

Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers
Prof. dr. B. Hessel

Marktwerking in het sociaal domein?

VOORWOORD

In het overleg tussen Bart Hessel en mij was afgesproken dat ik namens ons beiden het voorwoord zou schrijven. Dat doe ik met gemengde gevoelens. Enerzijds ben ik verheugd dat wij mede dankzij de verschillende auteurs in staat zijn een boek te publiceren over in de kern marktwerking, inclusief doorgeschoten 'marktdenken', en het sociaal domein.

Het is anderzijds helaas niet meer gelukt om het boek te voltooien voor het overlijden van Bart Hessel en daarmee een voorwoord namens ons beiden te schrijven en Bart het concept te laten lezen, zoals met alle andere bijdragen wel is gebeurd.

Veel dank in het bijzonder aan Leyla Bozkurt, die bereid was te zorgen voor een paar extra ogen voor een review van de concepten. Haar opmerkingen tonen aan dat het vierogensysteem een duidelijke waarde heeft.

Daarnaast hebben alle auteurs – naast hun dagelijkse werkzaamheden voor AKD – een heel mooie prestatie geleverd om over het sociaal domein vanuit hun gezichtspunt hun visie te geven. Onze dank gaat daarmee mede naar Dennis van Tilborg, Eelkje van de Kuilen, Nikee Groot en Christian de Ruiters.

Het manuscript is afgesloten per 1 juli 2018.

IN MEMORIAM



Bart Hessel

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Begrippenlijst / XIII

HOOFDSTUK 0

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 1

Beslissingsruimte in het sociaal domein: de gulden middenweg tussen beleidsmatig proactief en juridisch reactief handelen / 7

- 1.1 Inleiding / 7
- 1.2 Beslissingsruimte: beoordelingsruimte c.q. beleidsruimte / 8
- 1.3 Ruimte bij het toekennen van maatwerkvoorzieningen op grond van de Wmo 2015 / 9
 - 1.3.1 Inleiding / 9
 - 1.3.2 Analyse van de verschillende uitspraken / 10
 - 1.3.3 Afsluitende analyse / 19

HOOFDSTUK 2

Gemeentelijke samenwerkingsverbanden in het sociaal domein / 21

- 2.1 Plicht tot samenwerking? / 21
- 2.2 Wijzen van samenwerking / 23
- 2.3 Informele samenwerkingsvormen / 25
- 2.4 Formele samenwerkingsvormen / 27
- 2.5 Conclusie / 29

HOOFDSTUK 3

Inkoop jeugdhulp: sociaal domein rijp voor marktwerking (en aanbesteden)? / 31

- 3.1 Inleiding / 31
- 3.2 De subsidie als methode om jeugdhulpvoorzieningen te bekostigen / 32
- 3.3 Het open-housemodel als methode om jeugdhulpvoorzieningen in te kopen / 35
- 3.4 Bestuurlijk aanbesteden / 37
- 3.5 De (vereenvoudigde) procedure om jeugdhulpvoorzieningen in te kopen / 41
- 3.6 Bijzondere aandachtspunten / 43

HOOFDSTUK 4

Doorgeschoten neoliberalisme op de ziekenhuismarkt? / 49

- 4.1 Inleiding / 49
- 4.2 Het theoretische kader / 50
 - 4.2.1 Economische ordening / 50
 - 4.2.2 Marktvormen / 50
 - 4.2.3 Volledige mededinging, te mooi om waar te zijn / 51
 - 4.2.4 Alternatieve kritische stromingen in de economie / 52
 - 4.2.5 De maatschappelijke werkelijkheid voldoet niet aan de simplificerende voorwaarden van het neoklassieke model / 52
- 4.3 De neoklassieke economie en het neoliberalisme / 53
- 4.4 De beoordeling van marktvormen / 54
 - 4.4.1 Drie criteria / 54
 - 4.4.2 Welvaart en welvaartsmeting / 55
- 4.5 Specifieke eigenschappen van de gezondheidszorg / 57
 - 4.5.1 Veel verschillende deelmarkten / 59
- 4.6 De naoorlogse ontwikkelingen van ordening in de sector ziekenhuizen / 59
 - 4.6.1 Drie fasen: van centraal geleide ordening naar marktwerking / 59
 - 4.6.2 Een overzicht van de veranderingen / 60
- 4.7 Patiënt, ziekenhuis en zorgverzekeraar op de markt / 63
 - 4.7.1 Drie hoofdrolspelers / 63
 - 4.7.2 Aantal aanbieders van ziekenhuiszorg / 64
- 4.8 Drie voorbeelden uit de praktijk: het eigen risico, de spreiding van ziekenhuizen en de casus van een fusietraject / 65
- 4.9 De marktmeesters kunnen meer en beter / 73
- 4.10 Conclusies en aanbevelingen / 76

HOOFDSTUK 5

Sociale markteconomie door de bril van de Parnassia Groep / 77

- 5.1 Inleiding / 77
- 5.2 Patiëntenzorg staat centraal / 77
- 5.3 Partnerschap en samenwerking met anderen in het gemeentelijk domein / 79
- 5.4 Betere behandeling tegen lagere kosten / 79
- 5.5 Interne maatschappelijke verantwoordelijkheid voor personeel / 80
- 5.6 Externe maatschappelijke verantwoordelijkheid / 81
- 5.7 Internationale en wetenschappelijke samenwerking / 81
- 5.8 Enkele afsluitende opmerkingen / 83

HOOFDSTUK 6

De verbinding tussen deel I en deel II / 85

- 6.1 Inleiding / 85
- 6.2 Hayeks visie op de markt is economisch aanvechtbaar maar stimulerend voor ondeskundige neoliberale politici / 86

- 6.3 De essentiële aspecten van hoofdstuk 1 / 90
- 6.4 De essentiële aspecten van hoofdstuk 2 / 92
- 6.5 De essentiële aspecten van aanbesteden in het sociaal domein van hoofdstuk 3 / 93
- 6.6 De essentiële economische aspecten van hoofdstuk 4 / 95
- 6.7 De essentiële aspecten van hoofdstuk 5 / 101
- 6.8 De essentiële aspecten van hoofdstuk 6 / 104
- 6.9 Europa 2020 is een mededeling die we wetenschappelijk zwaar gefundeerd vinden / 106

HOOFDSTUK 7

De sociale markteconomie van de EU biedt wat nodig is voor het sociaal domein / 107

- 7.1 Inleiding / 107
- 7.2 De vier categorieën toepasselijke interne marktregels / 113
- 7.3 Het beleidsmatig Europabewustzijn van decentrale overheden / 114
- 7.3.1 Gebruikmaken van uitzonderingen op de verboden van vrij verkeer, staatssteun en mededinging en de beleidsruimte in de aanbestedingsrichtlijnen / 115
- 7.4 De sociale markteconomie van de EU en Europa 2020 / 116
- 7.4.1 Binnen de EU is sprake van overheidsbeleid om de markt te versterken, aan te vullen en te corrigeren / 117
- 7.4.2 De uitwerking van Europa 2020 van de Commissie / 117
- 7.5 De Europese Commissie moet de sociale markteconomie van de EU ruimer concretiseren en wij kunnen dat vanuit het sociaal domein ondersteunen / 126
- 7.5.1 Vier redenen voor de Commissie om Europa 2020 ruimer toe te passen / 128
- 7.6 Afsluitende opmerkingen / 136

HOOFDSTUK 8

Inclusieve groei biedt het sociaal domein alle beleidsruimte om de markt te corrigeren en via de Europese Structuur- en Investeringsfondsen omvangrijke financiële steun / 139

- 8.1 Inleiding / 139
- 8.2 Beleidsdoelstellingen van de inclusieve groei bieden nieuwe beleidskansen / 140
- 8.3 De Europese Structuur- en Investeringsfondsen bieden het sociaal domein financiële steun / 144
- 8.4 Hoe werken de Europese Structuur- en Investeringsfondsen en welke medefinanciering wordt vereist / 148
- 8.5 Het verband tussen de Europese Structuur- en Investeringsfondsen en de toepasselijke interne marktregels / 150
- 8.6 Afsluitende opmerkingen / 151

HOOFDSTUK 9

Meer beleidsruimte in het sociaal domein voor de regels van aanbesteding en vrij verkeer / 153

- 9.1 Inleiding / 153
- 9.2 De toepasselijke regels van vrij verkeer / 153

- 9.2.1 De Dienstenrichtlijn is niet van toepassing door aanbesteding / 154
- 9.3 Aansluiting hoofdstuk 3 / 159
- 9.4 De toepasselijke Verdragsbepalingen van vrij verkeer / 160
- 9.4.1 De verboden van vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten / 160
- 9.4.2 De essentiële uitzonderingen op de Verdragsverboden / 163
- 9.5 De samenhang tussen verboden van vrij verkeer en aanbestedingsrecht / 165
- 9.6 Maatschappelijk Aanbesteden bevat veel kenmerken van de niet-individualistische sociale markteconomie van de EU / 167
- 9.6.1 Enkele aanvullende punten van de jeugdzorg door de gemeente Utrecht / 172
- 9.7 De geconcretiseerde sociale aanbestedingsregels bieden ruimte voor Maatschappelijk Aanbesteden / 173
- 9.8 Mogelijke beleidsruimte in sociaal domein om het vrij verkeer te beperken met relevante kwaliteitseisen / 175
- 9.8.1 De al bestaande beleidsruimte voor het sociaal domein / 176
- 9.8.2 Meer beleidsruimte in het sociaal domein voor relevante kwalitatieve eisen? / 180
- 9.9 Afsluitende opmerkingen / 181

HOOFDSTUK 10

Meer beleidsruimte in sociaal domein voor de regels van staatssteun / 183

- 10.1 Huidige staatssteunregels bieden nog weinig ruimte voor sociale staatssteun / 183
- 10.2 Is het mogelijk dat er geen sprake is van dreigende vervalsing van de mededinging van de interne markt en ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel? / 184
- 10.3 De staatssteunregels bezien vanuit de sociale markteconomie van de EU / 187
- 10.4 Enkele voorstellen om de staatssteunregels voor sociaal domein te verruimen / 191

HOOFDSTUK 11

Mededingingsrecht en het sociaal domein / 195

- 11.1 Inleiding / 195
- 11.2 De werking van het mededingingsrecht in het sociaal domein / 196
- 11.2.1 Het proces van mededinging en marktwerking als achtergrond van het mededingingsrecht / 196
- 11.2.2 Het Europese mededingingsrecht – het kartelverbod van artikel 101 VWEU / 198
- 11.2.3 Het Nederlandse mededingingsrecht – het kartelverbod van artikel 6 Mw / 202
- 11.3 De toepassing van het mededingingsrecht in de zorgsector / 204
- 11.3.1 Onderzoeksgebied en onderzoeksvragen van dit hoofdstuk / 205
- 11.3.2 Mededingingsrecht en gezondheidszorg / 208
- 11.3.3 Specialisatieafspraken / 210
- 11.3.4 Ketenzorg en samenwerking in zorggroepen / 214
- 11.3.5 Informatie-uitwisseling / 217
- 11.3.6 Waarnemingsregelingen c.a. en vestigingsbeleid / 219
- 11.3.7 Conclusies / 221
- 11.4 De toepassing van het mededingingsrecht in de jeugdhulpverlening en maatschappelijke ondersteuning – combinatievorming in het sociaal domein / 223

- 11.4.1 Inleiding / 223
- 11.4.2 Samenwerkingsvormen / 224
- 11.4.3 De omgang vanuit het mededingingsrecht met combinatieovereenkomsten door de jaren heen / 225
- 11.4.4 Het effect van combinatieovereenkomsten / 227
- 11.4.5 De toepassing van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013 / 228
- 11.4.6 Conclusie / 233

HOOFDSTUK 0

Inleiding

Het sociaal domein van gemeenten is een zeer omvangrijk beleidsterrein waar gemeenten te maken hebben met Nederlandse wetgeving zoals de Wmo, de Jeugdwet 2015 en de Participatiewet. Het sociaal domein is sterk in ontwikkeling, waarbij sprake is van een nauwe relatie met de zorgvragers en zorgaanbieders, intensieve samenwerking met gemeenten en regio's, en integratie van de verschillende beleidsterreinen. Naast de decentrale aspecten van het nationale beleid en de wetgeving, hebben gemeenten ook nog te maken met de gevolgen dat de Rijksoverheid heeft gekozen voor meer marktwerking in de zorg, inclusief het sociaal domein, en tegelijkertijd wil (laten) bezuinigen op zorg in het sociaal domein.

- Door de marktwerking zijn de interne marktregels van de EU van toepassing

De keuze voor marktwerking heeft tot gevolg dat de interne marktregels van de EU van toepassing zijn op het sociaal domein. Dat betekent ten eerste dat (decentrale) overheden die regels maken en vergunningen verlenen, rekening moeten houden met de primaire Europese regels van vrij verkeer van het VEU, en secundaire Europese regels zoals Richtlijn 2014/24/EU over aanbesteden en de Dienstenrichtlijn¹ e.d. Geeft een gemeente een zorgaanbieder een opdracht of een concessie, dan moeten de EU en Nederlandse aanbestedingsregels in acht worden genomen. De Nederlandse regels, zoals onder meer vastgelegd in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012,² zijn grotendeels een implementatie van de EU-aanbestedingsrichtlijnen,³ aangevuld met enige nationale bepalingen over onder meer uitgangspunten bij het aanbesteden.⁴ Door de invoering van de marktwerking zijn in het sociaal domein en de zorg ook de staatssteunregels⁵ van toepassing op subsidies aan en niet-marktconforme financiële transacties met ondernemingen, zoals zorgaanbieders. Indien ondernemingen uit eigen initiatief of onder invloed van de gemeente afspraken maken die betrekking hebben op hun (economisch) gedrag op de markt, moet gekeken worden naar het kartelverbod (art. 6 Mw c.q. 101 VWEU). Een zorgaanbieder kan ook

1 Richtlijn 2006/123/EG.

2 Zoals gewijzigd per 1 juli 2016 door implementatie in de Aanbestedingswet 2012 van de Richtlijnen 2014/23/EU (concessies), 2014/24/EU (overheidsopdrachten) en Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren).

3 Richtlijnen 2014/23/EU (concessies) en 2014/24/EU (overheidsopdrachten). Richtlijn 2014/25/EU is niet relevant, omdat zorg geen speciale sector is als gedefinieerd in deze richtlijn.

4 De secundaire Europese aanbestedingsrichtlijnen moeten ook verbonden worden met de primaire Europese regels van vrij verkeer van vestiging en van diensten van de VWEU.

5 Art. 107, 108 en ook 106 lid 2 VWEU.

misbruik maken van zijn economische machtspositie door te weigeren zorg te verlenen (art. 24 Mw c.q. art. 102 VWEU) of prijzen te verhogen.⁶

- *De EU heeft gekozen voor de sociale markteconomie en die is door de Commissie Barroso uitgebreid uitgewerkt in 'Europa 2020'*

In het EU-Verdrag van Lissabon⁷ is gekozen voor de sociale markteconomie als alternatief voor de traditionele liberale markteconomie. De sociale markteconomie van art. 3 EU-Verdrag is door de Commissie Barroso in 2010 uitgebreid uitgewerkt in de Mededeling Europa 2020.⁸ In het in 2016 verschenen boek *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*⁹ hebben de auteurs vanuit verschillend perspectief aandacht besteed aan die sociale markteconomie waarin solidariteit een belangrijke rol speelt. Daarin wordt ook gewezen op de belangrijke rol van de decentrale overheden. Door die sociale markteconomie krijgen gemeenten meer beleidsruimte van de EU en die verruiming lijkt essentieel te zijn voor het nationale beleid en de wetgeving die kenmerkend zijn voor het sociaal domein. Die beleidsruimte bestaat uit de verruiming van de uitzonderingen op de verboden van vrij verkeer, staatssteun en kartels c.q. misbruik van economische machtspositie.

- *Aandacht voor juridische en economische aspecten*

Nu de sociale markteconomie van de EU meer beleidskansen biedt voor het sociaal domein, gaan wij in dit boek in op de juridische en economische aspecten van de EU regels, om de toepasselijke EU-regelgeving beter te begrijpen en goed te kunnen benutten. Daarom en omdat het voor veel gemeenten nog niet bekend is dat zij in het sociaal domein te maken hebben met alle, soms gecompliceerde, regels van de EU, hebben wij in dit boek gekozen voor twee delen waarin juridische en economische aspecten worden behandeld.

Deel I geeft aan hoe nu in Nederland wordt gedacht over het sociaal domein

In deel I gaan de auteurs eerst in op enige voor het sociaal domein relevante kenmerken van het nu geldende Nederlandse bestuursrecht. In *hoofdstuk 1* van Dennis van Tilborg¹⁰ gaat het om de gewenste beleidsruimte in het Nederlandse bestuursrecht. Die beleidsvrijheid is nodig, omdat de doelstellingen van de Wmo 2015 en de Jeugdwet 2015 zeer ruim en abstract zijn en vragen om beleidsruimte voor gemeenten die gericht is op persoonlijke

6 Vgl. de gevolgen van ziekenhuisfusies en de kosten van zorgverlening, <https://fd.nl/economie-politiek/1230574/acm-verscherpt-toezicht-op-ziekenhuisfusies>, en het rapport dat de ACM op 5 december 2017 heeft gepubliceerd, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16877_onderzoek-afbakening-productmarkt-ziekenhuiszorg.pdf.

7 Dat Verdrag van 1 december 2009 bestaat uit het EU-Verdrag en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

8 Mededeling van de Commissie Europa 2020, Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, Brussel, 3.3.2010 COM(2010) 2020 def.

9 Anna Gerbrandy en Reshmi Rampersad (red.), *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland. Gedachten over de toekomst vanuit de niet-positivistische driesporenbenadering van Bart Hessel*, Den Haag: Boom juridisch 2016. Voordat Bart Hessel zich bezig ging houden met Europees recht voor decentrale overheden, was hij in 1987 gepromoveerd op zijn multidisciplinaire economische, juridische en rechtssociologische proefschrift *Rechtsstaat en economische politiek*. Daarna heeft hij in de jaren negentig, als vice-decaan onderzoek, uitgebreid met economen en andere wetenschappers gepubliceerd over de sociale markteconomie. Die inzichten uit de vorige eeuw werden weer actueel door Europa 2020.

10 Advocaat en partner AKD (Breda).

afstemming. Die beleidsvrijheid kan haaks staan op de liberale markteconomie. In deel II geven we aan dat die beleidsruimte kenmerkend is voor de sociale markteconomie van Europa 2020. Naast de beleidsruimte in relatie tot de zorgvrager wordt in *hoofdstuk 2* door Eelkje van de Kuilen¹¹ in het sociaal domein veel waarde gehecht aan intergemeentelijke samenwerking. Daarvoor zijn verschillende vormen voorhanden die ter sprake zullen komen. Die intergemeentelijke samenwerking en onderlinge afstemming binnen regio's neemt in Nederland een centrale plaats in de sociale markteconomie in. In deel II wordt aangegeven dat die intergemeentelijke samenwerking ook essentieel is voor het realiseren van de beleidsdoelen van Europa 2020.

Het is gemeenten en ook het Ministerie van VWS bekend dat zij in de zorg voor de burgers de Nederlandse aanbestedingsregels in acht moeten nemen, indien gemeenten overheidsopdrachten of concessies verlenen. Daarnaast bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid om subsidie(s) voor jeugdhulpvoorziening te verlenen en op die wijze te komen tot bekostiging. In *hoofdstuk 3* wordt de inkoop en subsidiëring van jeugdhulp uiteengezet door Nikee Groot¹² en Christian de Ruiter.¹³ Zij wijzen erop dat tegelijkertijd ook met de mededingingsregels en de staatssteunregels rekening moet worden gehouden: subsidie zal eerder dan een overheidsopdracht of concessie staatssteun kunnen bevatten.

Omdat het voor het economisch inzicht in de sociale markteconomie belangrijk is, is het ook zinvol het sociaal domein economisch te benaderen. Daarom is in *hoofdstuk 4* de visie van de Nederlandse gezondheidseconoom Hans Hagen opgenomen die vanuit zijn omvangrijke praktijkervaring in de ziekenhuismarkt de gesimplificeerde liberale markteconomie van het neoliberalisme kritisch beoordeelt. Hans Hagen vindt een ruimer inzicht in de economie essentieel (de formele welvaartsopvatting van Hennisman), die ruimte biedt aan overheidsdoelstellingen en subjectieve welvaart, dus zorgvragers.

Naast de aandacht voor zorgvragers in het sociaal domein, is ook de rol van zorgaanbieder belangrijk. Werkgelegenheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid zal hij moeten afwegen tegen financiële belangen, die belangrijker zijn geworden door het toenemende gewicht van marktwerking. Die onderliggende afweging voor het bepalen van zijn gedrag is precies datgene wat de solidariteit van sociale markteconomie vraagt. En dat ontbreekt in de individualistische markteconomie waar de financiële belangen prevaleren. In *hoofdstuk 5* behandelen Henk van den Broek en Bart Hessel het gedrag van de zorgaanbieder de Parnassia Groep. Uit eigen initiatief past hij essentiële kenmerken van de sociale markteconomie toe in contrast met de neoliberale gerichtheid op financiën.

In *hoofdstuk 6* geeft Bart Hessel aan dat de bestaande regels van staatssteun weinig ruimte bieden voor de staatssteun in het sociaal domein. Ook wijst hij erop dat hij al voor de invoering van de sociale markteconomie heeft beschreven dat de door Commissie geïntroduceerde verfijnde economische benadering bij de toepassing van de staatssteunregels louter marktgericht is en moet worden genuanceerd.

11 Advocaat en partner AKD (Breda).

12 Advocaat AKD (Brussel).

13 Zelfstandig juridisch adviseur.

Uit de hoofdstukken van deel I blijkt dat de juridische en economische gedachten over het sociaal domein in Nederland essentiële kenmerken bevatten van de sociale markteconomie van Europa 2020. Om de overstap naar deel II te stimuleren behandelen Bart Hessel en Pieter Kuypers in *hoofdstuk 7* die essentiële kenmerken van de hoofdstukken 1 tot en met 6. Daarin verduidelijken zij dat gemeenten in het sociaal domein de benadering van de sociale markteconomie moeten volgen. Maar in deel II wordt ook aangegeven dat de Commissie de sociale markteconomie nog niet voldoende heeft uitgewerkt. Daarom kunnen wij vanuit Nederland die sociale markteconomie concretiseren voor onszelf en voor de EU.

Deel II geeft aan dat we de verruimde beleidsruimte van de sociale markteconomie in het sociaal domein juridisch en economisch moeten benutten en concretiseren, maar ook dat we de houding van de Commissie moeten verruimen

Bij de keuze voor de sociale markteconomie voor het aanpakken van de crisis heeft de Commissie er in 2010 voor gekozen deze niet vanuit de EU aan lidstaten op te dringen. Een keuze die overigens niet nieuw is: de sociale markteconomie ontwikkelde zich reeds als gedachte na de Eerste Wereldoorlog en is vooral in Duitsland verder vormgegeven na de Tweede Wereldoorlog.¹⁴ De Commissie hecht grote waarde aan gedachtenuitwisseling en samenwerking met de lidstaten waarbij een essentiële rol toekomt aan de lokale en regionale overheden. In het sociaal domein kan concreet worden gewerkt met de sociale markteconomie, omdat in het sociaal domein van de gemeenten ook gewicht toekomt aan solidariteit tussen burgers, die ontbreekt in de liberale markteconomie. Vanuit het inzicht dat de Nederlandse politieke keuze voor marktwerking in de zorg betekent dat de Europese interne marktregels daarop van toepassing zijn, wordt het duidelijk dat we bij de concretisering van het sociaal domein de beleidskansen moeten benutten die de sociale markteconomie van de EU ons bieden.

In *hoofdstuk 8* werkt Bart Hessel uit dat de sociale markteconomie van de EU economisch en juridisch precies de beleidsruimte zou moeten aanbieden die nodig is voor het sociaal domein, om de marktwerking te corrigeren. Daarvoor moeten overheden volgens hem het zogenoemde 'beleidsmatig Europabewustzijn' toepassen. Het op Hayek gebaseerde neoliberalisme omarmt de EU niet, omdat daarin vanouds wordt uitgegaan van allerlei beleidsdoelstellingen en de interne marktwerking niet het enige doel is. Bart Hessel geeft aan dat het privaatrechtelijk en publiekrechtelijk solidariteitsbeginsel van de sociale markteconomie van de EU precies aansluiten op de voor het sociaal domein kenmerkende sociale verantwoordelijkheid van ondernemingen, en de samenwerking en het partnerschap van ondernemingen en overheden op lokaal en regionaal niveau van de hoofdstukken 1 en 2. Hij legt ook uit dat de Commissie die sociale markteconomie niet volledig concretiseert. Voor het sociaal domein is dat onacceptabel. De Europese toepassing is, afgezien van de beperkte ruimte in de staatssteunregels, beperkt tot de aanbestedingsrichtlijnen en de Europese structuurfondsen.

Aansluitend worden door Bart Hessel en Udo van Unen in *hoofdstuk 9* de beleidsdoelstellingen van de inclusieve groei behandeld die heel zinvol zijn voor de beleidsruimte van het

¹⁴ Zie https://nl.wikipedia.org/wiki/Sociale_markteconomie en <http://www.dfbonline.nl/begrip/8443/sociale-markteconomie>. In het Duits: 'Soziale Marktwirtschaft'.

sociaal domein en de werking van de structuurfondsen van de Commissie die Nederland in de periode 2014-2020 1,7 miljard euro financiële steun geeft voor onderdelen van het sociaal domein.

Het is gemeenten bekend dat zij in de zorg de Nederlandse aanbestedingsregels in acht moeten nemen, indien gemeenten overheidsopdrachten of concessies verlenen. Omdat de sociale markteconomie nog niet is toegepast op de Verdragsregels van vrij verkeer van vestiging en van diensten, en de aanbestedingsregels daarmee in verband worden gezien, behandelen Gerrieke Bouwman en Bart Hessel in *hoofdstuk 10* de toepasselijke regels van vrij verkeer, de verdragsverboden en de uitzonderingen daarop, de samenhang met de aanbestedingsregels en de inhoud van het 'Maatschappelijk Aanbesteden'. De samenhang tussen vrij verkeer en aanbesteding vraagt ook om aandacht voor de Dienstenrichtlijn. De Europese Commissie is ondanks het beleid gericht op de sociale markteconomie niet consequent. De Dienstenrichtlijn biedt namelijk nauwelijks beleidsruimte. Paradoxaal vallen diensten in het sociaal domein buiten de scope van de Dienstenrichtlijn, indien een gemeente de diensten aanbesteedt, maar dat gemeenten moeten aanbesteden om aan de Dienstenrichtlijn te ontsnappen vinden Gerrieke en Bart onacceptabel. Zij ondersteunen ook de aandachtspunten van hoofdstuk 3 en bepleiten dat het vrij verkeer via de *rule of reason* verder beperkt zou moeten worden met de voor het sociaal domein relevante kwaliteitseisen. Daardoor wordt voorkomen dat Oost-Europese zorgaanbieders die lagere lonen ontvangen, het sociaal domein binnen kunnen komen.

Omdat de bestaande staatssteunregels te weinig ruimte bieden voor het sociaal domein wordt in *hoofdstuk 11* door Bart Hessel en Pieter Kuypers aangegeven hoe de sociale markteconomie van de EU kan leiden tot verruiming van de sociale staatssteun die past bij het sociaal domein. Daarbij wordt gekeken naar de beleidsdoelstellingen van de inclusieve groei en de samenhang met de subsidies van de structuurfondsen aan ondernemingen. Bij het toepassen van het EU-recht is het essentieel dat overheden bij de staatssteunregels zich de grote reikwijdte van het verbod van art. 107 lid 1 VWEU realiseren. Niettemin zijn beleidskansen aanwezig in de uitzondering op dat verbod van art. 107 lid 3 VWEU. Voor steun aan diensten van algemeen economisch belang geldt voorts de uitzondering van art. 106 lid 2 VWEU.

In het sociaal domein moet ook rekening gehouden worden met het mededingingsrecht. Omdat het Europese mededingingsrecht niet veel ruimte biedt voor overheidsdoelstellingen, is het voor het sociaal domein gunstig dat we daar meestal te maken hebben met het Nederlandse mededingingsrecht, waar de laatste tijd ook extra aandacht wordt besteed aan milieu, duurzaamheid en sociaal beleid. Om die reden wordt in *hoofdstuk 12* door Joost Houdijk¹⁵ en Philip Brink¹⁶ bij de toepassing van het mededingingsrecht in het sociaal domein de nadruk gelegd op het Nederlandse mededingingsrecht. Dat mededingingsrecht biedt dankzij de ACM ook meer beleidsruimte voor het sociaal domein.

15 Advocaat AKD (Brussel).

16 Advocaat AKD (Amsterdam).

Voor het sociaal domein is het noodzakelijk de reikwijdte van de sociale markteconomie van de EU uit te breiden naar de regels over vrij verkeer, staatssteun en mededinging. Als het lukt die uitbreidingen te concretiseren, hopen wij dat de Commissie bereid is de sociale markteconomie ruimer toe te passen. Bezien vanuit Europa 2020 en vanuit de economische orde is het merkwaardig dat wij ons beperken tot het sociaal domein. Gezien de huidige sterke invloed van de marktwerking in Nederland vertrouwen wij erop dat de zorgvragers, de werknemers in het sociaal domein en aanbieders van zorgdiensten de voordelen van de sociale markteconomie kunnen meemaken en waarderen.

Beslissingsruimte in het sociaal domein: de gulden middenweg tussen beleidsmatig proactief en juridisch reactief handelen

1.1 Inleiding

Met de decentralisaties in het sociaal domein zijn gemeenten verantwoordelijk geworden voor het bieden van ondersteuning aan mensen met een beperking. De doelstellingen bij de decentralisaties waren daarbij ambitieus. De Wmo 2015 strekt er bijvoorbeeld onder andere toe om ervoor te zorgen dat mensen meer zorg op maat (afgestemd op hun persoonlijke omstandigheden en levensfase) ontvangen. De grondgedachte is daarbij dat gemeenten dit het beste kunnen organiseren, omdat zij dicht bij de mensen staan.¹ Van gemeenten wordt bovendien verwacht dat zij hun taken met aanzienlijk minder financiële middelen dan voorheen zullen kunnen uitvoeren.² De doelstellingen van de Jeugdwet waren mogelijk nog ambitieuzer: het vereenvoudigen, effectiever en efficiënter maken van het jeugdstelsel, met als uiteindelijke doel het versterken van de eigen kracht van de jongere en van het zorgend en probleemoplossend vermogen van diens gezin en sociale omgeving.³ Om de gemeenten in staat te stellen deze ambitieuze doelstellingen ook waar te kunnen maken, gaan zowel de Wmo 2015⁴ als de Jeugdwet⁵ uit van een ruime mate van beleidsruimte van de gemeenten bij de uitvoering van hun taken.

Ná de invoering van de Wmo 2015 zijn gemeenten ambitieus aan de slag gegaan om de organisatie van de maatschappelijke ondersteuning op andere manieren vorm te geven. De gemeenten voelden zich daarbij gesteund door de uitspraken van de regering in het kader van de totstandkoming van de Wmo 2015 dat aan gemeenten grote beleidsruimte toekomt bij het organiseren van maatschappelijke ondersteuning. Vooral op het gebied van de huishoudelijke hulp zijn de bakens flink verzet. Keuzes die gemeenten op dat gebied maakten, hielden onder andere in dat:

1 *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 2.*

2 *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3–4.*

3 *Kamerstukken II 2013/14, 33684, nr. 3, p. 2.*

4 *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, bijvoorbeeld p. 15 en 55.*

5 *Kamerstukken II 2013/14, 33684, nr. 3, bijvoorbeeld p. 17 en 130.*

- geen of minder huishoudelijke hulp werd toegekend als naasten geacht konden worden mantelzorg te verlenen;
- een systeem werd geïntroduceerd dat uitging van het toekennen van standaardmodules bestaande uit een 'standaard' aantal uren huishoudelijke hulp;
- resultaatgericht werd geïndiceerd, hetgeen vaak inhield dat aan burgers in het toekenningsbesluit een 'schoon en leefbaar huis' werd toegekend. Vervolgens was de zorgaanbieder verantwoordelijk om (in samenspraak met de cliënt) dit resultaat te bereiken.

Het bovenstaande handelen van de gemeenten was proactief met vooral een sterke beleidsmatige focus. Vanuit beleidsmatig perspectief werd gezien hoe zaken beter zouden kunnen worden geregeld. Deze beleidskeuzes werden vervolgens via verschillende juridische instrumenten (zoals verordeningen) 'uitgerold'.

Bovenstaande en andere beleidskeuzes bleken vervolgens kritisch te worden ontvangen door de bestuursrechter. In de afgelopen jaren zagen verschillende gemeenten hun beleid bij de bestuursrechter sneuvelen. Voor veel gemeenten vormden deze rechterlijke uitspraken de aanleiding om te bezien of zij hun beleid moesten aanpassen. Het accent lag (en ligt) bij die zoektocht – begrijpelijkerwijs – vooral op de vraag of het lokale beleid voldoet aan de inmiddels door de CRvB gewezen uitspraken waaronder een viertal uitspraken van 18 mei 2016.⁶ Dit handelen van de gemeenten is reactief met – vaak – een sterke focus op het juridische perspectief. Vanuit dat perspectief wordt gezien aan welke eisen beleid moet voldoen en daarop wordt het beleid aangepast.

De stroom van rechterlijke uitspraken is natuurlijk vooral van belang nu daaruit verschillende rechtsregels kunnen worden afgeleid over de specifieke onderwerpen waarop deze uitspraken betrekking hebben (bijvoorbeeld de invulling van het begrip 'mantelzorg'). Het is echter ook zinvol om te proberen in een meer breder perspectief naar de betreffende uitspraken te kijken om te bezien of daar ook meer algemene regels uit kunnen worden afgeleid die van belang kunnen zijn voor gemeenten bij het vaststellen en toepassen van beleid ter uitvoering van de Wmo 2015. Een dergelijke analyse zou inzichtelijker kunnen maken aan welke 'knoppen' gemeenten wel of niet kunnen draaien binnen de Wmo 2015 en hoeveel speelruimte ze daarbij hebben. Dit kan gemeenten 'aan de voorkant' helpen om te kijken waar de mogelijkheden liggen om dingen anders te organiseren of om innovaties door te voeren. Op die manier kunnen gemeenten wellicht de gulden middenweg vinden tussen proactief beleidsmatig handelen (met het risico dat beleidskeuzes bij de rechter sneuvelen) en reactief juridische handelen (met het risico dat gemeenten niet de bestaande mogelijkheden tot verandering durven te benutten).

1.2 Beslissingsruimte: beoordelingsruimte c.q. beleidsruimte

In het kader van de voorgestelde beschouwing van de uitspraken in het sociaal domein is het goed om eerst kort stil te staan bij de betekenis van de begrippen 'beoordelingsruimte'

⁶ Zie bijvoorbeeld het Rapport 'Wmo 2015 in uitvoering' d.d. 28 oktober 2016, te raadplegen via https://vng.nl/files/vng/nieuws_attachments/2016/20161101-wmo-2015-in-uitvoering-passend-onderbouwd-hulp-huishouden.pdf.

en 'beleidsruimte'⁷ enerzijds en bij de implicaties daarvan anderzijds voor de toetsing door de bestuursrechter van de uitoefening van de bevoegdheden door het bestuur anderzijds.

In de Wmo 2015 en de Jeugdwet zijn diverse bevoegdheden toebedeeld aan de organen van de gemeente. Op grond van de Wmo 2015 is de gemeenteraad bijvoorbeeld bevoegd (en verplicht) om een beleidsplan (art. 2.1.2) en een verordening vast te stellen (art. 2.1.3). Het college is op grond van de Wmo 2015 onder meer bevoegd om een maatwerkvoorziening te verstrekken (art. 2.3.5).

Bij het toekennen van bevoegdheden aan een bestuursorgaan wordt aan het betreffende orgaan in bepaalde gevallen door de wetgever beoordelingsruimte en/of beleidsruimte toegekend. Onder beoordelingsruimte wordt verstaan de vraag *of* een bepaalde bevoegdheid in het concrete geval toepassing kan vinden. Dit betekent dat het in meer of mindere mate aan het inzicht van het bestuursorgaan is overgelaten om te bepalen of een bepaalde wettelijke bevoegdheid kan worden toegepast en dat bijgevolg de keuzes van het bestuursorgaan meer of minder terughoudend(er) door de bestuursrechter zullen worden getoetst. De mate waarin er sprake is van beoordelingsruimte moet aan de hand van uitleg van de betreffende regeling worden bepaald.⁸

Bij beleidsruimte gaat het om de vraag *of* en in voorkomend geval *hoe* een bepaalde bevoegdheid in het concrete geval wordt toegepast. Consequentie van beleidsruimte is dat de keuze van het bestuursorgaan door de rechter met enige terughoudendheid dient te worden getoetst.⁹ Het feit dat aan een bestuursorgaan beoordelings- of beleidsruimte toekomt, betekent overigens niet dat het bestuursorgaan ter zake rechtsvrij kan handelen. De vrijheid van het bestuursorgaan wordt begrensd door de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter toetst steeds 'vol' of het bestuursorgaan bij de uitoefening van de bevoegdheid binnen deze grenzen is gebleven.¹⁰

1.3 Ruimte bij het toekennen van maatwerkvoorzieningen op grond van de Wmo 2015

1.3.1 Inleiding

De afgelopen ruim drie jaar is een groot aantal rechterlijke uitspraken gewezen over de toepassing van de Wmo 2015. Het grootste deel van deze uitspraken ziet op besluiten van

7 In de rechtspraak werden tot voor kort de termen 'beoordelingsvrijheid' en 'beleidsvrijheid' gehanteerd. De Afdeling bestuursrechtspraak gebruikt die termen niet meer en hanteert in plaats daarvan de termen 'beoordelingsruimte' en 'beleidsruimte'. Daarmee wil de ABRvS benadrukken dat geen enkele bevoegdheidsuitoefening 'vrij' is maar steeds is gebonden aan de regels van het recht. In dit hoofdstuk wordt om dezelfde redenen bij deze 'nieuwe' terminologie aansluiting gezocht. Zie: Jaarverslag Raad van State 2017, p. 60-61. Te raadplegen via: <http://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/visueel/uploads/2018/03/Webversie-jaarverslag-2017-Raad-van-State.pdf>.

8 W. Konijnenbelt, 'Beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid', VIND Bestuursrecht.

9 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2109.

10 D. van Tilborg, 'Een klassieke benadering bij toezichthoudersaansprakelijkheid? Graag!' in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak*, 2014, p. 227.

het college die betrekking hebben op het (al dan niet) verstrekken van zogenoemde maatwerkvoorzieningen in verband met beperkingen in de zelfredzaamheid. Deze bevoegdheid is neergelegd in art. 2.3.5 lid 3 Wmo 2015:

“Het college beslist tot verstrekking van een maatwerkvoorziening ter compensatie van de beperkingen in de zelfredzaamheid of participatie die de cliënt ondervindt, voor zover de cliënt deze beperkingen naar het oordeel van het college niet op eigen kracht, met gebruikelijke hulp, met mantelzorg of met hulp van andere personen uit zijn sociale netwerk dan wel met gebruikmaking van algemene voorzieningen kan verminderen of wegnemen. De maatwerkvoorziening levert, rekening houdend met de uitkomsten van het in artikel 2.3.2 bedoelde onderzoek, een passende bijdrage aan het realiseren van een situatie waarin de cliënt in staat wordt gesteld tot zelfredzaamheid of participatie en zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kan blijven.”

In het betreffende artikel treffen we in de eerste volzin (vooral) de voorwaarden aan voor de toepassing van de bevoegdheid om een maatwerkvoorziening te verstrekken. Indien sprake is van een beperking in de zelfredzaamheid (of participatie) en die naar het oordeel van het college niet (op eigen kracht, met gebruikelijke hulp, met mantelzorg of met behulp van andere personen uit het sociale netwerk of met gebruikmaking van algemene voorzieningen) kan worden verminderd of weggenomen, dient een maatwerkvoorziening te worden verstrekt. Indien meer specifiek naar de tekst van de eerste volzin wordt gekeken, moet daaruit worden afgeleid dat aan het college beoordelingsruimte is gelaten met betrekking tot het antwoord op de vraag of een beperking in de zelfredzaamheid op eigen kracht, met gebruikelijke zorg et cetera in voldoende mate kan worden weggenomen of verminderd. Dit blijkt uit de in de eerste volzin opgenomen woorden ‘naar het oordeel van het college’. Uit de tekst van de eerste volzin lijkt tevens te moeten worden afgeleid dat dergelijke beoordelingsruimte niet bestaat met betrekking tot de vraag of sprake is van een beperking in de zelfredzaamheid.

In de tweede volzin van het artikellid gaat het vervolgens (vooral) om de ‘hoe-vraag’. In het geval dat aan de voorwaarden uit de eerste volzin is voldaan, moet een maatwerkvoorziening worden verstrekt. In de tweede volzin is bepaald dat met de maatwerkvoorziening een passende bijdrage moet worden geleverd aan het realiseren van een situatie waarin de cliënt in staat wordt gesteld tot zelfredzaamheid. De tekst van de tweede volzin bevat geen aanknopingspunten dat aan het college met betrekking tot de beantwoording van de hoe-vraag beoordelings- of beleidsruimte is gelaten.

1.3.2 *Analyse van de verschillende uitspraken*

De in het kader van deze bijdrage geanalyseerde rechtspraak,¹¹ heeft – grofweg – betrekking op de volgende vijf onderwerpen:

- a) het weigeren van huishoudelijke hulp, omdat de aanvrager geacht moet worden over mantelzorg te kunnen beschikken;
- b) het toekennen van huishoudelijke hulp in resultaatgebieden;
- c) het toekennen van huishoudelijke hulp in de vorm van (nieuwe) normtijden;
- d) huishoudelijke hulp in de vorm van een algemene voorziening;

¹¹ Het gaat hierbij om alle uitspraken van de CRvB en alle meervoudig gewezen uitspraken van de rechtbanken tot 1 juli 2018 over de Wmo 2015.