbod formuleert, is er van zijn kant nog nauwelijks ruimte voor contractweigering. Indien de cliënt het aanbod aanvaardt, komt de zorgovereenkomst tot stand en zijn beide partijen gehouden de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren.

b. Grenzen aan de vrijheid om de medecontractant te bepalen: discriminatieverbod

i. Algemeen kader

65. Als uitgangspunt geldt dat iedere burger vrij en volgens zijn eigen inzichten en doelstellingen kan bepalen met wie hij wenst te contracteren.²⁹⁴ De vrijheid om een medecontractant te kiezen, is evenwel niet onbegrensd, maar wordt (in belangrijke mate)

²⁹¹ R. DEKKERS, A.-L. VERBEKE, K. VANHOVE, N. CARETTE en G. BAETEMAN, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 104, nr. 201; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 188, nr. 263; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 196.

²⁹² C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 67, nr. 71.

²⁹³ Zie hierover A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 455, nr. 33. Indien er evenwel sprake is van een contractweigering waar een vooraf bestaande plicht tot contracteren is overeengekomen, wordt door sommige auteurs verdedigd dat uitvoering in natura door middel van een gedwongen contractsluiting wel mogelijk is, in tegenstelling tot de hypothese waarin er geen voorafgaande overeenkomst voorhanden is. Zie in die zin S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 8, nr. 16; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 121, nr. 140. Het verplichten tot verder onderhandelen, wordt door de meeste auteurs afgewezen, en ook in de rechtspraak lijken er geen precedënten voorhanden waarbij de rechter aan de partijen in een contractuele context een 'dooronderhandelingsplicht' oplegt. Art. 1141 BW legt bij de niet-nakoming van verbintenissen om iets te doen de uitvoering bij equivalent op, daar er een verbod is op fysieke dwang op de schuldenaar. Zie hierover C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 121, nr. 140, met verwijzing naar WÉRY, die aantoonde dat een uitvoering in natura van een verbintenis om iets te doen, wel kan worden opgelegd door de rechter: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires: une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Brussel, Kluwer, 1993, 203-208, nr. 149-151.

²⁹⁴ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 9, nr. 17.

beperkt door het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zoals onder meer vervat in de artikelen 10 en 11 Gw., de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007²⁹⁵ en het Antidiscriminatiedecreet van 10 juli 2008²⁹⁶.

ii. *Gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel*

a) Antidiscriminatiedecreet

66. Het Antidiscriminatiedecreet schept een kader voor het Vlaamse gelijkekansenbeleid en voor de bestrijding van discriminatie met betrekking tot de bevoegdheden van de Vlaamse gemeenschap en het Vlaamse gewest.²⁹⁷ Het decreet verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie, (seksuele) intimidatie,²⁹⁸ de opdracht tot discrimineren²⁹⁹ en de weigering om redelijke aanpassingen³⁰⁰ te treffen voor personen met een handicap.³⁰¹ Er is sprake van een directe discriminatie indien iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand in een vergelijkbare situatie op grond van een beschermd criterium, tenzij die ongunstige behandeling objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.³⁰² Er is sprake van een indirecte discriminatie indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling personen, gekenmerkt door een beschermd criterium, kan benadelen in vergelijking met andere personen, tenzij dit kan worden gerechtvaardigd of – in geval van een indirect onderscheid op grond van een handicap – er geen redelijke aanpassingen

²⁹⁵ De federale antidiscriminatiewetgeving is ondergebracht in drie specifieke antidiscriminatiewetten, met name 1) Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Antidiscriminatiewet); 2) Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Genderwet); 3) Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Antiracismewet).

²⁹⁶ Decr. Vl. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008.

²⁹⁷ Art. 2 Antidiscriminatiedecreet. Merk op dat het Antidiscriminatiedecreet werd ingevoerd om aan de Europese verplichtingen te voldoen. Zie Richtlijn 2000/43/EG; Richtlijn 2000/78/EG; Richtlijn 2000/73/EG; Richtlijn 2004/113/EG. Zowel op federaal niveau (Antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007) als op deelstatelijk niveau (Antidiscriminatiedecreet) moet aan de Europese verplichtingen worden tegemoetgekomen. Zie hierover S. JANSEN, "De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen" in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 199-200, nr. 70.

²⁹⁸ Overeenkomstig art. 17, § 1 Antidiscriminatiedecreet is er sprake van intimidatie in geval van ongewenst gedrag dat verband houdt met een of meer van de beschermde criteria en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Art. 17, § 2 Antidiscriminatiedecreet stelt dat er sprake is van seksuele intimidatie indien de intimidatie gepaard gaat met enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie.

²⁹⁹ Overeenkomstig art. 18 Antidiscriminatiedecreet is er sprake van een opdracht tot discrimineren bij elke handelswijze die erin bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van een of meer van de beschermde criteria.

³⁰⁰ Overeenkomstig art. 19 Antidiscriminatiedecreet is er sprake van het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap als aanpassingen worden geweigerd die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen. Als aanpassing wordt beschouwd, elke concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert.

³⁰¹ Art. 15 Antidiscriminatiedecreet.

³⁰² Art. 16, § 1 Antidiscriminatiedecreet.

kunnen worden getroffen.³⁰³ In artikel 16, § 3 Antidiscriminatiedecreet worden de beschermde criteria op limitatieve wijze opgesomd³⁰⁴: geslacht, genderidentiteit, genderexpressie, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming. Het Antidiscriminatiedecreet heeft, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, onder meer betrekking op de gezondheidszorg,³⁰⁵ het onderwijs en het aanbod van en de toegang tot de levering en het genot van goederen en diensten³⁰⁶ die publiekelijk toegankelijk zijn.³⁰⁷ Het lijkt weinig twijfel dat ook de welzijnszorg gevat is door het Antidiscriminatiedecreet. Uit het feit dat het decreet van toepassing is op alle personen, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, vloeit voort dat het decreet horizontale werking heeft.³⁰⁸

67. Uit de definities van directe en indirecte discriminatie blijkt dat de mogelijkheid wordt geboden van een objectieve en redelijke rechtvaardiging.³⁰⁹ Niet elke ongelijke behandeling tussen particulieren is verboden; zij is slechts discriminatoir (en dus verboden) indien de ongelijke behandeling niet gerechtvaardigd kan worden. Of een direct of indirect onderscheid objectief en redelijk verantwoord is, dient steeds *in concreto* te worden beoordeeld door de rechter.³¹⁰ De drie stappen van de evenredigheidstoets, met name pertinentie, noodzakelijkheid

³⁰³ Art. 16, § 2 Antidiscriminatiedecreet.

³⁰⁴ Het Antidiscriminatiedecreet werd aangevochten voor het Grondwettelijk Hof omwille van deze gesloten lijst. Het Grondwettelijk Hof stelde in een arrest *d.d.* 16 juli 2009 dat het feit dat een discriminatiegrond niet in de lijst is opgenomen, weliswaar tot gevolg heeft dat de specifieke bescherming die het betrokken decreet biedt niet van toepassing is, maar betekent niet dat de slachtoffers van een discriminatie op een dergelijke grond van elke rechtsbescherming zijn uitgesloten. De wetgever kan niet afwijken van het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk is gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 Gw., al dan niet in samenhang gelezen met art. 14 EVRM en art. 26 BUPO-Verdrag (overw. B.3.2.). Het Hof erkent evenwel een bijkomende discriminatiegrond, met name de syndicale overtuiging (overw. B.4.3.). Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof de gesloten lijst met discriminatiegronden geopend heeft voor bepaalde belangrijke discriminatiegronden die niet zijn opgenomen in de lijst. Zie GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009. Deze uitspraak is in grote mate een herhaling van het arrest *d.d.* 2 april 2009, waarin het Grondwettelijk Hof m.b.t. de federale antidiscriminatiewetten eveneens de syndicale overtuiging toevoegde aan de gesloten lijst met discriminatiegronden. Zie over de federale antidiscriminatiewetten D. DE PRINS, "Het grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, (1) 25-26.

³⁰⁵ Hierbij kan worden opgemerkt dat tijdens de parlementaire voorbereiding werd aangegeven dat 'welzijn' vervat zit in het concept 'gezondheidszorg'. Zie Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 176.

³⁰⁶ Hierbij kan worden opgemerkt dat het begrip 'het aanbod van en de toegang tot de levering en het genot van goederen en diensten die publiekrechtelijk beschikbaar zijn' ruim moet worden opgevat en zowel de precontractuele fase als de fase van de uitvoering van de overeenkomst omvat. Zie in die zin over de federale antidiscriminatiewetten: A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigeren en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 471, nr. 69.

³⁰⁷ Zie art. 20, 1°-8° Antidiscriminatiedecreet.

³⁰⁸ Zie in die zin ook S. JANSEN, "De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen" in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 201, nr. 71.

³⁰⁹ Zie in die zin ook, weliswaar m.b.t. de oude federale antidiscriminatiewetten, D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 473, nr. 1196.

³¹⁰ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 474, nr. 1196.

en proportionaliteit, zijn expliciet opgenomen in artikel 16 Antidiscriminatiedecreet.³¹¹ Evenredige middelen zijn middelen die 1) relevant zijn voor het bereiken van het doel, 2) niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken, en 3) in een proportionele verhouding staan tot het doel. Dit laatste criterium veronderstelt dat de rechter een afweging maakt tussen enerzijds de ernst van de persoonlijke belangen aantasting die het gevolg is van het verschil in behandeling en anderzijds het privaat of publiek belang van het nagestreefde doel. Er is sprake van directe discriminatie indien er geen objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is.³¹² In dit verband kan nog worden opgemerkt dat in de rechtsleer wordt gesteld dat voor particulieren de criteria die gelden bij het vaststellen of een onderscheid objectief gerechtvaardigd is, ruimer en meer flexibel zijn dan voor de overheid.³¹³ Centraal bij de test staat dat een manifest willekeurig onderscheid verboden moet zijn.³¹⁴

68. In het Antidiscriminatiedecreet is een aantal sanctiemechanismen voorzien, zoals burgerlijke sancties. Bedingen in een overeenkomst die in strijd zijn met het decreet zijn nietig.³¹⁵ In geval van discriminatie kan het slachtoffer in bepaalde gevallen eveneens een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Het slachtoffer heeft de keuze tussen het vorderen van de werkelijk geleden schade³¹⁶ of het vorderen van een forfaitaire schadevergoeding³¹⁷. De persoon tegen wie de klacht werd ingediend, mag tegen het slachtoffer en eventuele getuigen geen nadelige maatregelen treffen, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht.³¹⁸ Het decreet voorziet eveneens in strafrechtelijke sancties.³¹⁹

b) Grondwettelijk discriminatieverbod

69. In de Belgische Grondwet is het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel neergelegd in de artikelen 10 en 11. Het algemeen grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is opgenomen in artikel 10 Gw.³²⁰ Door de grondwetsherziening van 1970 is artikel 11 opgenomen in de Grondwet.³²¹

³¹¹ Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 7-8.

³¹² Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 7-8.

³¹³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 475, nr. 1198 en de verwijzingen aldaar.

³¹⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 475, nr. 1198.

³¹⁵ Art. 27 Antidiscriminatiedecreet.

³¹⁶ Art. 28, § 1 Antidiscriminatiedecreet.

³¹⁷ Art. 28, § 2 Antidiscriminatiedecreet.

³¹⁸ Art. 37-38 Antidiscriminatiedecreet.

³¹⁹ Art. 31-35 Antidiscriminatiedecreet.

³²⁰ Ondanks de ruime bewoording van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel vervat in art. 10, ging men er lange tijd van uit dat allerlei discriminaties van vrouwen toegelaten waren. In 2002 werd een derde lid aan art. 10 toegevoegd, zodat voortaan uitdrukkelijk de gelijkheid van mannen en vrouwen gewaarborgd is. Volgens voorstanders van deze uitbreiding van het gelijkheidsbeginsel legt art. 2 van het VN-Vrouwenverdrag aan de verdragsstaten de verplichting op om maatregelen te nemen ter bestrijding van discriminatie van vrouwen. Hiertoe dienen de verdragsstaten in eerste instantie in hun nationale Grondwet het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in te schrijven

Artikel 11 is een negatief geformuleerde herhaling van artikel 10 Gw.³²² Beide artikelen zijn de uitdrukking van eenzelfde beginsel en zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.³²³

70. Indien geen specifiek beschermd criterium van het Antidiscriminatiedecreet kan worden ingeroepen, kan worden teruggevallen op het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk is gewaarborgd in de artikelen 10 en 11 Gw. Ook discriminaties die buiten het temporele, personele of materiële toepassingsgebied van het Antidiscriminatiedecreet vallen, ontsnappen aldus niet aan het discriminatieverbod.³²⁴ Het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel bevat een oorspronkelijke, hogere en meer algemene rechtsplicht dan de specifieke norm die vervat zit in de antidiscriminatie wetten en het Antidiscriminatiedecreet.³²⁵

71. In de artikelen 10 en 11 Gw. is, in tegenstelling tot het Antidiscriminatiedecreet, geen lijst van discriminatiegronden opgenomen.³²⁶ Het grondwettelijk discriminatieverbod heeft een open structuur, hetgeen impliceert dat de rechter moet oordelen of een ongelijke behandeling gerechtvaardigd kan worden, zonder dat er sprake is van *a priori* ontoelaatbare differentiatiecriteria.³²⁷ Het grondwettelijk discriminatieverbod, vervat in de artikelen 10 en 11 Gw., heeft zijn invulling ontleend aan de rechtspraak van het EHRM bij artikel 14 EVRM.³²⁸ De

(Standpunt verdedigd door P. LEMMENS in zijn advies voor de Senaatscommissie: zie Verslag over de herziening van titel II van de Grondwet, om een nieuw artikel in te voegen betreffende het recht op gelijkheid van vrouwen en mannen, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 265/4, 24-25.). Volgens tegenstanders zou dit artikel niets toevoegen aan de bestaande rechtsbescherming en bijgevolg overbodig zijn (Standpunt verdedigd in zijn advies door M. VERDUSSEN: zie Verslag over de herziening van titel II van de Grondwet, om een nieuw artikel in te voegen betreffende het recht op gelijkheid van vrouwen en mannen, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 265/4, 53). Zie ook G. GOEDERTIER, "De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd", *RW* 2003-04, (241) 244-245.

³²¹ Art. 11 Gw. (oud art. 6bis Gw.) werd ingevoerd door de Grondwetsherziening van 24 december 1970, *BS* 31 december 1970.

³²² Dit werd reeds benadrukt tijdens de parlementaire voorbereiding: zie *Hand.* Senaat 1969-70, 4 juni 1970, 1709: "... artikel 6bis is eigenlijk niets anders dan een modernisering, een aanpassing aan het huidige tijdsgewricht van artikel 6 Grondwet. Immers artikel 6 behelst reeds het principe van de gelijkheid van de Belgen voor de wet. Indien men het principe van de gelijkheid strikt zou toepassen, kan er geen discriminatie zijn."

³²³ Arbitragehof 8 juli 1997, nr. 37/97, overw. B.4.

³²⁴ Zie in die zin GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.4; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, "Verschillende gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie" in A. ALEN, G. MAES en S. SOTTIAUX (eds.), *Publiekrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2011, (23) 28.

³²⁵ J. VRIELINK en D. DE PRINS, "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", *TBP* 2009, (579) 590, nr. 39.

³²⁶ In art. 10 Gw. wordt enkel 'geslacht' vermeld, in art. 11 Gw. wordt enkel melding gemaakt van 'ideologische en filosofische minderheden'. Deze specifieke verwijzingen doen evenwel geen afbreuk aan het open systeem van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Zie ook S. JANSEN, "De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen" in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 185, nr. 49.

³²⁷ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 266, nr. 673-674.

³²⁸ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 248, nr. 631. Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot het discriminatieverbod vervat in art. 14 EVRM, het grondwettelijk discriminatieverbod geen complementair karakter heeft, waardoor er geen band moet worden aangetoond met een ander recht. Art. 14 EVRM heeft slechts een complementair karakter, waardoor het enkel in samenhang met een ander Verdragsartikel kan worden ingeroepen. Het is aan de verzoeker om een band aan te tonen tussen de vermeende discriminatie en een recht gewaarborgd in het EVRM of in één van de aanvullende protocollen, waarbij het noodzakelijk maar tevens ook voldoende is dat de regeling zich binnen de invloedssfeer van het Verdrag bevindt. Zie hierover o.m. O.M. ARNARDOTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on*

rechterlijke toetsing van een ongelijke behandeling gebeurt aan de hand van vijf criteria, met name de vergelijkbaarheid, het doel van het onderscheid, de objectiviteit van het onderscheid, de pertinentie en de proportionaliteit.³²⁹

72. Het Grondwettelijk Hof heeft in het kader van de toetsing van de Antidiscriminatiewetten enkele interessante arresten geveld met betrekking tot de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel (*infra* nr. 111). Het Grondwettelijk Hof heeft daarbij geopteerd voor een ‘dubbele piste’ van bescherming, met name de specifieke horizontale bescherming van de antidiscriminatiewetten en het Antidiscriminatie-decreet enerzijds en de algemene indirecte horizontale bescherming van de grondwettelijke bepalingen anderzijds.³³⁰ De belangrijkste beperking op de draagwijdte van het algemene gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel is dat het Grondwettelijk Hof het discriminatieverbod enkel van toepassing acht op personen die in het rechtsverkeer een machtspositie, in feite of in rechte, innemen die hen in de gelegenheid stelt om op een discriminerende wijze afbreuk te doen aan de rechten van anderen.³³¹ Opdat aldus een beroep kan worden gedaan op het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel is vereist dat 1) de personen zich in het rechtsverkeer bewegen, 2) deze personen in feite of in rechte een machtspositie innemen ten aanzien van een andere persoon en 3) de machtspositie deze personen in staat stelt te discrimineren.³³²

c) Discriminatieverbod en opnamebeleid

73. Gelet op het persoonlijk karakter van een mogelijke opname in een (private) voorziening in de jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap, kan de problematiek van een eventuele discriminatie zich in het bijzonder in deze context voordoen. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het aanbod op zichzelf niet discriminerend is, maar de aanbieder op grond van discriminerende overwegingen weigert te

Human Rights, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 35; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 43, nr. 94.

³²⁹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat zelden alle criteria systematisch worden aangewend, maar dat de rechter zich zal beperken tot de criteria die relevant zijn voor het voorliggende geval. Zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 250, nr. 635; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 334-335, nr. 595.

³³⁰ S. JANSEN, “De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen” in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 183-184, nr. 46.

³³¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.4. Zie hierover ook S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Verschillende gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie” in A. ALEN, G. MAES en S. SOTTIAUX (eds.), *Publiekrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2011, (23) 29.

³³² S. JANSEN, “De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen” in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 183, nr. 45; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Verschillende gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie” in A. ALEN, G. MAES en S. SOTTIAUX (eds.), *Publiekrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2011, (23) 29; J. VRIELINK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving”, *TBP* 2009, (579) 590, nr. 40.

contracteren met een welbepaalde persoon, en anderzijds de situatie waarin het aanbod op zichzelf een discriminerend karakter heeft.³³³

In de hypothese waarin het aanbod op zichzelf niet discriminerend is, brengt de aanvaarding van het aanbod de overeenkomst tot stand, waardoor er geen ruimte meer is voor contractweigering.³³⁴ Aangezien de overeenkomst reeds tot stand is gekomen door de aanvaarding, is er sprake van een weigering tot uitvoering van de overeenkomst en aldus van een contractuele wanprestatie, indien de aanbieder niet wenst te contracteren met de wederpartij.³³⁵

In de hypothese waarin het aanbod op zichzelf onderworpen is aan expliciet discriminerende voorwaarden, komt de overeenkomst niet tot stand door de aanvaarding van de persoon die is uitgesloten door de discriminerende voorwaarden.³³⁶ Het aanbod is immers niet gericht op de persoon die wenst te aanvaarden. Aangezien de gediscrimineerde persoon geen recht heeft om de overeenkomst tot stand te brengen door de aanvaarding, kan hij dit recht niet uitoefenen en zal een 'aanvaarding' niet leiden tot een contractsluiting.³³⁷ Het slachtoffer van de discriminatie kan dan, mits aan de voorwaarden is voldaan, eventueel op grond van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht een schadevergoeding vorderen.³³⁸ Over de vraag of een 'gedwongen' contractsluiting mogelijk is, bestaat geen eenduidig antwoord. Er zou kunnen worden beargumenteerd dat, op grond van artikel 27 Antidiscriminatie-decreet, discriminatoire bedingen in een overeenkomst nietig zijn, waardoor het aanbod zich wel uitstrekt tot de gediscrimineerde personen.³³⁹ Deze nietigheid dient te worden uitgesproken door een rechter ten gronde, waardoor de overeenkomst ten vroegste tot stand komt op het moment van de uitspraak.³⁴⁰ In dit verband moet worden opgemerkt dat de uitvoering in natura van de

³³³ C. CAUFFMAN, "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, (287) 299, nr. 47.

³³⁴ C. CAUFFMAN, "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, (287) 299, nr. 47.

³³⁵ Zie ook M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, (136) 141, nr. 14; C. CAUFFMAN, "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, (287) 299, nr. 47; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 118, nr. 161-162; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 155-156.

³³⁶ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 458, nr. 39.

³³⁷ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 458, nr. 39.

³³⁸ Indien aan de voorwaarden van het Antidiscriminatie-decreet is voldaan, kan een vordering gesteund zijn op art. 28 Antidiscriminatie-decreet. Indien de voorwaarden niet zijn vervuld, kan een schadevergoeding worden gevorderd op grond van art. 1382 BW.

³³⁹ C. CAUFFMAN, "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, (287) 299, nr. 47. Ter staving van dit argument haalt CAUFFMAN argumenten aan uit de arbeidsrechtelijke rechtspraak. In het arbeidsrecht zijn er precedents waarbij de nietigheid wordt beperkt tot het discriminerende deel van het beding waarbij de kring van geadresseerden wordt beperkt, hetgeen tot gevolg heeft dat het slachtoffer van de discriminatie aanspraak kan maken op dezelfde voorwaarden als de groep ten aanzien waarvan hij werd benadeeld. C. CAUFFMAN, "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, (287) 294-295, nr. 30.

³⁴⁰ A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 459, nr. 39.

overeenkomst niet (altijd) mogelijk is indien de zorgaanbieder reeds een andere cliënt heeft opgenomen en er bijgevolg enkel een schadevergoeding kan worden toegekend.

74. Indien een beroep kan worden gedaan op het Antidiscriminatiedecreet, geldt het verbod om te discrimineren in contractuele relaties (tussen particulieren) onverkort. Een eventuele ongelijke behandeling moet steeds op objectieve en redelijke wijze worden verantwoord om de rechtvaardigingstoets te kunnen doorstaan.

Indien geen beroep kan worden gedaan op het Antidiscriminatiedecreet, rijst de vraag of een ongelijke behandeling verboden is op grond van de horizontale toepassing van de artikelen 10 en 11 Gw. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan het gelijkheidsbeginsel via open normen in het verbintenisrecht worden ingeroepen.³⁴¹ Zo kan een onrechtmatige contractweigering in bepaalde gevallen in strijd zijn met de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals vervat in artikel 1382 BW.³⁴² Deze zorgvuldigheidsnorm, als open norm, kan worden gelezen in het licht van het discriminatieverbod.³⁴³ Enkel indien de ongelijke behandeling niet kan worden gerechtvaardigd, kan er sprake zijn van een discriminatoire behandeling. In dit verband dient evenwel te worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie dergelijke horizontale werking van de artikelen 10 en 11 Gw. niet aanvaardt (*infra* nr. 111), waardoor het resultaat van een vordering op grond van de artikelen 10 en 11 Gw. een onzeker karakter heeft.

In dit verband moet eveneens worden opgemerkt dat het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie ook in specifieke sectorale bepalingen is opgenomen. Zo bevat het Erkenningsbesluit VAPH een expliciet discriminatieverbod, waarin wordt gesteld dat voorzieningen geen cliënten mogen weigeren op grond van etnische afkomst, nationaliteit, geslacht, seksuele geaardheid, sociale achtergrond, ideologische, filosofische, godsdienstige overtuiging of financieel onvermogen.³⁴⁴ De niet-naleving van de erkenningsnormen brengt in beginsel slechts de erkenning en subsidiëring van de voorziening in het gedrang.³⁴⁵ Aangezien de bepaling evenwel een specifiek verbod ten aanzien van de voorziening oplegt, kan de niet-naleving van de bepaling de aansprakelijkheid van de voorziening in het gedrang brengen.³⁴⁶ Ook in het Kwaliteitsdecreet is een antidiscriminatiebepaling terug te vinden, waaruit voortvloeit dat aan iedere cliënt verantwoorde zorg moet worden verstrekt, zonder onderscheid

³⁴¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009.

³⁴² S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 13, nr. 29.

³⁴³ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 13, nr. 29.

³⁴⁴ Art. 5 Erkenningsbesluit VAPH. Zie ook punt 2.2 Sectorspecifieke minimale kwaliteitseisen VAPH, www.vaph.be/vlafo/download/nl/3994505/bestand.

³⁴⁵ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 36.

³⁴⁶ R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 85-86, nr. 126.

van leeftijd of geslacht, van ideologische of godsdienstige overtuiging, van ras of geaardheid en zonder onderscheid van de vermogenstoestand van de betrokkene.³⁴⁷ Deze bepaling is echter van toepassing indien reeds tot een opname is overgegaan en is dus van toepassing in de fase van de uitvoering van de overeenkomst.

Zorgaanbieders moeten bij het bepalen van hun intakebeleid rekening houden met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Het discriminatieverbod sluit een beperkt intakebeleid van de voorziening en het weigeringsrecht van de cliënt niet uit, maar impliceert dat een eventuele ongelijke behandeling door de voorzieningen de rechtvaardigingstoets moet doorstaan. Voorzieningen kunnen om welbepaalde redenen zich tot bepaalde cliënten richten, zoals de specialisatiegraad en expertise die aanwezig is in de voorziening, de samenstelling van de leefgroep, de materiële uitrusting etc., maar daarbij dient het gemaakte onderscheid steeds op objectieve en redelijke wijze te worden verantwoord.

C. Samenvatting

In de precontractuele fase, d.i. de periode die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst, geldt als uitgangspunt de contractvrijheid van de partijen. De zorgaanbieder en de cliënt zijn in beginsel vrij om rechtsbetrekkingen aan te gaan en te beslissen met wie wordt gecontracteerd. De contractvrijheid is geen absoluut principe, maar is onderworpen aan tal van beperkingen.

Het weigeren om te contracteren met een bepaalde wederpartij kan een onrechtmatig karakter hebben. De beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van de contractweigering is afhankelijk van de concrete stappen die reeds werden gezet in het onderhandelingsproces en de concrete omstandigheden die gepaard gaan met het afbreken van de onderhandelingen. Indien een zorgaanbieder plots en ontijdig de onderhandelingen afbreekt, en bij de cliënt het rechtmatig vertrouwen heeft opgewekt dat het onderhandelde zorgcontract tot stand zou komen, kan hij hiervoor aansprakelijk worden gesteld. De rechter beoordeelt de contractweigering soeverein en kan rekening houden met de redenen die worden aangehaald om niet tot contracteren over te gaan. De zorgaanbieder moet de weigering om een cliënt op te nemen nadat de onderhandelingen zijn opgestart, motiveren.

De vrijheid om een medecontractant te kiezen, wordt (in belangrijke mate) beperkt door het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Het discriminatieverbod sluit een beperkt intakebeleid van de zorgaanbieder en het weigeringsrecht van de cliënt niet uit, maar impliceert

³⁴⁷ Art. 3, § 1 Kwaliteitsdecreet.

dat een eventuele ongelijke behandeling steeds op objectieve en redelijke wijze moet worden verantwoord.

Afdeling 3. Uitvoering van de overeenkomst

A. Bindende kracht van de overeenkomst

75. Indien een overeenkomst geldig tot stand is gekomen, zijn de partijen hierdoor gebonden.³⁴⁸ De rechtvaardiging voor de contractuele gebondenheid is te vinden in de eisen van het maatschappelijk verkeer en in het bijzonder in de behoefte aan rechtszekerheid.³⁴⁹ Daarnaast vormt het morele principe van de gebondenheid aan het gegeven woord een bijkomende grondslag voor deze contractuele gebondenheid.³⁵⁰

Het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst maakt deel uit van de wilsautonomie en impliceert in de eerste plaats dat partijen de overeenkomst moeten naleven en dat de beëindiging op initiatief van één contractpartij slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.³⁵¹ Daarnaast dient ook de rechter de verbindende kracht van de overeenkomst te respecteren, hetgeen impliceert dat de rechter in beginsel de overeenkomst, of welbepaalde clausules ervan, niet kan wijzigen of terzijde schuiven.³⁵² De partijen moeten bovendien de verbintenissen te goeder trouw ten uitvoer leggen.³⁵³ Hieruit vloeit voort dat, indien de partijen de hulpverlening (geheel of gedeeltelijk) wensen te beëindigen of de bestaande overeenkomst wensen te wijzigen, hiervoor in beginsel een nieuwe wilsovereenstemming tussen beide partijen vereist is.

76. Indien (minstens) een van de partijen de beloofde prestatie in de fase van de uitvoering niet nakomt, kan er sprake zijn van een wanprestatie. In het geval van een resultaatsverbintenis is daarvan sprake als het beloofde resultaat niet is teweeggebracht. In het geval van een inspanningsverbintenis is daarvan sprake als niet de inspanningen zijn geleverd die van een

³⁴⁸ Art. 1134, eerste lid BW. Dit principe wordt vaak aangeduid met het Latijnse adagium *'pacta sunt servanda'*.

³⁴⁹ K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen" in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOF (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 25, nr. 1376; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1082, nr. 3; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 374-378, nr. 477-478; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Brugge, die Keure, 2015, 363-364, nr. 284.

³⁵⁰ A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1082, nr. 3.

³⁵¹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 41, nr. 52; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 374, nr. 476.

³⁵² S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 41, nr. 53; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 118, nr. 20; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 374, nr. 476; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Brugge, die Keure, 2015, 362, nr. 283.

³⁵³ Art. 1134 BW.

normaal vooruitziend persoon mochten worden verwacht.³⁵⁴ De zorgovereenkomst kan veelal worden beschouwd als een inspanningsverbintenis.³⁵⁵ De ‘eigenlijke’ dienstverleningsovereenkomst, die betrekking heeft op de zorgverlening *an sich*, zoals therapie en contextbegeleiding, impliceert een inspanningsverbintenis. Bepaalde andere verplichtingen, zoals de plicht tot overnachten, het verstrekken van logies en maaltijden, houden een resultaatsverbintenis in.³⁵⁶

Opdat dergelijke niet-nakoming als een wanprestatie kan worden beschouwd en tot een contractuele aansprakelijkheid aanleiding kan geven, is vereist dat zij te wijten is aan een persoonlijke fout van de in gebreke blijvende contractpartij (of van een persoon voor wie hij instaat).³⁵⁷ De fout van de schuldenaar wordt *in abstracto* beoordeeld aan de hand van het criterium van de *bonus pater familias*.³⁵⁸ Indien de niet-nakoming van de overeenkomst het gevolg is van een vreemde oorzaak of overmacht,³⁵⁹ die de schuldenaar niet kan worden toegerekend, kan de schuldenaar evenwel geen contractuele aansprakelijkheid oplopen.³⁶⁰ De overmacht die de schuldenaar van de verplichting tot schadevergoeding bij een niet (behoorlijke) nakoming bevrijdt, is volgens het Hof van Cassatie de gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot nakoming van de verbintenissen en die niet aan een fout van de schuldenaar is te wijten.³⁶¹ Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof van Cassatie de leer van de ‘ontoerekenbare onmogelijkheid’ hanteert.³⁶²

³⁵⁴ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 141, nr. 194; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 164. Zie uitvoerig over het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen: L. VALCKENBORGH, “De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis”, *TBBR* 2011, (222) 222-231.

³⁵⁵ J. BOSMANS, “Een juridische invalshoek. Vrijheidsbeperking bij plaatsing van minderjarigen in Vlaamse voorzieningen voor jeugdzorg” in S. OPDEBEECK en C. VAN AUDENHOVE (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, (165) 192; K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico’s. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 6, nr. 15; H. NYS en P. QUAETHOVEN, *Zorgen voor welzijn: overheid en welzijnszorg in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1984, 54.

³⁵⁶ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico’s. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 13-14, nr. 39. Zie ook G. LOOSVELDT, “Voor een (h)erkende welzijnscliënt” in G. LOOSVELDT en B. VAN BUGGENHOUT (eds.), *Cliëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, Leuven, Garant, 2000, (1) 56-57.

³⁵⁷ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 141, nr. 194; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 166.

³⁵⁸ Art. 1137 BW.

³⁵⁹ ‘Vreemde oorzaak’, ‘overmacht’ en ‘toeval’ zijn begrippen die vaak door elkaar worden gebruikt als synoniemen, hoewel deze begrippen in strikte zin geen identieke invulling hebben. ‘Vreemde oorzaak’ verwijst naar de handelingen van individuele derden voor wiens handelen de schuldenaar niet verantwoordelijk is, zoals beslissingen van de Staat, een plotse staking of een diefstal. ‘Overmacht’ verwijst naar gebeurtenissen die voorkomen buiten elk aanwijsbaar menselijk handelen om, zoals een plotse ziekte, een natuurlijk overlijden, een overstroming of een oorlog. Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 170-171; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 605, nr. 2.

³⁶⁰ Art. 1147-1148 BW.

³⁶¹ Zie bv. Cass. 18 november 1996, AR S.95.0100.F.

³⁶² A. DE BOECK, “De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, (57) 62; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 150, nr. 209.

77. De uitvoering in natura geldt als normale wijze van gedwongen uitvoering, tenzij dit onmogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt.³⁶³ Het recht om de uitvoering in natura te vorderen komt toe aan de schuldeiser.³⁶⁴ De rechter kan in beginsel de gedwongen uitvoering in natura niet ontzeggen. In dit verband moet worden opgemerkt dat de schuldeiser een beroep kan doen op de gerechtelijke of, onder bepaalde voorwaarden,³⁶⁵ de buitengerechtelijke vervanging, waardoor de verbintenis kan worden uitgevoerd door een andere zorgaanbieder op kosten van de schuldenaar.³⁶⁶ Deze (buiten)gerechtelijke vervanging kan worden beschouwd als een uitvoering in natura en heeft bijgevolg voorrang op de uitvoering bij equivalent. Indien de overeenkomst een *intuitu personae*-karakter heeft, is de uitvoering in natura door een derde veelal niet nuttig voor de schuldeiser. Indien de uitvoering in natura niet meer mogelijk is of rechtsmisbruik zou uitmaken, kan de schuldeiser terugvallen op de subsidiaire uitvoering bij equivalent, hetgeen veelal de betaling van een geldsom inhoudt.³⁶⁷ Het keuzerecht van de schuldeiser is evenwel geen discretionair recht, zodat de rechter op vraag van de schuldenaar een marginale misbruikcontrole kan doorvoeren en de keuze van de schuldeiser voor de uitvoering in natura naast zich kan neerleggen.³⁶⁸ Hierbij kan evenwel nog worden opgemerkt dat niet enkel bij de keuze voor een gedwongen uitvoering, maar ook bij de keuze voor een beëindiging van de overeenkomst de partijen te goeder trouw moeten handelen en het verbod van rechtsmisbruik geldt.³⁶⁹ Buiten de gevallen die bij wet zijn voorzien, is elke vorm van directe dwang of geweld op de persoon evenwel verboden.³⁷⁰ De uitvoering in natura kan niet worden afgedwongen indien dit materieel of moreel onmogelijk is.³⁷¹

³⁶³ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 164; C. VERVACK, *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, 119, nr. 136.

³⁶⁴ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 173, nr. 243.

³⁶⁵ In de rechtsleer wordt veelal gewezen op het hoogdringend karakter waardoor een beroep op de rechter elk nut van de vervanging zou ontnemen, de voorafgaande vaststelling van de tekortkoming van de schuldenaar en een ingebrekestelling, etc. Zie hierover S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 175-176, nr. 246 en de verwijzingen aldaar.

³⁶⁶ Art. 1144 BW.

³⁶⁷ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 178, nr. 249.

³⁶⁸ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 188-189, nr. 264; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 183-184.

³⁶⁹ Zie ook N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 510, nr. 875.

³⁷⁰ Dit wordt aangeduid met het Latijnse adagium '*nemo praecise potest cogi ad factum*'. Zie ook P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 408, nr. 450; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 487, nr. 836.

³⁷¹ Onder de materiële onmogelijkheid dienen in het bijzonder de zeer persoonlijke verbintenissen te worden begrepen. De morele onmogelijkheid verwijst naar het algemeen verbod om directe fysieke dwang uit te oefenen op een persoon en om in het domein van zijn persoonlijkheid binnen te dringen. Zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 487, nr. 836.

B. Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst

a. Algemeen kader

78. Uit het principe van de bindende kracht van de overeenkomst vloeit voort dat een overeenkomst in beginsel slechts kan worden beëindigd mits beide partijen hierover consensus bereiken of op gronden erkend door de wet.³⁷² Zowel de zorgaanbieder als de cliënt dienen aldus in beginsel de zorgovereenkomst (te goeder trouw) ten uitvoer te leggen, hetgeen een zekere vorm van continuïteit van de hulpverlening impliceert, daar de hulpverlening in beginsel slechts kan worden beëindigd in geval van wilsovereenstemming tussen beide partijen. In principe staat er niets aan in de weg dat in de overeenkomst een opzegbeding wordt opgenomen, waarin aan een van de partijen of aan beide partijen een opzegbevoegdheid wordt toegekend (of de uitoefening van de opzegbevoegdheid wordt gemodaliseerd). Volledigheidshalve kan nog worden opgemerkt dat een overeenkomst die is aangegaan voor een welbepaalde duur of een welbepaalde prestatie, eindigt door het verstrijken van de overeengekomen termijn of het verrichten van de prestatie.

79. Op het principe van de bindende kracht van de overeenkomst bestaan evenwel diverse uitzonderingen. In bepaalde gevallen is, op grond van een wettelijke bepaling of krachtens de rechtspraak, een eenzijdige beëindiging van de overeenkomst mogelijk. In wat volgt worden de belangrijkste eenzijdige beëindigingsgronden relevant voor zorgovereenkomsten besproken, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen overeenkomsten die gesloten zijn voor een bepaalde duur en overeenkomsten gesloten voor een onbepaalde duur. Tenslotte wordt de bedongen opzegbevoegdheid besproken. Hierbij kan worden opgemerkt dat de mogelijkheid om de zorgovereenkomst eenzijdig te beëindigen soms aan beide partijen wordt toegekend, soms enkel aan de cliënt of enkel aan de zorgaanbieder. Vooral van belang in het kader van het onderzoek is de mogelijkheden die de zorgaanbieder ter beschikking heeft om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen, aangezien in het bijzonder in deze gevallen de continuïteit van de hulpverlening in gevaar dreigt te komen. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat de cliënt wegens zijn zorgnood in meerdere of mindere mate afhankelijk is van de overeenkomst, waardoor de cliënt veelal weinig gebaat is met de ontbinding van de overeenkomst.

b. Eenzijdige beëindiging van overeenkomsten gesloten voor onbepaalde duur

80. Hoewel in het Burgerlijk Wetboek geen bepaling is opgenomen waarin de beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur wordt geregeld, wordt in de rechtspraak en rechtsleer algemeen aanvaard dat een overeenkomst die werd gesloten voor een onbepaalde

³⁷² Art. 1134, tweede lid BW.

duur te allen tijde kan worden opgezegd³⁷³ door elk van de partijen.³⁷⁴ Partijen kunnen immers niet levenslang of zonder enige tijdbepanking aan het contract gebonden blijven, aangezien dit in strijd zou zijn met de individuele vrijheid van de partijen.³⁷⁵ Het opzeggingsrecht is van openbare orde, wat echter niet belet dat partijen het eenzijdige opzeggingsrecht contractueel aan bepaalde modaliteiten kunnen onderwerpen, mits de uitoefening van het opzeggingsrecht hierdoor niet *de facto* onmogelijk wordt.³⁷⁶

Indien tussen de zorgaanbieder en de cliënt een overeenkomst van onbepaalde duur werd gesloten, kunnen beide partijen in principe een einde maken aan hun contractuele relatie. Werd in de zorgovereenkomst geen uitdrukkelijke regeling opgenomen omtrent de modaliteiten van de eenzijdige opzegging, dan kan de opzegging mondeling, schriftelijk of eventueel stilzwijgend gebeuren, op voorwaarde dat de wil om de contractuele relatie te beëindigen duidelijk en ondubbelzinnig kenbaar wordt gemaakt.³⁷⁷ De opzegging moet te goeder trouw gebeuren, waardoor een redelijke opzegtermijn of, bij gebreke aan opzegtermijn, een schadevergoeding, in acht moet worden genomen.³⁷⁸ Hoewel in beginsel de opzegging niet moet worden gemotiveerd, kan de uitoefening van het opzeggingsrecht zonder gegronde reden rechtsmisbruik uitmaken. Hieruit kan een plicht tot behoorlijke beëindiging van de zorgverlening worden afgeleid en, zij het in beperkte mate, een verplichting in hoofde van de zorgaanbieder om een zekere vorm van continuïteit van de hulpverlening te garanderen.

³⁷³ Met het begrip 'opzegging' wordt de eenzijdige rechtshandeling bedoeld waarbij de ene contractspartij aan de andere contractspartij ter kennis brengt dat zij besloten heeft een tussen hen bestaande rechtsbetrekking, dadelijk of na verloop van tijd, definitief te beëindigen voor de toekomst. Zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 51, nr. 18; R. VAN RANSBEECK, "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, (1) 1-2.

³⁷⁴ K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen" in B. CLAESSENS, T. HENS, D. LEJEUNE en J. ROODHOOF (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., (3) 27, nr. 1388; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1083, nr. 5; R. VAN RANSBEECK, "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, (1) 5; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 255; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 461, nr. 559.

³⁷⁵ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 302, nr. 722; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1083, nr. 5.

³⁷⁶ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 85, nr. 5.

³⁷⁷ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 85, nr. 6.

³⁷⁸ Art. 1134, derde lid BW. Zie ook T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 302, nr. 722; S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 85, nr. 5; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1083, nr. 5.

81. In het Erkenningsbesluit VAPH wordt uitdrukkelijk de eenzijdige beëindiging van de individuele dienstverleningsovereenkomst geregeld. De voorziening die een cliënt opneemt of die haar diensten aan een cliënt ter beschikking stelt, kan de begeleiding of opname slechts eenzijdig beëindigen in een limitatief aantal gevallen.³⁷⁹ Zo kan de voorziening de overeenkomst eenzijdig beëindigen 1) in geval van overmacht; 2) indien de beslissing tot tenlasteneming door het VAPH een opname of begeleiding niet toelaat; 3) indien de gebruiker niet meer voldoet aan de bijzondere opnamevoorwaarden vermeld in het charter van collectieve rechten en plichten; 4) ingeval de lichamelijke of geestelijke toestand van de cliënt in die mate is gewijzigd dat het zorgaanbod van de voorziening niet meer kan beantwoorden aan de noden van de cliënt; 5) indien de gebruiker de verplichtingen in het charter of in het protocol van verblijf, behandeling of begeleiding niet nakomt; 6) als de gebruiker bedrieglijke gegevens heeft verstrekt over de verklaring op erewoord; 7) ingeval de cliënt geen overeenkomst sluit met het VAPH om de vergoeding voor hulp van derden of ondersteuning door een voorziening die hij heeft ontvangen, aan te wenden of de verplichtingen van die overeenkomst niet nakomt.³⁸⁰ Bovendien moet de eenzijdige beëindiging schriftelijk worden gemotiveerd.³⁸¹ Beide partijen moeten in beginsel een opzeggingstermijn van minstens drie maanden respecteren, tenzij in onderling akkoord een andere termijn wordt overeengekomen.³⁸²

82. Zowel bij contracten van bepaalde duur als bij contracten van onbepaalde duur kunnen partijen in geval van een wanprestatie van de wederpartij overeenkomstig artikel 1184 BW de ontbinding van de overeenkomst vorderen. De ontbinding vereist een toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar. In beginsel moet de ontbinding worden gevorderd voor de rechter, waarbij de schuldeiser aangeeft te opteren voor de ontbinding van de overeenkomst in plaats van de gedwongen uitvoering in natura.³⁸³ Evenwel kunnen partijen in de overeenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding opnemen, waardoor de voorafgaandelijke tussenkomst van de rechter wordt uitgesloten.³⁸⁴ In uitzonderlijke gevallen is een buitengerechtelijke ontbinding mogelijk.³⁸⁵ Opdat de schuldeiser de ontbinding van de overeenkomst zou kunnen vorderen, dienen drie voorwaarden cumulatief te zijn vervuld: 1) er moet sprake zijn van een geldige wederkerige overeenkomst, 2) er moet een toerekenbare tekortkoming zijn aan een van de

³⁷⁹ Art. 37, § 1 Erkenningsbesluit VAPH.

³⁸⁰ Art. 37, § 1, eerste lid, 1°-7° Erkenningsbesluit VAPH.

³⁸¹ Art. 37, § 1, tweede lid Erkenningsbesluit VAPH.

³⁸² Art. 39 Erkenningsbesluit VAPH.

³⁸³ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 191, nr. 267; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) 503, nr. 1.

³⁸⁴ Een uitdrukkelijk ontbindend beding sluit evenwel de controle van de rechter niet uit, doch deze tussenkomst van de rechter is facultatief en *a posteriori*. Zie hierover S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 196-201, nr. 275-281.

³⁸⁵ De rechter behoudt zijn controlebevoegdheid, maar net zoals bij het uitdrukkelijk ontbindend beding is de tussenkomst van de rechter facultatief en *a posteriori*. Zie hierover S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 201-207, nr. 282-290.

opgenomen verbintenissen en 3) de schuldeiser moet de schuldenaar voorafgaandelijk in gebreke hebben gesteld.³⁸⁶

Indien een van de partijen de zorgovereenkomst wenst te beëindigen wegens wanprestatie van de wederpartij, moet dit in principe voor de rechter worden gevorderd, behoudens opname van een uitdrukkelijk ontbindend beding in de overeenkomst. Indien evenwel een beroep zou kunnen worden gedaan op de buitengerechtelijke ontbinding, kan de schuldeiser eenzijdig beslissen om de overeenkomst te ontbinden, zonder een voorafgaandelijke (redelijkheids)controle door de rechter. De buitengerechtelijke ontbinding is slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen. Opdat een beroep kan worden gedaan op de buitengerechtelijke ontbinding, moet aan vier voorwaarden cumulatief zijn voldaan.³⁸⁷

In de eerste plaats moet de schuldenaar zich schuldig maken aan een toerekenbare tekortkoming, die voldoende ernstig is opdat een gerechtelijke ontbinding gerechtvaardigd zou zijn.³⁸⁸ Ten tweede moet de voorafgaandelijke uitstelbevoegdheid van de rechter zinloos of zonder voorwerp zijn geworden.³⁸⁹ Dit kan onder meer voortvloeien uit de hoogdringendheid of uit het feit dat elke verdere uitvoering van de overeenkomst onmogelijk is geworden. Ook een vertrouwensbreuk tussen de partijen wordt als een voldoende voorwaarde beschouwd om de voorafgaande tussenkomst van de rechter uit te sluiten.³⁹⁰ Dit is belangrijk in een zorgverleningscontext; uit de aard van de zorgverleningsrelatie volgt immers dat een (substantiële) wanprestatie in vele gevallen tot het wegvallen van het nodige vertrouwen tussen de zorgaanbieder en de cliënt leidt, waardoor een beroep kan worden gedaan op de buitengerechtelijke ontbinding indien aan de overige voorwaarden is voldaan. Ten derde moet de schuldeiser vooraf een kennisgeving richten tot de schuldenaar, waarin hij zijn ontbindingsverklaring op ondubbelzinnige wijze kenbaar maakt en waarin nauwkeurig het

³⁸⁶ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 191, nr. 268.

³⁸⁷ Zie hierover uitvoerig S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 601-654, nr. 459-481.

³⁸⁸ Er wordt aldus niet vereist dat een zwaardere fout voorhanden is dan bij de gerechtelijke ontbinding. Zie S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 205, nr. 287; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 6.

³⁸⁹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 205, nr. 287; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 6.

³⁹⁰ RUTTEN merkt bovendien op dat sommige rechtspraak nog verder gaat en stelt dat de partij die een vertrouwensbreuk veroorzaakt, een contractuele wanprestatie begaat. De vertrouwensbreuk is bijgevolg niet enkel een voldoende element om tot de buitengerechtelijke ontbinding over te gaan, maar wordt tevens beschouwd als een contractuele fout, waardoor andere contractuele tekortkomingen niet moeten worden bewezen. Deze rechtspraak vindt aansluiting bij de theorie waarin wordt gesteld dat een vertrouwensbreuk tussen partijen in bepaalde gevallen kan worden beschouwd als het wegvallen van de oorzaak van de overeenkomst. Zie S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 86, nr. 7-8.

motief wordt opgegeven.³⁹¹ Tenslotte moet de eenzijdige ontbindingsverklaring principieel worden voorafgegaan door een ingebrekestelling, waarin een laatste uitvoeringstermijn wordt toegekend, tenzij dit zinloos is geworden.³⁹²

c. Eenzijdige beëindiging van overeenkomsten gesloten voor bepaalde duur

83. Overeenkomsten die werden gesloten voor een bepaalde duur eindigen in beginsel door het verstrijken van de overeengekomen termijn en kunnen dus in beginsel niet eenzijdig worden opgezegd.³⁹³ Een overeenkomst is van bepaalde duur indien deze in de tijd is bepaald of beperkt.³⁹⁴ De overeenkomst wordt afgebakend door een toekomstige, zekere gebeurtenis, die los van de wil van de partijen plaatsvindt en waarvan de partijen op het ogenblik van de contractsluiting weten of kunnen inschatten wanneer deze gebeurtenis zich voordoet.³⁹⁵ Artikel 1794 BW voorziet evenwel in een uitzondering op deze regel in geval van aanneming. Overeenkomstig deze bepaling kan de opdrachtgever van een aanneming tegen een vaste prijs de overeenkomst eenzijdig verbreken indien hij de aannemer schadeloosstelt.³⁹⁶ Uit de samenlezing van de regelgeving omtrent aanneming, lastgeving en bewaargeving kan als algemene regel voor dienstenovereenkomsten worden afgeleid dat deze overeenkomsten (van bepaalde duur) steeds eenzijdig door de opdrachtgever kunnen worden opgezegd, mits vergoeding van de dienstverrichter.³⁹⁷

84. Sommige auteurs aanvaarden dat een overeenkomst met een *intuitu personae*-karakter eenzijdig kan worden opgezegd door degene die de overeenkomst is aangegaan omwille van de specifieke hoedanigheid van de wederpartij.³⁹⁸ Zoals reeds is aangehaald, kan de zorgovereenkomst een *intuitu personae*-karakter hebben, al is dat niet noodzakelijk altijd het

³⁹¹ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 86, nr. 7; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 205, nr. 287; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 6.

³⁹² S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 205, nr. 287; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 6.

³⁹³ F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 415, nr. 513.

³⁹⁴ F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 415, nr. 513.

³⁹⁵ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 86-87, nr. 9.

³⁹⁶ Cf. regelgeving met betrekking tot de bewaargeving (art. 1944 BW) en de lastgeving (art. 2004 en 2007 BW). Hierbij kan worden opgemerkt dat in de rechtspraak en rechtsleer een ruim toepassingsgebied wordt verleend aan art. 1794 BW. Zo is art. 1794 van toepassing op aanneming van zowel materieel als intellectueel werk die voor een bepaalde termijn of voor een bepaald werk werd aangegaan. Zie hierover S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 87, nr. 10 en de verwijzingen aldaar.

³⁹⁷ M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, 337, nr. 472.

³⁹⁸ Zie bv. S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 89, nr. 15, met verwijzing naar P. A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation: de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Brussel, Bruylant, 1998, 119-123, nr. 114-116. *Contra* P. BRULEZ, "Eenzijdige beëindiging van accountancyovereenkomsten", *Acc. & Tax* 2014, (16) 22, nr. 21.

geval. De cliënt kan een overeenkomst aangaan met een welbepaalde zorgaanbieder omwille van diens specifieke bekwaamheden, maar ook andere overwegingen kunnen determinerend zijn voor zijn keuze. Ook vanuit het oogpunt van de zorgaanbieder zou eventueel in bepaalde gevallen kunnen worden beargumenteerd dat de overeenkomst wordt gesloten omwille van de specifieke hoedanigheid van de cliënt, zoals diens specifieke zorgnood en inpasbaarheid binnen de leefgroep. Het vertrouwensaspect is bij deze zorgovereenkomsten (met een *intuitu personae*-karakter) van groot belang. Het vertrouwen gesteld in de persoon van de wederpartij kan voor de andere partij bij het sluiten van een overeenkomst *intuitu personae* als een van de doorslaggevende beweegredenen worden beschouwd, zodat het wegvallen van dit vertrouwen door sommige auteurs wordt gelijkgesteld met het verval van de oorzaak van die overeenkomst.³⁹⁹ Door het wegvallen van deze vertrouwensband zou derhalve een eenzijdige opzegging mogelijk zijn.⁴⁰⁰ Op grond van de gebruiken lijkt evenwel geen algemene regel te bestaan die de vroegtijdige eenzijdige opzegging van elke overeenkomst *intuitu personae* toelaat.⁴⁰¹

In dit verband kan worden opgemerkt dat welbepaalde opzeggingsbevoegdheden kunnen voortvloeien uit de gebruiken of de gewoonten.⁴⁰² Zo wordt aanvaard dat de overeenkomst gesloten tussen een advocaat en zijn cliënt of een arts en zijn patiënt door elk van de partijen kan worden opgezegd, in zoverre dit niet ontijdig gebeurt en een vergoeding wordt betaald voor de geleverde diensten.⁴⁰³ Vergelijkenderwijze toegepast op de zorgverleningsrelatie, zou dit impliceren dat de zorgaanbieder de zorgovereenkomst steeds kan opzeggen, mits de beëindiging niet ontijdig is en de cliënt de mogelijkheid wordt geboden om, indien gewenst, een beroep te doen op een andere hulpverlener.⁴⁰⁴ Zelfs indien de zorgaanbieder de zorgovereenkomst eenzijdig zou kunnen beëindigen, dient hij aldus de continuïteit van de zorgverlening (minstens ten dele) te garanderen.

³⁹⁹ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 89, nr. 15. Zie hierover ook P. A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation: de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Brussel, Bruylant, 1998, 119-123, nr. 114-116.

⁴⁰⁰ S. RUTTEN, "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, (83) 89, nr. 15; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 255.

⁴⁰¹ F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 532, nr. 645.

⁴⁰² R. VAN RANSBEECK, "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, (1) 5-6; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 529, nr. 643.

⁴⁰³ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 255; R. VAN RANSBEECK, "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, (1) 6; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 529, nr. 643.

⁴⁰⁴ Zie over de relatie advocaat - cliënt ook P. A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation: de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Brussel, Bruylant, 1998, 176, nr. 161; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 529-530, nr. 643.

Gelet op de onzekere grondslag van de eenzijdige beëindiging op (loutere) grond van het *intuitu personae*-karakter van de zorgovereenkomst en op grond van de gebruiken, in het bijzonder wat de eenzijdige opzegging in hoofde van de zorgaanbieder betreft, lijkt het evenwel wenselijk om in de overeenkomst de conventionele opzeggingsgronden en –modaliteiten op te nemen.

85. Tenslotte kan nog worden opgemerkt dat in bepaalde gevallen een ‘inkeerrecht’ van de cliënt wordt aanvaard. Dit is met name het geval wanneer een cliënt een grondrechtenbeperkende verbintenis weigert uit te voeren, omdat de uitvoering een disproportionele beperking inhoudt van de grondrechten en schadelijk is voor de menselijke waardigheid. Zo geldt in beginsel een inkeerrecht voor bepaalde overeenkomsten die een beperking inhouden van het recht op fysieke integriteit.⁴⁰⁵ De overeenkomst zou in dit geval zonder voorafgaande tussenkomst kunnen worden ontbonden.⁴⁰⁶ De aanvaarding van een inkeerrecht voor overeenkomsten die een beperking inhouden van de fysieke integriteit vindt mede zijn grondslag in de toenemende bescherming van de wilsautonomie met betrekking tot de gezondheid en het lichaam.⁴⁰⁷

d. Bedongen opzegbevoegdheid

86. De contractpartijen kunnen in de overeenkomst een conventionele opzeggingsgrond opnemen. Deze opzegbevoegdheid maakt deel uit van de overeenkomst, zodat deze mogelijkheid geen uitzondering vormt op het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst.⁴⁰⁸ Een bedongen opzegbevoegdheid wordt in beginsel geoorloofd geacht.⁴⁰⁹ Hoewel de geoorloofdheid van opzegbedingen ruim wordt erkend, is deze contractuele vrijheid niet onbegrensd. Indien een dwingende wettelijke (opzeg)regeling bestaat, kunnen contractpartijen hier niet zomaar van afwijken door in de overeenkomst een opzegbeding op te nemen.⁴¹⁰ Zo kunnen partijen niet afwijken van de dwingende sectorale bepalingen die de eenzijdige beëindigingsmogelijkheden regelen, zoals artikel 37 Erkenningsbesluit VAPH.

⁴⁰⁵ Zie wat de medische behandelingsovereenkomst betreft T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 312-317, nr. 747-758. Zie ook N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 495, nr. 851.

⁴⁰⁶ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 509-510, nr. 874.

⁴⁰⁷ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 495, nr. 852.

⁴⁰⁸ F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515, nr. 626.

⁴⁰⁹ Zie ook S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 28, nr. 36; A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?”, *RW* 2003-04, (1081) 1084, nr. 6; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 261; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515, nr. 625.

⁴¹⁰ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 28, nr. 36; A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?”, *RW* 2003-04, (1081) 1084, nr. 6; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 261; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515, nr. 625.

87. Een bedongen opzegbevoegdheid is zowel in een overeenkomst van bepaalde duur als in een overeenkomst van onbepaalde duur mogelijk. Evenwel is een opzegbeding enkel noodzakelijk indien partijen nog niet over een opzegbevoegdheid beschikken op basis van een andere opzeggrond en de partijen wensen dat de overeenkomst alsnog vroegtijdig zou kunnen worden opgezegd.⁴¹¹ Aangezien overeenkomsten van onbepaalde duur steeds eenzijdig opzegbaar zijn, is een opzegbeding enkel noodzakelijk in een overeenkomst van bepaalde duur waarvoor noch door de wet noch door de gebruiken een opzegbevoegdheid wordt toegekend.

88. De partijen kunnen in de zorgovereenkomst (van bepaalde duur) de gronden voor eenzijdige beëindiging van de overeenkomst bedingen, evenals de modaliteiten van opzegging. Deze mogelijkheid is voornamelijk voor de zorgaanbieder interessant, aangezien de opzegbevoegdheden die hem krachtens de wet of de gebruiken toekomen, beperkt zijn.⁴¹² Zo kan worden bedongen dat de zorgaanbieder de overeenkomst eenzijdig kan beëindigen indien de behandeling van de cliënt niet mogelijk blijkt te zijn, de cliënt de werking van de leefgroep of de behandeling van andere cliënten in het gedrang brengt, etc. Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat de rechter een matigingsbevoegdheid heeft. Deze matigingsbevoegdheid is gesteund op het principe dat overeenkomsten tussen partijen te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gelegd en op het verbod op rechtsmisbruik.⁴¹³ Daarbij wordt het gedrag van de partijen objectief beoordeeld op grond van het criterium van *de bonus pater familias*: heeft de zorgaanbieder gehandeld zoals een redelijk en billijk persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan? Uit deze (matigende) werking van de goede trouw vloeit (minstens) de plicht tot behoorlijke beëindiging van de overeenkomst voort alsmede een zekere continuïteitsplicht in hoofde van de zorgaanbieder.

⁴¹¹ R. VAN RANSBEECK, "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, (1) 3; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 514, nr. 624.

⁴¹² Hierbij kan in herinnering worden gebracht dat de zorgaanbieder de overeenkomst eenzijdig kan opzeggen indien de overeenkomst is gesloten voor onbepaalde duur. Indien de overeenkomst is gesloten voor bepaalde duur is eenzijdige opzegging mogelijk in geval van wanprestatie van de cliënt. Een vordering gesteund op het gebruik en het *intuitu personae*-karakter van de zorgovereenkomst lijkt in bepaalde gevallen mogelijk, maar kan niet als algemene regel worden aangenomen en lijkt een onzekere grondslag te hebben.

⁴¹³ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 52, nr. 69.

C. Samenvatting

Als uitgangspunt geldt het principe van de bindende kracht van de overeenkomst. Indien een overeenkomst geldig tot stand is gekomen, zijn de partijen hierdoor gebonden. Zowel de zorgaanbieder als de cliënt moeten de zorgovereenkomst te goeder trouw uitvoeren. Hieruit vloeit een zekere vorm van continuïteit van de hulpverlening voort, in die zin dat de hulpverlening in beginsel slechts kan worden beëindigd mits beide partijen hiermee instemmen.

In bepaalde gevallen is een eenzijdige beëindiging van de zorgovereenkomst mogelijk. Zo kan een overeenkomst gesloten voor onbepaalde duur te allen tijde worden opgezegd, mits een redelijke opzegtermijn (of schadevergoeding) in acht wordt genomen. Zowel bij contracten van bepaalde duur als van onbepaalde duur, kan de ontbinding van de zorgovereenkomst worden gevorderd voor de rechter. Indien een uitdrukkelijk ontbindend beding werd opgenomen in de overeenkomst of indien een beroep kan worden gedaan op de buitengerechtelijke ontbinding, is een voorafgaandelijke controle door de rechter niet vereist.

Indien de zorgovereenkomst voor bepaalde duur werd aangegaan, geldt in principe de regel dat deze overeenkomst niet eenzijdig kan worden beëindigd. Waar aan de cliënt de (wettelijke) mogelijkheid wordt geboden om de zorgovereenkomst te beëindigen, is dit voor de zorgaanbieder minder evident. Enkel in de sectorale regelgeving inzake de zorg voor personen met een handicap wordt uitdrukkelijk bepaald in welke gevallen een voorziening de overeenkomst eenzijdig kan beëindigen. Voor de overige sectoren is dergelijke specifieke regeling niet opgenomen. Een mogelijke grondslag kan evenwel worden gevonden in het gebruik en het *intuitu personae*-karakter van de zorgovereenkomst, maar dan nog moet de zorgaanbieder de continuïteit van de zorgverlening (minstens ten dele) garanderen. Gelet op het onzekere karakter van deze grondslag, is het wenselijk om in de overeenkomst een opzegbeding op te nemen, waarin de gronden voor eenzijdige beëindiging van de overeenkomst zijn opgenomen, evenals de modaliteiten van de opzegging.

HOOFDSTUK 4. INVLOED VAN EEN (MOGELIJK) RECHT OP ZORG OP DE OPNAME- EN BEGELEIDINGSVRIJHEID

89. In het onderzoek naar mogelijke grondslagen van een opname- en/of begeleidingsplicht in hoofde van (private) voorzieningen rijst de vraag of en in welke mate uit het (mogelijk) bestaan van een recht op zorg een opname- of begeleidingsplicht kan worden afgeleid. Deze vraagstelling is tweeledig, met name 1) of er in de huidige stand van de regelgeving een subjectief recht op zorg bestaat, en 2) wat de gevolgen zijn van het al dan niet bestaan van dergelijk recht op zorg voor de opname- en begeleidingsvrijheid van de voorzieningen. Voorafgaand aan de vraag of uit de Vlaamse regelgeving omtrent jeugdhulp en de zorg voor personen met een handicap een subjectief recht op zorg kan worden afgeleid, wordt nagegaan wat precies dient te worden begrepen onder het concept 'subjectief recht' en wordt onderzocht of er relevante grondrechten (op supranationaal en nationaal niveau) het recht op zorg kunnen vormgeven en wat de juridische waarde is van deze rechten.

Afdeling 1. Subjectief recht op zorg?

A. Concept 'subjectief recht'

90. Opdat er sprake zou zijn van een afdwingbaar recht op zorg, dient het betrokken recht te worden gekwalificeerd als een subjectief recht. De voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat sprake zou zijn van een subjectief recht, zijn niet in de wetgeving omschreven, maar kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie ter zake.⁴¹⁴ Uit deze rechtspraak blijkt dat de voorwaarden waaraan moet worden voldaan, verschillend zijn afhankelijk van de kwalificatie van de onderzochte norm als internrechtelijke bepaling, dan wel als een verdragsbepaling.⁴¹⁵

a. Internrechtelijke bepalingen

91. Wat de internrechtelijke bepalingen betreft, is de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de artikelen 144 en 145 Gw., waarin de bevoegdheidsverdeling tussen de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht en de andere rechtscolleges wordt geregeld, interessant. De rechtscolleges van de rechterlijke macht zijn in beginsel bevoegd om kennis te nemen van alle geschillen over subjectieve rechten. De bevoegdheid van deze rechtscolleges

⁴¹⁴ Zie in die zin LOUCKX, die opmerkt dat de voorwaarden niet kunnen worden afgeleid uit de arresten van de Raad van State in het kader van een beroep tot nietigverklaring, noch uit de arresten van het Grondwettelijk Hof in het kader van een vernietigingsberoep, daar deze beroepen geen geschillen over subjectieve rechten betreffen en aldus de vraag naar het bestaan van een subjectief recht vreemd is aan de beoordeling van de gegrondheid daarvan. Zie F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 90, nr. 98 en voetnoot 382.

⁴¹⁵ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 90, nr. 98.

wordt bepaald door het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil.⁴¹⁶ Volgens het Hof van Cassatie impliceert een subjectief recht enerzijds het bestaan van een objectieve rechtsregel die een welbepaalde juridische verplichting rechtstreeks aan een ander persoon oplegt; anderzijds dient degene die voorhoudt te kunnen eisen dat voldaan wordt aan die verplichting, hierbij persoonlijk belang te hebben.⁴¹⁷ Anders gezegd: een subjectief recht is het recht van een rechtssubject om op basis van een eigen belang door middel van een rechtsvordering een welbepaalde juridische verplichting, die is afgeleid uit een regel van het objectief recht, rechtstreeks van een derde af te dwingen.⁴¹⁸ Hieruit kunnen twee essentiële elementen worden afgeleid opdat er sprake zou zijn van een subjectief recht.

92. Als eerste voorwaarde moet een regel uit het objectieve recht duidelijk aan een derde een juridische verplichting opleggen. Deze verplichting moet voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn geformuleerd.⁴¹⁹ Indien de derde aan wie een juridische verplichting wordt opgelegd een administratieve overheid is, dient volgens het Hof van Cassatie de bevoegdheid van de administratieve overheid volledig gebonden te zijn opdat de burger zich op een subjectief recht ten aanzien van deze overheid zou kunnen beroepen, wat impliceert dat de voorwaarden objectief door de rechtsregel vastgelegd moeten zijn zodat de overheid geen beoordelingsbevoegdheid kan uitoefenen.⁴²⁰ De toekenning mag niet afhankelijk zijn van de discretionaire beoordeling van degene tegenover wie het recht geldt.⁴²¹ Indien een norm van objectief recht de overheid de vrijheid laat om te bepalen welke maatregel het meest geschikt is om het vooropgestelde doel te bereiken, hetgeen een opportuniteitsoordeel van de overheid impliceert, beschikt de overheid over een discretionaire bevoegdheid.⁴²² Deze redenering kan volgens LOUCKX, bij gebrek aan tegenindicaties, worden doorgetrokken tot de organen van de wetgevende macht en in het algemeen, tot de Belgische Staat.⁴²³

Opdat er sprake zou zijn van een subjectief recht (op zorg), dienen de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om rechthebbende te worden, te zijn vastgelegd in de regelgeving. Bovendien moet het voorwerp van het recht worden afgebakend. De afbakening van het

⁴¹⁶ Zie in die zin bv. Cass. 22 december 2000, AR C.99.0164.N; Cass. 16 januari 2006, AR C.05.0057.F; Cass. 24 september 2010, AR C.08.0429.N.

⁴¹⁷ Zie in die zin bv. Cass. 16 januari 2006, AR C.05.0057.F; Cass. 24 januari 2014, AR C.10.0537.F.

⁴¹⁸ M. JONCKHEERE, *Inleiding tot het recht*, Brugge, die Keure, 2014, 11. Zie ook R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Intersentia, 2015, 237, nr. 580.

⁴¹⁹ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 14, nr. 24.

⁴²⁰ Zie in die zin bv. Cass. 16 januari 2006, AR C.05.0057.F; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 91, nr. 99.

⁴²¹ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 40.

⁴²² F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 91, nr. 99.

⁴²³ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 91, nr. 99.

voorwerp van het recht op zorg is evenwel niet eenvoudig. 'Zorg' is immers een erg vaag concept, dat hoofdzakelijk een immateriële taakstelling betreft.⁴²⁴

93. Als tweede voorwaarde moet de titularis die het subjectief recht inroept, een belang hebben. In beginsel is een algemeen belang onvoldoende om een subjectief recht te doen ontstaan. De titularis dient bij de uitvoering derhalve een eigen belang te hebben.⁴²⁵

b. Verdragsbepalingen

94. Wat de verdragsbepalingen betreft, is vereist dat de ingeroepen bepaling directe werking⁴²⁶ heeft in de interne rechtsorde.⁴²⁷ De directe werking van een verdragsbepaling impliceert dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de bepaling, onmiddellijk en zonder dat daartoe specifieke uitvoeringsmaatregelen moeten worden getroffen, worden toegekend of opgelegd aan de burgers van de betrokken verdragspartij, en dat die rechten en verplichtingen voor de interne rechtscollages kunnen worden afgedwongen.⁴²⁸ Opdat een subjectief recht kan worden afgeleid uit een verdragsbepaling, moet cumulatief aan drie voorwaarden worden voldaan, met name 1) het verdrag waarin de bepaling ligt besloten, moet instemming hebben verkregen van de daartoe bevoegde wetgevende vergadering, 2) de verdragsbepaling moet voldoende nauwkeurig en volledig zijn, en 3) de verdragsluitende partijen moeten de bedoeling hebben gehad om de toekenning van subjectieve rechten tot voorwerp van het verdrag te maken.⁴²⁹

95. In de eerste plaats moet een staat gebonden zijn door het verdrag. Dit impliceert dat het verdrag moet zijn goedgekeurd en dat alle bevoegde wetgevende vergaderingen ermee hebben ingestemd.⁴³⁰ Overeenkomstig artikel 167 Gw. kunnen de verdragen die de Koning, resp. de gemeenschaps- en gewestregeringen sluiten, slechts gevolg hebben nadat zij instemming hebben verkregen van de Kamers, resp. het Parlement van de gemeenschap of het gewest.⁴³¹

⁴²⁴ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 41.

⁴²⁵ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 15, nr. 25.

⁴²⁶ Dit wordt soms aangeduid met het begrip 'rechtstreekse werking' of het 'self-executing'-karakter van verdragsbepalingen.

⁴²⁷ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 92, nr. 180.

⁴²⁸ M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2015, 43, nr. 25. Zie ook A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 8; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 92, nr. 100.

⁴²⁹ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 9; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 94, nr. 100.

⁴³⁰ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 9; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 94, nr. 100.

⁴³¹ Art. 167, § 2 Gw. heeft betrekking op de federale aangelegenheden; art. 167, § 3 heeft betrekking op de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten. Zie ook art. 16, § 1 en § 2, eerste lid BWHI. Hierbij dient

Bovendien moeten de verdragen bekendgemaakt worden en dienen zij ook op internationaal niveau van kracht te zijn.⁴³²

96. In de tweede plaats dient aan het zgn. objectieve criterium⁴³³ te zijn voldaan, met name moet de verdragsbepaling een duidelijke en juridisch volledige norm zijn, die de Staat oplegt om op een welbepaalde wijze te handelen of zich te onthouden.⁴³⁴ De bepaling moet op zichzelf volstaan om toepasbaar te zijn, zonder dat verdere reglementering noodzakelijk is om de bepaling te verduidelijken of te vervolledigen.⁴³⁵

Indien de Staat verscheidene mogelijkheden heeft om aan de verplichtingen die voortvloeien uit de verdragsbepaling te voldoen, heeft deze bepaling geen directe werking.⁴³⁶ Evenmin kan directe werking worden toegekend aan een verdragsbepaling die een zekere beleidsvrijheid laat aan de nationale overheid en waarvoor verdere uitvoering via interne wetgeving is vereist.⁴³⁷

97. Tenslotte dient aan het zgn. subjectieve criterium te zijn voldaan, met name moeten de verdragsluitende partijen de bedoeling hebben gehad om de toekenning van subjectieve rechten en het opleggen van verplichtingen tot voorwerp van het verdrag te maken.⁴³⁸ Indien de verdragsluitende partijen uitdrukkelijk de directe werking uitsluiten, lijkt directe werking uitgesloten. Indien de directe werking niet uitdrukkelijk werd uitgesloten, komt het toe aan de rechter om uit te maken of de bepaling al dan niet directe werking heeft.⁴³⁹ Het achterhalen van de wil van de verdragsluitende partijen lijkt evenwel geen doorslaggevend aspect te zijn, in tegenstelling tot het objectieve criterium waaraan voornamelijk belang wordt gehecht.⁴⁴⁰

c. Gevolgen van de kwalificatie als norm die (g)een subjectief recht verleent

98. De kwalificatie als norm die (g)een subjectief recht verleent, is belangrijk voor de afdwingbaarheid van deze norm. Een norm die voldoet aan de voorwaarden om een subjectief

bovendien opgemerkt dat, overeenkomstig art. 92bis, § 4ter, eerste lid BWHI, de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten ertoe gehouden zijn een samenwerkingsakkoord te sluiten over de nadere regelen voor het sluiten van de verdragen die niet uitsluitend betrekking hebben op de aangelegenheden waarvoor de gemeenschappen of de gewesten bevoegd zijn.

⁴³² A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 9.

⁴³³ Het objectieve criterium heeft betrekking op de mate waarin een bepaling *self-sufficient* is en wordt ook aangeduid als 'criterium van de *self-sufficiency*'.

⁴³⁴ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 93, nr. 100.

⁴³⁵ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 92, nr. 180.

⁴³⁶ Zie bv. Cass. 4 november 1999, AR C.99.0111.N; Cass. 17 januari 2002, AR C.98.0125.N; Cass. 2 maart 2011, AR C.10.0685.F.

⁴³⁷ Zie bv. Cass. 15 mei 2001, AR P.01.0013.N; Cass. 18 december 2001, AR P.99.1548.N.

⁴³⁸ F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 94, nr. 100.

⁴³⁹ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 92, nr. 180.

⁴⁴⁰ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 9; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 92-93, nr. 180.

recht te verlenen, is afdwingbaar voor de hoven en rechtbanken. Een geschil over de uitvoering van de verplichtingen die dergelijke norm aan de overheid oplegt, is een geschil over subjectieve rechten, hetgeen tot de bevoegdheid van de rechtscolleges van de rechterlijke macht behoort.⁴⁴¹ De rechter kan de overheid veroordelen om op een welbepaalde manier uitvoering te verlenen aan de verplichtingen die uit de norm voortvloeien.⁴⁴²

Indien een norm geen subjectief recht verleent, geldt de principiële afdwingbaarheid die voortvloeit uit de kwalificatie als een norm die een subjectief recht verleent, niet. Indien de norm aan de overheid verscheidene mogelijkheden laat om te voldoen aan de verplichtingen die door de norm worden opgelegd, kan de rechter geen uitspraak doen over de vraag op welke wijze de overheid uitvoering dient te geven aan de norm, daar dit een opportuniteitsoordeel zou uitmaken.⁴⁴³

99. Voor de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gesteld wegens het nalaten om maatregelen te treffen die nodig zijn om te voldoen aan de verplichtingen die worden opgelegd door een norm, is het van geen belang of deze norm kan worden gekwalificeerd als een subjectief recht of niet. De rechtscolleges van de rechterlijke macht kunnen de overheid aansprakelijk stellen indien het niet uitvaardigen van de wetgeving die vereist is ter uitvoering van de verplichtingen die hem door een bepaalde norm worden opgelegd, een fout uitmaakt in de zin van de artikelen 1382 en 1383 BW, zelfs indien die norm verscheidene mogelijkheden laat om aan die verplichtingen te voldoen.⁴⁴⁴ Hierbij kan in het bijzonder worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de aansprakelijkheid van de staat voor de fouten van de uitvoerende en wetgevende macht.⁴⁴⁵ In heel wat gevallen wordt door een welbepaalde norm aan het bestuur de beleidsvrijheid gegeven om, binnen bepaalde grenzen, te oordelen op welke wijze het zijn bevoegdheid uitoefent en wat de meest geschikte oplossing lijkt.⁴⁴⁶ Zolang het bestuur binnen de grenzen van deze beleidsvrijheid optreedt, handelt het in

⁴⁴¹ Zie art. 144 Gw.; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 95, nr. 103.

⁴⁴² F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 95, nr. 103.

⁴⁴³ Zie bv. Cass. 13 september 2004, AR S.03.0129.F; Cass. 17 januari 2005, AR S.04.0096.F; Cass. 16 juni 2006, AR C.05.0287.F. Zie hierover uitvoerig F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 96, nr. 104 en de verwijzingen aldaar.

⁴⁴⁴ Cass. 28 september 2006, AR C.02.0570.F; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 98-100, nr. 105. Zie ook C. VERBRUGGEN, "Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht" (noot onder Cass. 28 september 2006), *RABG* 2007, (323) 323-332.

⁴⁴⁵ Zie over het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid o.m. H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 125-153, nr. 207-239; M. DEBAENE en P. DEBAENE, "Overheidsaansprakelijkheid" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2005, afl. 64, losbl., (1) 1-116; H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid", *TPR* 2010, (2013) 2013-2097; A. WIRTGEN, "Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid" in M. VAN DAMME, P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN, *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 121-158.

⁴⁴⁶ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 142, nr. 228.

beginsel wettig.⁴⁴⁷ De rechter kan de uitoefening van de beleidsvrijheid slechts op marginale wijze toetsen, zonder daarbij in de plaats te treden van het bestuur.⁴⁴⁸ Ook met betrekking tot de beoordeling van het handelen van de wetgevende macht, erkent het Hof van Cassatie dat de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover de wetgever kan beschikken, niet belet dat de rechter het optreden van de wetgever kan toetsen aan de zorgvuldigheidsnorm.⁴⁴⁹

De kwalificatie als norm die al dan niet een subjectief recht verleent, heeft belangrijke implicaties voor de afdwingbaarheid van deze norm. Verleent de norm een subjectief recht (op zorg), dan kan dit recht worden afgedwongen voor de hoven en rechtbanken. Verleent de norm geen subjectief recht (op zorg), dan kan de overheid enkel aansprakelijk worden gesteld indien zij nalaat om de noodzakelijke maatregelen te treffen om te voldoen aan de verplichtingen die door de norm worden opgelegd en zij daardoor een fout begaat.

B. Mensenrechtelijk kader

a. Sociale grondrechten

i. Inleiding

100. Het recht op (gezondheids)zorg wordt in een aantal internationale instrumenten (impliciet dan wel expliciet) geproclameerd, zoals in artikel 12 ECOSOC-Verdrag⁴⁵⁰ en de artikelen 11 en 14 hESH⁴⁵¹. Dit recht impliceert de verantwoordelijkheid van de overheid om enerzijds de gezondheid van hun burgers te beschermen en te bevorderen en anderzijds erop toe te zien dat (gezondheids)zorg beschikbaar is.⁴⁵² In de Belgische Grondwet is het recht op bescherming van de gezondheid, evenals het recht op sociale en geneeskundige bijstand opgenomen in artikel 23, als onderdeel van het recht om een menswaardig leven te leiden.⁴⁵³

⁴⁴⁷ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIJTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 142, nr. 228.

⁴⁴⁸ Cass. 27 oktober 2006, AR C.03.0584.N. Merk bovendien op dat deze marginale toetsing in lijn ligt van de rechtspraak van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof en, op supranationaal niveau, van het Hof van Justitie.

⁴⁴⁹ Cass. 28 september 2006, AR C.02.0570.F.

⁴⁵⁰ Internationaal verdrag 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, BS 6 juli 1983. Art. 12 verplicht de verdragsstaten maatregelen te treffen teneinde een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid te realiseren, door onder meer omstandigheden te scheppen waarin aan eenieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging wordt gewaarborgd.

⁴⁵¹ Herzene Europees Sociaal Handvest 3 mei 1996, BS 10 mei 2004. Art. 11 waarborgt het recht op bescherming van de gezondheid; art. 14 omvat het recht op het gebruik van diensten voor sociale zorg.

⁴⁵² J.K.M. GEVERS, "Het recht op toegang tot noodzakelijke zorg", AA 2003, afl. 6, (437) 438. Zie over het recht op gezondheidszorg ook B. TOEBES, "De Belgische gezondheidszorg vanuit internationaal mensenrechtelijk perspectief" in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Brugge, die Keure, 2008, (137) 137-155.

⁴⁵³ Deze bepaling werd toegevoegd door de grondwetsherziening van 31 januari 1994: zie Gecoördineerde Grondwet, BS 12 februari 1994. Voor een uitvoerige bespreking van de ontstaansgeschiedenis van art. 23 Gw., zie M. STROOBANT, "Sociale en economische grondrechten in de Belgische Grondwet. Wordingsgeschiedenis van artikel 23: het Akkoord van 'Le Ry d'Ave' Rochefort" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (19) 19-57.

Artikel 23 Gw. heeft een driedelige structuur. In het eerste lid wordt op algemene wijze gesteld dat eenieder het recht heeft om een menswaardig leven te leiden. In een tweede lid wordt aan de federale en deelstatelijke wetgever de opdracht gegeven om, elk binnen hun bevoegdheid, de inhoud van de rechten nader te preciseren. Het derde lid tot slot somt op exemplatieve wijze de rechten op die moeten bijdragen tot het recht op een menswaardig leven.

In het Kinderrechtenverdrag wordt het recht op passende en toereikende zorg gewaarborgd. In het bijzonder zijn daarbij twee bepalingen relevant, met name artikel 3, lid 2 en artikel 23, lid 2 Kinderrechtenverdrag. In artikel 3 Kinderrechtenverdrag wordt gesteld dat de verdragspartijen zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.⁴⁵⁴ Overeenkomstig artikel 23 Kinderrechtenverdrag dienen de lidstaten het recht op bijzondere zorg voor een kind met een handicap te waarborgen, waaronder moet worden begrepen dat, afhankelijk van de beschikbare middelen, de bijstand wordt verleend die is aangevraagd en die passend is.⁴⁵⁵

101. De bovengenoemde rechten kunnen gekwalificeerd worden als sociale grondrechten. Grondrechten zijn het geheel van subjectieve rechten die in onze rechtsorde zo belangrijk werden geacht voor de bescherming van de menselijke waardigheid en de democratie dat zij werden opgenomen in de juridische instrumenten die de hoogste rang bekleden in de hiërarchie der normen, met name in de Grondwet en in de internationale mensenrechtenverdragen.⁴⁵⁶ Niettegenstaande grondrechten ondeelbaar, onderling afhankelijk en onderling met elkaar verbonden zijn en een 'geïntegreerde benadering' van mensenrechten wenselijk is,⁴⁵⁷ kunnen deze fundamentele rechten traditioneel worden onderverdeeld in vier categorieën⁴⁵⁸ en drie generaties⁴⁵⁹. Zonder uitvoerig in te gaan op het onderscheid tussen en het rechtskarakter van de burgerlijke en politieke grondrechten enerzijds en de sociale grondrechten anderzijds, worden in wat volgt op algemene wijze de krachtlijnen besproken die relevant zijn voor de vraag naar de juridische draagwijdte van deze grondrechten.

⁴⁵⁴ Art. 3, lid 2 Kinderrechtenverdrag.

⁴⁵⁵ Art. 23, lid 2 Kinderrechtenverdrag.

⁴⁵⁶ C. DENEVE, "Ontwikkelingen op het Internationale en Europese vlak" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (171) 171; G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1, nr. 1; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 3, nr. 6.

⁴⁵⁷ De verschillende 'soorten' rechten staan immers niet op zichzelf, daar dit niet overeenstemt met de werkelijkheid. Zie J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 255, nr. 451 en de verwijzingen aldaar. Zie ook I. LEIJTEN, "Meergelaagdheid en ondeelbare mensenrechten: de sociaaleconomische bescherming van het EHRM en de mogelijke waarde van kernrechten", *TBP* 2013, (95) 100.

⁴⁵⁸ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen 1) burgerlijke rechten, 2) politieke rechten, 3) sociale, economische en culturele rechten en 4) collectieve rechten.

⁴⁵⁹ Er kunnen drie generaties grondrechten worden onderscheiden, met name 1) burgerlijke en politieke rechten, 2) sociale, economische en culturele rechten, 3) collectieve rechten.

ii. *Juridische draagwijdte sociale grondrechten*

a) Directe werking?

102. Traditioneel wordt gesteld dat de sociale grondrechten geen directe werking hebben, in tegenstelling tot de 'klassieke' burgerlijke en politieke rechten.⁴⁶⁰ Daar de sociale grondrechten een teleologisch karakter hebben, waarbij de te realiseren doelstellingen stapsgewijze dienen te worden gerealiseerd, wordt hen vaak directe werking ontzegd.⁴⁶¹ De burgerlijke en politieke rechten impliceren in hoofdzaak een onthoudingsplicht voor de overheid, terwijl de sociale grondrechten in hoofdzaak een positieve handelingsplicht voor de overheid teweegbrengen, teneinde voorwaarden te scheppen die de burger in staat moet stellen een menswaardig leven te kunnen leiden.⁴⁶² De realisatie en waarborging van de sociale grondrechten vereist een actief optreden van de overheid en is het gevolg van een beleidsbeslissing, die is ingegeven door de materiële en financiële toestand van de staat en gaat gepaard met de inzet van financiële middelen.⁴⁶³ In afwachting van de realisatie van de sociale rechten, vormen deze rechten een gedeeltelijke bescherming voor bepaalde personen.⁴⁶⁴ Hoewel de laatste jaren wordt aangenomen dat het onderscheid tussen beide categorieën van grondrechten minder groot is dan traditioneel werd gesteld, genieten de sociale grondrechten een zwakkere juridische bescherming dan de burgerlijke en politieke rechten.⁴⁶⁵

Niettegenstaande de vaststelling dat sociale grondrechten traditioneel directe werking wordt ontzegd, kunnen sociale grondrechten een impact hebben op de rechtspositie van bepaalde personen. In dit verband kan worden verwezen naar de invloed van het herziene Europees Sociaal Handvest, en in het bijzonder naar de zorgplicht die voortvloeit uit artikel 14 hESH, in de Belgische rechtsorde. Volgens het Europees Comité voor Sociale Rechten⁴⁶⁶ schendt de Belgische

⁴⁶⁰ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 68, nr. 77.

⁴⁶¹ S. BOUCKAERT, "De verplichte materiële dienstverlening aan kandidaat-vluchtelingen en de toets door het Arbitragehof aan het grondrechteninstrumentarium in het algemeen en aan het standstillbeginsel in het bijzonder", *T.Vreemd.* 2003, (326) 337; G. MAES, "Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 Gw.: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming", *RW* 2005-06, (1081) 1084, nr. 17; A.-S. VERSWEYVELT, "Het standstill-beginsel inzake leefmilieu in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *MER* 2015, (3) 15, nr. 39.

⁴⁶² J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 609, nr. 948.

⁴⁶³ Zie hierover ook G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 6, nr. 8.

⁴⁶⁴ D. CUYPERS, S. KEUNEN en S. VAN DAMME, "Het Herziene Europees Sociaal Handvest en de verbetering van de mensenrechtenpositie van personen met een handicap", *TSR* 2016, (3) 38, nr. 46.

⁴⁶⁵ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 7, nr. 10; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 609, nr. 948. Zie ook de conclusie van MAES, waarin wordt gesteld dat de klassieke en sociale grondrechten onderling verbonden zijn en onderling afhankelijk zijn van elkaar. Beide categorieën dragen immers bij tot de realisering van een menswaardig bestaan. MAES besluit dan ook dat er voldoende aanwijzingen zijn om het klassieke onderscheid te overstijgen, hetgeen evenwel niet betekent dat de sociale grondrechten allemaal, altijd en overal juridictioneel afdwingbaar zouden zijn. Zie G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 491-492, nr. 959.

⁴⁶⁶ Hierna: ECSR. Het klachtenrecht is strikt gereguleerd en collectief van aard. Het initiatiefrecht komt toe aan internationale werknemers- en werkgeversorganisaties, aan internationale ngo's die een raadgevende status hebben

overheid haar verdragsverplichting die voortvloeit uit artikel 14, §1 hESH door onvoldoende te voorzien in een gelijke en effectieve toegang tot zorginstellingen aangepast aan de individuele noden van personen met een ernstige handicap.⁴⁶⁷ Bovendien stelt het ECSR dat personen met een ernstige handicap worden gedwongen te opteren voor sociale diensten die onvoldoende geschikt zijn voor hun specifieke, individuele en praktische noden, doordat ze uitgesloten worden van toegang tot aangepaste sociale zorg.⁴⁶⁸ Indien er onvoldoende toegang is tot gespecialiseerde diensten en personen met een handicap op de wachtlijsten blijven staan, moeten deze personen noodgedwongen terugvallen op hun familie. Deze families worden verplicht de zorg op te nemen, wat tot onaanvaardbare precaire situaties leidt.⁴⁶⁹ Het ontoereikende aanbod, en als gevolg daarvan de lange wachtlijsten, vormen een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit het hESH.⁴⁷⁰ Hoewel de beslissingen van het ECSR weliswaar moeten worden nageleefd door de betrokken lidstaat, maar op zich niet afdwingbaar zijn in de nationale rechtsorde, kunnen nationale rechters de beslissingen van het ECSR in hun rechtspraak toepassen, waardoor zij het hESH directe werking toekennen.⁴⁷¹ Ook in de Belgische rechtspraak met betrekking tot het recht op zorg wordt verwezen naar de beslissing van het ECSR om (al dan niet) tot overheidsaansprakelijkheid te besluiten.⁴⁷²

103. De vraag naar directe werking van het Kinderrechtenverdrag, moet voor elke (deel)bepaling in het verdrag afzonderlijk worden nagegaan.⁴⁷³ Het Hof van Cassatie heeft zich reeds verscheidene malen uitgesproken over de vraag naar directe werking van (deel)bepalingen uit het Kinderrechtenverdrag.⁴⁷⁴ Volgens het Hof kan aan artikel 3, lid 2

bij de Raad van Europa en door het Regeringscomité hiertoe op een speciale lijst zijn geplaatst en aan nationale representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties. Daarnaast bezitten staten de mogelijkheid om het initiatiefrecht toe te kennen aan andere representatieve nationale ngo's die een bijzondere bekwaamheid hebben inzake handvest-gerelateerde aangelegenheden. Een individuele persoon kan aldus geen klacht neerleggen bij het ECSR. Zie art. 1-2 Aanvullend Protocol 9 november 1995 bij het Europees Sociaal Handvest ter invoering van een systeem van collectieve klachten, *BS* 24 juli 2003. Zie ook D. CUYPERS, S. KEUNEN en S. VAN DAMME, "Het Herziene Europees Sociaal Handvest en de verbetering van de mensenrechtenpositie van personen met een handicap", *TSR* 2016, (3) 25-30, nr. 29-36.

⁴⁶⁷ ECSR 18 maart 2013, *FIDH v. België*, nr. 75/2011, overw. 138-139.

⁴⁶⁸ ECSR 18 maart 2013, *FIDH v. België*, nr. 75/2011, overw. 134.

⁴⁶⁹ ECSR 18 maart 2013, *FIDH v. België*, nr. 75/2011, overw. 187.

⁴⁷⁰ ECSR 18 maart 2013, *FIDH v. België*, nr. 75/2011, overw. 137. Volgens het ECSR kunnen de verlenging van de levensverwachting van personen met een handicap, waardoor personen langer in een voorziening verblijven, en budgettaire overwegingen niet als rechtvaardigingsgronden worden aanvaard.

⁴⁷¹ D. CUYPERS, S. KEUNEN en S. VAN DAMME, "Het Herziene Europees Sociaal Handvest en de verbetering van de mensenrechtenpositie van personen met een handicap", *TSR* 2016, (3) 29-30, nr. 36. Zie in die zin ook ACADEMIC NETWORK ON THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND SOCIAL RIGHTS, *Positions and Proposals of the Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*, High level conference on the European Social Charter, Turijn, 17-18 oktober 2014, <https://racseanesc.files.wordpress.com/2014/10/confc3a9rence-de-turin-contribution-du-racse-relevc3a9-des-positions-et-propositions.pdf>.

⁴⁷² Zie in die zin bv. KG Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 22 mei 2014, AR 14/1029/B, onuitg; KG Rb. Brussel 20 april 2015, AR 15/38/C, onuitg. Zie hierover ook D. CUYPERS, S. KEUNEN en S. VAN DAMME, "Het Herziene Europees Sociaal Handvest en de verbetering van de mensenrechtenpositie van personen met een handicap", *TSR* 2016, (3) 40, nr. 49 en de verwijzing naar rechtspraak aldaar.

⁴⁷³ Hierbij dient opgemerkt dat voor een aantal bepalingen het Comité voor de Rechten van het Kind aangeeft dat deze bepaling directe werking zou moeten hebben en kan worden ingeroepen voor een rechtbank.

⁴⁷⁴ Zie hierover ook J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 69, nr. 120.

Kinderrechtenverdrag geen directe werking worden toegekend, daar deze bepaling op zichzelf onvoldoende nauwkeurig en volledig is, daar verscheidene mogelijkheden aan de Staat worden gelaten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen.⁴⁷⁵ Tot op heden heeft het Hof geen uitspraak gedaan over de mogelijke directe werking van artikel 23 Kinderrechtenverdrag. Indien aan artikel 23 Kinderrechtenverdrag evenwel directe werking zou worden toegekend, impliceert dit dat een minderjarige met een handicap eventueel een recht op passende zorg zou kunnen afdwingen voor de rechter en de overheid aansprakelijk zou kunnen worden gesteld indien deze zorg onvoldoende beschikbaar is.⁴⁷⁶ Artikel 23, lid 2 Kinderrechtenverdrag stelt evenwel dat de lidstaten, afhankelijk van de beschikbare middelen, moeten voorzien in passende zorg en bijstand.⁴⁷⁷ Uit deze bewoordingen blijkt dat aan de nationale overheid een zekere beleidsvrijheid wordt toegekend en er verscheidene mogelijkheden zijn om aan de verdragsverplichtingen te voldoen, waardoor deze bepaling geen directe werking lijkt te hebben (*supra* nr. 96).

b) *Standstill*-beginsel

104. Aan sommige (onderdelen van) verdrags⁴⁷⁸- of grondwetsbepalingen wordt een *standstill*-werking toegekend, waardoor deze bepalingen een bijzondere vorm van directe werking toekomt en zij meer zijn dan loutere intentieverklaringen.⁴⁷⁹ Het *standstill*-beginsel impliceert dat geen afbreuk mag worden gedaan aan het bestaande beschermingsniveau.⁴⁸⁰ Door de hoogste rechtscollages wordt aanvaard dat bepaalde verdragsbepalingen die geen directe werking hebben, toch de verplichting kunnen impliceren voor de overheid om zich te onthouden van maatregelen die een geleidelijke progressieve realisatie van de gewaarborgde rechten verhinderen.⁴⁸¹

Het *standstill*-beginsel is evenwel geen absoluut principe. Niet elke achteruitgang van het beschermingsniveau dient *ipso facto* te worden beschouwd als onverenigbaar met het *standstill*-

⁴⁷⁵ Cass. 4 november 1999, AR C.99.0111.N.

⁴⁷⁶ G. LOOSVELDT, "Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur" (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 111, nr. 19.

⁴⁷⁷ Art. 23, lid 2 Kinderrechtenverdrag luidt als volgt: "De Staten die partij zijn, erkennen het recht van het gehandicapte kind op bijzondere zorg, en stimuleren en waarborgen dat aan het daarvoor in aanmerking komende kind en degenen die verantwoordelijk zijn voor zijn of haar verzorging, afhankelijk van de beschikbare middelen, de bijstand wordt verleend die is aangevraagd en die passend is gezien de gesteldheid van het kind en de omstandigheden van de ouders of anderen die voor het kind zorgen."

⁴⁷⁸ De juridische grondslag voor een *standstill*-werking van verdragsbepalingen kan onder meer in art. 26 Weense Conventie over Verdragen worden gevonden, waarin het beginsel van goede trouw bij de uitvoering van verdragsbepalingen is opgenomen. Het beginsel van de goede trouw is tevens een regel van internationaal gewoonterecht. Zodra een lidstaat internationaal gebonden is, kan zij enkel maatregelen treffen teneinde de beoogde doelstellingen te bevorderen. De afbouw van de bestaande rechtsbescherming in het interne recht vormt een schending van de internationale verplichtingen. Zie G. MAES, "Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 Gw.: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming", *RW* 2005-06, (1081) 1083, nr. 12.

⁴⁷⁹ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 68, nr. 77.

⁴⁸⁰ G. MAES, "Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen", *TSR* 2005, (609) 652.

⁴⁸¹ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 139, nr. 281.

beginsel. Het *standstill*-beginsel houdt het verbod in voor de bevoegde wetgever om het beschermingsniveau dat wordt geboden door de van toepassing zijnde wetgeving, in aanzienlijke mate te verminderen zonder dat daarvoor redenen voorhanden zijn die verband houden met het algemeen belang. Slechts indien er sprake is van een aanzienlijke achteruitgang die niet gerechtvaardigd wordt om redenen die verband houden met het algemeen belang, kan de norm een schending van de *standstill*-verplichting uitmaken. Aangezien een niet-aanzienlijke achteruitgang van het bestaande beschermingsniveau in bepaalde omstandigheden toegelaten kan zijn, is er ruimte voor een sluipende achteruitgang.⁴⁸² Door het aannemen van opeenvolgende regelgevingen die een beperkte vermindering van het beschermingsniveau teweegbrengen, waarbij telkens de laatste norm als referentiepunt wordt genomen, daalt het globaal niveau van bescherming, eventueel zelfs onder het beschermingsniveau dat geboden werd bij de inwerkingtreding van de verdrags- of grondwetsbepaling. Deze daling is telkens afzonderlijk genomen verenigbaar met het *standstill*-beginsel, doch globaal bekeken is er sprake van een aanzienlijke achteruitgang, die al dan niet gerechtvaardigd kan worden door motieven van algemeen belang.⁴⁸³

105. Daarnaast kan worden opgemerkt dat, ondanks het feit dat tijdens de parlementaire voorbereidingen van artikel 23 Gw. herhaaldelijk werd gesteld dat uit deze bepaling een *standstill*-verplichting voortvloeit, het Grondwettelijk Hof voor elk van de in artikel 23 Gw. vervatte rechten afzonderlijk nagaat of er een *standstill*-verplichting uit voortvloeit, en zo ja, wat de precieze draagwijdte daarvan is.⁴⁸⁴ Voor drie van de in artikel 23 Gw. vervatte sociaaleconomische rechten heeft het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk een *standstill*-verplichting aanvaard, d.i. voor het recht op sociale bijstand,⁴⁸⁵ het recht op juridische bijstand⁴⁸⁶ en het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu⁴⁸⁷. In enkele recente arresten lijkt het Grondwettelijk Hof evenwel een algemeen geldende *standstill*-verplichting af te leiden uit artikel 23 Gw.⁴⁸⁸

⁴⁸² A.-S. VERSWEYVELT, "Het *standstill*-beginsel inzake leefmilieu in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *MER* 2015, (3) 15, nr. 40.

⁴⁸³ I. HACHEZ en B. JADOT, "Environnement, développement durable et *standstill*: vrais ou faux amis?", *Amén.* 2009, (5) 14, nr. 18; A.-S. VERSWEYVELT, "Het *standstill*-beginsel inzake leefmilieu in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *MER* 2015, (3) 15, nr. 40.

⁴⁸⁴ M. BOSSUYT, "Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (59) 62.

⁴⁸⁵ Zie in die zin o.m. Arbitragehof 27 november 2002, nr. 169/2002; Arbitragehof 14 januari 2004, nr. 5/2004; Arbitragehof 28 juli 2006, nr. 123/2006; GwH 1 september 2008, 132/2008; GwH 27 juli 2011, nr. 135/2011; GwH 30 juni 2014, 95/2014; GwH 1 oktober 2015, nr. 133/2015; GwH 14 januari 2016, nr. 4/2016.

⁴⁸⁶ Zie in die zin o.m. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008; GwH 16 september 2010, nr. 99/2010; GwH 3 februari 2011, nr. 19/2011; GwH 12 juli 2012, nr. 88/2012; GwH 14 februari 2013, nr. 7/2013.

⁴⁸⁷ Zie in die zin o.m. Arbitragehof 14 september 2006, nr. 135/2006; Arbitragehof 14 september 2006, nr. 137/2006; GwH 20 juni 2007, nr. 87/2007; GwH 27 januari 2011, nr. 8/2011; GwH 20 december 2012, nr. 159/2012.

⁴⁸⁸ Het Hof stelt immers in zeer algemene bewoordingen: "Artikel 23 van de Grondwet impliceert een *standstill*-verplichting die eraan in de weg staat dat de bevoegde wetgever het beschermingsniveau dat geboden wordt door de van

Het Grondwettelijk Hof diende zich in een arrest *d.d.* 17 maart 2016 uit te spreken over een beroep tot gedeeltelijke vernietiging van het decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap.⁴⁸⁹ Met betrekking tot de (mogelijke) schending van het *standstill*-beginsel vervat in artikel 23, derde lid, 2° Gw. stelden de verzoekers dat de bestreden bepalingen in aanzienlijke mate het beschermingsniveau dat aan personen met een handicap door de eerder van toepassing zijnde wetgeving wordt geboden, zouden verminderen, aangezien een persoon voor eenzelfde handicap ingevolge de ingevoerde systeemwijziging voortaan geen of slechts een lagere tegemoetkoming zou ontvangen.⁴⁹⁰ Deze aanzienlijke vermindering zou volgens de verzoekers niet kunnen worden gerechtvaardigd. Het Grondwettelijk Hof bevestigt in het arrest de draagwijdte van het *standstill*-beginsel, met name door te stellen dat de *standstill*-verplichting verbiedt om maatregelen te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het in artikel 23, eerste lid en derde lid, 2° Gw. gewaarborgde recht, zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang. Dit ontzegt evenwel de wetgever niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze wordt gewaarborgd.⁴⁹¹ Het Hof stelt dat de bestreden bepaling op zich het beschermingsniveau niet in aanzienlijke mate vermindert, vermits pas uit de wijze van tenuitvoerlegging van de daarin beoogde maatregelen zal blijken of zulks al dan niet het geval zal zijn.⁴⁹² Volgens het Hof komt het de rechtscolleges die bevoegd zijn om de uitvoeringsmaatregelen te controleren toe om na te gaan of de wijze van uitvoering van het decreet verenigbaar is met artikel 23, derde lid, 2° Gw. en de daarin vervatte *standstill*-verplichting.⁴⁹³

b. Verruimde interpretatie van burgerlijke en politieke grondrechten

i. Verticale werking

106. Het recht op (gezondheids)zorg kan in combinatie met andere, rechtstreeks afdwingbare grondrechten leiden tot een afdwingbare verplichting en dit middels de techniek van de verruimde interpretatie van de 'klassieke' burgerlijke en politieke grondrechten, waarvan traditioneel wordt aangenomen dat zij wel jurisdictioneel afdwingbaar zijn.⁴⁹⁴

toepassing zijnde wetgeving in aanzienlijke mate vermindert, zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang.": GwH, 17 juli 2014, nr. 107/2014, overw. B.23; GwH 19 maart 2015, nr. 36/2015, overw. B.15.3; GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, overw. B.13.1.

⁴⁸⁹ GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016.

⁴⁹⁰ GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, overw. B.10.

⁴⁹¹ GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, overw. B.13.2.

⁴⁹² GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, overw. B.13.3.

⁴⁹³ GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, overw. B.13.3.

⁴⁹⁴ G. MAES, "Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen", *TSR* 2005, (609) 636-637.

107. Door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden daartoe in het bijzonder twee technieken aangewend, met name de positieve verplichtingen en de bescherming ‘*par ricochet*’.⁴⁹⁵

Vooreerst is er de theorie van de positieve verplichtingen. De klassieke grondrechten impliceren niet enkel een negatieve verplichting, met name een onthoudingsplicht; hieruit kunnen ook positieve verplichtingen in hoofde van de overheid voortvloeien.⁴⁹⁶ Zo kan het nalaten van het nemen van maatregelen ter waarborging van een adequate zorg in bepaalde omstandigheden aanleiding geven tot een schending van het verbod te worden onderworpen aan mensonterende of vernederende behandeling, zoals vervat in artikel 3 EVRM.

Daarnaast is er de theorie van de bescherming ‘*par ricochet*’, hetgeen impliceert dat de bescherming van de klassieke verdragsrechten zodanig wordt verruimd dat (aspecten van) grondrechten die niet uitdrukkelijk in het verdrag worden gewaarborgd, toch binnen de werkingssfeer van het verdrag worden gebracht en bescherming genieten.⁴⁹⁷ Hierdoor wordt de bescherming van de sociale grondrechten via een indirecte wijze geboden, met name door een schending in te roepen van een grondrecht dat directe werking heeft (bijvoorbeeld een bepaling uit het EVRM). In dit verband kan worden opgemerkt dat de meest relevante bepalingen van het EVRM in de context van zorgverlening het recht op leven (artikel 2), het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3) en het recht op eerbieding van het privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8) zijn.

108. Bovendien kan een beroep worden gedaan op het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, dat tot de groep van de burgerlijke en politieke rechten behoort en dat steeds directe werking heeft. Gelet op de schaarste van middelen en de grenzen van de capaciteit van de welzijnsvoorzieningen, worden hulpvragers geconfronteerd met zorgtekorten, wachtlijsten, systemen van prioritering, etc. Bepaalde rechten worden slechts toegekend onder bepaalde voorwaarden. Deze beperkingen moeten de toets van de redelijkheid en de proportionaliteit kunnen doorstaan.⁴⁹⁸ Niet elke ongelijke behandeling betekent een schending van het discriminatiebeginsel. In de eerste plaats moet er sprake zijn van vergelijkbare

⁴⁹⁵ G. MAES, “Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen”, *TSR* 2005, (609) 636.

⁴⁹⁶ J.K.M. GEVERS, “Het recht op toegang tot noodzakelijke zorg”, *AA* 2003, afl. 6, (437) 439; R. NEHMELMAN, “Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht”, *Letsel en schade* 2011, afl. 1, (18) 22.

⁴⁹⁷ G. MAES, “Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen”, *TSR* 2005, (609) 637-638.

⁴⁹⁸ Hierbij kan worden opgemerkt dat indien de regelgeving geen discriminerende voorwaarden bevat, ook de concrete toekenning van een recht niet gebaseerd mag zijn op discriminerende overwegingen. Zo oordeelde de arbeidsrechtbank van Leuven dat het toenmalige Vlaams Fonds eigenmachtig en onwettig een (discriminerende) beperking toevoegt aan het toepassingsgebied van het Decreet 27 juni 1990 houdende de oprichting van een Vlaams Fonds voor de sociale integratie van personen met een handicap. De aard van de handicap mag geen basis zijn om een persoon met een handicap uit te sluiten uit de doelgroep van het persoonlijk assistentiebudget. Zie *Arbr. Leuven* 13 december 2001, AR 2127/01, onuitg.

categorieën.⁴⁹⁹ Daarenboven moet worden nagegaan of het verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd, waarbij achtereenvolgens het doel, de objectiviteit, de pertinentie en de objectiviteit van de regel worden onderzocht. Indien er een objectieve en redelijke verantwoording bestaat voor het onderscheid is er geen sprake van discriminatie.⁵⁰⁰ Indien dit evenwel niet het geval is, kan het resultaat van de werking van het gelijkheidsbeginsel erin bestaan dat de toepasselijkheid van de betrokken norm wordt verruimd.⁵⁰¹

109. In de verticale relatie tussen de overheid en de burger kan de overheid aansprakelijk worden gesteld voor de miskenning van de verplichtingen die voortvloeien uit het internationale of supranationale recht.⁵⁰² De overheid heeft daarbij niet enkel een onthoudingsplicht, maar heeft tevens de positieve verplichting om aangepaste regelgeving uit te vaardigen teneinde schendingen van grondrechten te voorkomen. Bij gebreke aan dergelijke regelgeving dreigt overheidsaansprakelijk in die situaties waarin welbepaalde grondrechten worden geschonden.

ii. Horizontale werking

110. De vraag rijst of verdragsbepalingen met directe werking enkel in de verticale verhouding tussen de overheid en de burger kunnen worden ingeroepen, d.i. de zgn. verticale werking, of dat deze bepalingen ook in de horizontale verhouding tussen particulieren onderling kunnen worden ingeroepen, d.i. de zgn. horizontale werking of derdenwerking. De theorie van de derdenwerking of horizontale werking is gebaseerd op de verplichting van staten die partij zijn bij een verdrag om de rechten die gewaarborgd worden door deze verdragsbepalingen te beschermen tegen aantastingen ervan door private partijen.⁵⁰³ Er kan daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen de directe en indirecte horizontale werking. Directe horizontale werking impliceert dat een persoon zich voor een rechter rechtstreeks op een verdragsbepaling kan beroepen ten aanzien van een andere persoon.⁵⁰⁴ Indirecte horizontale werking impliceert dat grondrechten niet rechtstreeks worden opgeworpen tussen particulieren, maar dat de

⁴⁹⁹ G. GOEDERTIER, "Artikel 14: verbod van discriminatie" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, II, Antwerpen, Intersentia, 2004, (127) 162, nr. 51-53; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 334-335, nr. 594-595.

⁵⁰⁰ G. GOEDERTIER, "Artikel 14: verbod van discriminatie" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, II, Antwerpen, Intersentia, 2004, (127) 168, nr. 63.

⁵⁰¹ G. MAES, "Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen", *TSR* 2005, (609) 642.

⁵⁰² Zie hierover S. SOMERS, "De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht", *TBP* 2014, (353) 362-368.

⁵⁰³ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 25; R. NEHMELMAN, "Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht", *Letsel en schade* 2011, afl. 1, (18) 22-23.

⁵⁰⁴ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 25-26; R. NEHMELMAN, "Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht", *Letsel en schade* 2011, afl. 1, (18) 23; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 106-107, nr. 24; J.-S. VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falc.* 2007-08, (217) 229.

grondrechten worden aangewend ter ondersteuning of interpretatie van het recht, veelal door deze grondrechten in de verhouding tussen private personen toe te passen via de open categorieën van het privaatrecht, zoals het concept ‘goede trouw’.⁵⁰⁵ Daar waar de directe horizontale werking traditioneel in de rechtsleer wordt afgewezen, wordt de indirecte horizontale werking beter aanvaard.⁵⁰⁶

111. Hoewel het Grondwettelijk Hof geen uitspraken kan doen over privaatrechtelijke conflicten, heeft het Grondwettelijk Hof in het kader van de toetsing van de antidiscriminatie wetten enkele interessante arresten gevelde met betrekking tot de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel (*supra* nr. 72).⁵⁰⁷ Zo stelde het Hof dat de artikelen 10 en 11 Gw. een algemene draagwijdte hebben en elke vorm van discriminatie verbieden, ongeacht de oorsprong ervan.⁵⁰⁸ Daarenboven stelde het Hof dat het determinerende criterium voor de onderwerping aan het verbod van discriminatie niet het regelgevende optreden is, maar de machtspositie, in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan de rechten van anderen.⁵⁰⁹ Het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie is volgens het Hof geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur, maar een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat.⁵¹⁰ Zelfs wanneer het gaat om verhoudingen tussen privépersonen, kan de wetgever niet afwijken van het algemene discriminatieverbod.⁵¹¹ Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan worden afgeleid dat de artikelen 10 en 11 Gw. indirecte horizontale werking hebben via open normen in het privaatrecht.⁵¹²

⁵⁰⁵ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 26; R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 16; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 188, nr. 322; J.-S. VANWIJNGAERDEN, “De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden”, *Jura Falc.* 2007-08, (217) 229.

⁵⁰⁶ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 26; R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 16; S. JANSEN, “De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen” in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 180, nr. 39. Zie voor een rechtspraakanalyse en nuancering van het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking: N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 189-216, nr. 323-366.

⁵⁰⁷ Zie hierover N. VAN LEUVEN, “De invloed van het EVRM op het contractenrecht” in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen Intersentia, 2012, (433) 450, nr. 38.

⁵⁰⁸ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, overw. B.10.

⁵⁰⁹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.4.

⁵¹⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.3.

⁵¹¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.14.4. Zie in die zin ook GwH 10 november 2011, nr. 166/2011, overw. B.56.2.

⁵¹² S. JANSEN, “De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen” in E. TERRY, V. SAGAERT en I. SAMOY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (145) 180, nr. 39; S. STIJNS en S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 13, nr. 26.

Het Hof van Cassatie oordeelde evenwel in een arrest *d.d.* 29 maart 2010 dat de artikelen 10 en 11 Gw. zich enkel richten op de overheid in haar publiekrechtelijke relatie tot de burgers.⁵¹³ Dit arrest staat op gespannen voet met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, daar het Hof van Cassatie de (in)directe horizontale werking van de artikelen 10 en 11 Gw. afwijst.⁵¹⁴ Volgens STIJNS en JANSEN strookt de visie van het Grondwettelijk Hof, en niet deze van het Hof van Cassatie, met een verdragsconforme interpretatie van onder meer artikel 14 EVRM, hetgeen een positieve verplichting aan de lidstaten oplegt om het gelijkheidsbeginsel tussen particulieren te doen respecteren.⁵¹⁵

112. Kan een verdragsbepaling worden ingeroepen in de verhouding tussen een hulpvrager en een (private) voorziening en, specifiek in de context van dit onderzoek, kan een voorziening worden verplicht om een hulpvrager op te nemen of de begeleiding verder te zetten omdat het niet verlenen van zorg een schending uitmaakt van een welbepaald (aspect van een) grondrecht?

Aangezien de vraag of grondrechten (directe of indirecte) horizontale werking hebben in de verhouding tussen private personen, tot op heden nooit expliciet door het Hof van Cassatie werd behandeld en de (lagere) rechtspraak op dit punt weinig duidelijkheid verschaft, is het resultaat van een vordering waarbij een beroep wordt gedaan op de figuur van de horizontale werking erg onzeker. Of evenwel een beroep dient te worden gedaan op deze rechtsfiguur is afhankelijk van de aard van de voorziening. Wat de openbare voorzieningen betreft, zoals de gemeenschapsinstellingen, kan worden gesteld dat deze voorzieningen als overheid kunnen worden beschouwd, wat impliceert dat een grondrechtenbepaling met directe werking kan worden ingeroepen voor de nationale rechter, daar dit de verticale verhouding tussen de overheid en de burger betreft.⁵¹⁶ Wat de private voorzieningen betreft, kan niet *ipso facto* worden aangenomen dat er sprake is van een horizontale verhouding. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt immers in bepaalde gevallen dat een private voorziening toch als een 'overheid' kan worden beschouwd. Indien er een sterke organieke band bestaat tussen de overheid en de voorziening die belast is met taken van algemeen belang, door middel van het opleggen van voorwaarden, de subsidiëring van de voorziening en de uitoefening van toezicht over de voorziening, kan worden gesteld dat de overheid een belangrijke verantwoordelijkheid

⁵¹³ Cass. 29 maart 2010, AR S.08.0147.N.

⁵¹⁴ Zie S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 13, nr. 27.

⁵¹⁵ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, (2) 13, nr. 27 en voetnoot 88. Zij merken tevens op dat de uitspraak die het Hof van Cassatie doet in het arrest van 29 maart 2010 dermate ruim is, dat men zich de vraag kan stellen of het de taak is van het Hof van Cassatie om een dergelijke uitspraak te doen over een grondrecht (zie ook art. 26, § 4 BWHI).

⁵¹⁶ N. VAN LEUVEN, "Recht op privéleven in het woonzorgcentrum" in N. VAN LEUVEN en P. DE HERT (eds.), *Fundamentele rechten van ouderen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (165) 169, nr. 8.

voor de voorziening draagt en lijkt een beroep te kunnen worden gedaan op de verticale werking.⁵¹⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat erkende voorzieningen als ‘semi-overheden’ kunnen worden beschouwd, waardoor de schending van grondrechten rechtstreeks kan worden ingeroepen.

Het is vooralsnog onzeker of grondrechten rechtstreeks kunnen worden ingeroepen ten aanzien van bepaalde voorzieningen. Zelfs indien dat zo zou zijn, kan daaruit niet zonder meer een opname- of begeleidingsplicht worden afgeleid. De weigering om een bepaalde cliënt op te nemen of de zorgverlening voort te zetten, kan wel in bepaalde gevallen een schending uitmaken van een (aspect van een) grondrecht, hetgeen de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder in het gedrang kan brengen. De cliënt kan zich (minstens) indirect beroepen op een relevante grondrechtenbepaling bij de interpretatie van de mogelijke aansprakelijkheid van de zorgaanbieder. De (private) voorzieningen hebben bij hun intakebeleid een zekere appreciatieruimte om te bepalen welke cliënt ze wensen op te nemen, doch dienen daarbij zorg te dragen dat dit beleid is gesteund op objectieve, aanvaardbare en relevante criteria om een schending van het non-discriminatiebeginsel te vermijden.

C. Vlaams regelgevend kader

113. Het recht op zorg situeert zich in de verhouding tussen de cliënt en de overheid. Het is aan de overheid om te bepalen of een recht op zorg wordt geboden, met name door in regelgeving te voorzien waarin een afdwingbare aanspraak van een cliënt op toegang tot aangepaste zorg wordt toegekend.⁵¹⁸ Het voorzien in een recht op toegang tot aangepaste zorg impliceert evenwel niet dat een cliënt een aanspraak heeft om zorgverlening van een specifieke zorgaanbieder af te dwingen, maar dient te worden beschouwd als een algemeen recht op aangepaste zorgverlening, waarbij de overheid kan worden aangesproken indien dit niet voorhanden is.⁵¹⁹

In de huidige stand van de regelgeving kan geen algemeen subjectief recht op zorg worden gevonden.⁵²⁰ Er worden evenwel stappen gezet in de richting van een dergelijk recht op zorg.

⁵¹⁷ N. VAN LEUVEN, “Recht op privéleven in het woonzorgcentrum” in N. VAN LEUVEN en P. DE HERT (eds.), *Fundamentele rechten van ouderen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (165) 169, nr. 10 en de verwijzingen aldaar. Zie in die zin bv. EHRM, *Chassagnou e.a. v. Frankrijk*, 1999, hudoc.echr.coe.int, overw. 101; EHRM (ontv.), *Woonbron Volkshuisvestingsgroep e.a. v. Nederland*, 2002, hudoc.echr.coe.int; EHRM (ontv.), *Slavic University in Bulgaria e.a. v. Bulgarije*, 2004, hudoc.echr.coe.int.

⁵¹⁸ Zie ook R. D’HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 30, nr. 38.

⁵¹⁹ R. D’HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 30, voetnoot 119.

⁵²⁰ Zie hierover J. PUT en L. VAN ASSCHE, *Juridisering van de zorgsector. Een verkennende begrips- en fenomeenstudie*, Leuven, SWVG, 2013, www.steunpuntwvg.be, 33, nr. 79.

Deze (schuchtere) pogingen nemen diverse vormen aan, gaande van de intentie om in de toekomst een zorggarantie te installeren, zoals wordt geproclameerd in 'Perspectief 2020' aangaande de zorg voor personen met een handicap,⁵²¹ tot het creëren van een recht binnen het bestaande hulpaanbod, zoals bijvoorbeeld het recht op jeugdhulp binnen het beschikbare jeugdhulpaanbod.^{522, 523}

114. Zoals aangegeven vloeit uit het recht op zorg niet *ipso facto* een opname- of begeleidingsplicht voort. Opdat er sprake zou zijn van een afdwingbaar recht op zorgverlening van een specifieke zorgaanbieder, dient de overheid het recht op zorg vorm te geven door te voorzien in een opname- of begeleidingsplicht in hoofde van (private) voorzieningen. Het verbinden van een opname- of begeleidingsplicht aan het recht op zorg impliceert evenwel een beperking van het zelfbeschikkingsrecht van de voorzieningen en staat in het bijzonder op gespannen voet met de vrijheid van private welzijnsvoorzieningen om zorgrelaties aan te gaan, als correlaat van de vrijheid van vereniging en ondernemen en de contracteervrijheid. Een opnameplicht kan daarnaast ook het recht op aangepaste zorg doorkruisen. In wat volgt wordt nagegaan of een dergelijke beperking kan worden verantwoord.

D. Samenvatting

In de huidige stand van het recht kan in de Vlaamse regelgeving geen algemeen subjectief recht op zorg worden gevonden. Op zowel supra- en internationaal als grondwettelijk niveau is (impliciet) een recht op zorg terug te vinden, maar hieraan kan veelal geen subjectief recht worden ontleend. Ondanks de afwezigheid van een algemeen subjectief recht op zorg, kunnen er bepaalde verplichtingen in hoofde van de overheid of de welzijnsvoorzieningen ontstaan. De overheid kan aansprakelijk worden gesteld voor de miskening van de verplichtingen die voortvloeien uit de grondrechten. Zo kan onder meer het ontoereikende hulpverleningsaanbod, en als gevolg daarvan de lange wachtlijsten, een schending uitmaken van (bepaalde aspecten van) een (sociaal) grondrecht. Bovendien moeten zowel de overheid bij het uitvaardigen van de regelgeving, als de voorzieningen bij het bepalen van hun intakebeleid, rekening houden met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

Er moet evenwel worden benadrukt dat uit het recht op zorg niet zonder meer een opname- of begeleidingsplicht voortvloeit. Opdat er sprake zou zijn van een afdwingbaar recht op

⁵²¹ Kabinet van Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin Jo Vandeurzen, *Perspectief 2020: nieuw ondersteuningsbeleid voor personen met een handicap*, 9 juli 2010, www.vaph.be/vlafo/download/nl/6752255/bestand, 22-24.

⁵²² Art. 6 Decreet Integrale Jeugdhulp; Art. 7 Decreet Rechtspositie Minderjarige. Zie in die zin ook art. 3 Decr. VI. 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters, BS 15 juni 2012.

⁵²³ J. PUT en L. VAN ASSCHE, *Juridisering van de zorgsector. Een verkennende begrips- en fenomeenstudie*, Leuven, SWVG, 2013, www.steunpuntwvg.be, 33-34, nr. 79.

zorgverlening van een specifieke zorgaanbieder, moet de overheid het recht op zorg vormgeven door te voorzien in een opname- of begeleidingsplicht. De weigering om een bepaalde cliënt op te nemen of de zorgverlening verder te zetten, kan in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder in het gedrang brengen, maar uit een dergelijke aansprakelijkheidsvordering vloeit evenwel niet (noodzakelijk) een opname- of begeleidingsplicht voort.

Afdeling 2. Grenzen aan een opname- en/of begeleidingsplicht

A. Verenigings- en ondernemingsvrijheid

115. De vrijheid van vereniging wordt op nationaal, supra- en internationaal niveau gewaarborgd in tal van instrumenten, zoals in artikel 11 EVRM^{524, 525}, artikel 12 BUPO-Verdrag⁵²⁶ en artikel 12 EU-Handvest van de Grondrechten⁵²⁷. In het licht van het onderzoeksopzet, met name de vraag naar de juridische implicaties van de vrijheid van vereniging op de invoering van een opname- en/of begeleidingsplicht, wordt dit grondrecht niet op exhaustieve wijze besproken, maar wordt enkel gefocust op de relevante aspecten ter zake. Hieruit vloeit voort dat in beginsel enkel artikel 27 Gw. in het onderzoek wordt betrokken, daar de overige bepalingen slechts een beperkte meerwaarde in deze context aanreiken.

In de Belgische Grondwet wordt de vrijheid van vereniging gewaarborgd in artikel 27. Deze bepaling erkent zowel het recht om zich te verenigen, als het recht om zich niet te verenigen, en verbiedt dat recht aan preventieve maatregelen te onderwerpen.⁵²⁸ De vrijheid van vereniging impliceert enerzijds de positieve vrijheid van vereniging, d.i. het recht om een vereniging op te richten en om zich bij een vereniging aan te sluiten en anderzijds de negatieve vrijheid van vereniging, d.i. de vrijheid om niet toe te treden tot een bepaalde vereniging of zich eruit terug te trekken, hetgeen impliceert dat een individu niet gedwongen mag worden om zich aan te sluiten bij een bepaalde vereniging, noch benadeeld mag worden ingevolge deze keuze.⁵²⁹ Artikel 27

⁵²⁴ Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955.

⁵²⁵ Zie hierover uitvoerig Y. HAECK en E. BREMS, "Artikel 11: vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1-40. Het begrip 'vereniging' in art. 11 EVRM heeft een autonome betekenis, hetgeen impliceert dat een groepering die naar nationaal recht niet als een vereniging wordt gekwalificeerd, toch door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als een vereniging kan worden beschouwd. In beginsel kunnen zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke verenigingen onder het toepassingsgebied van art. 11 EVRM vallen. Zie in die zin ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 968, nr. 824 en de verwijzingen aldaar.

⁵²⁶ Internationaal verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, *BS* 6 juli 1983.

⁵²⁷ Handvest 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 14 december 2007.

⁵²⁸ Arbitragehof 3 december 1998, nr. 121/98, overw. B.9.

⁵²⁹ M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2015, 418-419, nr. 604.

Gw. heeft tot doel de oprichting van private verenigingen en de deelname aan hun activiteiten te waarborgen.⁵³⁰

Artikel 27 Gw. verbiedt het recht (om zich te verenigen of niet te verenigen) aan preventieve maatregelen te onderwerpen. Dit sluit evenwel niet uit dat de wetgever regelende maatregelen kan uitvaardigen.⁵³¹ De vrijheid van vereniging belet in beginsel niet dat de wetgever in werkings- en toezichtsmodaliteiten ten aanzien van de verenigingen kan voorzien, inzonderheid wanneer een vereniging overheidssubsidies ontvangt.⁵³² Dergelijke modaliteiten kunnen in beginsel niet als preventieve maatregelen worden beschouwd.⁵³³ Niettegenstaande de overheid erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden kan uitwerken en daarbij de modaliteiten van toezicht kan bepalen indien private verenigingen taken van algemeen belang uitvoeren, mogen deze voorwaarden niet zo verregaand zijn dat op een onredelijke en onevenredige wijze de interne werking van de vereniging wordt gereguleerd zodat de vrijheid van vereniging erdoor in het gedrang komt.⁵³⁴ Indien de regelgever zich mengt in de werking van de organisatie van de vereniging, dient deze inmenging gerechtvaardigd te zijn ten aanzien van de nagestreefde doelstelling.⁵³⁵

Het opleggen van een opname- en/of begeleidingsplicht ten aanzien van private voorzieningen in het kader van de erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden, lijkt verenigbaar te zijn met de vrijheid van vereniging. Het niet naleven van deze voorwaarden brengt immers enkel de erkenning en subsidiëring van de voorziening in het gedrang. Indien evenwel de verplichting wordt opgelegd om ook buiten de sanctionering van de erkennings- en subsidiëringsnormen zorg te bieden onder welbepaalde voorwaarden, dreigt dit strijdig te zijn met de vrijheid van vereniging.⁵³⁶

116. De vrijheid van handel en nijverheid, oftewel de vrijheid van ondernemen, is geen grondwettelijk verankerd recht, maar was tot vóór de invoering van het Wetboek van Economisch Recht vervat in artikel 7 van het zgn. Decreet d'Allarde.⁵³⁷ Deze bepaling is thans

⁵³⁰ Zie in die zin bv. Grondwettelijk Hof 15 januari 2009, nr. 9/2009, overw. B.30. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 969, nr. 825.

⁵³¹ Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 969-970, nr. 925; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 494-495, nr. 792.

⁵³² Arbitragehof 3 december 1998, nr. 121/98, overw. B.9.

⁵³³ M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2015, 419, nr. 604; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 495, nr. 792.

⁵³⁴ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 495, voetnoot 51 en de verwijzingen aldaar.

⁵³⁵ Zie bv. Arbitragehof 20 oktober 2005, nr. 154/2005, overw. B.17-B.19.

⁵³⁶ G. LOOSVELDT, "Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht" in F. DEVEN en T. JACOBS (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, (25) 41.

⁵³⁷ Art. 7 Decreet 2-17 maart 1791 tot afschaffing van het gildenwezen.

opgenomen en 'hertaald'⁵³⁸ in de artikelen II.3 en II.4 Wetboek Economisch Recht.⁵³⁹ In dit verband kan worden opgemerkt dat de vrijheid van ondernemen voortbouwt op de keuze voor private eigendom en de contractvrijheid.⁵⁴⁰ De contractvrijheid vindt onder meer haar grondslag in de vrijheid van ondernemen.⁵⁴¹

Aangezien het beginsel van de vrijheid van ondernemen geen grondwettelijk gewaarborgde vrijheid is, kan het Grondwettelijk Hof niet rechtstreeks toetsen aan dit beginsel, zoals vervat in de artikelen II.3 en II.4 Wetboek Economisch Recht.⁵⁴² Het Hof kan evenwel toetsen aan de ondernemingsvrijheid via de artikelen 10 en 11 Gw., waardoor *de facto* hetzelfde effect kan worden bereikt.⁵⁴³ Het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wordt geschonden indien op een discriminerende wijze een inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van ondernemen. Vermits de economische vrijheid de regel is, laat een toetsing aan de artikelen 10 en 11 Gw. aldus *de facto* een marginale proportionaliteits- en opportuniteitstoetsing toe.⁵⁴⁴ De vrijheid van ondernemen kan niet worden opgevat als een absolute vrijheid. De wetgever treedt pas onredelijk op indien hij de vrijheid van ondernemen beperkt zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig is met het nagestreefde doel.⁵⁴⁵ De wetgever kan voorwaarden verbinden aan de uitoefening van een bepaalde activiteit. Aangezien de vrijheid van ondernemen de regel is, kan het Grondwettelijk Hof de beperking op de ondernemingsvrijheid onderwerpen aan een marginale evenredigheids- en opportuniteitstoetsing.⁵⁴⁶ Een maatregel lijkt slechts strijdig te zijn met de vrijheid van ondernemen indien het wezen zelf van de vrijheid wordt aangetast en de uitoefening van de handelsactiviteit *de facto* onmogelijk wordt. Een ander aspect van de vrijheid van ondernemen is de vrije keuze van contractpartij. Gelet op de principiële vrijheid, moeten beperkingen restrictief

⁵³⁸ Zie hierover Wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2012-13,53K2543/001, 22-23. De wetgever beoogde art. 7 Decreet d'Allarde te herbevestigen en te hertalen in een eigentijdse terminologie (die ook voor het overige in het WER wordt nagestreefd). De wetgever heeft de vrijheid hertaald tot een 'vrijheid om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen'. Met deze omschrijving ambieerde de wetgever om een ruimer materieelrechtelijk toepassingsgebied aan de economischrechtelijke vrijheid van ondernemen te verlenen. De uitoefening van een 'economische activiteit' wordt immers voor de toepassing van het WER opgevat als de omschrijving waarmee uitdrukking wordt gegeven aan de meest ruime set van economische activiteiten.

⁵³⁹ Art. 7 Decreet d'Allarde is opgeheven door art. 3 Wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013.

⁵⁴⁰ D. MERTENS en G. STRAETMANS, "Vrijheid van ondernemen" in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht*, Vol. A, Mechelen, Kluwer 2011, (65) 66, nr. 54.

⁵⁴¹ J. HERMAN, "Adieu d'Allarde... maar niet van de vrijheid van ondernemen. Het exclusiviteitsbeding in de arbeidsovereenkomst" (noot onder Arbh. Brussel 17 december 2013), *RABG* 2014, (902) 903, voetnoot 47; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 442, nr. 4.

⁵⁴² Arbitragehof 14 juni 2000, nr. 74/2000, overw. B.4.2.

⁵⁴³ D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 99, nr. 71.

⁵⁴⁴ D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 99, nr. 71; D. MERTENS en G. STRAETMANS, "Vrijheid van ondernemen" in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht*, Vol. A, Mechelen, Kluwer 2011, (65) 73, nr. 60.

⁵⁴⁵ Zie in die zin bv. GwH 9 oktober 2014, nr. 142/2014, overw. B.7.2; GwH 28 april 2016, nr. 56/2016, overw. B.18.4.

⁵⁴⁶ D. MERTENS en G. STRAETMANS, "Vrijheid van ondernemen" in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht*, Vol. A, Mechelen, Kluwer 2011, (65) 73, nr. 60.

worden geïnterpreteerd. De vrije keuze van contractpartij werd reeds besproken in het deel 'Contractenrecht'.

B. Contractvrijheid

117. De contractvrijheid werd reeds behandeld in het deel 'Contractenrecht'.

C. Aangepaste zorg

118. Een cliënt heeft recht op kwalitatieve zorgverlening.⁵⁴⁷ Kwalitatieve zorgverlening impliceert onder meer dat aangepaste zorg moet worden geboden, rekening houdend met de behoeften en (zorg)noden van de cliënt.⁵⁴⁸ Hieruit vloeit ook voort dat de voorzieningen zich moeten kunnen richten tot bepaalde cliënten, zodat rekening kan worden gehouden met de samenstelling van de leefgroep, de specialisatiegraad en expertise die aanwezig is in de voorziening, etc. Door cliënten met diverse problemen en (zorg)noden niet in eenzelfde leefgroep onder te brengen, maar gespecialiseerde hulpverlening aan te bieden aan bepaalde doelgroepen, kan een (meer) kwalitatieve hulpverlening worden bewerkstelligd.⁵⁴⁹ Indien een (structurele) opnameplicht wordt opgelegd, dreigt een aangepaste zorgverlening in het gedrang te komen.

⁵⁴⁷ R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 50, nr. 68. Zie over het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstrekking in de gezondheidszorg T. VANSWEEVELT, "Het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstrekking" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, (307) 307-309.

⁵⁴⁸ R. D'HAESE en J. PUT, *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 50, nr. 68.

⁵⁴⁹ In dit verband moet evenwel worden opgemerkt dat voorzieningen, door gespecialiseerde hulpverlening aan te bieden en zich te richten tot specifieke doelgroepen, slechts een beperkte groep van cliënten bereiken, waardoor het risico bestaat dat de noden van de markt doorslaggevend zijn en niet (of minder) de behoeften van de cliënt in de welzijnssector. Zie in die zin J. CHRISTIAENS en E. DUMORTIER, "De aanpak van jeugddelinquentie in tijden van onveiligheid", *Orde Dag* 2006, (7) 10; B. DE SMET, *Juridische aanpak van problemen rond opvoeding. Begeleiding van kinderen in nood en onbuigzame pubers*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 127.

HOOFDSTUK 5. INVLOED VAN HET STRAFRECHT OP DE OPNAME- EN BEGELEIDINGSVRIJHEID

119. De vraag rijst of welzijnsvoorzieningen die een hulpvrager weigeren op te nemen of eenzijdig de begeleiding stopzetten hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld en of hieruit een opname- of begeleidingsplicht in hoofde van de voorzieningen kan worden afgeleid. Een aantal misdrijven is daarbij in het bijzonder relevant, met name het misdrijf van schuldig hulpverzuim en de misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en kwetsbare personen. Voorafgaand aan de bespreking van deze specifieke misdrijven wordt nagegaan in welke mate rechtspersonen strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor strafbare feiten die worden gepleegd door natuurlijke personen die voor hem optraden.

Afdeling 1. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid rechtspersoon

120. Zowel openbare als private welzijnsvoorzieningen kunnen sinds 2 juli 1999, datum van inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1999⁵⁵⁰, in beginsel strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld indien zij het statuut van rechtspersoon hebben. Dit geldt voor rechtspersonen van zowel privaatrecht (bv. vzw's) als publiekrecht. In artikel 5, vierde lid Sw. is evenwel een limitatieve lijst opgenomen van publiekrechtelijke rechtspersonen die expliciet worden uitgesloten, zoals de federale staat, de gemeenschappen en gewesten en de OCMW's.^{551, 552} Hieruit vloeit voort dat een welzijnsvoorziening die wordt uitgebaat door het OCMW, niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Indien een voorziening daarentegen wordt uitgebaat door een verzelfstandigde vereniging van privaatrecht opgericht door het OCMW, valt deze niet onder de uitzonderingen van artikel 5, vierde lid Sw. en is deze wel strafrechtelijk

⁵⁵⁰ Wet 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *BS* 22 juni 1999.

⁵⁵¹ Art. 5, vierde lid Sw.: "Voor de toepassing van dit artikel kunnen niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd: de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn." Zie hierover ook M.G. FAURE, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming", *TPR* 2000, (1293) 1314-1317, nr. 15.

⁵⁵² Hierbij dient opgemerkt dat thans enkele wetsvoorstellen hangende zijn waarin de wijziging van de regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt beoogd: zie Wetsvoorstel (R. TERWINGEN e.a.) tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54K816/001; Wetsvoorstel (K. DEGROOTE e.a.) tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54K1031/001. Beide wetsvoorstellen strekken tot de opheffing van de decumulregel, wat impliceert dat ingeval een rechtspersoon en een natuurlijke persoon eenzelfde misdrijf plegen, ze in beginsel beiden strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Wat de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, voorzien beide wetsvoorstellen in een verschillende oplossing. Het wetsvoorstel-TERWINGEN beoogt de opheffing van artikel 5, vierde lid Sw. waardoor de strafrechtelijke immuniteit van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan volledig wordt opgeheven. Het wetsvoorstel-DEGROOTE strekt ertoe het principe van de strafrechtelijke immuniteit van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan te behouden, maar beperkt de volledige strafrechtelijke immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan tot de publiekrechtelijke rechtspersonen met volwaardige wetgevende bevoegdheid. Voor de publiekrechtelijke rechtspersonen die geen volwaardige wetgevende bevoegdheid hebben, wordt een verminderde strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogd.

verantwoordelijk.⁵⁵³ De meeste private welzijnsvoorzieningen hebben rechtspersoonlijkheid en nemen de vorm aan van een vzw. De gemeenschapsinstellingen hebben daarentegen geen rechtspersoonlijkheid. Deze voorzieningen ressorteren onder de afdeling Gemeenschapsinstellingen van het Agentschap Jongerenwelzijn⁵⁵⁴ van de Vlaamse overheid.⁵⁵⁵ Bij het uitoefenen van zijn taken inzake organisatie en beheer van de gemeenschapsinstellingen treedt het agentschap op namens de Vlaamse Gemeenschap,⁵⁵⁶ die overeenkomstig artikel 5, vierde lid Sw. niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

In beginsel kunnen alle misdrijven opgesomd in het Strafwetboek en in andere strafwetten onder de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van een rechtspersoon vallen.⁵⁵⁷

121. Rechtspersonen zijn autonoom strafrechtelijk verantwoordelijk voor hun daden.⁵⁵⁸ Het is niet vereist een natuurlijke persoon te kunnen identificeren wiens gedrag aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.⁵⁵⁹ Opdat een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, dient het misdrijf te worden toegerekend aan deze rechtspersoon, hetgeen zowel een materieel als een moreel element bevat.

De materiële toerekening van een misdrijf heeft betrekking op het juridisch aanwijzen van een rechtssubject als materiële dader van een delictstypische en wederrechtelijke gedraging.⁵⁶⁰ Een misdrijf kan slechts materieel worden toegerekend aan een rechtspersoon indien er een intrinsiek verband bestaat tussen het misdrijf en de rechtspersoon. Artikel 5, eerste lid Sw. bevat drie alternatieve criteria voor de materiële toerekenbaarheid, met name moet het misdrijf gepleegd zijn 1) ter verwezenlijking van het maatschappelijk doel, 2) ter waarneming van het belang van de rechtspersoon of 3) voor rekening van de rechtspersoon.⁵⁶¹

⁵⁵³ Zie P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggeevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 61, nr. 66.

⁵⁵⁴ Het Agentschap Jongerenwelzijn is een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid.

⁵⁵⁵ Art. 5, 2° B.VI.Reg. 24 oktober 2008 tot uitvoering van het decreet van 7 maart 2008 inzake bijzondere jeugdbijstand en het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003, *BS 2* maart 2009.

⁵⁵⁶ Art. 5, 2° *juncto* art. 7 B.VI.Reg. 24 oktober 2008 tot uitvoering van het decreet van 7 maart 2008 inzake bijzondere jeugdbijstand en het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003, *BS 2* maart 2009.

⁵⁵⁷ Zie in die zin Cass. 26 september 2006, AR P.05.1663.N; C. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 132; P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggeevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 52, nr. 55.

⁵⁵⁸ P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggeevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 69, nr. 79.

⁵⁵⁹ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 55, nr. 166.

⁵⁶⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 107, nr. 393.

⁵⁶¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 109-110, nr. 400-404; P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggeevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 69-70, nr. 80.

De morele toerekening heeft betrekking op het schuldelement. Er dient te worden aangetoond dat het misdrijf voortkomt uit een opzettelijke beslissing die werd genomen binnen de rechtspersoon of dat er een nalatigheid is op het niveau van de rechtspersoon die in causaal verband staat met het misdrijf.⁵⁶² Dit is voornamelijk een feitenkwestie die door de rechter moet worden beoordeeld.

122. Het Belgische strafrecht kent het beginsel van decumul, wat impliceert dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zowel de natuurlijke persoon als de rechtspersoon in beginsel is uitgesloten.⁵⁶³

Indien het misdrijf onopzettelijk werd gepleegd, geldt een exclusieve strafbaarheid van hetzij de rechtspersoon, hetzij de natuurlijke persoon. Enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan, kan worden veroordeeld. De rechter moet in *concreto* nagaan wie de zwaarste fout beging. Ten aanzien van de persoon die de lichtste fout beging, geldt de decumul-regel als strafuitsluitende verschoningsgrond.⁵⁶⁴

Indien de natuurlijke persoon het misdrijf wetens en willens heeft gepleegd, geldt de cumulregel, waardoor de natuurlijke persoon en de rechtspersoon samen kunnen worden veroordeeld. Dit geldt in de eerste plaats voor opzettelijke misdrijven, zoals bijvoorbeeld schuldig hulpverzuim. Ook bij onachtzaamheidsmisdrijven⁵⁶⁵ die in *concreto* opzettelijk werden gepleegd, geldt de cumulregel.⁵⁶⁶ Enkel voor de zuiver onopzettelijke misdrijven geldt het principe van exclusieve strafbaarheid van één van beide.⁵⁶⁷

⁵⁶² Toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, *Parl.St.* Senaat 1998-99, 1-1217/1, 5-6.

⁵⁶³ Art. 5, tweede lid Sw.

⁵⁶⁴ P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggeevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 94, nr. 103.

⁵⁶⁵ Een onachtzaamheidsmisdrijf is een misdrijf waarbij de dader vrijwillig een handeling stelt waardoor een ongewild gevolg intreedt. De fout of onachtzaamheid kan een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid zijn. Het beoordelingscriterium om tot strafrechtelijke onachtzaamheid te besluiten, wordt op dezelfde wijze ingevuld als de burgerrechtelijke schuld (art. 1382 BW). Zie Cass. 25 november 2008, AR P.08.1134.N; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 63, nr. 86; J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 380, nr. 297.

⁵⁶⁶ Zie in die zin Cass. 4 maart 2003, RW 2003-04, 1022, concl. M. DE SWAEF.

⁵⁶⁷ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 57, nr. 172. Volgens het Grondwettelijk Hof is het verschil in behandeling tussen natuurlijke personen die samen met een rechtspersoon een misdrijf uit onachtzaamheid plegen enerzijds en natuurlijke personen die samen met een andere persoon dan een rechtspersoon een misdrijf uit onachtzaamheid begaan anderzijds, verenigbaar met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel: Arbitragehof 5 mei 2004, nr. 75/2004.

Afdeling 2. Schuldig hulpverzuim

A. Artikel 422bis Sw.

a. Algemeen kader

123. Het niet helpen van een persoon in groot gevaar kan in bepaalde omstandigheden het misdrijf van schuldig hulpverzuim uitmaken. De strafbaarstelling van het schuldig hulpverzuim is gegrond op een morele verplichting tot hulp en solidariteit en werd door de wet van 1 januari 1961⁵⁶⁸ in het Strafwetboek, met name in artikel 422bis Sw., ingevoerd, waardoor de morele verplichting in de wet werd verankerd en strafrechtelijk gesanctioneerd kan worden.⁵⁶⁹

124. Schuldig hulpverzuim kan worden beschouwd als een verzuimsmisdrijf of omissiedelict, daar de objectieve bestanddelen van het misdrijf betrekking hebben op het verzuim om een bepaalde strafrechtelijk gesanctioneerde handeling na te komen.⁵⁷⁰

Daarnaast is schuldig hulpverzuim een formeel en ogenblikkelijk misdrijf. Het formeel karakter van het misdrijf impliceert dat de strafbaarheid van het schuldig hulpverzuim niet afhankelijk is van het resultaat.⁵⁷¹ De hulp dient effectief te zijn, maar er wordt niet vereist dat de geboden hulp efficiënt is.⁵⁷² Een ogenblikkelijk of aflopend misdrijf is een misdrijf dat voltrokken is zodra de constitutieve bestanddelen voorhanden zijn.⁵⁷³ Of in een bepaalde situatie daadwerkelijk hulp moest worden geboden, kan enkel worden beoordeeld door zich in de plaats te stellen op het ogenblik van de weigering tot hulpverlening.⁵⁷⁴

125. Het misdrijf schuldig hulpverzuim wordt bestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar⁵⁷⁵, en/of met een geldboete van 50 tot 500 euro.⁵⁷⁶ Voor rechtspersonen

⁵⁶⁸ Wet 6 januari 1961 waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, BS 14 januari 1961.

⁵⁶⁹ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 6; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 230, nr. 284; J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 99; C. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 217.

⁵⁷⁰ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 98-99; C. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 217; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 45, nr. 153.

⁵⁷¹ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 104.

⁵⁷² K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 57, nr. 172.

⁵⁷³ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 103.

⁵⁷⁴ Zie in die zin Cass. 21 juni 2005, AR P.05.0073.N; Cass. 22 juni 2015, AR S.15.0003.F; J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 103.

⁵⁷⁵ Hierbij dient opgemerkt dat de rechter aan natuurlijke personen een werkstraf kan opleggen als alternatief voor de gevangenisstraf (art. 7 Sw.). Deze mogelijkheid bestaat enkel voor natuurlijke personen, niet voor rechtspersonen (art. 7bis Sw.).

⁵⁷⁶ Teneinde de repressieve kracht van de strafrechtelijke geldboeten te handhaven en ze te beschermen tegen muntontwaarding, wordt het bedrag van de in de wet opgenomen geldboeten verhoogd met vijftig opdecieimen, hetgeen neerkomt op een vermenigvuldiging met multiplicator 6. De verhoging van de geldboeten met opdecieimen

bestaat slechts één hoofdstraf, met name de geldboete.⁵⁷⁷ De wetgever heeft in artikel 41*bis* Sw. een omzettingssysteem uitgewerkt, waardoor de door de strafwet voorziene vrijheidsstraf kan worden omgezet in een geldboete.⁵⁷⁸

Artikel 422*bis*, derde lid Sw. voorziet in een strafverzwaring indien de persoon die in groot gevaar verkeert, minderjarig is.⁵⁷⁹ Indien het schuldig hulpverzuim een discriminerende drijfveer heeft, wordt de straf eveneens verzaard.⁵⁸⁰

b. Constitutieve bestanddelen

126. Krachtens artikel 422*bis* Sw. kan degene die verzuimt hulp te verlenen of te verschaffen aan iemand die in groot gevaar verkeert, strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, indien hij zelf diens toestand heeft vastgesteld, of indien die toestand hem is beschreven door degenen die zijn hulp inroepen.⁵⁸¹ Voor het misdrijf is vereist dat de verzuimer kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen. Heeft de verzuimer niet persoonlijk het gevaar vastgesteld waarin de hulpbehoevende verkeerde, dan kan hij niet worden gestraft indien hij op grond van de omstandigheden waarin hij werd verzocht te helpen, kon geloven dat het verzoek niet ernstig was of dat er gevaar aan verbonden was.⁵⁸²

127. In artikel 422*bis* Sw. kunnen drie constitutieve bestanddelen van het misdrijf van schuldig hulpverzuim worden onderscheiden, met name 1) het bestaan van een feitelijke toestand van groot gevaar, 2) het verzuim van de schuldige om hulp te verlenen of te verschaffen en 3) het besef van de gevaarstoestand en de wil om niet op te treden.

verandert het juridisch karakter van de straf niet en wijzigt niets aan de wettelijke indeling van de misdrijven. Zie art. 1 Wet 5 maart 1952 betreffende de opdecimen op de strafrechtelijke geldboeten, *BS* 3 april 1952.

⁵⁷⁷ Art. 7*bis juncto* 41*bis* Sw.

⁵⁷⁸ In art. 41*bis* Sw. kunnen verscheidene hypothesen worden onderscheiden. Indien de wet een tijdelijke vrijheidsstraf oplegt al dan niet met een bijkomende geldboete, zoals dit het geval is bij schuldig hulpverzuim, geldt als minimumboete 500 euro vermenigvuldigd met het aantal maanden van de minimumvrijheidsstraf (maar niet lager dan het bedrag van de wettelijke minimumgeldboete voor natuurlijke personen) en als maximumboete 2000 euro vermenigvuldigd met het aantal maanden van de maximumvrijheidsstraf (maar niet lager dan het dubbele van de wettelijke maximumgeldboete voor natuurlijke personen). Het algemene principe dat door de wetgever werd gevolgd voor de vaststelling van dit conversiemechanisme is dat natuurlijke personen in geen enkel geval strenger gestraft kunnen worden dan rechtspersonen. Zie MvT bij het wetsvoorstel tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1217/6, 12.

⁵⁷⁹ Deze verzwarende omstandigheid werd ingevoerd door de wet betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen (Wet 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen, *BS* 25 april 1995) doch het toepassingsgebied is niet beperkt tot de gevallen waarin het ernstig gevaar seksueel misbruik betreft. Zie MvT bij het ontwerp van wet betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen, *Parl.St.* Senaat 1994-95, nr. 1348/1, 4.

⁵⁸⁰ Art. 422*quater* Sw. Door de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie, *BS* 17 maart 2003 werd voor een aantal misdrijven een verzwarende omstandigheid ingevoerd indien een discriminatoire drijfveer ten grondslag ligt. Deze verzwarende omstandigheid geldt indien de haat, het misprijzen of de vijandigheid een van de drijfveren vormt.

⁵⁸¹ Art. 422*bis*, eerste lid Sw.

⁵⁸² Art. 422*bis*, tweede lid Sw.

128. In de eerste plaats dient een persoon in een toestand van groot gevaar te verkeren. In de wet, noch in de parlementaire voorbereiding wordt een definitie gegeven van het begrip 'groot gevaar'. Het begrip heeft grotendeels een invulling gekregen door de rechtsleer en rechtspraak. Met 'groot gevaar' wordt een toestand bedoeld waarin een individu in zijn fysieke of psychische integriteit, zijn vrijheid of zijn eerbaarheid wordt aangetast of dreigt te worden aangetast, zonder dat deze persoon in levensgevaar moet verkeren.⁵⁸³ Het gevaar moet ernstig, constant, reëel en actueel zijn.⁵⁸⁴ Het ernstig karakter van het gevaar moet naar objectieve maatstaven worden beoordeeld op het ogenblik van de weigering van de tussenkomst van degene die hulp moet verlenen.⁵⁸⁵ Aangezien schuldig hulpverzuim een ogenblikkelijk misdrijf is, moet de rechter zich in de plaats stellen op het ogenblik dat de hulp in *concreto* werd geweigerd.⁵⁸⁶ Er moet sprake zijn van een reëel of onmiddellijk dreigend gevaar. Een mogelijk of eventueel gevaar volstaat niet.⁵⁸⁷ Tenslotte moet het gevaar ook actueel zijn, wat impliceert dat het moment waarop het groot gevaar zich voordoet en de hulpweigering moeten samenvallen. Er is geen sprake meer van schuldig hulpverzuim indien het groot gevaar op het moment van de weigering van de tussenkomst niet meer bestaat.⁵⁸⁸ De oorzaak van het gevaar is bij de beoordeling van de gevaarstoestand irrelevant.⁵⁸⁹

129. In de tweede plaats dient er sprake te zijn van een verzuim van de schuldlige om hulp te verlenen of te verschaffen. In artikel 422*bis* Sw. wordt een onderscheid gemaakt tussen hulp verlenen, wat betekent dat de persoon zelf hulp biedt, en hulp verschaffen, wat impliceert dat de hulp door tussenkomst van een andere geschikte persoon wordt geboden. In beginsel dient de hulp door persoonlijke tussenkomst te worden geboden. Slechts indien een persoonlijk optreden onmogelijk, ondoelmatig of ondoeltreffend is, moet een geschikte derde worden opgeroepen of verwittigd, bijvoorbeeld door een melding aan gespecialiseerde hulpverleningsinstanties.⁵⁹⁰ Degene die de hulp van een derde heeft ingeroepen, moet nagaan of de hulpvraag effectief werd

⁵⁸³ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 6; J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 102.

⁵⁸⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 231, nr. 286; F. HUTSEBAUT, "De spanningsverhouding tussen hulverlening en schuldig hulpverzuim" (noot onder Rb. Brugge 14 september 2005 en Corr. Brugge 13 februari 2006), *TJK* 2006, (375) 376-377, nr. 7

⁵⁸⁵ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 6; F. HUTSEBAUT, "De spanningsverhouding tussen hulverlening en schuldig hulpverzuim" (noot onder Rb. Brugge 14 september 2005 en Corr. Brugge 13 februari 2006), *TJK* 2006, (375) 377, nr. 7; P. TRAEEST, "Enkele aspecten van schuldig verzuim", *TORB* 2011-12, (83) 85.

⁵⁸⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 233, nr. 286; F. HUTSEBAUT, "De spanningsverhouding tussen hulverlening en schuldig hulpverzuim" (noot onder Rb. Brugge 14 september 2005 en Corr. Brugge 13 februari 2006), *TJK* 2006, (375) 377, nr. 7

⁵⁸⁷ F. HUTSEBAUT, "De spanningsverhouding tussen hulverlening en schuldig hulpverzuim" (noot onder Rb. Brugge 14 september 2005 en Corr. Brugge 13 februari 2006), *TJK* 2006, (375) 376, nr. 7; P. TRAEEST, "Enkele aspecten van schuldig verzuim", *TORB* 2011-12, (83) 84.

⁵⁸⁸ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 6-7.

⁵⁸⁹ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 104.

⁵⁹⁰ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 68, nr. 208; P. TRAEEST, "Enkele aspecten van schuldig verzuim", *TORB* 2011-12, (83) 86.

ontvangen en of er wel degelijk gevolg werd gegeven aan zijn oproep.⁵⁹¹ De hulp moet worden geboden op de manier die op dat ogenblik het meest adequaat lijkt.⁵⁹² De geboden hulp moet werkelijk zijn en in de mate van het mogelijke moet het gevaar worden geweerd, maar er wordt geen rekening gehouden met het resultaat van de tussenkomst en de doeltreffendheid van de hulpverlening.⁵⁹³

De maat van de geboden hulp wordt op subjectieve wijze gemeten, hetgeen impliceert dat de rechter rekening houdt met de middelen en de (beroeps)geschiktheid van hulpverlener.⁵⁹⁴ De lat wordt hoger gelegd voor professionele hulpverleners dan voor gewone burgers, daar zorg- en hulpverlening tot hun dagelijkse activiteiten behoort.⁵⁹⁵ Om te beoordelen of er sprake is van schuldig hulpverzuim in hoofde van professionele hulpverleners, wordt het criterium van de beroepsfout gehanteerd.⁵⁹⁶

130. Tenslotte is er een moreel element vereist, met name het besef van een gevaarstoestand en de wil om niet op te treden. Schuldig hulpverzuim is immers een opzettelijk misdrijf. Een loutere nalatigheid of gebrek aan voorzorg is onvoldoende opdat er sprake zou zijn van schuldig hulpverzuim.⁵⁹⁷ Artikel 422*bis* Sw. vereist geen bijzonder opzet. Het volstaat dat de verzuimer wetens en willens in gebreke is gebleven ten aanzien van de algemene solidariteitsplicht vervat in artikel 422*bis* Sw. en dat hij geen schulduitsluitingsgrond kan inroepen.⁵⁹⁸ Er wordt geen rekening gehouden met de persoonlijke motieven in hoofde van de verzuimer die aan het verzuim ten grondslag liggen.⁵⁹⁹

Het besef van de gevaarstoestand impliceert dat de verzuimer de toestand van gevaar heeft vastgesteld en de ernst ervan heeft beseft. Een vermoeden van groot gevaar is onvoldoende.⁶⁰⁰

⁵⁹¹ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 7; H. VUYE, "Schuldig verzuim. Analyse van artikel 422*bis* Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht" in Y. POULLET en H. VUYE (eds.), *Liber amicorum Jean Du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, (431) 464.

⁵⁹² E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 7.

⁵⁹³ P. TRAEEST, "Enkele aspecten van schuldig verzuim", *TORB* 2011-12, (83) 85.

⁵⁹⁴ P. BROECKX, M. DUMAREY en R. FOCK, "Schuldig verzuim en beroepsgeheim in de context van strafrechtelijke bescherming van minderjarigen" in G. VERMEULEN (ed.), *Strafrechtelijke bescherming van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 2001, (436) 460; H. VUYE, "Schuldig verzuim. Analyse van artikel 422*bis* Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht" in Y. POULLET en H. VUYE (eds.), *Liber amicorum Jean Du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, (431) 460.

⁵⁹⁵ E. ANKAERT, "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 7.

⁵⁹⁶ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 108; K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 70, nr. 213.

⁵⁹⁷ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 105; A. JACOBS en A. MASSET, "Abstentions coupables" in X., *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., (117) 130.

⁵⁹⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 235, nr. 289.

⁵⁹⁹ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 110; K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 67, nr. 221.

⁶⁰⁰ J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim" in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, (97) 105.

De kennis van het groot gevaar kan zowel door middel van persoonlijke vaststellingen zijn verkregen als door middel van een verzoek om hulp door derden.⁶⁰¹

De weigering tot hulpverlening moet tevens het gevolg zijn van een wilsuïting van iemand die met het juiste besef van de gevaarstoestand heeft beslist om niet op te treden.⁶⁰² Deze weigering is een opzettelijk aangenomen houding, geen gevolg van onachtzaamheid of gebrek aan vooruitzicht.⁶⁰³

c. Rechtvaardigingsgrond

131. De verplichting om hulp te bieden geldt slechts indien de verzuimer kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen.⁶⁰⁴ Het begrip ‘ernstig gevaar’ wordt niet in de wet gedefinieerd. De beoordeling van het ernstig karakter van het gevaar moet door de rechter in *concreto* worden beoordeeld naar verhouding van de reactie van een redelijk persoon met gelijkaardige persoonlijke eigenschappen in soortgelijke omstandigheden, de zgn. *bonus pater familias*.⁶⁰⁵ De wet vereist geen heldenmoed of stoutmoedigheid. Er wordt evenwel meer verwacht van een professionele hulpverlener dan van een gewone burger.⁶⁰⁶

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de rechter steeds in *concreto* dient na te gaan of de constitutieve bestanddelen van het misdrijf cumulatief aanwezig zijn opdat er sprake zou zijn van schuldig hulpverzuim (met name de aanwezigheid van een groot gevaar, het nalaten hulp te verlenen of te verschaffen en de vereiste van opzet). Hieruit vloeit voort dat uit artikel 422*bis* Sw. geen structurele opname- of begeleidingsplicht in hoofde van private welzijnsvoorzieningen kan worden afgeleid.⁶⁰⁷ Welzijnsvoorzieningen plegen in beginsel geen schuldig hulpverzuim indien ze een hulpvrager voor een zekere periode weigeren op te nemen of te begeleiden.⁶⁰⁸ Er moet telkens een afweging worden gemaakt of deze welzijnsvoorzieningen (en/of diens medewerkers) zich in een welbepaalde situatie schuldig maken aan schuldig hulpverzuim.

⁶⁰¹ P. TRAEEST, “Enkele aspecten van schuldig verzuim”, *TORB* 2011-12, (83) 86.

⁶⁰² J. DU JARDIN, “Schuldig verzuim” in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 109; K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico’s. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 72, nr. 218.

⁶⁰³ J. DU JARDIN, “Schuldig verzuim” in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 109.

⁶⁰⁴ Art. 422*bis*, tweede lid Sw.

⁶⁰⁵ E. ANKAERT, “Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim”, *Sociale interventie* 2007, afl. 3, (5) 7; J. DU JARDIN, “Schuldig verzuim” in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 109; P. TRAEEST, “Enkele aspecten van schuldig verzuim”, *TORB* 2011-12, (83) 87.

⁶⁰⁶ J. DU JARDIN, “Schuldig verzuim” in *Comm.Straf*, 2007, afl. 56, (97) 118; A. JACOBS en A. MASSET, “Abstentions coupables” in X., *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., (117) 132.

⁶⁰⁷ G. LOOSVELDT, “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur” (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 116, nr. 35.

⁶⁰⁸ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico’s. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 66, nr. 199; G. LOOSVELDT, “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur” (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 116, nr. 35.

d. Schuldig hulpverzuim als grondslag voor een opname- en/of begeleidingsplicht?

132. Kunnen er aanwijzingen worden gevonden in de regelgeving inzake jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap dat een hulpvrager in groot gevaar verkeert waardoor een voorziening in beginsel verplicht is om hulp te verlenen of te verschaffen, teneinde strafrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden?

Zowel in de regelgeving inzake integrale jeugdhulp als in de regelgeving inzake zorg voor personen met een handicap wordt in bijzondere procedures voorzien voor acute situaties waarbij onmiddellijk hulpverlening is vereist. Wat de zorg voor personen met een handicap betreft, kan daarbij worden verwezen naar het protocol noodsituatie, waarop een meerderjarige persoon met een handicap een beroep kan doen indien hij in een noodsituatie verkeert (*supra* nr. 40).⁶⁰⁹ Wat de jeugdhulpverlening betreft kunnen in het bijzonder twee ‘procedures’ worden aangehaald, met name de crisisjeugdhulpverlening (*supra* nr. 18)⁶¹⁰ en de vorderingsmogelijkheid van het Openbaar Ministerie in geval van hoogdringende interventie (*supra* nr. 17 en nr. 19).⁶¹¹ Het Openbaar Ministerie kan dergelijke interventie in geval van hoogdringendheid enkel vorderen indien het een gerechtelijke jeugdhulpmaatregel dringend noodzakelijk acht, er voldoende aanwijzingen zijn dat de minderjarige onmiddellijk beschermd moet worden tegen een vorm van lichamelijk of geestelijk geweld en het verlenen van vrijwillige jeugdhulpverlening niet onmiddellijk mogelijk is.⁶¹²

Deze acuut beleefde noodsituaties waarin onmiddellijk hulp moet worden geboden⁶¹³ zouden als ‘groot gevaar’ in de zin van artikel 422*bis* Sw. kunnen worden beschouwd, zij het dat de inschatting van de gevaarssituatie telkens door de rechter in *concreto* zal worden beoordeeld, rekening houdend met alle elementen eigen aan de zaak. Indien wordt aangenomen dat de hulpvrager effectief in een ernstige gevaarstoestand verkeert, dient een voorziening (en haar medewerkers) hulp te bieden. Voor welzijnsvoorzieningen en hun medewerkers wordt de lat hoger gelegd wat de inschatting van de noodsituatie en de maat van de geboden hulp betreft, aangezien het inschatten van gevaarssituaties en het beschikken over de vaardigheden in het

⁶⁰⁹ Zie art. 1, 12° en art. 30 B.Vl.Reg. 27 november 2015 over de indiening en de afhandeling van de aanvraag van een budget voor niet rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over de terbeschikkingstelling van dat budget, *BS* 15 januari 2016. Zie ook B.Vl.Reg. 24 juni 2016 betreffende de besteding van persoonsvolgende budgetten die in het kader van een noodsituatie en spoedprocedure ter beschikking worden gesteld in de periode van 1 april 2016 tot en met 31 augustus 2016, *BS* 26 augustus 2016.

⁶¹⁰ Art. 44, § 1 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁶¹¹ Art. 47, 2° Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁶¹² Art. 47, 2° Decreet Integrale Jeugdhulp. Zie hierover *supra* nr. 17 en nr. 19, i.h.b. voetnoot 43.

⁶¹³ Zie art. 2, § 1, 9° Decreet Integrale Jeugdhulp en Infonota 25 maart 2016, INF 1605, <http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/10673162-Infonota%27s+2016.html>. Zie in die zin ook oud art. 1, 24° Besluit Zorgregie.

doorverwijzen binnen het bestaande hulpaanbod als inherent aan de beroepsactiviteit wordt beschouwd.⁶¹⁴

133. Ook buiten de gevallen waarin de regelgeving een specifieke procedure voorziet voor noodsituaties, kan er sprake zijn van schuldig hulpverzuim in hoofde van de voorzieningen indien de voorwaarden van het misdrijf zijn voldaan en er geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor de weigering om hulp te bieden.

B. Artikel 422ter Sw.

134. Artikel 422ter Sw. betreft een bijzondere vorm van schuldig hulpverzuim en heeft betrekking op de weigering om gevolg te geven aan een bevel van de overheid om hulp te verlenen. Voor het misdrijf geldt dezelfde strafbaarstelling als deze vermeld in artikel 422bis Sw. In artikel 422ter Sw. kunnen twee hypothesen worden onderscheiden, met name 1) de weigering of het nalaten om hulp te verlenen waartoe men wettelijk wordt opgevorderd ten voordele van een persoon in groot gevaar, en 2) de weigering of het nalaten een gevolg te geven aan een vordering tot hulp in geval van ramp of andere buitengewone omstandigheid.⁶¹⁵ Enkel de eerste hypothese is relevant voor het onderzoek en wordt nader onderzocht.

135. Artikel 422ter Sw. vereist dat de persoon die ingrijpt door een bevoegde overheid werd opgevorderd om hulp te bieden aan een persoon in gevaar. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd aangehaald dat onder 'bevoegde overheid' onder meer de burgemeester, gouverneur, politie etc. dient te worden begrepen.⁶¹⁶ Het betreft een exemplatieve opsomming. De vordering kan uitgaan van elke persoon die behoort tot de openbare overheid die belast is met het voorkomen of vaststellen van de inbreuken.⁶¹⁷ Het moet daarbij gaan om een direct en onmiddellijk bevel van een drager van openbaar gezag.⁶¹⁸ De persoon die wordt opgevorderd dient enkel hulp te bieden bij afwezigheid van een ernstig gevaar voor hemzelf. Het is aan de rechter om in *concreto* het ernstig karakter van het gevaar te beoordelen. In tegenstelling tot artikel 422bis Sw. stelt artikel 422ter Sw. zowel het weigeren als het nalaten hulp te bieden

⁶¹⁴ K. HERBOTS, E. ANKAERT, E. VAN GRUNDERBEEK en J. PUT, *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, 70, nr. 213.

⁶¹⁵ Hierbij dient opgemerkt dat in het oorspronkelijke wetsontwerp enkel de hypothese was opgenomen waarin de vordering van de overheid in het algemeen belang was, daar het de tekst hernam van oud art. 556, 5° Sw. (opgeheven bij art. 2 Wet 6 januari 1961, BS 14 januari 1961). Het ontwerp werd geamendeerd teneinde ook hulp verplicht te maken indien er een opvordering plaatsvindt ten bate van één persoon, zonder dat er sprake is van een ramp en zonder dat het algemeen belang erbij betrokken is. Zie Amendement bij het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl.St. Senaat 1958-59*, nr. 126.

⁶¹⁶ Tweede aanvullend verslag (Commissie voor de Justitie) bij het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl.St. Senaat 1958-59*, nr. 71, 2.

⁶¹⁷ A. JACOBS en A. MASSET, "Abstentions coupables" in X., *Postal Mémorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., (117) 146.

⁶¹⁸ A. JACOBS en A. MASSET, "Abstentions coupables" in X., *Postal Mémorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., (117) 146.

strafbaar. Een weigering impliceert dat de verzuimer opzettelijk heeft verzuimd de hulp waartoe hij werd opgevorderd te bieden. Een nalatigheid veronderstelt een fout, d.i. een overtreding van de principes van waakzaamheid en voorzichtigheid en wordt beoordeeld op basis van het zgn. goede huisvader-criterium⁶¹⁹, met name aan de hand van een redelijk persoon met gelijkaardige persoonlijke eigenschappen in soortgelijke omstandigheden.⁶²⁰

136. De toepasselijkheid van artikel 422*ter* Sw. in het kader van hulpverlening aan minderjarigen in het kader van integrale jeugdhulp of aan personen met een handicap wordt noch in de rechtspraak noch in de literatuur uitgeklaard.⁶²¹ Voor de private voorzieningen in de jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap lijkt er geen algemene wettelijke grondslag voorhanden voor een opvordering.⁶²² Evenwel zou kunnen worden gesteld dat in de specifieke gevallen waarin een opnameplicht in hoofde van de private voorzieningen geldt (in het bijzonder de opnameopdracht van de intersectorale toegangspoort⁶²³), dit als een ‘opvordering’ van een ‘bevoegde overheid’ kan worden beschouwd. In de gevallen waarin een dergelijke expliciet verwoorde opnameplicht niet bestaat, lijken (private) welzijnsvoorzieningen niet op grond van artikel 422*ter* Sw. strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen worden gesteld. Indien deze voorzieningen evenwel worden geconfronteerd met een persoon die in groot gevaar verkeert, kunnen zij strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 422*bis* Sw. indien *in casu* aan alle voorwaarden voor strafbaarstelling is voldaan.

⁶¹⁹ Het goede huisvader-criterium is een abstract criterium dat in zekere mate wordt geconcretiseerd. Het feitelijk gedrag van de schadeverwekker wordt getoetst aan het gedrag van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon. Dit betreft een objectief en abstract criterium. Het foutbegrip wordt evenwel geconcretiseerd aan de hand van de feitelijke omstandigheden, m.a.w. de goede huisvader wordt in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst. Daarbij wordt enkel rekening gehouden met de concrete externe omstandigheden (zoals tijd en plaats) en de professionele vaardigheden van de schadeverwekker. Zie B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127-128, nr. 176-178.

⁶²⁰ H. BERKMOES, “Artikel 422*ter* Sw.” in H. VAN BOSSUYT, M. DE BUSSCHER, J. MEESE en D. VAN DER KELEN (eds.), *Kids Codex. Boek IV : strafrecht en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, nr. 7; A. JACOBS en A. MASSET, “Abstentions coupables” in X., *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., (117) 147.

⁶²¹ Over de toepasselijkheid van art. 422*ter* Sw. in een medische context (i.h.b. in geval van gedwongen opname) zie advies Nationale Raad van de Orde der Artsen, ‘Weigering van opname van een patiënt in therapeutische onderbreking wegens gedragsproblemen (time-out)’, 20 september 2014, <https://ordomedic.be/nl/adviezen/advies/weigering-van-opname-van-een-patint-in-therapeutische-onderbreking-wegens-gedragsproblemen-time-out>.

⁶²² Zie G. LOOSVELDT, “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur” (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 117, nr. 36.

⁶²³ Art. 26 Decreet Integrale Jeugdhulp. *Supra* nr. 17.

Afdeling 3. Misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en onbekwamen

137. Ingevolge de Wet betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen⁶²⁴ zijn bepaalde strafrechtelijke bepalingen waarvan minderjarigen het slachtoffer kunnen zijn, samengebracht in Titel VIII, Hoofdstuk III “Aantasting van de persoon van de minderjarigen, van kwetsbare personen en van het gezin” van het Strafwetboek.⁶²⁵ Enkele bepalingen zijn daarbij relevant in het licht van het onderzoek naar een mogelijke opname- of begeleidingsplicht in hoofde van voorzieningen in de jeugdhulp en de zorg voor personen met een handicap.

138. In artikel 423 Sw. wordt het verlaten van minderjarigen of kwetsbare personen strafbaar gesteld. Verlating impliceert het achterlaten van het kind of van de kwetsbare persoon zonder zich ervan te vergewissen dat deze persoon werd opgevangen of onmiddellijk zal worden opgevangen.⁶²⁶ Artikel 423 Sw. geldt niet enkel voor opvoedingsverantwoordelijken, maar ten aanzien van alle personen, ongeacht of ze de verantwoordelijkheid voor de opvoeding dragen.⁶²⁷ Artikel 427 Sw. voorziet evenwel in een strafverzwaring indien het misdrijf werd gepleegd door een persoon die het gezag of de bewaring heeft over de persoon. Voor de kwalificatie van het misdrijf is het irrelevant op welke plaats de minderjarige of kwetsbare persoon wordt achtergelaten.⁶²⁸ Hoewel over de toepassing van deze bepaling in een zorgcontext weinig duidelijkheid lijkt te bestaan, wordt door LOOSVELDT gesteld dat artikel 423 Sw. lijkt te veronderstellen dat de dader van het misdrijf de minderjarige of kwetsbare persoon reeds minstens feitelijk onder zijn hoede had, waardoor voorzieningen die een opname weigeren niet strafbaar kunnen worden gesteld voor verlating van de hulpvrager.⁶²⁹ Indien evenwel de hulpverlening werd opgestart, zou o.i. in bepaalde gevallen kunnen worden gesteld dat het niet garanderen van de continuïteit van de hulpverlening strafrechtelijk gesanctioneerd kan worden op grond van artikel 423 Sw.

⁶²⁴ Wet 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *BS* 17 maart 2001.

⁶²⁵ Zie MvT bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* 1998-99, nr. 49K1907/1, 30. Ingevolge de Wet van 26 november 2011 werd het toepassingsgebied uitgebreid, zodat de strafbaarstelling van bepaalde misdrijven ook geldt ten aanzien van kwetsbare personen. Zie Wet 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, *BS* 23 januari 2011.

⁶²⁶ MvT bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* 1998-99, nr. 49K1907/1, 30.

⁶²⁷ MvT bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* 1998-99, nr. 49K1907/1, 32.

⁶²⁸ MvT bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* 1998-99, nr. 49K1907/1, 31. Zie ook A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 237, nr. 294.

⁶²⁹ LOOSVELDT baseert zijn stelling op de omschrijving die WATTIER hanteert van de notie ‘verlating’: zie I. WATTIER, “La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs”, *JT* 2001, (433) 441, voetnoot 144; G. LOOSVELDT, “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur” (noot onder Antwerpen 27 juni 2002), *TJK* 2003, (106) 117, nr. 38.

139. Krachtens artikel 425 Sw. kan degene die een minderjarige of kwetsbare persoon opzettelijk voedsel of verzorging ontzegt, strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld indien de gezondheid van het slachtoffer in gevaar wordt gebracht. In artikel 425 Sw. kunnen drie constitutieve bestanddelen van het misdrijf worden onderscheiden, met name 1) een opzettelijke onthouding van voedsel of verzorging, 2) van een minderjarige of kwetsbare persoon die niet in staat is om in zijn onderhoud te voorzien en 3) de onthouding kan de gezondheid van het slachtoffer in gevaar brengen. Uit het gebruik van het begrip ‘onthouding’ kan worden afgeleid dat de dader een verplichting dient te hebben om te voorzien in de noden van de minderjarige of kwetsbare persoon.⁶³⁰ Deze verplichting kan een wettelijke of contractuele grondslag hebben, dan wel voortvloeien uit een natuurlijke verbintenis. Hieruit vloeit voort dat ook welzijnsvoorzieningen in beginsel strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij een minderjarige of kwetsbare persoon opzettelijk voedsel of verzorging ontzeggen. Artikel 425 Sw. betreft een opzettelijk misdrijf. Het misdrijf vereist geen schuldig hulpverzuim door nalatigheid, maar wel een opzettelijk niet handelen.⁶³¹ De dader moet wetens en willens de gezondheid van de persoon voor wie hij moest zorgen in het gedrang hebben gebracht door verzorging of voedsel te ontzeggen.⁶³²

In artikel 426 Sw. wordt gesteld dat degene die het onderhoud van de minderjarige of kwetsbare persoon heeft nagelaten strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, indien de verzuimer de bewaring heeft van deze minderjarige of kwetsbare persoon en door het verzuim de gezondheid van het slachtoffer in gevaar wordt gebracht. Er wordt geen opzet vereist. Het misdrijf vervat in artikel 426 Sw. kan worden beschouwd als de onopzettelijke variant van het misdrijf dat strafbaar wordt gesteld in artikel 425 Sw.⁶³³

140. De vraag of uit de artikelen 425 en 426 Sw. kan worden afgeleid dat het nalaten een medische behandeling op te starten of de beëindiging van een behandeling door een arts onder de strafbaarstelling dient te worden begrepen, in het bijzonder in de context van het beëindigen of niet opstarten van een medisch zinloze behandeling, wordt in de rechtsleer op diverse wijze beantwoord.⁶³⁴ Wat de toepassing van deze bepalingen betreft in de context van een mogelijke

⁶³⁰ S. VANDROMME, “Artikel 425 Sw.” in H. VAN BOSSUYT, M. DE BUSSCHER, J. MEESE en D. VAN DER KELEN (eds.), *Kids Codex. Boek IV : strafrecht en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014.

⁶³¹ Cass. 19 oktober 2011, AR P.11.0901.F.

⁶³² S. VANDROMME, “Artikel 425 Sw.” in H. VAN BOSSUYT, M. DE BUSSCHER, J. MEESE en D. VAN DER KELEN (eds.), *Kids Codex. Boek IV : strafrecht en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014.

⁶³³ Zie MvT bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* 1998-99, nr. 49K1907/1, 80; S. VANDROMME, “Artikel 426 Sw.” in H. VAN BOSSUYT, M. DE BUSSCHER, J. MEESE en D. VAN DER KELEN (eds.), *Kids Codex. Boek IV : strafrecht en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014.

⁶³⁴ De vraag of de artikelen 425 en 426 Sw. toepasselijk zijn op artsen, is deels afhankelijk van de interpretatie die wordt gegeven aan de begrippen ‘verzorging’ (art. 425 Sw.) en ‘onderhoud’ (art. 426 Sw.). Daar de parlementaire voorbereiding weinig duidelijkheid verschaft, werden in de rechtsleer pogingen ondernomen om hieraan invulling te geven in het licht van een medische behandeling. Voor een overzicht van de verschillende strekkingen, zie H. NYS,

opname- of begeleidingsplicht in hoofde van voorzieningen in de jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap lijkt evenwel weinig rechtspraak en literatuur te bestaan.

Uit de artikelen 425 en 426 Sw. kan geen algemene begeleidingsplicht worden afgeleid. Er kan wel worden beargumenteerd dat het niet verzekeren van de continuïteit in de hulpverlening in bepaalde gevallen kan worden beschouwd als het nalaten om een persoon onder bewaring het nodige onderhoud te voorzien. In die zin kan worden gesteld dat een voorziening een zorgzame beëindiging van de hulpverlening dient na te streven en de overgang naar vervolghulp moet bewerkstelligen, indien duidelijk blijkt dat verdere zorgverlening noodzakelijk is.

Afdeling 4. Samenvatting

Zowel openbare als private voorzieningen kunnen in beginsel strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld indien ze rechtspersoonlijkheid hebben. De meeste private voorzieningen hebben rechtspersoonlijkheid en nemen de vorm aan van een vzw. Twee soorten welzijnsvoorzieningen kunnen niet strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld, met name de gemeenschapsinstellingen en de welzijnsvoorzieningen die worden uitgebaat door het OCMW.

Een aantal misdrijven is relevant in het kader van het onderzoek, met name het misdrijf van schuldig hulpverzuim en de misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en kwetsbare personen. Deze misdrijven kunnen in concrete situaties aanleiding geven tot een opname- of begeleidingsplicht, maar hieruit kan geen structurele opname- of begeleidingsplicht in hoofde van private zorgaanbieders worden afgeleid. De rechter moet steeds nagaan of in de voorliggende zaak alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn, en of daaruit *in concreto* de verplichting voortvloeit om een zorgvrager op te nemen of om de hulpverlening verder te zetten. In de sectorale regelgeving zijn er aanwijzingen te vinden van situaties waarin een zorgvrager in groot gevaar verkeert, met name zijn er specifieke procedures bepaald voor noodsituaties. Indien een zorgvrager effectief in een ernstige gevaarstoestand verkeert, is de zorgaanbieder verplicht om hulp te bieden. De vrijheid om een cliënt te weigeren of de begeleiding niet verder te zetten, is in die gevallen zeer beperkt. De lat wordt voor welzijnsvoorzieningen en hun medewerkers hoger gelegd wat de inschatting van de noodsituatie en de maat van de geboden hulp betreft. Er moet wel worden benadrukt dat de inschatting van de gevaarssituatie steeds door de rechter wordt beoordeeld, rekening houdend met alle elementen eigen aan de zaak. Ook indien in de sectorale regelgeving geen specifieke

Geneeskunde: recht en medisch handelen in APR, Brussel, Story-Scientia, 2005, 353-355, nr.793-796. Zie ook A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239, nr. 297.

procedure is opgenomen waaruit de 'noodsituatie' blijkt, kan een zorgaanbieder een misdrijf plegen.

CONCLUSIE

141. Dit onderzoeksrapport had tot doel het juridisch kader betreffende een (mogelijke) opname- en/of begeleidingsplicht van welzijnsvoorzieningen te verhelderen, waarbij werd gefocust op de private voorzieningen in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg. In het onderzoek werden in het bijzonder vijf invalshoeken belicht die de opname- en/of begeleidingsvrijheid van de voorzieningen beïnvloeden. Ter afronding wordt hier een overzicht gegeven van de belangrijkste bevindingen van het onderzoek en worden enkele aanbevelingen en bedenkingen geformuleerd.

OVERZICHT

142. In de eerste plaats hebben we onderzocht wat de impact is van de kwalificatie van de welzijnsvoorziening als openbare of private voorziening op het bestaan van een opname- of begeleidingsplicht in hoofde van deze voorziening. Daaruit hebben we geconcludeerd dat er op de openbare voorzieningen vaak een wettelijke verplichting tot hulpverlening rust. Deze verplichting tot hulpverlening kan – minstens ten dele – een grondslag vinden in de verplichting tot continuïteit in de werking van de openbare dienst. Dergelijke verplichting kan niet worden afgeleid voor de private voorzieningen.

143. Vervolgens zijn we nagegaan of er in de sectorale regelgeving inzake jeugdhulp en zorg voor personen met een handicap (specifieke) bepalingen zijn te vinden die een impact hebben op de opname- en begeleidingsvrijheid van de voorzieningen. De verplichting om een vrijgekomen plaats onmiddellijk in te vullen, sluit een (beperkt) intakebeleid van de voorziening niet uit. In de regelgeving wordt niet in detail geregeld op welke wijze het intakebeleid en het matchingsproces moet gebeuren, zodat de voorzieningen een zekere appreciatieruimte hebben om te bepalen welke cliënt ze kunnen of willen opnemen. Mits motivering en binnen bepaalde wettelijk vastgestelde grenzen, kan de voorziening vrij bepalen welke cliënt wordt opgenomen. De appreciatieruimte wordt in de jeugdhulp in bepaalde gevallen wettelijk beperkt, met name in geval van dossiers met de hoogste prioriteit, in geval van crisisjeugdhulpverlening en in de specifieke context van het intersectorale zorgnetwerk. Op de onthaal-, oriëntatie- en observatiecentra rust een opnameplicht. Ook voor de zgn. *1bis*-voorzieningen geldt een beperking, daar ze zich moeten richten op jongeren met een specifiek voortraject. In het kader van een gerechtelijke jeugdhulpverlening is een voorziening, behoudens in de gevallen waarin de appreciatieruimte wettelijk wordt beperkt, in beginsel niet verplicht om tot de opname van de minderjarige over te gaan. Indien een voorziening de minderjarige opneemt, kan zij zonder tussenkomst van de rechter de uitvoering van de maatregel niet wijzigen of beëindigen. Hieruit vloeit een zekere begeleidingsplicht voort in hoofde van de voorziening.

144. In het derde deel hebben we onderzocht in welke mate het contractenrecht de vrijheid van voorzieningen om een cliënt op te nemen of de begeleiding te beëindigen kan beïnvloeden. Op het niveau van een (mogelijke) opnameverplichting is voornamelijk de precontractuele fase van belang. Hoewel tijdens de precontractuele fase zowel de zorgaanbieder als de cliënt vrij zijn om te beslissen met wie ze contracteren, kan een contractweigering een onrechtmatig karakter hebben. Het discriminatieverbod vormt de belangrijkste beperking op het intakebeleid van de voorziening. Een ongelijke behandeling moet steeds op objectieve en redelijke wijze worden verantwoord. Bovendien moet de opnameweigering worden gemotiveerd, indien de onderhandelingen tussen de voorziening en de cliënt werden opgestart.

Op het niveau van een (mogelijke) begeleidingsverplichting is voornamelijk de fase van de uitvoering van de overeenkomst van belang. Uit de uitvoeringverplichting van de zorgovereenkomst vloeit een zekere vorm van continuïteit van de hulpverlening voort, aangezien de hulpverlening in principe enkel kan worden beëindigd mits akkoord van beide partijen. De cliënt beschikt over diverse mogelijkheden om de zorgovereenkomst eenzijdig te beëindigen. Voor de voorziening is een eenzijdige beëindiging van de zorgovereenkomst minder evident. Enkel in de sectorale regelgeving in de gehandicaptenzorg is uitdrukkelijk bepaald in welke gevallen een voorziening de overeenkomst eenzijdig kan beëindigen. In de overige sectoren zijn de gemeenrechtelijke regels van toepassing, waardoor enkel in geval van wanprestatie of in geval van een overeenkomst van onbepaalde duur een eenzijdige beëindiging mogelijk is. Het lijkt dan ook wenselijk om in de zorgovereenkomst een opzegbeding op te nemen.

145. In het vierde deel hebben we het mensenrechtelijk kader uitgewerkt, en in het bijzonder de vraag naar het bestaan van een subjectief recht op zorg onderzocht. Daarin hebben we vastgesteld dat in de huidige stand van het recht geen algemeen subjectief recht op zorg kan worden gevonden. De afwezigheid van een subjectief recht op zorg belet niet dat uit het mensenrechtelijk kader bepaalde verplichtingen voortvloeien. Zo moeten de voorzieningen rekening houden met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel bij het bepalen van een intakebeleid. Tevens kan de overheid aansprakelijk worden gesteld voor het ontoereikende hulpverleningsaanbod. Bovendien hebben we vastgesteld dat uit het (theoretisch) bestaan van een recht op zorg, niet noodzakelijkerwijze een opname- of begeleidingsplicht voortvloeit. Dit is enkel het geval indien de overheid het recht op zorg vorm geeft door te voorzien in een opname- en/of begeleidingsplicht. Dergelijke structurele opname- of begeleidingsplicht staat echter op gespannen voet met de verenigings- en ondernemingsvrijheid en de contractvrijheid en kan bovendien het recht op aangepaste zorg doorkruisen.

146. Tenslotte zijn we nagegaan of het strafrecht, in specifieke omstandigheden, een opname- of begeleidingsplicht kan opleggen. In een concrete situatie kan uit het misdrijf van schuldig hulpverzuim en uit de misdrijven die betrekking hebben op de aantasting van minderjarigen en kwetsbare personen de verplichting voortvloeien om een welbepaalde cliënt op te nemen of om de hulpverlening verder te zetten. Het strafrecht kan echter niet als grondslag dienen voor een structurele opname- of begeleidingsplicht. De rechter zal steeds *in concreto* moeten nagaan of de constitutieve bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn. Er zijn wel aanwijzingen te vinden in de sectorale regelgeving dat een zorgvrager in groot gevaar verkeert, waardoor de ruimte om een intakebeleid te bepalen of de zorgrelatie te beëindigen, zeer beperkt wordt. Bovendien wordt de lat voor voorzieningen en hun medewerkers hoger gelegd wat de inschatting van de noodsituatie en de maat van de geboden hulp betreft.

ALGEMENE BESCHOUWINGEN EN AANBEVELINGEN

147. Als slot van dit onderzoeksrapport is het passend enkele bredere conclusies, nuances en aanbevelingen te formuleren. Deze bedenkingen vloeien niet rechtstreeks voort uit de voorgaande juridische analyses en bevindingen, maar kunnen worden gezien als reflecties van de auteurs naar aanleiding van het onderzoek en van diverse gesprekken gevoerd in de loop van het onderzoek.

148. Een eerste reeks bedenkingen heeft te maken met het opzet van het onderzoek. De juridische insteek ervan en de onderzoeksvraag die geformuleerd is vanuit het perspectief van zorgaanbieders in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg, heeft vanzelfsprekend een aantal implicaties.

Al is in de mate van het mogelijke rekening gehouden met de wijze waarop de regelgeving in de praktijk functioneert, het betreft geen empirisch onderzoek. Een aanvulling in die zin is ongetwijfeld wenselijk, om na te gaan hoe wettelijke regelingen in de concrete uitvoeringspraktijk functioneren, om knelpunten te inventariseren en om de ervaringen en wensen van gebruikers, verwijzers en zorgaanbieders in kaart te brengen. Daarbij is steeds voor ogen te houden dat (pogingen tot) oplossingen nooit enkel van de wetgeving te verwachten zijn. De sturingskracht daarvan is wel belangrijk, maar begrensd, erg afhankelijk van de kwaliteit en het draagvlak van de wetgeving, van het overwegen van of aanvullen met alternatieve pistes, en van de handhaving van de normstelling.

Het op het eerste gezicht beperkte onderzoeksperspectief (vraagstelling voornamelijk vanuit de private zorgaanbieders in de jeugdhulp en de gehandicaptenzorg), belet niet dat vele bevindingen transposeerbaar zijn naar andere zorgsectoren. Ook is in de uitvoering van het

onderzoek steeds een objectieve analyse nagestreefd, hetgeen betekent dat ook o.a. het cliënt- en maatschappelijk perspectief betrokken werd.

Een belangrijke beperking is wel dat het onderzoek zich toespitst op het begin en einde van de begeleiding/ondersteuning/opname, en de vraag naar de vrijheid - of begrenzing daarvan - van zorgaanbieders daarbij. Dat houdt in dat een aantal verwante problemen niet of slechts zijdelings aan bod kwam, ten eerste omdat zij niet de focus van het onderzoek vormden en ten tweede omdat die aspecten veelal nopen tot substantieel verder onderzoek. We denken daarbij aan aspecten als de meer algemene keuzevrijheid van zorgaanbieders (qua profilering, organisatie en werking) en cliënten (het al dan niet gebruik te maken van zorg en het kiezen van een gepaste zorgaanbieder); de verdelingsmechanismen die verwijzers (toegangspoort, rechters...) hanteren; 'dwang'elementen en vrijheidsbeperkingen tijdens de uitvoering van de hulpverlening (afzondering, isolatie, fixatie, sancties...); mogelijkheden van tijdelijke schorsing van de hulpverlening, zoals time-outs naar andere private organisaties of gemeenschapsinstellingen.

149. Dit leidt ons tot een tweede reeks bemerkingen. Los van voorgaande onderzoeksbeperkingen, is ons duidelijk geworden dat een 'oplossing' van het vraagstuk van de opname- en begeleidingsplicht niet eenvoudigweg ligt in het wettelijk definiëren van daarmee verbonden rechten en verplichtingen. Ook met andere elementen moet rekening worden gehouden. Dat gaat dan bijvoorbeeld om de zopas aangehaalde aspecten die buiten het onderzoek vallen. Daarnaast is het duidelijk dat ook het algemene functioneren van zorgaanbieders en de mate waarin zij open staan voor het cliëntperspectief in al zijn diversiteit, en in het bijzonder de mate waarin zij in staat zijn gepast te reageren op conflicten en incidenten en om te gaan met storend gedrag en geweld, van fundamenteel belang zijn. Een zoekende, constructieve en flexibele zorgaanbieder zal minder problemen hebben inzake 'onbehandelbaarheid' of 'niet-begeleidbaarheid' dan een zorgaanbieder die rigide en paternalistisch optreedt.

Niet verwonderlijk in de huidige hulpverleningscontext, is het verder van belang het denken in termen van individuele zorgaanbieders te overstijgen. Trajecten en netwerken nemen een steeds belangrijkere plaats in. Dat is allicht een deel van de oplossing, want het creëert een ruimer perspectief en bredere waaier van mogelijkheden, maar het doet tegelijk nieuwe vragen rijzen. Zo is het opvallend dat in een aantal gevallen netwerken een 'gezamenlijke' verantwoordelijkheid opnemen voor een specifiek cliënteel, maar dat ook dan de precieze afstemming met verwijzers en de interne 'verdeelmecanismen' niet op voorhand duidelijk zijn afgesproken.

Verder is ons opgevallen dat zorgaanbieders vrij open staan t.o.v. het opnemen van een grotere verantwoordelijkheid inzake opname - en dat is o.i. een legitieme maatschappelijke vraag gegeven de context waarin zij functioneren en de publieke financiering waarop zij terecht kunnen rekenen - op voorwaarde dat de gevolgen daarvan duidelijk zijn. Om het wat kort door de bocht te formuleren: de meesten onder hen zullen geen echt probleem hebben om een opnameplicht te aanvaarden, als er een basaal mechanisme bestaat van 'matching' tussen vraag en aanbod en als zij voldoende mogelijkheden hebben om te reageren indien de begeleiding blijkt vast te lopen. Die mogelijkheden - zo durven we hopen - zijn in eerste instantie intern van aard, d.w.z. oplossingsmechanismen voor incidenten en conflicten ontwikkeld binnen de eigen organisatie; een grijze zone daarbij is nog de 'interne schakeling' die zou worden overwogen, bijvoorbeeld van residentiële naar mobiele hulpverlening. *À la limite* moeten ook externe oplossingen mogelijk zijn, gaande van *second opinion* en bemiddeling tot time-outs of (gecontroleerde) beëindiging van de begeleiding - in dit laatste geval met afgebakende continuïteits- en overdrachtplichten én een prioritaire opstart van vervolghulp. In de regelgeving wordt slechts sporadisch melding gemaakt van een (vorm van) begeleidingsplicht in hoofde van zorgaanbieders. Hierbij is het vaak onduidelijk op welke wijze een begeleiding kan worden beëindigd en welke verplichtingen daarmee gepaard gaan. Het lijkt ons dan ook wenselijk dat er op wettelijk niveau klaarheid komt over de mogelijkheden om een begeleiding te beëindigen, veeleer dan over een (mogelijke) opnameplicht. Hoewel de problematiek van een (mogelijke) begeleidingsplicht geldt in alle gevallen waarin een hulpverlening werd opgestart, rijst deze in het bijzonder voor de zorgaanbieders die gerechtelijke jeugdhulpmaatregelen uitvoeren. Aangezien deze zorgaanbieders volgens het huidige recht niet over de mogelijkheid beschikken om zelf een herziening van de opgelegde jeugdhulpmaatregel te vragen, dienen zij zich te wenden tot de minderjarige, de sociale dienst of het Openbaar Ministerie indien zij de maatregel wensen te beëindigen, te wijzigen of te laten uitvoeren door een andere voorziening. Een wetswijziging lijkt dan ook wenselijk, opdat deze zorgaanbieders de mogelijkheid krijgen om een herzieningsvraag te initiëren bij de jeugdrechter of de jeugdrechtbank.

Tot slot is het van belang dat zorgaanbieders bewuster omgaan met de contractuele ruimte die ze hebben. De rol van het contract in een zorgrelatie in het algemeen, en in het bijzonder de mogelijkheden en beperkingen die uit het contractenrecht voortvloeien, zowel inzake aanvang en beëindiging als inzake modaliteiten van uitvoering van de zorgverlening, worden nog vaak onderschat. Zorgaanbieders moeten zich ervan bewust zijn dat zij aansprakelijk kunnen worden gesteld voor bepaalde gedragingen in de precontractuele fase. Daarnaast kan de overeenkomst worden aangewend om de beëindigingsmogelijkheden van de hulpverlening uit te klaren en vorm te geven. Het is ook wenselijk om de verhouding tussen een verwijzingsbeslissing, het

eigen aanbod en het opnamecontract te verduidelijken, eventueel met het inschrijven van processen en termijnen.

150. Gelet op het aanwezige draagvlak, zou onze voorkeur uitgaan naar een haalbare en meergelaagde oplossing voor het vraagstuk van de opname- en begeleidingsplicht, die gezamenlijk wordt ontwikkeld door de overheid en organisaties van cliënten en van zorgaanbieders. Naar ons huidig aanvoelen zijn de volgende elementen daarbij essentieel: het centraal stellen van het cliëntperspectief, met de daarbij horende interne cultuurontwikkeling van verwijzers en zorgaanbieders; een voldoende ruim ontwikkeld en ondersteund aanbod; slimme netwerkvorming met duidelijke en transparante afspraken; een performant en multilateraal verwijzingsstelsel; tussenstadia als *second opinion*, bemiddeling en time-out; opleidingen inzake omgaan met conflicten en incidenten; overdrachtsmechanismen in geval van beëindiging van de hulpverlening; het creëren van duidelijkheid en rechtszekerheid. Finaal komt dit neer op hetgeen voor elke problematiek van belang is: een probleem zien als het begin van een oplossing en zich engageren in de zoektocht daarnaar.

BIBLIOGRAFIE

Boeken

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, xxxvii+1055 p.

ARNARDOTTIR, O.M., *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, x+ 265 p.

BOCKEN, H., BOONE, I. en KRUIHOF, M., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, xiii+270 p.

BRULEZ, P., *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, xxviii+858 p.

DE BOECK, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, xix+572 p.

DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, xxvi+316 p.

DE CORTE, R. en DE GROOTE, B., *Privaatrecht in hoofdlijnen, I*, Antwerpen, Intersentia, 2015, xxviii+434 p.

DE MAN, M., *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, xxvi+719 p.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010, xvi+220 p.

DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, xxxv+593 p.

DE SMET, B., *Juridische aanpak van problemen rond opvoeding. Begeleiding van kinderen in nood en onbuigzame pubers*, Antwerpen, Intersentia, 2008, xix+179 p.

DEKKERS, R., VERBEKE, A.-L., VANHOVE, K., CARETTE, N. en BAETEMAN, G., *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, xvi+820 p.

D'ESPALLIER, A., SOTTIAUX, S. en WOUTERS, J., *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, ix+141 p.

FORIERS, P.A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation: de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Brussel, Bruylant, 1998, xvi+218 p.

GOEDERTIER, G., VANDE LANOTTE, J. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, xlvi+1470 p.

GOFFIN, T., *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, xxii+494 p.

HERBOTS, K., ANKAERT, E., VAN GRUNDERBEEK, E. en PUT, J., *Professioneel omgaan met risico's. Juridisch onderzoek naar de aansprakelijkheid van private non-profit voorzieningen met de focus op jeugdhulp en kinderopvang*, Brussel, Politeia, 2012, viii+130 p.

LOUCKX, F., *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, xiv+391 p.

MAES, G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, xxv+523 p.

MERTENS, D., *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, xxv+ 784 p.

NYS, H., *Geneeskunde: recht en medisch handelen in APR*, Brussel, Story-Scientia, 2005, lxxv+714 p.

NYS, H. en QUAETHOVEN, P., *Zorgen voor welzijn: overheid en welzijnszorg in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1984, 144 p.

PUT, J., *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, xxxii+590 p.

SCHEPERS, J., *Inleiding tot het welzijnsrecht*, Brugge, die Keure, 1996, xi+396 p.

SMETS, J., *Jeugdbeschermingsrecht in APR*, Deurne, Kluwer, 1996, xxii+821 p.

STIJNS, S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706 p.

STIJNS, S., *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, xxv+268 p.

STIJNS, S., *Leerboek verbintenissenrecht. Boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, xvii+152 p.

SWAENEOEL, E., *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, xxxix+821 p.

VAN BOSSUYT, H., DE BUSSCHER, M., MEESE, J. en VAN DER KELEN, D. (eds.), *Kids Codex. Boek IV : strafrecht en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, xix+235 p.

VAN DAMME, M., *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2015, 449 p.

- VAN DEN BERG, M., *Ingang om de hoek: de wet op de jeugdzorg vanuit het perspectief van de (potentiële) cliënt belicht*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2006, xiv+224 p.
- VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, xxxi+582 p.
- VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM. Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, xv+949 p.
- VANDE LANOTTE, J., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, xxxiii+1375 p.
- VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, xlvi+1471 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., DE SMET, B. en VANDROMME, S., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, liii+1378 p.
- VANHEULE, J., *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, xliii+1050 p.
- VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors, I*, Antwerpen, Maklu, 2014, xxxv+339 p.
- VERMANDER, F., *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, xlvi+1060 p.
- VERSCHUERE, B., *Welzijn in Vlaanderen: beleid, bestuurlijke organisatie en uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2014, x+251 p.
- VERVACK, C., *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, die Keure, 2015, x+167 p.
- WAETERINCKX, P., *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2015, xii+250 p.
- WERY, P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires: une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Brussel, Kluwer, 1993, xviii+421 p.
- WEYTS, B. en VANSWEEVELT, T., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, xxxi+935 p.
- WITHOFS, V., *Contractsoverdracht*, Brugge, die Keure, 2015, xvi+601 p.

Bijdragen in verzamelwerken

BOSMANS, J., "Een juridische invalshoek. Vrijheidsbeperking bij plaatsing van minderjarigen in Vlaamse voorzieningen voor jeugdzorg" in OPDEBEECK, S. en VAN AUDENHOVE, C. (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, 165-198.

BLOCKEN, W., DEWEERDT, K., VAN DER STRAETE, I. en VERDEYEN, V., "Welzijnsrecht in het kielzog van de sociale zekerheid?" in SIMOENS, D., PIETERS, D., PUT, J., SCHOUKENS, P. en STEVENS, Y. (eds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 41-65.

BOSSUYT, M., "Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in RAUWS, W. en STROOBANT, M. (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 59-67.

BROECKX, P., DUMAREY, M., FOCK, R., "Schuldig verzuim en beroepsgeheim in de context van strafrechtelijke bescherming van minderjarigen" in VERMEULEN, G. (ed.), *Strafrechtelijke bescherming van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 436-487.

DE BOECK, A. en VERMANDER, F., "Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd" in VAN OEVELEN, A., RUTTEN, S. en ROZIE, J. (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 29-70.

DE BOECK, A., "De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010" in STIJNS, S., SAMOY, I. en DE BOECK, A. (eds.), *Verbintenissenrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2010, 1-24.

DE BOECK, A., "De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd" in STIJNS, S. en WÉRY, P. (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 137-168.

DE BOECK, A., "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht" in DE BOECK, A., STIJNS, S. en VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, 57-87.

DE BOECK, A., "De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen" in STIJNS, S. en WÉRY, P. (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 221-252.

DE BOECK, A., "Rechtsmisbruik" in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, afl. 85, losbl., 119-140.

DE PRINS, D., “Het grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten” in BAYART, C., SOTTIAUX, S. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 1-36.

DE SMET, B., “Recht van kinderen op bescherming tegen geweld” in DEWULF, S. en PACQUÉE, D. (eds.), *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: 1948-2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213-245.

DEBAENE, M. en DEBAENE, P., “Overheidsaansprakelijkheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2005, afl. 64, losbl., 1-116.

DENEVE, C., “Ontwikkelingen op het Internationale en Europese vlak” in RAUWS, W. en STROOBANT, M. (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 171-196.

DU JARDIN, J., “Schuldig verzuim” in *Comm.Straf.*, 2007, afl. 56, losbl., 97-129.

GEENS, H., “Precontractuele aansprakelijkheid” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 39-67.

GOEDERTIER, G., “Artikel 14: verbod van discriminatie” in VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar, II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 127-188.

HAECK, Y. en BREMS, E., “Artikel 11: vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging” in VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar, I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1-40.

JACOBS, A. en MASSET, A., “Abstentions coupables” in X., *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, losbl., 117-149.

JANSEN, S., “De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen” in TERRY, E., SAGAERT, V. en SAMOY, I. (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 145-206.

LOOSVELDT, G., “Het welzijnsrecht als functioneel rechtsgebied. Een toepassing: de vermeende opnameplicht” in INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Sociale bescherming op nieuwe paden: liber memorialis Béatrice Van Buggenhout*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 55-80.

LOOSVELDT, G., “Zorg: van verwachting tot voorwerp van een recht?” in DEVEN, F. en JACOBS, T. (eds.), *Vooruitdenken over zorg in Vlaanderen*, Antwerpen, Garant, 2005, 25-49.

LOOSVELDT, G., “Voor een (h)erkende welzijnscliënt” in LOOSVELDT, G. en VAN BUGGENHOUT, B. (eds.), *Cliëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, Leuven, Garant, 2000, 1-74.

MERTENS, D. en STRAETMANS, G., “Vrijheid van ondernemen” in TILLEMANS, B. en TERRYN, E. (eds.), *Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht*, Vol. A, Mechelen, Kluwer 2011, 65-92.

SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J. “Verschillende gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie” in ALEN, A., MAES, G. en SOTTIAUX, S. (eds.), *Publiekrecht*, Themis, Brugge, die Keure, 2011, 23-67.

STIJNS, S. en SWAENEPOEL, E., “De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht” in SAMOY, I. (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1-58.

STIJNS, S., “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!” in STIJNS, S. en WÉRY, P. (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 75-141.

STROOBANT, M., “Sociale en economische grondrechten in de Belgische Grondwet. Wordingsgeschiedenis van artikel 23: het Akkoord van ‘Le Ry d’Ave’ Rochefort” in RAUWS, W. en STROOBANT, M. (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 19-57.

SWERTS, K., DEENE, J., VANACKERE, C. en MARCHAND, K., “De overeenkomst. Definitie, soorten en basisbeginselen” in CLAESSENS, B., HENS, T., LEJEUNE, D. en ROODHOOFT, J. (eds.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., 3-34.

TOEBES, B., “De Belgische gezondheidszorg vanuit internationaal mensenrechtelijk perspectief” in SANTENS, M. (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Brugge, die Keure, 2008, 137-155.

VAN LEUVEN, N., “De invloed van het EVRM op het contractenrecht” in SAMOY, I., SAGAERT, V. en TERRYN, E. (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 433-466.

VAN LEUVEN, N., “Recht op privéleven in het woonzorgcentrum” in VAN LEUVEN, N. en DE HERT, P. (eds.), *Fundamentele rechten van ouderen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 165-197.

VAN OEVELEN, A. en CAUFFMAN, C., “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie” in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 439-517.

VAN OEVELEN, A., "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in VAN HOECKE, M. (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-157.

VAN RANSBEECK, R., "Schorsing en beëindiging van overeenkomsten. Opzegging" in *OBO*, 2005, afl. 63, 1-16.

VANDENBERK, A. en DE COSTER, I., "De invalshoek van de directie" in OPDEBEECK, S. en VAN AUDENHOVE, C. (eds.), *De regels van het huis. Omgaan met vrijheidsbeperking in de gehandicaptenzorg en in de bijzondere jeugdzorg*, Leuven, Acco, 2001, 25-34.

VANSWEEVELT, T., "Het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstreking" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 307-309.

VUYE, H., "Schuldig verzuim. Analyse van artikel 422bis Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht" in POULLET, Y. en VUYE, H. (eds.), *Liber amicorum Jean Du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 431-480.

WIRTGEN, A., "Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid" in VAN DAMME, M., CABOOR, P.D.G., DEBIÈVRE, J., LAENEN, G., MUYLLE, K., VERHEVEN, I. en WIRTGEN, A., *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 121-158.

Tijdschriften

ANKAERT, E., "Jeugdzorg in de ban van schuldig hulpverzuim", *Sociale interventie* 2007, afl. 3, 5-12.

BOLLEN, M., "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, 136-160.

BOUCKAERT, S., "De verplichte materiële dienstverlening aan kandidaat-vluchtelingen en de toets door het Arbitragehof aan het grondrechteninstrumentarium in het algemeen en aan het standstillbeginsel in het bijzonder", *T.Vreemd.* 2003, 326-345.

BRULEZ, P., "Eenzijdige beëindiging van accountancyovereenkomsten", *Acc. & Tax* 2014, 16-25.

CAUFFMAN, C., "Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten", *RW* 2006-07, 287-309.

CHRISTIAENS, J. en DUMORTIER, E., "De aanpak van jeugddelinquentie in tijden van onveiligheid", *Orde Dag* 2006, 7-14.

CUYPERS, D., KEUNEN, S. en VAN DAMME, S., “Het Herziene Europees Sociaal Handvest en de verbetering van de mensenrechtenpositie van personen met een handicap”, *TSR* 2016, 3-43.

DE BOECK, A., “Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk” (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *TBBR* 2012, 491-495.

FAURE, M.G., “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming”, *TPR* 2000, 1293-1363.

GEVERS, J.K.M., “Het recht op toegang tot noodzakelijke zorg”, *AA* 2003, afl. 6, 437-445.

GOEDERTIER, G., “De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd”, *RW* 2003-04, 241-259.

HACHEZ, I. en JADOT, B., “Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis ?”, *Amén.* 2009, 5-25.

HERMAN, J., “Adieu d’Allarde... maar niet van de vrijheid van ondernemen. Het exclusiviteitsbeding in de arbeidsovereenkomst” (noot onder Arbh. Brussel 17 december 2013), *RABG* 2014, 902-905.

HUTSEBAUT, F., “De spanningsverhouding tussen hulverlening en schuldig hulpverzuim” (noot onder Rb. Brugge 14 september 2005 en Corr. Brugge 13 februari 2006), *TJK* 2006, 375-378.

JANSEN, S. en STIJNS, S., “Contractweigering kan rechtsmisbruik uitmaken” (noot onder Cass. 7 oktober 2011), *RW* 2012-13, 1182-1186.

KRUIHOF, R., “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-86, 2731-2768.

LEIJTEN, I., “Meergelaagdheid en ondeelbare mensenrechten: de sociaaleconomische bescherming van het EHRM en de mogelijke waarde van kernrechten”, *TBP* 2013, 95-113.

LOOSVELDT, G., “Van afdwingbare pedagogische maatregel tot opnameplicht? Over de onmacht van de jeugdmagistratuur”, *TJK* 2003, afl. 2, 106-118.

LUST, S. en STEEN, B., “Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming”, *TORB* 2003-04, 315-353.

MAES, G., “Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 Gw.: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming”, *RW* 2005-06, 1081-1094.

MAES, G., “Juridische afdwingbaarheid van grondrechten op minimumvoorzieningen”, *TSR* 2005, 609-658.

NEHMELMAN, R., "Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht", *Letsel en schade* 2011, afl. 1, 18-27.

ROMAIN, J., "La liberté de commerce et le refus de contracter", *TBBR* 1994, 440-462.

RUTTEN, S., "De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep", *TBH* 2002, 83-92.

SOMERS, S., "De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht", *TBP* 2014, 353-368.

STIJNS, S. en JANSEN, S., "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, 2-30.

TRAEST, P., "Enkele aspecten van schuldig verzuim", *TORB* 2011-12, 83-90.

VALCKENBORGH, L., "De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis", *TBBR* 2011, 222-231.

VAN BUNNEN, L., "Le traitement jurisprudentiel du refus de vente. Etat de question" (noot onder Cass. 24 september 1992), *RCJB* 1995, 10-36.

VAN DEN BERG, M., "Jeugdzorg of jeugdhulp: een wereld van verschil?", *Panopticon* 2005, afl. 6, 9-24.

VAN OEVELEN, A., "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, 503-506.

VAN OEVELEN, A., "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, 1081-1097.

VAN OEVELEN, A., "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *TPR* 2008, 603-641.

VANDENBERGHE, H., "Overheidsaansprakelijkheid", *TPR* 2010, 2013-2097.

VERBRUGGEN, C., "Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht" (noot onder Cass. 28 september 2006), *RABG* 2007, 323-332.

VERDEYEN, V. en PUT, J., "Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse welzijnsvoorzieningen", *TSR* 2005, afl. 3, 515-571.

VERSTEGEN, R., "Gemengd onderwijs verplicht?", *RW* 1996-97, 241-251.

VERSTEGEN, R., "Wanneer treden privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?", *RW* 2002-03, 801- 814.

VERSWEYVELT, A.-S., "Het *standstill*-beginsel inzake leefmilieu in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *MER* 2015, 3-16.

VRIELINK, J. en DE PRINS, D., "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", *TBP* 2009, 579-614.

Onderzoeksrapporten

D'HAESE, R. en PUT, J., *De rechtspositiebepaling en -bescherming van de cliënt in de professionele hulp- en zorgverlening*, Leuven, SWVG, 2015, www.steunpuntwvg.be, 102 p.

PUT, J. en VAN ASSCHE, L., *Juridisering van de zorgsector. Een verkennende begrips- en fenomeenstudie*, Leuven, SWVG, 2013, www.steunpuntwvg.be, 161 p.

VERDEYEN, V. en PUT, J., *Het overheidsinstrumentarium in de zorgsector*, Leuven, SWVG, 2011, www.steunpuntwvg.be, 160 p.

Websites

ACADEMIC NETWORK ON THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND SOCIAL RIGHTS, *Positions and Proposals of the Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*, High level conference on the European Social Charter, Turijn, 17-18 oktober 2014, <https://racseanesc.files.wordpress.com/2014/10/confc3a9rence-de-turin-contribution-du-racse-relevc3a9-des-positions-et-propositions.pdf>.

BIJLAGEN

Kinderrechtenverdrag

Artikel 3

1. Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

2. De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.

3. De Staten die partij zijn, waarborgen dat de instellingen, diensten en voorzieningen die verantwoordelijk zijn voor de zorg voor of de bescherming van kinderen voldoen aan de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde normen, met name ten aanzien van de veiligheid de gezondheid, het aantal personeelsleden en hun geschiktheid, alsmede bevoegd toezicht.

Artikel 23

1. De Staten die partij zijn, erkennen dat een geestelijk of lichamelijk gehandicapt kind een volwaardig en behoorlijk leven dient te hebben, in omstandigheden die de waardigheid van het kind verzekeren, zijn zelfstandigheid bevorderen en zijn actieve deelneming aan het gemeenschapsleven vergemakkelijken.

2. De Staten die partij zijn, erkennen het recht van het gehandicapte kind op bijzondere zorg, en stimuleren en waarborgen dat aan het daarvoor in aanmerking komende kind en degenen die verantwoordelijk zijn voor zijn of haar verzorging, afhankelijk van de beschikbare middelen, de bijstand wordt verleend die is aangevraagd en die passend is gezien de gesteldheid van het kind en de omstandigheden van de ouders of anderen die voor het kind zorgen.

3. Onder erkenning van de bijzondere behoeften van het gehandicapte kind, dient de in overeenstemming met het tweede lid geboden bijstand, wanneer mogelijk, gratis te worden verleend, rekening houdend met de financiële middelen van de ouders of anderen die voor het kind zorgen. Deze bijstand dient erop gericht te zijn te waarborgen dat het gehandicapte kind daadwerkelijk toegang heeft tot onderwijs, opleiding, voorzieningen voor gezondheidszorg en revalidatie, voorbereiding voor een beroep, en recreatiemogelijkheden, op een wijze die ertoe bijdraagt dat het kind een zo volledig mogelijke integratie in de maatschappij en persoonlijke ontwikkeling bereikt, met inbegrip van zijn of haar culturele en intellectuele ontwikkeling.

4. De Staten die partij zijn, bevorderen, in de geest van internationale samenwerking, de uitwisseling van passende informatie op het gebied van preventieve gezondheidszorg en van medische en psychologische behandeling van, en behandeling van functionele stoornissen bij, gehandicapte kinderen, met inbegrip van de verspreiding van en de toegang tot informatie betreffende revalidatiemethoden, onderwijs en beroepsopleidingen, met als doel de Staten die partij zijn, in staat te stellen hun vermogens en vaardigheden te verbeteren en hun ervaring op deze gebieden te verruimen. Wat dit betreft wordt in het bijzonder rekening gehouden met de behoeften van ontwikkelingslanden.

Herziene Europees Sociaal Handvest

Artikel 14 Recht op het gebruik van diensten voor sociale zorg

Teneinde de onbelemmerde uitoefening van het recht op het gebruik van diensten voor sociale zorg te waarborgen, verbinden de Partijen zich:

1. diensten welke door de toepassing van methoden van maatschappelijk werk kunnen bijdragen tot het welzijn en de ontwikkeling zowel van individuele personen als van groepen personen, alsmede tot hun aanpassing aan het sociale milieu, op te richten of aan de oprichting daarvan medewerking te verlenen;
2. de deelneming van individuele personen en particuliere of andere organisaties aan de instelling en instandhouding van dergelijke diensten te stimuleren.

Gecoördineerde grondwet

Artikel 10

Er is in de Staat geen onderscheid van standen.

De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.

De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd.

Artikel 11

Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.

Artikel 23

Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden.

Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen.

Die rechten omvatten inzonderheid:

- 1° het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen;
- 2° het recht op sociale zekerheid, bescherming van de gezondheid en sociale, geneeskundige en juridische bijstand;
- 3° het recht op een behoorlijke huisvesting;
- 4° het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu;
- 5° het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing;
- 6° het recht op gezinsbijslagen.

Artikel 27

De Belgen hebben het recht van vereniging; dit recht kan niet aan enige preventieve maatregel worden onderworpen.

Burgerlijk Wetboek

Artikel 1123

Een ieder kan contracten aangaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard.

Artikel 1134

Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan, tot wet.

Zij kunnen niet herroepen worden dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend.

Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.

Artikel 1184

In wederkerige contracten is de ontbindende voorwaarde altijd stilzwijgend begrepen, voor het geval dat een van beide partijen haar verbintenis niet nakomt.

In dit geval is het contract niet van rechtswege ontbonden. De partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keus om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding.

De ontbinding moet in rechte gevorderd worden, en aan de verweerder kan, naar gelang van de omstandigheden, uitstel worden verleend.

Artikel 1382

Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.

Artikel 1383

Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt.

Artikel 1794

De opdrachtgever kan de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, mits hij de aannemer schadeloos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen.

Strafwetboek

Artikel 5

Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.

Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.

Met rechtspersonen worden gelijkgesteld:

- 1° tijdelijke verenigingen en verenigingen bij wijze van deelneming;
- 2° vennootschappen bedoeld in artikel 2, derde lid van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, alsook handelsvennootschappen in oprichting;
- 3° burgerlijke vennootschappen die niet de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen.

Voor de toepassing van dit artikel kunnen niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd: de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Artikel 41bis

§ 1. De geldboeten toepasselijk op misdrijven gepleegd door rechtspersonen, zijn:

In criminele en correctionele zaken:

- wanneer de wet op het feit levenslange vrijheidsstraf stelt: geldboete van tweehonderdveertig duizend euro tot zevenhonderdtwintigduizend euro;
- wanneer de wet op het feit vrijheidsstraf en geldboete stelt, of een van de straffen alleen: geldboete van minimum vijfhonderd euro vermenigvuldigd met het getal van de maanden van de minimumvrijheidsstraf, doch niet lager dan de minimumgeldboete op het feit gesteld; met als maximum tweeduizend euro vermenigvuldigd met het getal van de maanden van de maximumvrijheidsstraf, doch niet lager dan het dubbele van de maximumgeldboete op het feit gesteld;
- wanneer de wet op het feit enkel geldboete stelt: geldboete met minimum en maximum als door de wet op het feit gesteld.

In politiezaken:

- geldboete van vijftig euro tot tweehonderdvijftig euro.

§ 2. Voor het bepalen van de straf bedoeld in § 1 zijn de bepalingen van boek I van toepassing.

Artikel 422bis

Met gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van vijftig euro tot vijfhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die verzuimt hulp te verlenen of te verschaffen aan iemand die in groot gevaar verkeert, hetzij hij zelf diens toestand heeft vastgesteld, hetzij die toestand hem is beschreven door degenen die zijn hulp inroepen.

Voor het misdrijf is vereist dat de verzuimer kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen. Heeft de verzuimer niet persoonlijk het gevaar vastgesteld waarin de hulpbehoevende verkeerde, dan kan hij niet worden gestraft, indien hij op grond van de omstandigheden waarin hij werd verzocht te helpen, kon geloven dat het verzoek niet ernstig was of dat er gevaar aan verbonden was.

De straf bedoeld in het eerste lid wordt op twee jaar gebracht indien de persoon die in groot gevaar verkeert, minderjarig is 4[of een persoon is van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was.

Artikel 422ter

Met de straffen in het vorige artikel bepaald wordt gestraft hij die, hoewel hij in staat is het te doen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen, weigert of nalaat aan iemand die in gevaar verkeert, de hulp te bieden waartoe hij wettelijk wordt opgevorderd; hij die, hoewel daartoe in staat, weigert of nalaat het werk of de dienst te doen of de hulp te verlenen waartoe hij wordt opgevorderd bij ongeval, beroering, schipbreuk, overstroming, brand of andere rampen, evenals in geval van rooverij, plundering, ontdekking op heterdaad, vervolging door het openbaar geroep of van gerechtelijke tenuitvoerlegging.

Artikel 422quater

In de gevallen bepaald in de artikelen 422bis en 422ter kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde correctionele straffen worden verdubbeld, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst.

Artikel 423

§ 1. Zij die een minderjarige of een persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was, op om het even welke plaats verlaten of doen verlaten, worden gestraft met gevangenisstraf van een maand tot drie jaar en met geldboete van zesentwintig euro tot driehonderd euro.

§ 2. Indien de verlating een ernstige verminking van de in § 1 bedoelde persoon of een ongeneeslijk lijkende ziekte of het volledig verlies van het gebruik van een orgaan ten gevolge heeft, worden de schuldigen gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en met geldboete van vijftig euro tot driehonderd euro of met een van die straffen alleen.

§ 3. Indien de verlating de dood van de in § 1 bedoelde persoon ten gevolge heeft, worden de schuldigen gestraft met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar.

Artikel 425

§ 1. Zij die een minderjarige of een persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk of bekend was bij de pleger van de feiten en die niet in staat is om in zijn onderhoud te voorzien, opzettelijk voedsel of verzorging onthouden, in dusdanige mate dat zijn gezondheid in het gedrang wordt gebracht, worden gestraft met gevangenisstraf van een maand tot drie jaar en met geldboete van zesentwintig euro tot driehonderd euro of met een van die straffen alleen.

§ 2. Indien het onthouden van voedsel of verzorging een ongeneeslijk lijkende ziekte, het volledige verlies van het gebruik van een orgaan of ernstige verminking ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar.

§ 3. Indien het opzettelijk onthouden van voedsel of verzorging, zonder het oogmerk om te doden, toch de dood ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar.

Artikel 426

§ 1. Met gevangenisstraf van acht dagen tot twee maanden en met geldboete van vijftig euro tot vijfhonderd euro of met een van die straffen alleen, onverminderd, indien daartoe grond bestaat, de toepassing van strengere strafbepalingen, worden gestraft zij die de bewaring hebben van een minderjarige of van een persoon die kwetsbaar was ten gevolge van zijn leeftijd, zwangerschap, een ziekte, dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid en die niet in staat is om in zijn onderhoud te voorzien, het onderhoud van het kind of van de persoon in dusdanige mate nagelaten hebben dat zijn gezondheid in het gedrang wordt gebracht.

§ 2. Indien de nalatigheid de dood veroorzaakt van de minderjarige of van een in § 1 bedoelde persoon en die niet in staat is in zijn onderhoud te voorzien, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro.

Artikel 427

In de gevallen omschreven in de artikelen 423, 425 en 426, wordt de minimumstraf gesteld in die artikelen verdubbeld in geval van gevangenisstraf en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting indien de schuldige de daden tegen zijn vader, moeder, adoptanten of andere bloedverwanten in de opgaande lijn heeft gepleegd.

Hetzelfde geldt indien de schuldige, de vader, de moeder of de adoptant is van het slachtoffer dan wel elke andere persoon die gezag over het slachtoffer heeft of de bewaring ervan heeft.

Daarenboven kan de in artikel 33 bepaalde straf worden toegepast.

Wetboek Economisch recht

Artikel II.3

Iedereen is vrij om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen.

Artikel II.4

De vrijheid van ondernemen wordt uitgeoefend met inachtneming van de in België van kracht zijnde internationale verdragen, van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid zoals vastgesteld door of krachtens de internationale verdragen en de wet, alsmede van de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen en van de bepalingen van dwingend recht.

Antidiscriminatiedecreet

Artikel 2

Dit decreet schept een kader voor het Vlaamse gelijkheidsbeleid. Daarnaast creëert het decreet een algemeen kader voor de bestrijding van discriminatie met betrekking tot de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest.

Artikel 15

Tenzij anders is vermeld, wordt in dit decreet onder discriminatie verstaan:

- 1° directe discriminatie;
- 2° indirecte discriminatie;
- 3° intimidatie;
- 4° seksuele intimidatie;
- 5° opdracht geven tot discrimineren;
- 6° het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

Artikel 16

§ 1. Er is sprake van directe discriminatie als iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van een of meer, werkelijke of vermeende, eigen of bij associatie toegekende, beschermde kenmerken, tenzij die ongunstige behandeling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

§ 2. Er is sprake van indirecte discriminatie als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen met een werkelijk of vermeend, eigen of bij associatie toegekend beschermd kenmerk in vergelijking met andere personen kan benadelen, tenzij:—die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn;—in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.

§ 3. De beschermde kenmerken zijn geslacht, genderidentiteit, genderexpressie, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of

genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming.

§ 4. Een minder gunstige behandeling in een vergelijkbare situatie op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap wordt gelijkgesteld met een minder gunstige behandeling in een vergelijkbare situatie op grond van geslacht.

§ 5. Een minder gunstige behandeling in een vergelijkbare situatie op grond van transseksualiteit wordt gelijkgesteld met een minder gunstige behandeling in een vergelijkbare situatie op grond van geslacht.

Artikel 17

§ 1. Er is sprake van intimidatie in geval van ongewenst gedrag dat verband houdt met een of meer van de kenmerken, vermeld in artikel 16, § 3, en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

§ 2. Er is sprake van seksuele intimidatie als zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet, met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder als een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.

Artikel 18

Er is sprake van een opdracht tot discrimineren bij elke handelswijze die erin bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van een of meer van de kenmerken, vermeld in artikel 16, § 3.

Artikel 19

Er is sprake van het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap als aanpassingen worden geweigerd die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen. Als aanpassing wordt beschouwd, elke concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert.

Artikel 20

Binnen de grenzen van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest toegewezen bevoegdheden is elke vorm van discriminatie verboden, zowel in de overheidssector, als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, met betrekking tot:

1° de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen, alsook de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

2° de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring;

3° de arbeidsbemiddeling en wedertewerkstelling;

4° de gezondheidszorg;

5° het onderwijs;

6° het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn – al dan niet tegen betaling –, met inbegrip van huisvesting;

7° de sociale voordelen;

8° de toegang tot en de deelname aan een economische, sociale, culturele of politieke activiteit die buiten de privésfeer worden aangeboden.

Onder de term 'beloning' uit het eerste lid, 1°, wordt het volgende begrepen: het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer direct of indirect, uit hoofde van zijn arbeidsbetrekking, van zijn werkgever ontvangt.

Voor de arbeidsbetrekkingen in de zin van punt 1° tot en met 3° gelden de bepalingen van dit decreet niet in de gevallen van discriminatie vermeld in het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt.

Wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik gemaakt wordt van een systeem van werkclassificatie, moet dit systeem berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers hetzelfde zijn, en zodanig zijn opgezet dat elke discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten.

Als iemand op grond van geloof of levensbeschouwing ongunstiger wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, in de domeinen als vermeld in het eerste lid, is er geen sprake van discriminatie in hoofde van publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op geloof of levensbeschouwing is gebaseerd, op voorwaarde dat het geloof of de levensbeschouwing vanwege de activiteiten die worden ontwikkeld in deze domeinen of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde voorwaarde vormt gezien de grondslag van de organisatie.

Artikel 27

§ 1. De bepalingen die strijdig zijn met dit decreet en de bepalingen volgens welke een of meer contracterende partijen afzien van de rechten die door dit decreet gewaarborgd worden, zijn nietig.

§ 2. Onder bepalingen in de zin van § 1 worden verstaan, bestuursrechtelijke bepalingen, bepalingen, opgenomen in individuele of collectieve overeenkomsten of reglementen, en de bepalingen, opgenomen in eenzijdig uitgevaardigde documenten.

Artikel 28

§ 1. In geval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

In de gevallen, vermeld in § 2, moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden, aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In het laatstgenoemde geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

§ 2. De forfaitaire schadevergoeding, vermeld in § 1, wordt als volgt bepaald:

1° als het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen in de zin van artikel 20, 1° tot en met 3°, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de brutobeloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn. In dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden brutobeloning. Als de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen in de zin van artikel 20, 1° tot en met 3°, echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie, vastgesteld in artikel 27, wordt de forfaitaire schadevergoeding vastgesteld volgens de bepalingen van punt 2°;

2° in alle overige gevallen wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade, geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, vastgesteld op 650 euro. Dat bedrag wordt verhoogd tot 1300 euro indien de verweerder niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of wegens andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade.

INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT
Blijde-Inkomststraat 19, bus 3409
3000 LEUVEN, België
Tel. +32 (0)16/32.54.00
Fax +32 (0)16/32.54.24
E-mail: jsr@law.kuleuven.be
www.law.kuleuven.be/jsr/

