

Handreiking aanpak van fraude in het sociaal domein



Inhoudsopgave

<i>1. Algemeen</i>	3
<i>2. Het onderzoek naar het mogelijk frauduleus en onrechtmatig declareren van zorg</i>	8
<i>3. Het onderzoek naar fraude in de zorg</i>	27
<i>4. Do's en Don'ts</i>	46
<i>Contact</i>	48

1. Algemeen

Inleiding

Fraude in het sociaal domein is een groot maatschappelijk probleem. De exacte omvang van het probleem is niet bekend, maar duidelijk is dat het gaat om zeer substantiële bedragen. Geld dat bestemd is voor de zorg komt in plaats daarvan in de zakken van fraudeurs terecht. Op het moment van schrijven is het kabinet bezig om de aanpak van zorgfraude te verbeteren, onder meer door het instellen van een Waarschuwingregister zorgfraude en een Informatieknooppunt zorgfraude.¹

Deze handreiking is bedoeld om gemeenten juridische handvatten te bieden om fraude in het sociaal domein (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en Jeugdwet) zo effectief mogelijk aan te pakken met de instrumenten waarover de gemeenten op het moment van schrijven al beschikken. Dat doet deze handreiking door inzichten uit rechterlijke uitspraken over de aanpak van fraude in het sociaal domein en (gelet op de vele raakvlakken) in andere delen van de zorg² (Zorgverzekeringswet, Wet langdurige zorg) te combineren met door ons in verschillende fraudedossiers opgedane praktijkervaringen. Het gaat daarbij om (het vermoeden van) fraude bij aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp leveren. De aanpak van fraude door cliënten van aanbieders blijft in deze handreiking daarom verder buiten beschouwing.

Op welke wijze kan een gemeente het meest effectief optreden tegen fraude in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015) en de Jeugdwet? Dit vormt het centrale thema van deze handreiking.

De handreiking is (primair) bedoeld voor beleidsambtenaren, toezichthouders en juristen die zich binnen de gemeente bezighouden met de aanpak van fraude in het sociaal domein. Omdat de handreiking ook is geschreven voor niet-juristen, zal ten aanzien van bepaalde juridische begrippen extra toelichting worden gegeven.

1. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/fouten-en-fraude-in-de-zorg/nieuws/2020/07/03/kabinet-pakt-zorgfraude-aan-met-nieuwe-wet>

2. In het dagelijks spraakgebruik wordt voor het leveren van diensten op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet veelal gesproken van het leveren van “zorg” door een “zorgaanbieder”. Technisch gezien gaat het echter om het leveren van maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp. Het kan hierbij gaan om het leveren van “zorg”, maar doorgaans zal daarvan (denk bijvoorbeeld aan het bieden van individuele begeleiding of het leveren van hulp bij het huishouden) geen sprake zijn. In deze handreiking zal echter (aansluiting zoekend bij de bestaande praktijk) ook het woord “zorg” worden gebruikt als in algemene zin wordt bedoeld op het leveren van maatschappelijke ondersteuning respectievelijk het leveren van jeugdhulp.



Dit inleidende hoofdstuk bevat een korte beschrijving van de wettelijke systematiek van de Wmo 2015 en de Jeugdwet voor zover dat voor het onderwerp van deze handreiking van belang is. Ook omvat het hoofdstuk een lijst van relevante begrippen en afkortingen. Ten slotte bevat het hoofdstuk een fictieve casus. In deze handreiking verduidelijken wij een aantal aspecten aan de hand van deze casus.

Wettelijke systematiek

Op grond van de Wmo 2015 draagt het college zorg voor maatschappelijke ondersteuning binnen de gemeente. Het college is – kort gezegd – verplicht maatschappelijke ondersteuning te bieden aan diegenen die dat nodig hebben. Op grond van de Jeugdwet hebben colleges de verantwoordelijkheid om jeugdigen die het nodig hebben jeugdhulp te bieden. Deze opdracht aan de gemeente is te vergelijken met de verplichting om maatschappelijke ondersteuning te bieden op grond van de Wmo 2015.

De maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp bestaat voor een groot gedeelte uit het bieden van voorzieningen aan een inwoner. Gemeenten kunnen ervoor kiezen om zelf voorzieningen te leveren. In veel gevallen laten gemeenten de maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp leveren door anderen.

De Wmo 2015 maakt onderscheid tussen twee soorten voorzieningen, namelijk algemene voorzieningen en maatwerkvoorzieningen. Een algemene voorziening is zonder voorafgaand onderzoek naar de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van de gebruikers toegankelijk. De inwoner krijgt geen individuele beschikking. De algemene voorziening is immers vrij toegankelijk. Te denken valt aan de verbetering van de toegankelijkheid van gebouwen en voorzieningen, het lokale vervoer, informele buurtzorg, sociaal-culturele voorzieningen en de (winter)opvang voor dag- en thuislozen (slapen en eten). Een maatwerkvoorziening is wel op de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van een cliënt afgestemd. Bij een maatwerkvoorziening ontvangt de

cliënt wel een beschikking van het college. In deze beschikking bepaalt de gemeente in principe de hoeveelheid ondersteuning waarop de cliënt recht heeft.

De Jeugdwet kent een onderscheid tussen vrij en niet vrij toegankelijke voorzieningen. Vrij toegankelijke voorzieningen zijn voorzieningen waar alle jeugdigen gebruik van kunnen maken, zoals bijvoorbeeld ambulante hulp van een wijkteam. Voor toegang van niet toegankelijke voorzieningen, is een verwijzing nodig van een huisarts, de jeugdarts, de medisch specialist respectievelijk een beschikking van het college.

De maatwerkvoorziening/jeugdhulpvoorziening kent twee leveringsvormen, namelijk een voorziening in natura en een persoonsgebonden budget. De hoofdregel is dat de cliënt een voorziening in natura krijgt. In dat geval wordt de maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp geleverd door een aanbieder waarmee de gemeente een overeenkomst heeft gesloten of waarmee de gemeente een subsidierelatie heeft. Cliënten kunnen op basis van de beschikking maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp afnemen van een gecontracteerde of gesubsidieerde aanbieder. De aanbieder wordt vervolgens rechtstreeks door de gemeente betaald.

Indien de cliënt het wenst – en de cliënt voldoet aan de wettelijke voorwaarden – kan de cliënt kiezen voor een persoonsgebonden budget in plaats van een voorziening in natura. Dit geldt zowel voor de Jeugdwet als de Wmo 2015. Met het persoonsgebonden budget kan de cliënt de maatschappelijke ondersteuning zelf bij een aanbieder naar keuze inkopen.³ Er wordt daarbij door het college geen bedrag aan de cliënt uitgekeerd waaruit deze zelf betalingen kan doen. Het college stelt een cliënt een bedrag ter besteding beschikbaar ('het trekkingsrecht'). De Sociale verzekeringsbank (SVB) verzorgt voor alle gemeenten de uitvoering van de persoonsgebonden budgetten. Namens het college verricht de SVB betalingen aan de aanbieder die de cliënt heeft uitgekozen.

3. Onder de definities in de Wmo 2015 en de Jeugdwet is dit geen aanbieder, maar een derde.

Voor een trekkingsrecht is gekozen om fraude met besteding van het persoonsgebonden budget zoveel mogelijk te voorkomen. De cliënt kan met het persoonsgebonden budget geen directe fraude plegen door het geld te gebruiken voor andere doeleinden dan maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp. De cliënt beschikt immers niet direct over het geld.

Het grote verschil tussen ondersteuning in natura of ondersteuning via een persoonsgebonden budget is, dat bij ondersteuning in natura een overeenkomst wordt gesloten tussen de gemeente en diegene die de maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert dan wel er bestaat een subsidierelatie tussen de gemeente en de aanbieder. Bij een persoonsgebonden budget echter, ontbreekt er een rechtstreekse relatie tussen de aanbieder en de gemeente en is er alleen sprake van een (rechts)relatie tussen de cliënt en de aanbieder. Het ontbreken van een dergelijke (rechtstreekse) relatie tussen de aanbieder en de gemeente is om meerdere redenen relevant. In de overeenkomsten en subsidiebeschikkingen zijn meestal bepalingen opgenomen die relevant zijn voor gevallen waarin er sprake is van (een vermoeden van) fraude. Dit zijn bijvoorbeeld onderzoeks- en terugvorderingsbevoegdheden. Bovendien is van belang dat uitsluitend een aanbieder waarmee de gemeente een overeenkomst heeft gesloten of waaraan door de gemeente een subsidie is verstrekt, kan worden aangemerkt als aanbieder als bedoeld in artikel 1.1.1 Wmo 2015 respectievelijk jeugdhulpaanbieder als bedoeld in artikel 1.1 Jeugdwet. Uitsluitend deze aanbieder is gehouden aan de regels van hoofdstuk 3 van de Wmo 2015 of de eisen van hoofdstuk 4 van de Jeugdwet, waarin bepaalde kwaliteitseisen zijn opgenomen. Een derde (lees: een (rechts)persoon die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert) is aan deze verplichtingen niet gebonden. Het college beschikt tot slot enkel ten aanzien van jeugdhulpaanbieders over de bevoegdheden tot materiële controle en fraudeonderzoek als bedoeld in de Regeling Jeugdwet.

Indien de cliënt kiest voor een persoonsgebonden budget, sluit de cliënt een overeenkomst met degene die maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. Indien deze overeenkomsten zijn gesloten na 1 april 2017, moet in deze overeenkomst een derdenbeding zijn opgenomen ten behoeve van de gemeente. Het derdenbeding geeft onder bepaalde voorwaarden een recht aan de gemeente om van de aanbieder schadevergoeding te vorderen. Het derdenbeding dient ervoor, dat als het persoonsgebonden budget naar aanleiding van toerekenbaar handelen van de aanbieder is ingetrokken of herzien, de gemeente van de aanbieder het bedrag kan terugvorderen dat door de aanbieder vanwege dat toerekenbaar handelen ten onrechte ten laste van het persoonsgebonden budget is ontvangen.

Naast de Wmo 2015 en de Jeugdwet is ook het gemeentelijk beleid relevant. De gemeenteraad dient regels op te nemen in de verordening over de bestrijding van het ten onrechte ontvangen van een maatwerkvoorziening/jeugdhulpvoorziening of een persoonsgebonden budget, alsmede van misbruik of oneigenlijk gebruik van de Wmo 2015 en de Jeugdwet. In de praktijk komt het geregeld voor dat ook het college beleid heeft vastgesteld over de bestrijding van fraude. De gemeenten hebben de vrijheid om zelf deze regels te bepalen, zolang deze regels maar niet in strijd zijn met hogere regelgeving zoals de Wmo 2015, de Jeugdwet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gelet op de beleidsruimte verschillen de regels per gemeente.

Begrippen en afkortingen

Aanbieder:

Natuurlijke persoon of rechtspersoon die op grond van de overeenkomst of het subsidiebesluit jegens het college is gehouden om maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp te leveren. Tenzij anders aangegeven, wordt in deze handreiking het begrip aanbieder ook gebruikt voor een derde die ten laste van een persoonsgebonden budget maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert.



Jeugdhulp:

- ondersteuning van en hulp en zorg, niet zijnde preventie, aan jeugdigen en hun ouders bij het verminderen, stabiliseren, behandelen en opheffen van of omgaan met de gevolgen van psychische problemen en stoornissen, psychosociale problemen, gedragsproblemen of een verstandelijke beperking van de jeugdige, opvoedingsproblemen van de ouders of adoptiegerelateerde problemen;
- het bevorderen van de deelname aan het maatschappelijk verkeer en van het zelfstandig functioneren van jeugdigen met een somatische, verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke beperking, een chronisch psychisch probleem of een psychosociaal probleem en die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, en
- het ondersteunen bij of het overnemen van activiteiten op het gebied van de persoonlijke verzorging gericht op het opheffen van een tekort aan zelfredzaamheid bij jeugdigen met een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke beperking of een somatische of psychiatrische aandoening of beperking, die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, met dien verstande dat de leeftijdsgrens van achttien jaar niet geldt voor jeugdhulp in het kader van jeugdstrafrecht.

Maatschappelijke ondersteuning:

- bevorderen van de sociale samenhang, de mantelzorg en vrijwilligerswerk, de toegankelijkheid van voorzieningen, diensten en ruimten voor mensen met een beperking, de veiligheid en leefbaarheid in de gemeente, alsmede voorkomen en bestrijden van huiselijk geweld;
- ondersteunen van de zelfredzaamheid en de participatie van personen met een beperking of met chronische psychische of psychosociale problemen zoveel mogelijk in de eigen leefomgeving;
- bieden van beschermd wonen en opvang.

Afkortingen:

AVG	Algemene verordening gegevensbescherming	SV	Wetboek van Strafvordering
Awb	Algemene wet bestuursrecht	SVB	Sociale Verzekeringsbank
BW	Burgerlijk Wetboek	Wmo 2015	Wet maatschappelijke ondersteuning 2015
Pgb	Persoonsgebonden budget	Wob	Wet openbaarheid van bestuur

Fictieve casus

Michel heeft zijn vrouw Nadia tijdens zijn studietijd leren kennen. Nadia heeft verpleegkunde gestudeerd, terwijl Michel een bedrijfskundige achtergrond heeft. Samen zien zij in het leveren van maatschappelijke ondersteuning een mooi verdienmodel. Nadia kan als verpleegkundige zelf de ondersteuning leveren, zodat de kosten laag kunnen blijven. Nadia en Michel starten in 2015 hun zorgonderneming 'Zorgbarend' in de vorm van een stichting. Nadia en Michel zijn de enige twee bestuurders van Zorgbarend. Sindsdien levert Zorgbarend in gemeente A en gemeente B maatschappelijke ondersteuning, bestaande uit individuele- en groepsbegeleiding.

Zorgbarend verhuurt daarnaast woonruimte aan haar cliënten. Cliënten zijn tevreden over de begeleiding en de mogelijkheid om een woning te huren. Zorgbarend heeft dan ook een goede reputatie: cliënten die feitelijk nergens anders terecht kunnen, kunnen bij Zorgbarend wel terecht.

Met Zorgbarend gaat het voortvarend. Nadia kan al vrij snel niet langer meer in haar eentje de begeleiding leveren en daarom wordt personeel in dienst genomen. Ook Michel heeft een aantal onlinecursussen gevolgd over het leveren van maatschappelijke ondersteuning, namelijk de cursus "Maatschappelijk Werk en Dienstverlening", "Zorgmanagement", "Zorg en Welzijn", "(Jeugd)hulverlening" en "Woonbegeleiding". Waar nodig springt Michel bij met het bieden van individuele begeleiding.

In 2017 ziet Michel de mogelijkheid om de activiteiten van Zorgbarend uit te breiden en ook jeugdhulp te gaan leveren. Het leveren van jeugdhulp vereist een expertise die Nadia, Michel en het personeel van Zorgbarend niet bezitten. Vanaf 2017 huurt Zorgbarend mensen in voor het leveren van de jeugdhulp. Michel realiseert zich dat het bedenken van bedrijfsconstructies beter bij hem past dan het leveren van individuele- en groepsbegeleiding en stopt met het leveren van maatschappelijke ondersteuning. Zorgbarend gaat Michel inhuren voor zijn diensten op het gebied van management en ondernemerschap.

De cliënten van Zorgbarend hebben ieder een besluit van het college van burgemeester en wethouders van gemeente A of gemeente B waaruit volgt op hoeveel uur ondersteuning of jeugdhulp per week zij recht hebben. Met gemeente A heeft Zorgbarend overeenkomsten gesloten over de levering van individuele- en groepsbegeleiding. Hiervoor wordt Zorgbarend rechtstreeks door de gemeente betaald. Zorgbarend heeft met gemeente B geen overeenkomsten gesloten over de levering van individuele- en groepsbegeleiding en er is ook geen sprake van een subsidie-relatie. In gemeente B wordt de individuele- en groepsbegeleiding aan de cliënten bekostigd vanuit persoonsgebonden budgetten. Zorgbarend stuurt de facturen van de individuele- en groepsbegeleiding door aan de Sociale Verzekeringsbank. De Sociale Verzekeringsbank betaalt deze facturen aan Zorgbarend. De gemeente B betaalt de persoonsgebonden budgetten aan de Sociale Verzekeringsbank.

2. Het onderzoek naar het mogelijk frauduleus en onrechtmatig declareren van zorg

In 2020 ontvangen zowel gemeente A als gemeente B een melding. In beide gemeenten hebben ouders van een cliënt van Zorgbarend geconstateerd dat hun zoon minder begeleiding ontvangt dan waarop hij recht heeft op grond van de beschikking. Beide cliënten hebben recht op vier uur individuele begeleiding per dag, maar ontvangen er feitelijk maar twee. Naar aanleiding van deze meldingen besluiten zowel gemeente A als gemeente B om de ondersteuning en jeugdhulp die Zorgbarend levert te onderzoeken.

Inleiding

Wat moet een gemeente doen als er een melding binnenkomt over vermeende onregelmatigheden of zelfs fraude bij een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert? Het is mogelijk om een onderzoek te starten naar de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, maar waar begin je en wat kan je allemaal doen? En als het onderzoek feitelijk is afgerond, wat moet er precies worden opgenomen in het onderzoeksrapport? Het onderzoeksrapport vormt de spil in het onderzoek naar frauduleus en onrechtmatig declareren van jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning en de basis voor een succesvolle terugvordering.

In dit hoofdstuk gaan wij nader in op de volgende onderwerpen:

- de aanleiding voor een onderzoek;
- het belang van het onderzoek(srapport);
- de insteek van het onderzoek;
- de verschillende mogelijke onderzoeken en de daarbij geldende voorwaarden;
- de privacyaspecten tijdens een onderzoek;
- de bevoegdheden en
- het onderzoeksrapport.



Aanleiding voor het onderzoek

Er zijn verschillende redenen waarom een gemeente een onderzoek start naar een (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. Zo kan het zijn dat de gemeente een algemene controle wil uitvoeren naar de rechtmatigheid en/of doelmatigheid en/of de kwaliteit van de geleverde maatschappelijke ondersteuning⁴ bij alle aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp leveren in de gemeente.

Daarnaast kan het zijn dat een gemeente een bepaald signaal of melding heeft ontvangen dat er iets niet in de haak is bij een bepaalde (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. Deze signalen/meldingen kunnen bijvoorbeeld zijn:

- Een bepaalde aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, heeft een opvallend declaratiepatroon. De SVB en/of een gemeentelijke medewerker bij de declaratieverwerking merkt dit declaratiepatroon op (bijvoorbeeld op grond van een benchmark) en meldt dit bij het college.

Bijvoorbeeld: een aanbieder declareert het maximale bedrag van het persoonsgebonden budget per maand, terwijl de cliënt en de aanbieder niet voor een vast bedrag per maand hebben gekozen. Maatschappelijke ondersteuning/jeugdhulp is echter afhankelijk van de behoeften van een persoon en kan dus per maand verschillen: soms iets meer en soms iets minder. Het is opvallend als telkens weer het maximale bedrag aan persoonsgebonden budget wordt gedeclareerd, omdat dan kennelijk de behoefte iedere maand precies hetzelfde is.

4. Voor jeugdhulp geldt dat de gemeente in ieder geval bevoegd is een controle uit te voeren naar de rechtmatigheid en/of doelmatigheid van de geleverde jeugdhulp. Het is in de praktijk niet steeds duidelijk of en in hoeverre de gemeente ook bevoegd is om onderzoek te doen naar de kwaliteit van de geleverde jeugdhulp. Naar wij menen is de gemeente wel bevoegd om in een overeenkomst met een aanbieder kwaliteitseisen te stellen. In dat geval kan de gemeente ook controleren of de in de overeenkomst opgenomen kwaliteitseisen worden nageleefd.

- Jeugdigen/cliënten die jeugdhulp/maatschappelijke ondersteuning ontvangen, melden zich met klachten bij de gemeente.
- Zij krijgen minder jeugdhulp en/of maatschappelijke ondersteuning dan waar zij recht op hebben.

Bijvoorbeeld: een jongen heeft vier uur individuele begeleiding per week nodig en ook toegewezen gekregen door het college. Bij Zorgbarend krijgt deze jongen maar twee uur individuele begeleiding per week.

- De jeugdhulp en/of maatschappelijke ondersteuning die zij krijgen, is anders dan zij nodig hebben.

Bijvoorbeeld: een jongen heeft vier uur individuele begeleiding per week nodig. Bij Zorgbarend krijgt deze jongen twee uur groepsbegeleiding.

- Derden melden zich met signalen en/of klachten bij de gemeente.
- Ouders, familie en/of vrienden hebben klachten over het aantal uren, de modaliteit en/of de kwaliteit van de geleverde jeugdhulp/maatschappelijke ondersteuning.
- (Ex)medewerkers van de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, melden zich bij de gemeente.

Klachten en/of meldingen kunnen voor het college aanleiding zijn om deze individueel te onderzoeken. Ook kan het een aanleiding zijn om een meer algemeen onderzoek bij een bepaalde aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, te starten. Hiertoe kan het college de klachten en/of meldingen eerst zoveel mogelijk aanvullen met beschikbare informatie. Waar mogelijk probeert het college de klacht en/of melding te verifiëren.

Bijvoorbeeld: de gemeente kan na de melding dat een jeugdige maar twee uur per week individuele begeleiding krijgt in de eigen documenten controleren (1) hoeveel uur individuele begeleiding aan deze jeugdige is toegekend, (2) hoeveel uur aan individuele begeleiding is gedeclareerd, en (3) of er meerdere klachten en/of meldingen zijn binnengekomen over dezelfde (jeugdhulp)aanbieder.

Belang van het onderzoek en het onderzoeksrapport

Als gemeente is het verstandig om vooraf goed na te denken over wat precies het doel is van het onderzoek. Is het bijvoorbeeld een steekproefsgewijze controle of is het een controle met diverse meldingen en klachten als aanleiding? Afhankelijk van het antwoord op deze vraag zal het onderzoek anders ingestoken worden en kan het belang van het onderzoek anders zijn.

En als blijkt dat er iets mis is bij de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert? Dan is het voor de gemeente van belang om te weten welke mogelijke consequenties er aan de uitkomsten van het onderzoek verbonden moeten worden. Hierbij valt te denken aan:

- Het aansturen op verbetering van de ondersteuning door de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert.
- De cliënten zo snel mogelijk overplaatsen naar andere (jeugdhulp)aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp leveren vanwege de slechte kwaliteit van de ondersteuning.
- Het (op korte termijn) staken van de dienstverlening door de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert aan jeugdigen/cliënten waarvoor de gemeente verantwoordelijk is.
- Het terugvorderen van onrechtmatig bestede publieke middelen.

Door hier vooraf over na te denken en de verschillende scenario's te bekijken, kan het onderzoek concreter worden ingezet. Het is immers duidelijker op welke punten getoetst moet worden: rechtmatigheid, doelmatigheid en/of kwaliteit.⁵ Het zal duidelijk dat er andere eisen gelden voor een onderzoek (en het op basis daarvan op te stellen rapport) indien de insteek is om de kwaliteit van de zorgverlening door de aanbieder te verbeteren dan indien het onderzoek (mede) ten doel heeft om in kaart te brengen in hoeverre publieke middelen onrechtmatig zijn besteed en teruggevorderd kunnen worden.

Het vooraf bepalen van het doel van het onderzoek zal er ook toe leiden dat de gemeente nauwkeuriger kan bepalen welke informatie er in het kader van het onderzoek van de aanbieder respectievelijk de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert (nog) nodig is. Op die manier kan het onderzoek met zo weinig mogelijk (onnodige) administratieve lasten voor zowel de aanbieder als de gemeente worden uitgevoerd. Bovendien is een gemeente daardoor beter in staat aan te tonen dat de informatie die zij van de aanbieder vraagt voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Daarnaast is het van belang dat het uitgevoerde onderzoek en het daaruit voortvloeiende onderzoeksrapport helder en inzichtelijk is. Het is dan voor iedereen duidelijk (1) waarom het onderzoek is uitgevoerd, (2) hoe het onderzoek is uitgevoerd, en (3) wat er uit het onderzoek is gebleken. Zo weet de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert bijvoorbeeld op welke punten de zorgverlening kan worden verbeterd, of weten cliënten en/of hun vertegenwoordiger waarom zij worden overgeplaatst.

5. Voor jeugdhulp geldt dat gemeente bevoegd is een controle uit te voeren naar de rechtmatigheid en/of doelmatigheid van de geleverde jeugdhulp. Naar wij menen is de gemeente wel bevoegd om in een overeenkomst met een aanbieder kwaliteitseisen te stellen. In dat geval kan de gemeente controleren of de in de overeenkomst opgenomen kwaliteitseisen worden nageleefd.

Bewijs in een civielrechtelijke procedure

Het onderzoeksrapport speelt een belangrijke rol in een (eventuele) procedure bij de rechter. Een procedure komt in beeld als de gemeente besluit om over te gaan tot terugvordering van de onrechtmatig bestede publieke middelen en/of besluit de bekostiging van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert te beëindigen. In veel gevallen is daarvoor een civielrechtelijke procedure vereist.

In een civiele procedure rust op de eisende partij de stelplicht en (bij voldoende betwisting van de wederpartij) de bewijslast van de stellingen die haar vordering onderbouwen.⁶

Als de gemeente van de aanbieder bijvoorbeeld schadevergoeding vordert vanwege het onrechtmatig (bijvoorbeeld frauduleus) handelen van de aanbieder, dan moet de gemeente die onrechtmatigheid en de omvang van de schade aantonen. Tevens moet zij aantonen dat die schade in voldoende causaal verband staat met en kan worden toegerekend aan de aanbieder. Ook daarom is het van belang dat de gemeente al tijdens het onderzoek rekening houdt met eventuele vervolgstappen en de informatie verzamelt die in het kader van die vervolgstappen relevant is.

Vanuit het oogpunt van efficiënte inzet van onderzoeksmiddelen is het voor de gemeente de moeite waard om te voorkomen dat per declaratie/per cliënt bewijs van onrechtmatig en/of frauduleus handelen geleverd moet worden. Het recht biedt ook verschillende mogelijkheden om de bewijspositie van de gemeente te verlichten, als daarvoor de juiste argumenten worden gegeven. Houd daarom al tijdens het onderzoek rekening met die mogelijkheden. Wij noemen in het kader van deze handreiking een aantal belangrijke mogelijkheden voor de gemeente om haar bewijspositie in een (eventuele) civiele procedure te verlichten:

1. Omkering van de bewijslast op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid

De gemeente heeft zich maximaal ingespannen om tot bewijslevering over te kunnen gaan, maar vanwege de grootschalige fraude en/of de nalatigheid van de (jeugdhulp) aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert om medewerking aan het onderzoek te verlenen en/of de gebleken onbetrouwbaarheid van cliëntendossiers is bewijslevering niet mogelijk. Als de rechter overgaat tot omkering van de bewijslast, dan is het voldoende dat de gemeente heeft gesteld en aannemelijk gemaakt dat sprake is van onrechtmatig en/of frauduleus handelen. Het is dan aan de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert om het tegendeel te bewijzen.

Bijvoorbeeld: gemeente A heeft Zorgbarend sinds januari 2020 meermaals gevraagd om medewerking te verlenen aan het onderzoek. Inmiddels is ook het overleggen van interne protocollen voor het jaar 2019 gevorderd. Zorgbarend weigert echter telkens weer om medewerking te verlenen en heeft ook de gevorderde documenten niet aangeleverd. Na vijf verzoeken en drie vorderingen ontvangt de gemeente op 10 mei 2020 twee ongedateerde protocollen in een Word-format, voorzien van de mededeling dat het hier gaat om de ook met betrekking tot 2019 gehanteerde protocollen. Tijdens een locatiebezoek in juni 2020 treft het college op de computer dezelfde protocollen aan. De aanmaakdatum van de documenten is 3 mei 2020.

Tips voor het onderzoek/het rapport:

- Leg in het rapport vast op welke momenten om medewerking aan het onderzoek is gevraagd en hoe de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, hierop reageert.

6. Artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Bijvoorbeeld: “Bij brief van XX-XX-XXX heeft het college Zorgbarend verzocht om deze documenten aan te leveren en een datum voor een locatiebezoek af te spreken. Zorgbarend heeft geen gehoor gegeven aan het verzoek en ook verder niet gereageerd. Bij brief van XX-XX-XXX heeft het college de documenten gevorderd. Zorgbarend heeft wederom niet gereageerd of de gevraagde documenten aangeleverd.”

- Leg in het rapport gemotiveerd vast of, en zo ja, waarom er twijfels zijn over de betrouwbaarheid van de door de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, aangeleverde/bij hem beschikbare gegevens.

Bijvoorbeeld: “Zorgbarend heeft op 10 mei 2020 twee ongedateerde protocollen in een Word-format aangeleverd. Het college heeft twijfels over de betrouwbaarheid van deze gegevens. Tijdens het locatiebezoek in juni 2020 is op een laptop de digitale versie van deze documenten aangetroffen. De aanmaakdatum van deze documenten is 3 mei 2020. Wij betwijfelen of deze protocollen aanwezig waren in het jaar 2019.”

2. Het uitspreken van een voorshands bewijsvermoeden

Bij een voorshands bewijsvermoeden wordt de partij die eigenlijk bewijs zou moeten leveren (de gemeente) daarvan feitelijk vrijgesteld op grond van een vermoeden van de rechter dat de stellingen van de gemeente voldoende aannemelijk zijn. De gemeente kan de rechter verzoeken om een voorshands bewijsvermoeden aan te nemen, omdat op basis van de beschikbare stukken het structurele karakter van het onrechtmatig en/of frauduleus handelen aannemelijk is geworden. Het is vervolgens aan de wederpartij om het bewijsvermoeden te ontzenuwen.⁷

7. “Ontzenuwen” is minder zwaar dan het tegendeel bewijzen. Voor ontzenuwen is het voldoende als de wederpartij voldoende aannemelijk kan maken dat het bewijsvermoeden onjuist is.

Bijvoorbeeld: Zorgbarend declareert blijkens de benchmark veel meer uren individuele begeleiding in vergelijking tot andere aanbieders, terwijl het zeer onwaarschijnlijk is dat de cliënten van Zorgbarend gemiddeld zoveel meer uren aan individuele begeleiding nodig hebben. Daarnaast heeft de gemeente A een concrete melding ontvangen die wijst op fraude: er worden meer uren gedeclareerd dan er daadwerkelijk wordt geleverd. Gemeente B heeft een soortgelijke melding ontvangen, namelijk dat Zorgbarend feitelijk minder individuele begeleiding levert dan bij de gemeente wordt gedeclareerd. Uit de dossiercontrole blijkt dat bij 15 van de 17 dossiers significant meer uren aan individuele begeleiding worden gedeclareerd dan zijn geleverd (zo blijkt uit de urenverantwoordingen en de agenda's van het personeel). Zorgbarend heeft structureel geweigerd medewerking te verlenen aan het onderzoek. Bovendien heeft Zorgbarend de gevraagde documenten nooit aangeleverd. Al deze omstandigheden – in onderlinge samenhang beschouwd – vormen een sterke aanwijzing dat Zorgbarend heeft gefraudeerd door opzettelijk op grote schaal begeleiding te declareren die niet daadwerkelijk is geleverd. Dit levert een voorshands bewijsvermoeden op dat er inderdaad sprake is van (structurele) fraude.

3. Extrapolatie van de onderzoeksresultaten

Met het gebruiken van extrapolatie hoeft de gemeente niet per declaratie/per cliënt te stellen (en eventueel te bewijzen) dat de (jeugdhulp)aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert onrechtmatig en/of frauduleus heeft gehandeld. Extrapolatie is mogelijk als de gemeente heeft gewerkt met een steekproef die voldoende representatief is. Zo moeten de conclusies op basis van een steekproef inzichtelijk en controleerbaar zijn op consistentie en aanvaardbaarheid.⁸ Uit de steekproef moeten dan ook zinvolle en statistisch gerechtvaardigde conclusies getrokken kunnen worden.⁹ Steekproeven en extrapolatie dienen dan ook te geschieden

8. Centrale Raad van Beroep 3 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9517.

9. Rechtbank Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4644.

volgens een verantwoorde methodiek. Daarbij dient aandacht te worden besteed aan de volgende aspecten:

- De steekproef dient zowel in absolute als relatieve zin van voldoende omvang te zijn om een voldoende betrouwbaar beeld te geven;
- De steekproef dient aselekt te zijn en de gevolgde procedure bij het nemen van de steekproef dient inzichtelijk gemaakt te worden;
- De steekproef dient ook in de tijd gezien representatief te zijn voor de periode waarover de extrapolatie plaatsvindt;
- De extrapolatie dient uitsluitend per soort verrichting plaats te vinden naar het totale bedrag voor die specifieke soort verrichting over de periode waarvoor de steekproef representatief kan worden geacht;
- Bij de extrapolatie van een steekproefresultaat zal een zekere onbetrouwbaarheidsmarge in acht dienen te worden genomen, waarvan de bandbreedte groter zal moeten zijn naarmate de steekproef relatief van geringer omvang was.¹⁰

Het verdient de voorkeur om hier in de opzet en uitvoering van het onderzoek rekening mee te houden door een zodanige steekproef van te controleren cliëntendossiers uit te voeren dat aan (in ieder geval) de bovenstaande eisen wordt voldaan. Indien de steekproef niet aan bovenstaande eisen voldoet bestaat het risico dat de rechter tot het oordeel komt dat de omvang van de fraude niet op basis van extrapolatie kan worden bepaald en dat de gemeente ten aanzien van iedere individuele cliënt/declaratie de bewijslast draagt om aan te tonen dat en in hoeverre er sprake is geweest van fraude.

Insteek van het onderzoek: wat zijn de vragen die moeten worden beantwoord?

Voorafgaand aan het uitvoeren van het onderzoek is het aan te raden om na te denken over de insteek van het onderzoek en welke vragen het college graag beantwoord wil

zien. Hieronder hebben wij acht aspecten opgenomen waarvan wij menen dat het belangrijk is om daar voorafgaand aan het onderzoek een zo concreet mogelijke visie over te hebben.

1. De omschrijving van de – gerechtvaardigde – aanleiding voor het onderzoek.

Uiteraard kunnen de belangen van het onderzoek en/of de belangen van de betrokken jeugdigen/cliënten met zich brengen dat dit op een geanonimiseerde of samengevatte manier gebeurt.

2. De juridische grondslag voor het onderzoek. Op basis van welke bepalingen uit de Wmo 2015 of de Jeugdwet respectievelijk de met de aanbieder gesloten overeenkomst of subsidiebeschikking wordt het onderzoek uitgevoerd?

3. De onderzoeksvraag. Formuleer de onderzoeksvraag zo duidelijk en concreet mogelijk. Hierbij valt te denken aan de volgende vragen:

- Was de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert bevoegd tot levering van de prestatie?
- Komt de prestatie overeen met de indicatie?
- Is de prestatie daadwerkelijk geleverd?
- Is het juiste tarief in rekening gebracht?
- Is de prestatie geleverd overeenkomstig de voorwaarden uit de overeenkomst respectievelijk de subsidiebeschikking?

4. De onderzoeksperiode. De periode kan een rol spelen bij de mogelijkheden om tot terugvordering over te gaan. Indien een onderzoek bijvoorbeeld alleen betrekking heeft op 2019 zal het niet zonder meer mogelijk zijn om op basis van een dergelijk onderzoek ook tot terugvordering over te gaan van bedragen die verband houden met in 2018 geleverde jeugdhulp of maatschappelijke ondersteuning.

¹⁰. Vgl. gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463 en rechtbank Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426.

5. De normen waaraan de feiten die uit het onderzoek kunnen blijken, getoetst moeten worden.

Het onderzoek sterkt ertoe vast te stellen of degene op wie het onderzoek zich richt, zich heeft gedragen overeenkomstig de voor hem geldende normen. Bij normen valt te denken aan wet- en regelgeving, verplichtingen uit overeenkomsten en beschikkingen, maar ook de daaruit volgende prestatiebeschrijvingen en tarieven. Als het onderzoek zich uitstrekt over meerdere tijdvakken (bijvoorbeeld over tweeënhalf jaar) dient een onderscheid te worden gemaakt naar de geldende normen per tijdvak/periode. Deze normen kunnen namelijk per tijdvak/periode verschillen door opeenvolgende overeenkomsten of wijzigingen in wet- en regelgeving.

6. De (rechts)persoon op wie het onderzoek zich richt. Noem altijd het nummer waaronder de rechtspersoon in het Handelsregister (het zogenoemde KvK-nummer) is ingeschreven om verwarring van rechtspersonen te voorkomen.

Michel en Nadia hebben Zorgbarend vormgegeven als stichting, zodat zij allebei onder omstandigheden als bestuurder van de stichting aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden voor onrechtmatig en/of frauduleus handelen. Stel dat zij na verloop van tijd Joris als geldschietter aantrekken en de rechtsvorm van de onderneming veranderen in een besloten vennootschap. Michel, Nadia en Joris zijn alle drie door middel van persoonlijke besloten vennootschappen bestuurder van Zorgbarend. In dat geval is de periode van onrechtmatig handelen voor Michel en Nadia anders dan voor Joris. Afhankelijk van de onderzoeksperiode kunnen alleen Michel en Nadia verantwoordelijk worden gehouden. Heeft het onderzoek echter ook betrekking op de periode waarin Joris als bestuurder betrokken is, dan kan mogelijk ook Joris verantwoordelijk worden gehouden.

7. Een beschrijving van de te hanteren onderzoeksmethode. Noem de wijze waarop het onderzoek is vormgegeven. Welke methoden zijn gebruikt? Hoe zijn bepaalde berekeningen uitgevoerd?

8. De eventueel te treffen maatregelen. Mochten eventueel onregelmatigheden worden geconstateerd, dan is het goed om vooraf nagedacht te hebben over eventuele maatregelen. Wil het college ten onrechte betaalde gelden terugvorderen, dan is het handig om het onderzoek zo in te richten dat uitkomsten eventueel geëxtrapoleerd kunnen worden (zie meer uitgebreid hiervoor).

Verschillende onderzoeken mogelijk: welke bevoegdheden heeft de gemeente om onderzoek te doen?

De gemeente kan gebruik maken van meerdere bevoegdheden. Hierbij moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het wettelijk kader dat van toepassing is (de Wmo 2015 respectievelijk de Jeugdwet) en anderzijds de vraag of het gaat om een aanbieder (lees: lees een partij die door de gemeente is gecontracteerd of waarmee de gemeente een subsidie-relatie heeft) dan wel een derde die uit een pgb wordt bekostigd. Hieronder hebben wij een samenvattend overzicht opgenomen van de verschillende bevoegdheden die de gemeente heeft.¹¹ Tenzij anders aangegeven komen de bevoegdheden toe aan het college.

¹¹ Wij beperken ons in dit overzicht tot de specifieke bevoegdheden van de gemeente om controles uit te voeren met betrekking tot de rechtmatigheid (en doelmatigheid) van door aanbieders of derden gedeclareerde maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp. Het college beschikt op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet daarnaast over een algemene onderzoeksbevoegdheid om vast te stellen in hoeverre een cliënt of een jeugdige nog is aangewezen op een individuele voorziening en voldoet aan de daarvoor geldende voorwaarden en de daaraan verbonden verplichtingen. Als voorbeeld kan in dat verband worden gewezen op de bevoegdheden die het college heeft in het kader van de verplichting om periodiek te onderzoeken of er aanleiding is een beslissing tot het toekennen van een maatwerkvoorziening of een pgb te heroverwegen (artikel 2.3.9 Wmo 2015).

	Aanbieder	Derde die ten laste van een pgb wordt bekostigd
Wmo 2015	Toezichtsbevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend door aangewezen toezichthouders (artikel 6.1 Wmo 2015 en artikel 5:15-5:19 Awb). De belangrijkste bevoegdheden zijn: • Het betreden van plaatsen • Het vorderen van inlichtingen • Inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (met inbegrip van cliëntendossiers)	Toezichtsbevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend door aangewezen toezichthouders (artikel 6.1 Wmo 2015 en artikel 5:15-5:19 Awb). De belangrijkste bevoegdheden zijn: • Het betreden van plaatsen • Het vorderen van inlichtingen • Inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (met inbegrip van cliëntendossiers)
	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de gemeentelijke verordening	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de gemeentelijke verordening
	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de overeenkomst tussen de aanbieder en de gemeente respectievelijk de subsidie-beschikking en/of de van toepassing zijnde subsidieregels.	
Jeugdwet	Het uitvoeren van een formele controle, materiële controle en fraudeonderzoek (inclusief in voorkomend geval het uitvoeren van een detailcontrole).	
	Toezichtsbevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend door aangewezen toezichthouders (De op grond van artikel 2.9 Jeugdwet vastgestelde verordening en artikel 5:15-5:19 Awb). De belangrijkste bevoegdheden zijn: • Het betreden van plaatsen • Het vorderen van inlichtingen • Inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (let op: de toezichthouder heeft geen recht op inzage in dossiers van jeugdigen. De jeugdhulpverlener heeft een beroepsgeheim en is daarom niet verplicht inzage te geven in het dossiers (5:20 lid 2 Awb). Anders dan in de Wmo 2015 bepaalt de Jeugdwet niet dat gemeentelijke toezichthouders in afwijking van de Awb wel inzage mogen hebben in dossiers).	Toezichtsbevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend door aangewezen toezichthouders (De op grond van artikel 2.9 Jeugdwet vastgestelde verordening en artikel 5:15-5:19 Awb). De belangrijkste bevoegdheden zijn: • Het betreden van plaatsen • Het vorderen van inlichtingen • Inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (let op: de toezichthouder heeft geen recht op inzage in dossiers van jeugdigen. De jeugdhulpverlener heeft een beroepsgeheim en is daarom niet verplicht inzage te geven in het dossiers (5:20 lid 2 Awb). Anders dan in de Wmo 2015 bepaalt de Jeugdwet niet dat gemeentelijke toezichthouders in afwijking van de Awb wel inzage mogen hebben in dossiers).
	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de gemeentelijke verordening	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de gemeentelijke verordening
	Bevoegdheden die zijn opgenomen in de overeenkomst tussen de aanbieder en de gemeente respectievelijk de subsidiebeschikking en/of de van toepassing zijnde subsidieregels.	

De gemeente is in beginsel vrij om indien er meerdere onderzoeksbevoegdheden bestaan daarbij zelf een keuze te maken, mits het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen. Concreet betekent dit dat de controle noodzakelijk, proportioneel en subsidiair dient te zijn.¹² De gekozen controle, het daarbij behorende doel en de middelen dienen evenredig te zijn in verhouding tot de mogelijke rechtsinbreuk waarop wordt gereageerd (proportionaliteit). Het college mag bijvoorbeeld niet zonder enige aanleiding beginnen met het uitgebreid onderzoeken van alle cliëntendossiers. Daarnaast moet het college kiezen voor de minst ingrijpende route als een bepaald doel langs meerdere wegen kan worden bereikt (subsidiariteit).

In de volgende paragrafen staan wij bij de verschillende mogelijkheden tot het doen van onderzoek nader stil. Daarbij gaan wij ook steeds in op de mogelijkheden om (bijzondere) persoonsgegevens te verwerken. Tevens kijken we naar de mogelijkheden om maatregelen te nemen tegen de aanbieder respectievelijk de derde die ten laste van een pgb wordt bekostigd indien de medewerking aan het onderzoek ten onrechte wordt geweigerd.

Toezicht op de naleving van de Wmo 2015

Het college is op grond van artikel 6.1 van de Wmo 2015 bevoegd om toezichthouders aan te wijzen die bevoegd zijn om toe te zien op de naleving van de Wmo 2015 en de daarop gebaseerde gemeentelijke regels en voorwaarden die het college ter voldoening aan de wettelijke regels en verordeningen in overeenkomsten respectievelijk subsidiebeschikkingen met aanbieders heeft opgenomen.¹³ Deze toezichthouder kan bewijsmiddelen vergaren, bijvoorbeeld om aan te tonen dat er sprake is van opzet. De gemeentelijke toezichthouder heeft daarvoor de beschikking over de bevoegdheden uit de Awb.¹⁴

Deze bevoegdheden zijn:

- Het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb);
- Het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb);
- Het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb);
- Het onderzoeken, opnemen en het nemen van monsters van zaken (artikel 5:18 Awb);
- Het onderzoeken van vervoermiddelen (artikel 5:19 Awb).

Eenieder is verplicht de toezichthouder binnen een redelijke termijn medewerking te verlenen bij de uitoefening van deze bevoegdheden, voor zover die medewerking redelijkerwijs kan worden gevorderd (artikel 5:20 lid 1 Awb). Medewerking kan alleen worden geweigerd door personen voor zover geheimhouding voortvloeit uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift (artikel 5:20 lid 2 Awb). In afwijking van artikel 5:20 lid 2 Awb zijn de toezichthouders echter ook bevoegd tot inzage in de dossiers voor zover dat voor de vervulling van hun taak noodzakelijk is.¹⁵ Aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning verlenen kunnen dus niet met een beroep op het beroepsgeheim weigeren mee te werken aan het verzoek van de toezichthouder om inzage in het dossier.

Het lijkt niet mogelijk om medewerking bestuursrechtelijk af te dwingen. In de Wmo 2015 is geen bevoegdheid voor de toezichthouder/het college opgenomen om door middel van een last onder bestuursdwang/dwangsom medewerking aan het toezicht af te dwingen. De algemene bestuursdwangbevoegdheid (en de daaraan gekoppelde dwangsombevoegdheid) van het college (artikel 125 Gemeentewet) kan niet worden gebruikt om medewerking aan toezicht af te dwingen.¹⁶ Wel is het volgens ons mogelijk om medewerking via een civiele procedure (bijvoorbeeld een kort geding) af te dwingen.

¹². Vgl. rechtbank Den Haag 15 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4789.

¹³. Kamerstukken II 2013–2014, 33841, 3, p. 188.

¹⁴. Kamerstukken II 2013–2014, 33841, 34, p. 265.

¹⁵. Artikel 6.1 lid 2 Wmo 2015.

¹⁶. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 30 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6023. Zie ook: voorzieningenrechter rechtbank Overijssel 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2705.

Van een onaanvaardbare doorkruising van de Wmo 2015 is daarbij volgens ons geen sprake, al was het maar omdat met het publiekrechtelijk instrumentarium de medewerking niet kan worden afgedwongen. Opzettelijke weigering van medewerking door aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning leveren aan het toezicht is strafbaar.¹⁷

Voor zover de toezichthouder in het kader van het toezicht (bijzondere) persoonsgegevens wenst te verwerken, is dat alleen mogelijk indien die gegevens noodzakelijk zijn voor een goede uitoefening van het toezicht of het nemen van maatregelen ter handhaving van wettelijke voorschriften.¹⁸ Wij kunnen ons voorstellen dat de gemeente bij het vorderen van (bijzondere) persoonsgegevens zoveel mogelijk aansluit bij de voorwaarden die in de Regeling Jeugdwet zijn opgenomen voor het kunnen uitvoeren van een detailcontrole in het kader van een materiële controle of een fraudeonderzoek (inclusief de mogelijkheid van een detailcontrole). Die voorwaarden strekken er namelijk toe om te waarborgen dat dergelijke onderzoeken voldoen aan de eisen die in onder meer de AVG worden gesteld aan de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens.

Toezicht op de naleving van de Jeugdwet

De Jeugdwet bevat geen expliciete bevoegdheid voor het college om toezichthouders aan te wijzen. Het toezicht wordt in de Jeugdwet immers op rijksniveau uitgeoefend (het kwaliteitstoezicht door de Inspectie gezondheidszorg en jeugd en het overige toezicht door ambtenaren die door de minister zijn aangewezen). Wel achten wij het mogelijk om een gemeentelijke toezichthouder aan te wijzen in verband met het toezicht op de naleving van de regels uit de gemeentelijke verordening met betrekking tot het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik. Vereist is wel dat die aanwijzing bij of krachtens wettelijk voorschrift geschiedt¹⁹ en dus gebaseerd is op de gemeentelijke verordening.

Voor zover er sprake is van aangewezen toezichthouders, geldt daarvoor in grote lijnen hetzelfde als wat hiervoor met betrekking tot de Wmo 2015 is opgemerkt. Wel geldt onder de Jeugdwet dat de mogelijkheid voor de toezichthouders om cliëntendossiers in te zien, beperkter is dan onder de Wmo 2015.²⁰ Het staat een jeugdhulpverlener vrij om met een beroep op zijn of haar wettelijke geheimhoudingsverplichting de medewerking te weigeren aan het verzoek van een gemeentelijke toezichthouder om een cliëntendossier in te zien.

17. Artikel 184 Sr: het weigeren van een ambtelijk bevel.

18. Artikel 5.1.1 en 5.2.2 Wmo 2015.

19. Artikel 5:11 Awb.

20. Artikel 5:20 lid 2 Awb jo. artikel 7.3.11 en 7.4.0. Jeugdwet. Overigens geldt voor de toezichthouders op rijksniveau wel dat zij toegang tot de cliëntendossiers hebben (artikel 9.2 Jeugdwet)

Overeenkomst tussen de gemeente en de aanbieder/subsidiebeschikking gericht aan de aanbieder

Het totstandkomen van een overeenkomst tussen de gemeente en een aanbieder is een proces van vertrouwen en samenwerking. In een overeenkomst passen echter wel afspraken over de rechtmatigheid, waaronder de wijze waarop de gemeente dit aspect bij de aanbieder controleert. Wij menen dan ook dat in een overeenkomst de wijze van controle of onderzoeksbevoegdheden opgenomen kunnen worden. Daarbij geldt volgens ons wel als grens dat een aanbieder niet contractueel kan worden verplicht om, buiten de gevallen waarin de aanbieder daartoe op grond van de wet al kan worden verplicht (zie het schema hierboven), aan de gemeente in het kader van een onderzoek persoonsgegevens met betrekking tot haar cliënten te verstrekken. Naar wij menen kwalificeert een overeenkomst met een aanbieder namelijk niet als een deugdelijke rechtsgrondslag op grond waarvan het college bevoegd is om persoonsgegevens van cliënten te verwerken. Dit geldt te meer voor gezondheidsgegevens, waar nog strengere regels gelden voor de verwerking daarvan. Concreet betekent dit dat de gemeente in een overeenkomst geen controlebevoegdheden mag opnemen die leiden tot de verwerking van persoonsgegevens van de cliënten. Wat volgens ons wél mag, is het opnemen van bepalingen in de overeenkomst op grond waarvan de aanbieder verplicht is mee te werken aan onderzoeken waarbij geen persoonsgegevens van cliënten worden verwerkt (denk aan de verplichting om mee te werken aan een boekenonderzoek waarbij geen inzage wordt genomen in stukken die persoonsgegevens van de cliënten bevatten). Verder menen wij dat het mogelijk is dat de gemeente in de overeenkomst opneemt dat de aanbieder verplicht is medewerking te verlenen aan bij of krachtens de Wmo 2015 respectievelijk de Jeugdwet door de gemeente uitgevoerde onderzoeken. De meerwaarde van een dergelijke bepaling kan bijvoorbeeld zijn dat een dergelijke bepaling kan worden versterkt met een door de aanbieder te verbeuren boete indien de verplichting niet wordt nagekomen.

Daarnaast kan de gemeente de bevoegdheid om betalingen (gedeeltelijk) op te schorten dan wel de overeenkomst te ontbinden²¹ in de overeenkomst opnemen voor het geval dat de aanbieder (ten onrechte) geen medewerking verleent aan het onderzoek.²² Bovendien zou voorzien kunnen worden in een bevoegdheid om (een deel van) de betaling (tijdelijk) op te schorten gedurende een fraudeonderzoek. Het gebruiken van dergelijke bevoegdheden dient uiteraard geen automatisme te zijn, maar vergt van geval tot geval een afweging van de aan de orde zijnde omstandigheden.

Indien de financiële relatie met de aanbieder vorm is gegeven door middel van een subsidie, geldt het volgende. Het lijkt ons mogelijk om in de subsidieverleningsbeschikking (of in de subsidieverordening) de verplichting op te nemen om mee te werken aan onderzoeken naar de rechtmatigheid van de besteding van de subsidiemiddelen. Het voordeel van het opnemen van een dergelijke verplichting is dat indien de aanbieder (ten onrechte) weigert mee te werken aan het onderzoek de gemeente in beginsel de mogelijkheid heeft om de subsidie om die reden lager vast te stellen of (in het uiterste geval) in te trekken.²³ Als er voldoende aanwijzingen bestaan dat er bij een aanbieder sprake is (geweest) van fraude of een andere vorm van onrechtmatige besteding van de subsidiemiddelen, bestaat de bevoegdheid om de betaling van subsidiebedragen of voorschotten gedurende maximaal 13 weken op te schorten hangende het onderzoek.²⁴

21. *Bij het opschorten van de overeenkomst wil de gemeente dat de aanbieder alsnog de afspraken nakomt en schort daarom de eigen verplichtingen tijdelijk op totdat de aanbieder aan haar verplichtingen gaat voldoen. Bijvoorbeeld: de aanbieder verzuimt de afspraken na te komen, dan schort de gemeente de betaling van de declaraties op, maar dan blijft de overeenkomst tussen partijen bestaan. Bij ontbinding wordt de overeenkomst zelf beëindigd.*

22. *Indien er een contractuele bepaling ontbreekt zal aan de hand van de bepalingen in het BW moeten worden bepaald of en in hoeverre opschorting (6:52-6:57 BW en 6:262-264 BW) of ontbinding (artikel 6:265 BW) mogelijk is.*

23. *Artikel 4:46 en 4:48 Awb.*

24. *Artikel 4:56 Awb.*

Controle en fraudeonderzoeken (inclusief detailcontroles) op grond van de Jeugdwet)

Op grond van de Regeling Jeugdwet zijn er drie soorten controles mogelijk, namelijk de formele controle, de materiële controle en het fraudeonderzoek. Bij een materiële controle en een fraudeonderzoek kan tevens sprake zijn van een detailcontrole (kort gezegd een onderzoek naar bij de aanbieder berustende persoonsgegevens), waarvoor aanvullende regels gelden. Daarbij geldt dat uitsluitend jeugdhulpaanbieders waarmee de gemeente een overeenkomst heeft gesloten of waaraan het college een subsidie heeft verstrekt wettelijk verplicht zijn om aan voornoemde controles mee te werken. Derden die ten laste van een pgb jeugdhulp verlenen kunnen dus niet aan dergelijke onderzoeken worden onderworpen.

Controles en fraudeonderzoeken hebben veelal betrekking op persoonsgegevens en – in het bijzonder – gezondheidsgegevens. Deze gezondheidsgegevens kwalificeren als bijzondere persoonsgegevens als bedoeld in de AVG.²⁵ De AVG is van toepassing bij de verwerking van persoonsgegevens. Een verwerking is onder meer het verzamelen, vastleggen, ordenen, raadplegen en verstrekken van gegevens.²⁶ Alles wat met persoonsgegevens kan worden gedaan, geldt als een verwerking. Bovendien mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt als daarvoor een in de AVG genoemde deugdelijke grondslag bestaat.²⁷ Hiervan is bijvoorbeeld sprake als er een wettelijke verplichting geldt of als de verwerking noodzakelijk is voor de uitoefening van een publieke taak.²⁸ Voor verwerking van gezondheidsgegevens gelden daarnaast extra strenge regels.²⁹ Het college mag gezondheidsgegevens niet verwerken, tenzij dat noodzakelijk is in

verband met een in de AVG opgenomen rechtmatige grondslag voor deze verwerking. Deze grondslagen zijn voor zover hier van belang:

- Uitdrukkelijke toestemming;
- Verwerking is noodzakelijk voor het beheren van gezondheidszorgstelsels;
- Verwerking is noodzakelijk in verband met een zwaarwegend algemeen belang.

Het voorkomen van fraude is in de considerans bij de AVG (randnummer 47) uitdrukkelijk genoemd als een zwaarwegend algemeen belang. Uit de considerans volgt verder dat de verwerking van gezondheidsgegevens ook mogelijk is in het kader van het lokale toezicht op gezondheidszorgstelsels. Wij menen dat recht- en doelmatigheidscontroles noodzakelijk zijn in verband met een zwaarwegend belang én in het kader van het toezicht door de gemeente op de naleving van de Wmo 2015 en de Jeugdwet. Gezondheidsgegevens kunnen alleen worden ingezien bij een detailcontrole en deze controle is met extra waarborgen omkleed. De Regeling Jeugdwet strekt ertoe om te waarborgen dat aan de eisen uit de AVG wordt voldaan.

De formele controle

De eerste controlemogelijkheid is de formele controle. Hierbij wordt de door de aanbieder ingediende declaratie gecontroleerd op formele punten. Bij een formele controle kan de declaratie aan de volgende vragen worden getoetst:

- Betreft de declaratie een prestatie die is geleverd ten behoeve van een cliënt waarvoor de gemeente verantwoordelijk is?
- Betreft de declaratie een prestatie voor een in de wet bedoelde dienst?
- Is de aanbieder bevoegd deze dienst jegens de gemeente te leveren?
- Komt het in rekening gebrachte tarief overeen met daartoe door of namens het college gemaakte afspraken of subsidievoorwaarden dan wel sluit het tarief in hoogte aan bij hetgeen in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten?

²⁵. Artikel 4 lid 1 AVG.

²⁶. Artikel 4 lid 2 AVG.

²⁸. Voor het uitvoeren van controles zijn dat paragraaf 7.4 Jeugdwet in samenhang met paragraaf 6.b Regeling jeugdwet en hoofdstuk 5 Wmo 2015.

²⁹. Artikel 9 lid 1 AVG en artikel 22 UAVG, Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 3, p. 110.

Als er uit de formele controle bijzonderheden blijken, dan kan overgegaan worden tot nader onderzoek. Bijzonderheden zijn bijvoorbeeld het ontbreken van vereiste informatie, of dat bepaalde gegevens onderling tegenstrijdig en/of in strijd zijn met eerder ingediende declaraties. Mogelijkheden om dergelijke onvolledigheden en tegenstrijdigheden te signaleren kunnen met de ICT-afdeling besproken worden.

Gemeenten hebben voor de formele controle geen (delen van) (jeugd)hulpverleningsdossiers of hulpverleningsplannen nodig.³⁰ Vaak kan worden volstaan met de gegevens uit de declaraties (gegevens ontvanger van hulp, gedeclareerde prestatie en het tarief, de inkoopovereenkomst of subsidiebeschikking). Gemeenten zullen vaak zelf al over deze gegevens beschikken. In zoverre kan vaak een formele controle zonder medewerking van een (jeugdhulp)aanbieder worden verricht.

De materiële controle

Sommige controles kan het college uitvoeren, omdat zij zelf over de daarvoor benodigde gegevens beschikt (bijvoorbeeld de formele controle). Bij een controle kan het echter voorkomen dat het college (persoons)gegevens moet controleren en daar zelf niet over beschikt. Deze gegevens worden bij de aanbieder opgevraagd of ingezien en door het college gecontroleerd ten behoeve van een materiële controle of fraudeonderzoek. In het kader van zowel een materiële controle als een fraudeonderzoek kan een detailcontrole worden uitgevoerd.

De materiële controle is een onderzoek waarbij het college of een door het college aangewezen persoon nagaat of de gedeclareerde prestatie is geleverd en of die prestatie:

- aansluit bij een door of namens het college afgegeven beschikking, inhoudende dat recht bestaat op preventie of jeugdhulp;
- indien het college een aanbieder heeft gemandateerd om namens hem preventie of jeugdhulp te verstrekken, binnen dat mandaat valt;

- past binnen een verwijzing door een huisarts, medisch specialist of jeugdarts;
- aansluit op een door de gecertificeerde instelling genomen beschikking als bedoeld in artikel 3.5 van de Jeugdwet, inhoudende dat jeugdhulp aangewezen is, of
- aansluit op een rechterlijke uitspraak, inhoudende dat de jeugdige is aangewezen op een kindbeschermingsmaatregel of op jeugdreclassering.³¹

Bij een materiële controle verloopt het onderzoek volgens een stappenplan.

1. Vaststellen van het doel van de controle

Wanneer is er voldoende zekerheid verkregen dat een bepaalde prestatie ook daadwerkelijk is geleverd? Welke maatstaven worden gebruikt?

Bijvoorbeeld: bij een steekproefsgewijze controle bij aanbieders op rechtmatigheid wordt de helft van de declaraties gecontroleerd met de administratie bij de aanbieder. Het college van de gemeente A neemt als uitgangspunt dat 85% van de declaraties juist moeten zijn. Het college van gemeente B wil dat 90% van de declaraties juist is. Bij de controle blijkt dat 90% overeenkomt en juist is gedeclareerd. De colleges van gemeente A en B hebben na deze controle voldoende zekerheid verkregen dat de declaraties rechtmatig zijn.

2. Het uitvoeren van een algemene risicoanalyse³²

Een algemene risicoanalyse is een analyse om te bepalen op welke gegevens de materiële controle zich zal richten. Met andere woorden, wat is het onderwerp van de materiële controle. Welke sectoren worden onderzocht? Of welke verstrekkingen, bijvoorbeeld declaraties van individuele begeleiding? Deze eerste analyse wordt uitgevoerd met de gegevens die het college zelf in bezit heeft.

³⁰. Staatscourant 2016, nr. 44178, p. 13.

³¹. Artikel 6b.2 Regeling Jeugdwet.

³². Artikel 6b.3 lid 1 Regeling Jeugdwet.

3. Het vaststellen van een algemeen controleplan³³

In het algemene controleplan wordt in algemene bewoordingen genoemd waarom controles – al dan niet steekproefsgewijs – uitgevoerd zullen worden en langs welke algemene lijnen deze controles zullen plaatsvinden. Hierin zijn bijvoorbeeld opgenomen op welke doelen de controle ziet (rechtmatigheid, doelmatigheid en/of kwaliteit) en welke controle-instrumenten/-methoden gebruikt zullen worden. Het algemene controleplan voorziet niet in de inzet van een detailcontrole (zie hierna). Het algemene controleplan wordt openbaar gemaakt, zodat de jeugdigen, hun ouders/vertegenwoordigers en de aanbieders het controleplan gemakkelijk kunnen verkrijgen.³⁴

4. Het uitvoeren van de controle volgens het algemene controleplan

Het uitvoeren van de controle volgens het algemene controleplan vindt plaats op basis van gegevens waar het college zelf over beschikt. Hierbij valt te denken aan:

- Statistische analyses en logica- en verbandcontroles.
- Beoordelen van specifieke informatie die is verkregen van de aanbieder, zoals een accountantsverklaring en/of bestuursverklaring dat de administratieve organisatie en interne controle op orde zijn.
- Beoordeling van concrete signalen en naar aanleiding daarvan verkregen informatie, zoals:
 - resultaten van een formele controle;
 - resultaten van een uitgevoerde algemene controle;
 - signalen met betrekking tot een aanbieder die voortvloeien uit de statistische analyse en/of verbandcontrole;
 - afwijkend of onjuist declaratiegedrag;
 - signaal van collega's, beroepsorganisaties of inspectie;
 - signaal van houders van persoonsgebonden budgetten en/of cliënten;
 - berichtgeving in de media.

³³. Artikel 6b.3 lid 2 Regeling Jeugdwet.

³⁴. Artikel 6b.4 Regeling Jeugdwet.

5. Het vaststellen of het controledoel is bereikt

Na de controle kan op basis van de bevindingen worden geconcludeerd of het controledoel is bereikt.

Bijvoorbeeld: na controle van 50% van de declaraties wordt geconcludeerd dat 97% van de declaraties overeenkomen met de administratie van Zorgbarend. Het college van gemeente A had als controledoel dat 85% van de gecontroleerde declaraties juist moest zijn. Het college van de gemeente B had als controledoel dat 90% van de gecontroleerde declaraties juist moest zijn. In dit geval hebben de colleges van beide gemeenten voldoen de zekerheid verkregen dat de declaraties rechtmatig zijn. Dit betekent dat de controle bij Zorgbarend voor die periode ten einde is.

Wij willen graag benadrukken dat als het controledoel is bereikt er op een later moment altijd nog nieuwe controles kunnen worden verricht. Een detailcontrole is dan echter alleen nog mogelijk als er van een ander dan het college afkomstige of uit de uitgevoerde controle voortvloeiende aanwijzingen zijn waaruit blijkt dat er sprake is van onvoldoende zekerheid.

6. Zo nee: het uitvoeren van een specifieke risicoanalyse³⁵

Een specifieke risicoanalyse is een analyse die erop is gericht te bepalen op welke gegevens en op welke aanbieders of categorieën van aanbieders van jeugdhulp of preventie of op welke gecertificeerde instellingen de detailcontrole zich zal richten. De specifieke risicoanalyse (en de uitvoering van een eventuele detailcontrole) worden in de administratie van de gemeente vastgelegd.

³⁵. Artikel 6b.6 Regeling Jeugdwet. Indien sprake is van een detailcontrole is de grondslag van de specifieke risicoanalyse artikel 6b.5, eerste lid, onder a, Regeling Jeugdwet.

7. Het opstellen van een specifiek controledoel en controleplan

Bij het vaststellen van een specifiek controledoel kan worden gedacht aan de vaststelling of en in hoeverre de door een specifieke aanbieder in verband met individuele begeleiding ingediende declaraties daadwerkelijk verband houden met het leveren van individuele begeleiding overeenkomstig de gedeclareerde en geïndiceerde omvang. In het controleplan worden vervolgens de specifiek in te zetten methodes van detailcontrole beschreven. Het kan hierbij om lichtere vormen van detailcontrole gaan (zoals het opvragen van persoonsgegevens van de betreffende jeugdigen zonder dat inzage wordt genomen in de administratie van de aanbieder), maar ook om zwaardere vormen zoals het (al dan niet steekproefsgewijs) inzien van het dossier van een jeugdige. Uit het controleplan dient steeds te blijken dat de in te zetten controles niet verder gaan dan gelet op het onderzoeksdoel en de omstandigheden van het te onderzoeken geval noodzakelijk zijn.

8. Indien noodzakelijk: het uitvoeren van de detailcontrole

De detailcontrole wordt bij de desbetreffende aanbieder aangekondigd en de noodzaak daarvan wordt gemotiveerd. Een detailcontrole vindt zo mogelijk plaats zonder inzage in cliëntdossiers, omdat deze dossiers gezondheidsgegevens bevatten. Gezondheidsgegevens zijn bijzondere persoonsgegevens en mogen vanuit privacyoverwegingen niet zomaar ingezien worden. Bij een detailcontrole valt te denken aan bijvoorbeeld een controle van de werkroosters, administratie en een agendaonderzoek. Als niet voldoende zekerheid kan worden verkregen, dan kan (steekproefsgewijs) inzage in de cliëntdossiers nodig zijn.

9. De mededeling van de uitkomsten van de controle en de gelegenheid tot hoor en wederhoor

Het college is verplicht de aanbieder op de hoogte te stellen van de zakelijke inhoud van de voorgenomen uitkomsten van de controle. Het college dient de aanbieder in de gelegenheid te stellen daarop binnen een redelijke termijn te reageren. Het toepassen van hoor en wederhoor draagt bij aan de betrouwbaarheid van de uitkomsten van het onderzoek.

Soms is het horen van een aanbieder een contractuele verplichting. Een termijn van twee weken is over het algemeen een redelijke termijn voor een (eerste) reactie op de bevindingen. Het niet bieden van een gelegenheid tot hoor en wederhoor kan afbreuk doen aan het gewicht dat de rechter aan het rapport toekent. Daar staat tegenover dat het niet toepassen van hoor en wederhoor de aanbieder in een eventuele procedure er niet van ontslaat om alsnog gemotiveerd de bevindingen uit het onderzoek te betwisten.³⁶

10. Het bepalen van de gevolgen van de controle-uitkomst

Naar aanleiding van de bevindingen kan het college bezien wat de gevolgen zijn voor de (jeugdhulp)aanbieder. Te denken valt aan het opstellen van een verbetertraject of het nemen van maatregelen (zie hoofdstuk 3).

De detailcontrole

Een detailcontrole is een onderzoek door het college of door een door het college aangewezen persoon naar bij een aanbieder berustende persoonsgegevens met betrekking tot jeugdigen die hun woonplaats hebben in de gemeente waarvoor het desbetreffende college werkzaam is, ten behoeve van materiële controle of fraudeonderzoek.

Een detailcontrole kan onderdeel zijn van een materiële controle, zoals al blijkt uit het hiervoor weergegeven stappenplan. Voor een detailcontrole die wordt ingezet als onderdeel van de materiële controle gelden de volgende voorwaarden waaraan voldaan moet worden voordat een detailcontrole kan worden uitgevoerd:³⁷

36. *Rechtbank Gelderland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3628 en rechtbank Gelderland 30 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3728. In hoger beroep tegen het laatste vonnis (ECLI:NL:RBGEL:2018:3728) heeft het hof het volgende geoordeeld over hoor en wederhoor: "Wat daarvan zij (...) dan neemt dat niet weg dat [geïntimeerde] bedoelde stukken ook in deze procedure, waarin deze alle in het geding zijn gebracht en hem de mogelijkheid van weerwoord is geboden, niet toereikend heeft weersproken." Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5461.*

37. *Artikel 6b.5 Regeling Jeugdwet. Voor zover de detailcontrole wordt ingezet als onderdeel van het fraudeonderzoek gelden deels anders regels.*

- Een detailcontrole mag alleen worden uitgevoerd als een specifieke risicoanalyse is uitgevoerd op de bevindingen uit de algemene controle.
- Naar aanleiding van deze specifieke risicoanalyse is een specifiek controleplan met een specifiek controledoel opgesteld.
- Zonder detailcontrole kan het specifieke doel van de materiële controle niet worden bereikt.
- Uit het specifieke controleplan blijkt dat niet meer persoonsgegevens worden verwerkt dan noodzakelijk is, gelet op het onderzoeksdoel en de omstandigheden van het geval.
- Het college heeft voorafgaand aan de uitvoering van de detailcontrole toereikende informatie verstrekt aan de aanbieder waarin is gemotiveerd dat aan de bovenstaande voorwaarden is voldaan.

Als er niet aan de voorwaarden is voldaan, kan een detailcontrole toch worden uitgevoerd als door de jeugdige respectievelijk diens wettelijke vertegenwoordiger toestemming is verleend voor verstrekking van gegevens over de gezondheid van de jeugdige aan het college.³⁸

Daarnaast gelden bij een detailcontrole de volgende specifieke regels:

- De uitvoering van de detailcontrole geschiedt in opdracht van het college door of onder verantwoordelijkheid van specifieke personen die een geheimhoudingsplicht hebben (zoals bijvoorbeeld artsen, jeugdhulpverleners, of psychologen).³⁹
- Het college informeert de aanbieder over de zakelijke inhoud van de voorgenomen uitkomsten van de detailcontrole en stelt hem in de gelegenheid daarop binnen een redelijke termijn te reageren. Het college betreft de reactie van de aanbieder bij de vaststelling van de definitieve uitkomsten van de detailcontrole en bericht deze uitkomsten aan de aanbieder.⁴⁰
- De persoonsgegevens mogen niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor het doel waarvoor zij zijn verkregen. Deze gegevens worden slechts verder gebruikt voor zover dat noodzakelijk is voor:
 - Het verrichten van werkzaamheden die uit de detailcontrole voortvloeien, of
 - Het verrichten van fraudeonderzoek.⁴¹

³⁸. Artikel 6.5b, derde lid, van de Regeling Jeugdwet.

³⁹. Artikel 6.5b, tweede lid, van de Regeling Jeugdwet

⁴⁰. Artikel 6.5b, vierde lid, van de Regeling Jeugdwet.

⁴¹. Artikel 6b.6 lid 2 en 3 Regeling Jeugdwet.



Het fraudeonderzoek

(Zorg)fraude is volgens uitspraken van de civiele rechter het opzettelijk declareren van niet geleverde zorg en/of het in rekening brengen van een bepaalde prestatie terwijl er feitelijk een andere prestatie is geleverd ten einde een vergoeding te ontvangen waarop geen aanspraak bestaat.⁴² Het (opzettelijk) overtreden van declaratieregels kan ook fraude zijn. Zo kan een jeugdhulpaanbieder:

- tweemaal dezelfde jeugdhulp voor dezelfde jeugdige declareren (dubbele claim), of
- een variabele prestatie/toeslag voor bepaalde jeugdhulp extra declareren (dubbele bekostiging),
- bepaalde jeugdhulp opknippen in verschillende activiteiten en apart declareren (opknippen),
- of het foutief/valselijk registreren van jeugdhulp als nauw verwante maar duurdere jeugdhulp (upcoding).

Een fraudeonderzoek is een onderzoek waarbij het college of een door het college aangewezen persoon nagaat of degene die bij de gemeente een bedrag in rekening brengt, valsheid in geschrifte, bedrog, benadeling van rechthebbenden of verduistering pleegt of tracht te plegen ten nadele van de gemeente, met het doel een betaling of ander voordeel te verkrijgen waarop hij geen recht heeft of kan hebben.⁴³ Met andere woorden: een aanbieder handelt opzettelijk onjuist en/of onrechtmatig en/of frauduleus om declaraties betaald te krijgen waarop geen recht bestaat.

Bij een fraudeonderzoek zijn vijf fasen te onderscheiden.

1. Het signaleren van mogelijke fraude. Aanleiding voor een fraudeonderzoek zijn (1) een fraudesignaal door bijvoorbeeld een melding van cliënten, (oud)werknemers, dan wel andere gemeenten, of (2) de uitkomsten van een materiële controle.

⁴². Gerechtshof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2860; Gerechtshof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802 (bekrachtigd door de Hoge Raad 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1859); Rechtbank Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739.

⁴³. Artikel 1 Regeling Jeugdwet.

2. Het beoordelen van het fraudesignaal op betrouwbaarheid en onderzoekswaardigheid.
3. Het uitvoeren van het fraudeonderzoek.
4. Het verbinden van gevolgen aan de uitkomsten van het onderzoek.
5. Het evalueren van het onderzoek.

Ook bij een fraudeonderzoek kan sprake zijn van een detailcontrole. Bij een detailcontrole in het kader van een fraudeonderzoek moet er een specifiek controleplan met een specifiek controledoel worden opgesteld.⁴⁴ Het college moet vervolgens bepalen of deze informatie voorafgaand aan de uitvoering van het onderzoek aan de aanbieder wordt verstrekt. Anders dan bij detailcontroles in het kader van materiële controles, behoeven het controleplan en het controledoel niet per definitie voorafgaand aan de aanbieder te worden verstrekt. De gemeente moet deze informatie alleen aan de aanbieder verstrekken als (1) het onderzoeksbelang, of (2) het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de jeugdige en/of diens ouder/vertegenwoordiger zich hier niet tegen verzetten. Als bijvoorbeeld de vrees bestaat dat bij bekendheid met een fraudeonderzoek geld weggesluisd zal worden, kan in het kader van een fraudeonderzoek ervoor worden gekozen om het specifieke controleplan met het specifieke controledoel niet vooraf kenbaar te maken. Een ander voorbeeld is het geval dat de vrees bestaat dat ouders die een melding hebben gedaan mogelijk door de aanbieder onder druk gezet zouden kunnen worden indien deze aanbieder weet heeft van bepaalde gegevens. Het college zal dit echter wel moeten motiveren.

De ouders van een jeugdige bellen gemeente A in paniek op. Zorgbarend heeft via via te horen gekregen dat zij een melding hebben gedaan over de jeugdhulp die hun zoon krijgt, en nu dreigt Zorgbarend om de stekker eruit te trekken. Zorgbarend vindt deze melding onterecht en wil niet langer meer aan deze jeugdige individuele begeleiding bieden, tenzij de ouders de melding intrekken. Uit het jaarrapport dat net is verschenen blijkt dat Michel maar liefst € 500.000,- aan managementfees heeft ontvangen. De gemeente A vreest dat

⁴⁴. Artikel 6b.7 van de Regeling Jeugdwet.

als het specifieke controleplan vooraf aan Zorgbarend bekend wordt gemaakt er nog enkele tonnen aan managementfees in de zak van Michel zullen verdwijnen en bovendien de jeugdige niet de hulp krijgt waar hij recht op heeft. Gelet op deze vrees voor het wegsluizen van geld besluit gemeente A om vooraf geen informatie over controleplan en het controledoel van het onderzoek aan Zorgbarend kenbaar te maken.

Inhoud van het onderzoeksrapport

Het onderzoeksrapport bestaat in grote lijnen uit drie delen: de inleiding met onder andere het toetsingskader, het uitgevoerde onderzoek met de daaruit blijkende feiten en de conclusies.

I. Inleiding

De inleiding bevat de aanleiding voor, de vraagstelling van het onderzoek en de relevante normen. Het onderzoek kan betrekking hebben op doelmatigheid en/of rechtmatigheid en/of kwaliteit van de gedeclareerde (jeugd)hulp. Wat er precies is onderzocht, moet duidelijk worden opgenomen. Deze vraag (en de uitkomst) staat immers centraal in het uitgevoerde onderzoek. De relevante normen bevatten de kaders van het onderzoek: aan welke normen moet zijn voldaan zodat sprake is van rechtmatige en/of doelmatige en/of kwalitatieve (jeugd)hulp, waarbij in voorkomend geval een uitsplitsing per jaar nodig is? Bij dat laatste is het ten eerste van belang oog te hebben voor zowel de wettelijke eisen, de eisen die voortvloeien uit door het gemeentebestuur vastgestelde regels (verordening, uitvoeringsbesluiten etc.) en verplichtingen die voortvloeien uit met de aanbieder gesloten overeenkomsten respectievelijk de aan de aanbieder verstrekte subsidie. Indien het onderzoek zich uitstrekt over meerdere jaren is het van belang om per jaar weer te geven welk toetsingskader er geldt (met name door het gemeentebestuur vastgestelde regels en de gesloten overeenkomsten respectievelijk verstrekte subsidies kunnen per jaar verschillend zijn).

Gemeenten A en B starten een onderzoek. Aanleiding is het (fraude)signaal van de ouders van Tim. Nu de gemeenten twijfelen aan de daadwerkelijk aantal geleverde uren individuele begeleiding, staat de rechtmatigheid van de jeugdhulp centraal. De normen uit de Jeugdwet en de gemeentelijke verordening zijn van toepassing. Daarnaast heeft gemeente A een overeenkomst met Zorgbarend. Uit deze overeenkomst kunnen nog aanvullende normen voortvloeien, bijvoorbeeld over de toelaatbaarheid van zogenoemde no-shows (ingeplande afspraken waarbij de cliënt niet is verschenen).

II. Het onderzoek

Het gedeelte van het rapport over het onderzoek bestaat uit twee gedeelten: het eerste gedeelte ziet op de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd en het tweede gedeelte ziet op de bevindingen die uit het onderzoek voortvloeien. Nu het rapport bewijswaarde heeft, is het belangrijk om in het rapport duidelijk en concreet op te nemen welk onderzoek is verricht en hoe dat onderzoek is verricht. Welk onderzoek is verricht? Indien de gemeente de onderzoeksbevindingen wenst te kunnen extrapoleren is het verstandig om op deze plaats reeds toe te lichten dat en waarom het onderzoek representatief is voor andere gevallen. Welke onderzoeksmiddelen zijn ingezet? Hoe zijn de onderzoekshandelingen verlopen? Heeft de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, medewerking verleend? Of was juist sprake van een weigerachtige houding of zelfs het opzettelijk vertragen en frustreren van het onderzoek? Leg al deze aspecten zo gedetailleerd mogelijk vast. Iemand die achteraf het rapport leest – zoals andere ambtenaren, de aanbieder zelf, maar ook derden zoals bijvoorbeeld een rechter – moet kunnen begrijpen welke stappen tijdens het onderzoek zijn gezet, en waarom. Ook voor de bevindingen is belangrijk dat deze duidelijk en zo concreet mogelijk worden opgenomen in het rapport. Bij voorkeur wordt in het rapport steeds ook vermeld waarop een bepaalde bevinding is gebaseerd (bijvoorbeeld op de interviews met de (oud)cliënten en/of de geraadpleegde dossiers). Er kan dan gemakkelijker

en deugdelijk gemotiveerd een koppeling worden gemaakt tussen de bevindingen en bijvoorbeeld een normschending. Hiermee kan een bepaalde maatregel gemotiveerd worden. Indien er tijdens het onderzoek inconsequenties blijken in de door de aanbieder aangeleverde informatie is het van belang om ook die inconsequenties vast te leggen. Dergelijke inconsequenties kunnen immers (zie hiervoor) in voorkomend geval (mede) dienen om een eventuele verlichting van de stelplicht en bewijslast te kunnen motiveren.

De toezichthouders Jeugd van gemeenten A en B besluiten samen het onderzoek uit te voeren. Eerst worden de ingediende declaraties van Zorgbarend gecontroleerd: zijn de gegevens compleet? Hieruit blijkt dat Zorgbarend altijd de maximale uren/het maximale persoonsgebonden budget declareert. De toezichthouders besluiten om een boekenonderzoek uit te voeren bij Zorgbarend en vragen de administratie op bij Zorgbarend. Uit dit boekenonderzoek blijkt dat er geen urenregistratie is van het personeel. Uit verklaringen van ouders/vertegenwoordigers en (oud)werknemers van Zorgbarend blijkt dat (1) de begeleiders niet weten hoeveel uur begeleiding wordt geleverd, (2) de jongeren zelf de uren kunnen inplannen, maar niet altijd komen opdagen, en (3) de begeleiders jongeren gemiddeld 2 keer per week een half uurtje spreken. Daarop besluiten de toezichthouders een dossieronderzoek uit te voeren. Uit de cliëntdossiers blijkt dat er structureel te weinig individuele begeleiding wordt geleverd.

III. Conclusies

Naar aanleiding van de bevindingen kan het college conclusies trekken over het al dan niet overtreden van de geldende regels. Hierbij is het van belang om concreet te noemen welke normen zijn overtreden, welke (rechts)personen zijn betrokken bij deze overtredingen, en welke financiële gevolgen aan de bevindingen kunnen worden verbonden.

Checklist voor het onderzoeksrapport van het college

- Aanleiding
- Vraagstelling
- Relevante normen (wet- en regelgeving, contracten)
- De wijze waarop het onderzoek is verricht
- De feiten die bij het onderzoek zijn komen vast te staan
- De wijze waarop betrokkenen op (voorlopige) bevindingen hebben kunnen reageren
- De reactie op de zienswijze van betrokkenen
- De conclusies:
 - Welke normen zijn overtreden?
 - Welke (rechts)personen zijn bij deze feiten betrokken?
 - Welke financiële gevolgen worden aan de bevindingen verbonden?

3. Het onderzoek naar fraude in de zorg

Inleiding

Het onderzoek is afgerond en de resultaten van het onderzoek zijn opgenomen in het onderzoeksrapport. Op basis van het onderzoek is een gemeente ervan overtuigd dat de gelden die zij heeft betaald voor jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning, niet op een juiste manier zijn besteed. Welke mogelijkheden heeft de gemeente om deze gelden terug te krijgen? Ligt hiervoor het bestuursrecht of het civiele recht het meest voor de hand? Onder welke omstandigheden kan de gemeente ook de bestuurders van de (frauderende) aanbieder aanspreken? Is het verstandig om eerst beslag te laten leggen op de gelden of bewijsstukken? Kan de gemeente voorkomen dat zij in toekomst weer moet samenwerken met dezelfde (frauderende) aanbieder. En wanneer moet of mag de gemeente het onderzoeksrapport openbaar maken? Op deze vragen geven wij in dit hoofdstuk een antwoord.

Openbaarmaking van het onderzoek

Actieve openbaarmaking

Voor het college bestaat op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet geen actieve openbaarmakingsverplichting.⁴⁵ Uitzondering geldt voor de algemene risicoanalyse en het algemene controleplan: deze stukken moeten voor aanbieders, jeugdigen en hun ouders/vertegenwoordigers gemakkelijk verkrijgbaar zijn.⁴⁶

Het college heeft daarnaast wel de mogelijkheid om over te gaan tot actieve openbaarmaking van documenten. Een dergelijke openbaarmaking kan gebaseerd worden op artikel 8 en 9 van de Wob. Het besluit tot openbaarmaking levert daarmee een appellabel besluit op waartegen voor de aanbieder bezwaar en beroep mogelijk is. Wij adviseren om pas te besluiten om het rapport openbaar te maken nadat de aanbieder de gelegenheid heeft gehad om op het rapport te reageren. Wij adviseren verder om de zienswijze van de aanbieder op het rapport zoveel mogelijk gelijktijdig met het rapport (met daarin bij voorkeur al de reactie van de gemeente op de zienswijze van de aanbieder) openbaar te maken.

^{45.} Voor de met het toezicht op de Jeugdwet belaste inspecties bestaat overigens wel een verplichting om informatie met betrekking tot de uitkomsten van controle en onderzoek openbaar te maken (artikel 9.7 Jeugdwet jo. Besluit openbaarmaking toezicht- en uitvoeringsgegevens Gezondheidswet en Jeugdwet).

^{46.} Artikel 6b.4 Regeling Jeugdwet.



In het geval van openbaarmaking zorgt het college ervoor dat de informatie wordt verschaft in begrijpelijke vorm, zodat burgers zoveel mogelijk worden bereikt. Hierbij valt te denken aan openbaarmaking op de gemeentelijke website. Daarnaast kan het college er ook voor kiezen om de documenten ter inzage te leggen, in kopie te verstrekken of uit te lenen.⁴⁷

Steeds meer gemeenten maken uit zichzelf rapportages van toezichthouders Wmo 2015 openbaar. Toezicht is selectief, slagvaardig, samenwerkend, onafhankelijk, professioneel en transparant. Een goede toezichthouder legt uit waarom hij toezicht houdt en maakt de keuzes in het toezicht inzichtelijk. Waarborgen van onafhankelijkheid worden vastgelegd. De toezichthouder maakt zijn bevindingen zoveel mogelijk actief openbaar en verantwoordt zich achteraf over de keuzes en de behaalde resultaten. Momenteel werkt de VNG samen met toezichthouders en de IGJ aan een handreiking voor het openbaar maken van toezichtrapportages. Daarnaast wordt gewerkt aan een wettelijk verankering van het beginsel van actieve openbaarmaking van toezichtsrapportages in de Wmo 2015.⁴⁸

Openbaarmaking op verzoek

De aanbieder dan wel anderen kunnen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een verzoek tot openbaarmaking van het onderzoeksrapport of daarbij behorende documenten indienen.⁴⁹ Het uitgangspunt van de Wob is “openbaar, tenzij ...”.

De documenten die zien op het onderzoek naar een bepaalde aanbieder dienen dus openbaar gemaakt te worden, tenzij een van de weigeringsgronden van artikel 10 en 11 van de Wob van toepassing zijn.

Bij conceptversies en onderliggende documenten bij het rapport kan in ieder geval gemotiveerd worden betoogd dat er weigeringsgronden aanwezig zijn, maar dit kan ook bij het definitieve rapport. De volgende weigeringsgronden kunnen aanwezig zijn:

- Het document bevat persoonsgegevens, zodat deze documenten niet verstrekt kunnen worden, tenzij geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer;⁵⁰
- Het belang van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen weegt zwaarder dan openbaarmaking;⁵¹
- Het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer weegt zwaarder dan openbaarmaking;⁵²
- Het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden;⁵³
- Conceptversies hoeven niet verstrekt te worden als het definitieve rapport openbaar wordt gemaakt.⁵⁴

Met deze weigeringsgronden kan het college goed motiveren dat bepaalde documenten niet (volledig) openbaar gemaakt hoeven te worden. Als documenten openbaar gemaakt kunnen worden, kan het bijvoorbeeld zo zijn dat cliënten en/of ouders/vertegenwoordigers minder makkelijk een melding doen of niet geheel vrijelijk een (belastende) verklaring zullen afleggen. Hierbij zij benadrukt dat weigering van informatie in de documenten altijd goed gemotiveerd dient te worden, juist vanwege het uitgangspunt dat overheidsinformatie openbaar is.

⁴⁷. Vgl. artikel 8 en 9 Wob.

⁴⁸. Kamerstukken II 2019–2020, 29538, 308, p. 4-5.

⁴⁹. Artikel 3 Wob.

⁵⁰. Artikel 10 lid 1 onder d Wob.

⁵¹. Artikel 10 lid 2 onder d Wob. Hieronder valt tevens de bescherming van bronnen, zie Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 3 maart 1997, R03.93.0206.

⁵². Artikel 10 lid 2 onder e Wob.

⁵³. Artikel 10 lid 2 onder g Wob.

⁵⁴. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2424.

Reputatieschade door openbaarmaking

Volledigheidshalve wijzen wij op het volgende. Mocht het onderzoeksrapport op een of andere wijze openbaar worden, of in het geval dat de gemeente uitslatingen over (bevin-
dingen uit) het onderzoek doet, dan kan een aanbieder aanvoeren dat door de publica-
tie/uitslatingen reputatieschade is geleden. Door de publicatie/uitslatingen kan de eer en
goede naam van de zorgaanbieder/bestuurders in persoon aangetast worden. Deze
handelwijze kan onrechtmatig zijn en leiden tot reputatieschade.

Bij een procedure bij de rechter⁵⁵ zal het bij de beoordeling van een dergelijke vordering
aankomen op een belangenafweging tussen twee fundamentele rechten: enerzijds het
recht op eer en goede naam en op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8
EVRM) en anderzijds het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM). Of anders
gezegd: enerzijds het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers
worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen en anderzijds het belang dat
niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving
raken kunnen blijven voortbestaan.

Welk van deze twee belangen het zwaarste weegt, hangt af van de omstandigheden van
het geval. De rechter weegt per concreet geval alle omstandigheden af en komt tot de
conclusie dat een van de twee botsende rechten zwaarder weegt.⁵⁶ Belangrijk is in ieder
geval of de uitslatingen die de gemeente doet steun vinden in de op dat moment bekende
feiten. Verder lijkt het van belang dat de uitslatingen voldoende terughoudend en
voorzichtig zijn en geen (onnodig) waardeoordeel inhouden.⁵⁷ Tot slot lijkt het (zie ook
hiervoor) aan te bevelen om pas nadat hoor en wederhoor is toegepast met betrekking

⁵⁵. Wij beperken ons hier tot vorderingen die door de civiele rechter zullen worden beoordeeld. Indien het
rapport met toepassing van artikel 8/9 Wob openbaar wordt gemaakt, is de bestuursrechter bevoegd
en geldt er een ander toetsingskader.

⁵⁶. Gerechtshof Den Haag 4 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2652.

⁵⁷. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4194.

tot het conceptrapport over te gaan tot het publiceren van het rapport of het doen van
uitslatingen over het onderzoek.

Wetsvoorstel inzake het beschikken op resultaat en het vereenvoudigen van de geschilbeslechting

Op het moment van schrijven is een wetswijziging van de Wmo 2015 aanhangig.⁵⁸
Onderdeel van deze wetswijziging is een wettelijke grondslag dat toezichtinformatie van
het college actief openbaar wordt gemaakt. Indien deze wetswijziging wordt aangenomen,
geldt deze openbaarmakingsverplichting enkel voor toezichtinformatie die is
aangewezen bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur. Deze algemene
maatregel van bestuur moet nog worden vastgesteld, waardoor het op het moment van
schrijven onzeker is welke toezichtinformatie actief openbaar moet worden gemaakt.
Wel geven wij in overweging om deze ontwikkelingen goed te volgen.

Bestuursrechtelijke maatregelen

In het onderstaande bespreken wij de bestuursrechtelijke mogelijkheden van gemeente
A en gemeente B, namelijk het (1) herzien/intrekken van het besluit en (2) het terugvor-
deren van de verstrekte gelden. Deze bevoegdheden berusten bij de bestuursorganen
binnen de gemeente. In het algemeen zal het college het bevoegde orgaan zijn om deze
besluiten te nemen.

Herzien of intrekken

Het herzien of intrekken van een (maatwerk)voorziening of een pgb betreft primair een
maatregel met betrekking tot de cliënt. Toch gaan wij in deze handreiking op deze
mogelijkheid in. Indien in voorkomend geval de voorziening wordt ingetrokken is een
neveneffect daarvan immers dat er door de aanbieder respectievelijk de derde die ten
laste van een pgb een voorziening levert met betrekking tot de cliënten niet meer bij de
gemeente kan worden gedeclareerd.

⁵⁸. Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting.

Het college kan een maatwerkvoorziening, zowel in natura of een persoonsgebonden budget op grond van de Wmo 2015, herzien dan wel intrekken in vijf situaties, namelijk in het geval dat:

1. de cliënt onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beslissing zou hebben geleid;
2. de cliënt niet langer op de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget is aangewezen;
3. de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget niet meer toereikend is;
4. de cliënt niet voldoet aan de aan de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget verbonden voorwaarden;
5. de cliënt de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget niet of voor een ander doel gebruikt.

Het college kan een voorziening op grond van de Jeugdwet, indien deze is verstrekt via een persoonsgebonden budget, ook in de vijf bovenstaande situaties herzien en intrekken. Indien er sprake is van fraude ligt het in de rede dat vooral de gronden onder 1 (indien de cliënt, al dan niet onder invloed van de aanbieder, bijvoorbeeld onjuiste informatie heeft verstrekt bij de aanvraag over bijvoorbeeld zijn gezondheidstoestand) en/of 5 (het blijkt dat de er aan de cliënt geen maatschappelijke ondersteuning is geleverd bijvoorbeeld omdat er in plaats van begeleiding bezoeken aan pretparken zijn georganiseerd) in beeld zullen komen.

Zowel gemeente A als gemeente B kunnen van deze bevoegdheid gebruik maken.

De bewijslast dat voldaan is aan (een van) deze voorwaarden rust op het college.

Wanneer er sprake is van één van de bovenstaande situaties, ligt het in de rede dat een besluit wordt ingetrokken of herzien. Dit is echter geen verplichting, maar een bevoegdheid. Het college kan enkel hiertoe besluiten na een individuele belangenafweging.

Dit vereist dat zowel de gemeente A als gemeente B per cliënt deze belangenafweging

maken. De aanbieder is in de meeste gevallen derde-belanghebbende bij de besluiten tot herziening en intrekking die gericht zijn aan de cliënt, zeker indien de intrekking (mede) berust op een oordeel over het handelen van deze aanbieder.⁵⁹

Indien het college het besluit intrekt of herziert, moet het college in principe een overgangstermijn hanteren. Deze overgangstermijn geeft de cliënt enige tijd om zich voor te bereiden op de gewijzigde situatie. De duur van deze termijn is afhankelijk van de reden voor de herziening of intrekking. Bij fraude kan er meestal geen dan wel een zeer korte termijn wordent gehanteerd. Dit is wel afhankelijk van de vraag in hoeverre de cliënt een (aantoonbare) rol bij de fraude heeft gehad.

Het college houdt de verantwoordelijkheid om maatschappelijke ondersteuning/jeugdhulp te leveren, ook al heeft het college eerder een toekenningsbesluit herzien of ingetrokken behalve indien de voorziening of het persoonsgebonden budget is ingetrokken of herzien omdat de cliënt niet langer op de voorziening of het persoonsgebonden budget is aangewezen. Indien een cliënt van Zorgbarend onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beslissing zou hebben geleid, kunnen de colleges van gemeente A en gemeente B het toekenningsbesluit intrekken of herzien. Indien diezelfde cliënt vervolgens de juiste gegevens aanlevert bij een nieuwe aanvraag, kan het college de aanvraag om maatschappelijke ondersteuning/jeugdhulp niet weigeren omdat zij eerder een besluit heeft herzien/ingetrokken. Opgemerkt moet worden dat het college wel bevoegd is om een persoonsgebonden budget te weigeren indien het college eerder een persoonsgebonden budget heeft ingetrokken of herzien vanwege het verstrekken van onjuiste informatie, het niet voldoen aan de gestelde voorwaarden of het gebruiken van het persoonsgebonden budget voor een ander doel.

⁵⁹. Centrale Raad van Beroep 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:669.

Het ligt in de rede dat het college het risico op fraude zoveel mogelijk probeert te beperken. Voor zover cliënten bij een nieuwe aanvraag ondersteuning of jeugdhulp in natura aanvragen is dat relatief eenvoudig. Deze voorzieningen kunnen worden geleverd door aanbieders waarmee de gemeente een overeenkomst heeft gesloten. Het college kan eenvoudig kiezen om de ondersteuning te laten leveren door een aanbieder waarin de gemeente meer vertrouwen heeft.

Voor cliënten die een aanvraag doen voor een persoonsgebonden budget, kunnen de colleges van de gemeente A en B deze aanvraag onder omstandigheden weigeren. Deze mogelijkheid bestaat als de gemeente eerder toekenning van een maatwerkvoorziening of een persoonsgebonden budget heeft herzien of ingetrokken, omdat de cliënt toen onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt, niet voldeed aan de gestelde voorwaarden of de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget niet of voor een ander doel gebruikte. Daarnaast gelden nog de overige voorwaarden waaraan de aanvrager moet voldoen, namelijk dat:

1. de cliënt naar het oordeel van het college op eigen kracht voldoende in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen dan wel met hulp uit zijn sociale netwerk of van zijn vertegenwoordiger en in staat is om de aan een persoonsgebonden budget verbonden taken op verantwoorde wijze uit te voeren;
2. de cliënt zich gemotiveerd op het standpunt stelt dat hij de maatwerkvoorziening als persoonsgebonden budget wenst geleverd te krijgen;
3. naar het oordeel van het college is gewaarborgd dat de diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen die tot de maatwerkvoorziening behoren, veilig, doeltreffend en cliëntgericht worden verstrekt.

Indien de aanvraag om een pgb ertoe strekt om wederom bij dezelfde aanbieder diensten te betrekken kunnen wij ons voorstellen dat het college kan motiveren dat in dat geval (aantoonbare verbeteringen door de aanbieder weggedacht) niet is gewaarborgd dat de diensten veilig, doeltreffende en cliëntgericht kunnen worden verstrekt.

Op het moment van schrijven bestaat geen juridische duidelijkheid of de gemeente een voorwaarde mag verbinden aan het besluit waarbij het pgb wordt toegekend dat het persoonsgebonden budget niet mag worden besteed bij een bepaalde organisatie. Wij adviseren om alleen op deze optie terug te vallen indien er geen andere geschikte maatregelen zijn.

Terugvordering

Een terugvordering op grond van de Wmo 2015 moet worden gebaseerd op artikel 2.4.1 van die wet. De wetgever meent dat terugvordering in andere gevallen in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁰ Het college kan uitsluitend de geldswaarde vorderen van de ten onrechte genoten maatwerkvoorziening of het ten onrechte genoten persoonsgebonden budget indien:

1. het college de beslissing tot verstrekking van een maatwerkvoorziening of persoonsgebonden budget heeft herzien of ingetrokken;
2. deze herziening of intrekking heeft plaatsgevonden omdat de cliënt onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt;
3. de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beslissing zou hebben geleid en
4. de cliënt opzettelijk deze onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt. Er is sprake van opzet als een cliënt wilens en wetens onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt. Onder meer aan de hand van de volgende omstandigheden kan (mogelijk) opzet worden aangetoond:
 - De cliënt heeft ten tijde van de fase van het onderzoek naar zijn ondersteuningsbehoefte uitdrukkelijk verklaard dat hij de juiste en volledige gegevens heeft verstrekt,⁶¹ maar dit blijkt achteraf niet het geval te zijn (het college kan een cliënt een dergelijke verklaring laten ondertekenen);

⁶⁰. Kamerstukken II 2013–2014, 33 841, nr. 34, p. 264.

⁶¹. Kamerstukken II 2013–2014, 33 841, nr. 34, p. 264. Centrale Raad van Beroep 11 maart 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:667.

- De cliënt heeft antwoorden ingevuld op een formulier en die antwoorden blijken achteraf onjuist te zijn, terwijl cliënt op de hoogte was van de ware toedracht;
- De cliënt heeft declaraties ingediend (in het kader van een pgb) voor ondersteuning waarvan hij wist dat deze niet is verleend en
- De cliënt heeft erkend dat hij opzettelijk onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt.

De terugvordering kan worden ingesteld jegens de cliënt en jegens degene die opzettelijk zijn medewerking heeft verleend aan het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens. Voor zover van een ander dan de cliënt zou worden teruggevorderd, geldt aanvullend nog de eis dat deze persoon opzettelijk aan de onjuiste gegevensverstrekking heeft meegewerkt. Het is niet vereist dat diegene zélf opzettelijk onjuiste of onvolledige gegevens aan het college heeft verstrekt. Van medewerking is sprake indien iemand de cliënt hulp of assistentie verleent bij het onjuist verstrekken van gegevens. Terugvordering is een bevoegdheid (geen verplichting) en kan enkel na een individuele belangenafweging. Dit instrument lijkt, gelet op de daaraan verbonden strenge voorwaarden, op voorhand een weinig effectief middel te zijn om een terugvordering bij de aanbieder respectievelijk derde die ten laste van een pgb diensten levert op te baseren.

De Jeugdwet kent geen gelijksoortige terugvorderingsbevoegdheid als de Wmo 2015. Het college dient strikt genomen terug te vallen op de op het ongeschreven recht berustende bevoegdheid dat onverschuldigd betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd of op de gemeentelijke verordening (als deze is opgenomen). De terugvordering lijkt ons beperkt tot dezelfde situaties als de Wmo 2015 op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hiervoor bestaat echter nog geen juridische duidelijkheid.

Lager vaststellen/intrekken subsidie en terugvordering betaalde subsidiebedragen

Indien de relatie met de aanbieder is vormgegeven met een subsidie dan heeft het volgende te gelden.

In het geval de gemeente op grond van het onderzoek fraude vaststelt, kan er aanleiding bestaan om de subsidie lager vast te stellen respectievelijk de subsidieverlening in te trekken. Bovendien kan er aanleiding bestaan om het aldus onverschuldigd betaalde bedrag terug te vorderen.

Doorgaans zal aan de subsidieverlening niet de verplichting zijn verbonden om zich te onthouden van fraude. Dat betekent dat de enkele grond dat er sprake is van fraude onvoldoende is om een lagere vaststelling respectievelijk intrekking van de subsidie op te baseren. Bezien zal moeten worden in hoeverre op grond van het onderzoeksrapport kan worden onderbouwd dat er sprake is van een of meer van de volgende gronden voor lagere vaststelling respectievelijk intrekking van de subsidie⁶²:

- a. De activiteiten waarvoor subsidie is verleend hebben niet of niet geheel plaatsgevonden;
- b. De subsidieontvanger heeft niet voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen;
- c. De subsidieontvanger heeft onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens zou tot een andere beschikking op de aanvraag tot subsidieverlening hebben geleid, of
- d. De subsidieverlening was anderszins onjuist en de subsidieontvanger wist of behoorde dit te weten.

De grond onder a zal onder meer in beeld komen indien de subsidie niet is gebruikt voor het aan de cliënten leveren van de maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp waarop zij zijn aangewezen. Van belang is om in dat kader op te merken dat in principe op de subsidieontvanger de bewijslast rust dat de activiteiten waarvoor de subsidie

⁶². Wat op deze plaats is opgemerkt geldt voor zover het een subsidie betreft die wél is verleend, maar nog niet is vastgesteld. Indien de subsidie reeds is vastgesteld zijn de mogelijkheden om de subsidie in te trekken of ten nadele van de aanbieder te wijzigen beperkter

is verleend hebben plaatsgevonden. Dat betekent dat als uit het onderzoek aanwijzingen volgen dat de activiteiten niet (volledig) hebben plaatsgevonden en de aanbieder geen openheid van zaken geeft dat voldoende kan zijn voor het college om te motiveren dat deze grond om lager vast te stellen respectievelijk in te trekken zich voordoet.⁶³

In hoeverre de grond onder b (het niet voldoen aan de verplichtingen die aan de subsidie zijn verbonden) kan worden ingeroepen, zal ten eerste afhangen van de verplichtingen die aan de subsidie zijn verbonden. Voorstelbaar is dat om de kwaliteit van de te leveren maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp te kunnen waarborgen er bepaalde verplichtingen aan de subsidie zijn verbonden die mogelijk ook bij gebleken fraude relevant kunnen zijn. Bij beschermd wonen worden bijvoorbeeld verplichtingen aan de subsidie verbonden om te waarborgen dat zorg en begeleiding 24 uur per dag bereikbaar is en dat de ondersteuning dient te worden geleverd door gekwalificeerde professionals. Indien er sprake is van fraude in het kader van het leveren van beschermd wonen blijkt soms uit het onderzoek dat aan deze verplichtingen met betrekking tot de beschikbaarheid en kwaliteit van de te leveren ondersteuning (ook) niet is voldaan. Ook hier geldt dat in principe bij de subsidieontvanger de bewijslast rust om aan te tonen dat de activiteiten overeenkomstig de aan de subsidie verbonden verplichtingen zijn verricht.

Indien uit het onderzoek blijkt dat er reeds in het kader van de aanvraag voor de subsidie opzettelijk onjuiste gegevens zijn verstrekt en/of de aanbieder moest hebben geweten dat voor zijn of haar activiteiten geen subsidie verleend kon worden, kan een intrekking respectievelijk lagere vaststelling op de gronden c) en/of d) worden overwogen.

Indien de subsidie lager is vastgesteld of zelfs is ingetrokken, is het college bevoegd om de alsdan onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen. Of van die bevoegdheid ook gebruik wordt gemaakt vergt een afweging van het belang dat het bestuursorgaan heeft bij terugvordering en de gevolgen die de terugvordering heeft voor de subsidieontvanger.

Civielrechtelijke grondslagen voor terugvordering

De gemeenten zijn ervan overtuigd dat Michel en Nadia de zorggelden niet op een juiste manier hebben besteed. In de toekomst wordt daarom geen cent meer uitgekeerd aan Zorgbarend. Maar wat te doen met de reeds verrichte betalingen? Kunnen de gemeenten die schade terugvragen van Zorgbarend of Nadia of Michel?

Ja, in een dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter kunnen de gemeenten de eerder betaalde bedragen terugvragen. Bij het starten van een procedure is het altijd goed om er bewust van te zijn dat de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert vaak een tegenvordering zal instellen.⁶⁴ De strekking van een dergelijke tegenvordering kan bijvoorbeeld zijn dat niet de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, maar juist de gemeente onrechtmatig handelt vanwege haar standpunt over fraude of de vordering en dat dus de gemeente verplicht is om niet betaalde declaraties alsnog te voldoen. Dit onderstreept het belang voor de gemeente om haar kant van het verhaal goed te onderbouwen (zie ook hoofdstuk 3, reputatieschade door openbaarmaking).

In een procedure draagt de gemeente de bewijslast van de door haar (ter onderbouwing van de door haar ingeroepen rechtsgevolgen) gestelde feiten, de omvang van de schade en de toerekening daarvan aan het handelen van de aanbieder. Op de bewijslast (en de mogelijkheden voor de gemeente om die te verlichten) zijn wij hiervoor al vanaf pagina 22 ingegaan. Bovendien zal de gemeente in de procedure een beroep moeten doen op een of meer 'gronden' die de terugvordering juridisch kunnen onderbouwen.

⁶³. Zie bijvoorbeeld: rechtbank Overijssel 30 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1648.

⁶⁴. Een zogenoemde eis in reconventie.

Het teruggeisen van betalingen van de gemeente aan de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert kan op verschillende grondslagen (waarbij geldt dat de toerekenbare tekortkoming en de ontbinding alleen bij voorzieningen in natura aan de orde zijn en het derdenbeding alleen bij een persoonsgebonden budget):

1. Toerekenbare tekortkoming;
2. Onverschuldigde betaling;
3. Ongerechtvaardigde verrijking;
4. Onrechtmatige daad;
5. Ontbinding overeenkomst;
6. Derdenbeding.

Hiernaast hebben wij een samenvattend overzicht opgenomen van de verschillende grondslagen en toepassingsvoorwaarden.

1. Toerekenbare tekortkoming

Gemeente A heeft een overeenkomst gesloten met Zorgbarend voor de maatschappelijke ondersteuning die wordt geleverd in de betreffende gemeente. In die overeenkomst staan afspraken over het type maatschappelijke ondersteuning dat de aanbieder levert en de eisen die de gemeente stelt aan de levering daarvan. Vaak bevat de overeenkomst ook verschillende administratieve voorwaarden, zoals de voorwaarden voor het declareren van geleverde maatschappelijke ondersteuning. Als de aanbieder zich niet houdt aan een (of meerdere) van die contractuele voorwaarden, is sprake van tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Tenzij de aanbieder zich ten aanzien van deze tekortkoming kan beroepen op overmacht, kan deze aan de aanbieder worden toegerekend. In dat geval is de aanbieder verplicht om de schade die de Gemeente daardoor lijdt te vergoeden.

Grondslag	Toepassingsvoorwaarden	Mogelijk bij:
Toerekenbare tekortkoming	• Verbintenis • Tekortkoming • Schade • Causaal verband tussen schade en tekortkoming en toerekening aan de tekortkoming	Voorziening in natura
Onverschuldigde betaling	• Er is een goed gegeven • Zonder dat daarvoor een rechtsgrond is	Voorziening in natura Persoonsgebonden budget
Ongerechtvaardigde verrijking	• Verrijking van de aanbieder • Verarming van de gemeente • Schade • Causaal verband tussen verrijking en verarming	Voorziening in natura Persoonsgebonden budget
Onrechtmatige daad	• Verrijking van de aanbieder • Verarming van de gemeente • Schade • Causaal verband tussen verrijking en verarming	Voorziening in natura Persoonsgebonden budget
Ontbinding overeenkomst	• Wederkerige overeenkomst • Tekortkoming • Verzuim (tenzij blijvende onmogelijkheid tot nakoming) • Ontbinding is gerechtvaardigd	Voorziening in natura
Derdenbeding	• Regeling in contract tussen aanbieder en cliënt	Persoonsgebonden budget

Toerekenbare tekortkoming (ook: wanprestatie) is geregeld in art. 6:74 lid 1 BW: Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming niet kan worden toegerekend.

Een voorbeeld voor voorzieningen in natura. In de overeenkomst tussen een gemeente en Zorgbarend is de volgende voorwaarde opgenomen:

“Zorgbarend declareert de geleverde maatschappelijke ondersteuning per 15 minuten aan de gemeente. De maatschappelijke ondersteuning die een cliënt niet heeft ontvangen (om welke reden dan ook), mag Zorgbarend niet declareren.”

Het kan voorkomen dat de betreffende cliënt ziek is waardoor Zorgbarend de maatschappelijke ondersteuning niet op het afgesproken tijdstip kan leveren (er is sprake van een zogenoemde ‘no show’). Als Zorgbarend vervolgens tegen de afspraak in voor de betreffende cliënt toch een declaratie indient bij de gemeente, is (ervan uitgaande dat er van overmacht geen sprake is) sprake van een toerekenbare tekortkoming. De gemeente kan dan door haar geleden schade terugeisen. Die schade bestaat uit de ten onrechte gedane betaling(en).

2. Onverschuldigde betaling

Het is de bedoeling dat een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert alleen geld ontvangt van een gemeente voor de maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp die zij daadwerkelijk levert.

Onverschuldigde betaling is geregeld in art. 6:203 BW: Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Betreft de onverschuldigde betaling een geldsom, dan strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag.

Als duidelijk is dat door fraude onterechte betalingen zijn gedaan, moet de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert de ontvangen betalingen die verband houden met de fraude terugbetalen.⁶⁵ Ook zonder fraude kan sprake zijn van onverschuldigde betaling. In de overeenkomst tussen een gemeente en een aanbieder staat voor welk soort maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp de aanbieder wordt ingeschakeld. Het is belangrijk dat de aanbieder de geïndiceerde maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp verleent: de maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp die de betreffende cliënten nodig hebben. Het is bijvoorbeeld niet de bedoeling dat Zorgbarend aan cliënten die aangewezen zijn op individuele begeleiding feitelijk groepsbegeleiding levert. Doet zij dat toch en declareert zij de groepsbegeleiding bij de gemeente, dan kan de gemeente die betalingen terugvragen. Zorgbarend had namelijk alleen recht op betaling voor de levering van individuele begeleiding. Betaling van groepsbegeleiding is dan 'zonder rechtsgrondslag'. Het door de gemeente terug te vorderen bedrag bestaat uit het bedrag dat de gemeente onverschuldigd aan de aanbieder heeft betaald.

Ook gemeente B uit onze casus, waar de individuele- en groepsbegeleiding bekostigd wordt met persoonsgebonden budgetten, kan een beroep doen op onverschuldigde betaling. Zorgbarend stuurt de facturen van de individuele- en groepsbegeleiding door aan de Sociale Verzekeringsbank. De Sociale Verzekeringsbank betaalt deze facturen aan Zorgbarend. De gemeenten betalen de persoonsgebonden budgetten aan de Sociale Verzekeringsbank. De Sociale Verzekeringsbank betaalt dan de door Zorgbarend gedeclareerde bedragen namens het college.⁶⁶ De vordering komt volgens artikel 3:66 BW toe aan de achterman, in dit geval gemeente B. In het geval er door de SVB betalingen aan

derden worden verricht die geen verband houden met daadwerkelijk aan de cliënt door Zorgbarend geleverde (passende) ondersteuning of met het besluit waarbij het persoonsgebonden budget is toegekend, wordt er door de gemeente aan Zorgbarend onverschuldigd betaald.⁶⁷

3. Ongerechtvaardigde verrijking

De derde grondslag is ongerechtvaardigde verrijking. Een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert mag geen geld verdienen aan de gemeenten op een manier die niet toelaatbaar is.

De schadevergoedingsplicht volgt uit artikel 6:212 BW: Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.

Uitgangspunt is dat de gemeente alleen declaraties voor maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp betaalt als daarvoor door de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert passende maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhulp is verleend. Het is niet toelaatbaar om declaraties in te dienen indien daar geen passende maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp tegenover staat. Als de gemeente een dergelijke declaratie betaald heeft, is de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert ongerechtvaardigd verrijkt (en waar een verarming van de gemeente tegenover staat).⁶⁸

⁶⁵. Gerechtshof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802 r.o. 25. Zie ook rechtbank Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4501, r.o. 5.11 en de bodemprocedure in ECLI:NL:RBROT:2019:4502; rechtbank Noord-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4160, r.o. 4.11; rechtbank Limburg 8 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2082, r.o. 2.84.

⁶⁶. Artikel 2.6.2 Wmo 2015. Kamerstukken II 2013–2014, 33 841, nr. 3, p. 152.

⁶⁷. In die zin zijn wij het dan ook niet eens met de rechtspraak waarin wordt aangenomen dat een pgb louter ter beschikking staat van de cliënt en door de SVB louter ten behoeve van de cliënt wordt beheerd. (zie bijvoorbeeld gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5461).

⁶⁸. Vgl. rechtbank Zeeland-West-Brabant 14 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3744 en rechtbank Gelderland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3341; rechtbank Gelderland 3 april 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2135.

4. Onrechtmatige daad

Als vierde grondslag de onrechtmatige daad. Het leerstuk van onrechtmatige daad komt voor in allerlei soorten geschillen en is ook bruikbaar in het geval van fraude.

Een combinatie met de grondslag toerekenbare tekortkoming (1) is in uitzonderingsgeval- len mogelijk. Uit de strekking van het daaraan ten grondslag liggende wetsartikel 6:74 BW volgt dat een handeling die wanprestatie oplevert tevens als onrechtmatige daad is aan te merken als er onafhankelijk van de toerekenbare tekortkoming sprake is van een onrechtmatige daad, terwijl die onrechtmatige daad wel verband houdt met de contractu- ele verhouding. Dat betekent dat de onrechtmatige daad met name een relevante grondslag vormt in het geval dat een derde ten laste van een pgb diensten declareert die behoren tot de toegekende (maatwerk)voorziening.

De grondslag blijkt uit art. 6:162 BW: Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientenge- volge lijdt, te vergoeden. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Indien er sprake is van fraude levert dat in principe een onrechtmatige daad op. Het is in strijd met de op de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert in het maatschappelijk verkeer rustende verplichtingen.

Van belang is om te benadrukken dat in civielrechtelijke fraudezaken absolute zekerheid dat er fraude is gepleegd, niet is vereist. Het gaat erom dat de rechter op grond van een combinatie van objectieve en subjectieve factoren tot de overtuiging komt dat er sprake is van fraude. Sluitend bewijs in strafrechtelijke zin is daarbij niet vereist.⁶⁹ Er is een aantal omstandigheden die, volgens de rechtspraak, de onrechtmatigheid/fraude kunnen onderbouwen en waarbij geldt dat de onderbouwing aan kracht wint wanneer een beroep kan worden gedaan op meerdere van deze (of andere) omstandigheden, zoals:⁷⁰

- Actieve betrokkenheid van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maat- schappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert bij de aanvraag voor een individuele voorziening en/of een pgb waarbij opzettelijk een onjuiste voorstelling van zaken is gegeven;
- Factureren van maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp die, bijvoorbeeld vanwege het verblijf van de cliënt in het buitenland of het opgeven van meer dan het gewerkte aantal uren, niet is geleverd;
- Het structureel leveren van diensten die niet als maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp zijn aan te merken (bijvoorbeeld het maken van uitstapjes);
- Benchmark (vergelijking met andere (soortgelijke) aanbieders of derden die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp leveren) waaruit (extreem) afwijkend (onverklaarbaar) declaratiegedrag blijkt⁷¹;
- Het structureel inzetten van onbevoegd/onbekwaam personeel bij het leveren van maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp;
- Het in openbare informatie (denk aan de website van de aanbieder, uitlatingen in het jaarverslag etc.) ten onrechte wekken van de indruk bij cliënten dat er sprake is van het leveren van jeugdhulp en/of maatschappelijke ondersteuning die door de gemeente zal worden vergoed;

⁶⁹. Gerechtshof Den Haag 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3546, rechtsoverweging 6.

⁷⁰. Gerechtshof Den Haag 9 mei 2017, ECLI:N:GHDHA:2017:1189, gerechtshof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2860 en rechtbank Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2628

⁷¹. Overigens zal het enkele bestaan van (extreem) afwijkend declaratiegedrag doorgaans onvoldoende zijn om uitsluitend daarop de conclusie te kunnen baseren dat er sprake is geweest van fraude.

- In voorkomend geval verklaringen van (medische) deskundigen die inhouden dat het getoonde declaratiegedrag niet te rijmen valt met wat medisch gezien verwacht mag worden van een groep cliënten;
- Niet-meewerken door de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert aan een onderzoek door de gemeente. Het is dus van groot belang om het eventueel niet-meewerken aan het onderzoek goed vast te leggen en
- Inconsequenties in de (eventueel) door de aanbieder of de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp heeft geleverd beschikbaar gestelde informatie en/of gegeven verklaringen

Een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert en die jegens de gemeente een onrechtmatige daad pleegt, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Dit is in principe toerekenbaar aan degene die de maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp heeft gefactureerd: de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert.

5. Ontbinding overeenkomst

Vaak is in een overeenkomst tussen een aanbieder en een gemeente de mogelijkheid tot ontbinding opgenomen indien er sprake is van fraude. Ook als dit niet specifiek is opgenomen kan de gemeente de overeenkomst in beginsel (gedeeltelijk) ontbinden als de contractuele (declaratie)verplichtingen niet zijn nagekomen.

Ontbinding is geregeld in art. 6:265 BW: *Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.*

Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Ontbinding heeft grote gevolgen. Deze vordering kan dan ook niet worden ingesteld bij kleine tekortkomingen (bijvoorbeeld het eenmalig declareren van 15 minuten niet geleverde maatschappelijke ondersteuning), maar kan wel aan de orde zijn indien de tekortkomingen de kern van de zorgverlening raken. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het niet aantoonbaar inzetten van deskundig personeel en het ontbreken van zorgplannen⁷² of aan het niet leveren van voldoende maatschappelijke ondersteuning respectievelijk jeugdhul.⁷³

De ontbinding van een overeenkomst heeft in principe geen terugwerkende kracht, maar verplicht beide partijen wel om reeds verrichte prestaties ongedaan te maken, waaronder betalingen (art. 6:269 en 6:271 BW). De gemeente kan dus ook op deze grondslag betalingen terugvorderen. Nadeel van een dergelijke vordering is dat de aanbieder mogelijk wel enige ondersteuning heeft geleverd (of niet kan worden aangetoond dat er in het geheel geen ondersteuning is geleverd), waardoor er discussies ontstaan over of en in hoeverre de gemeente daarvoor nog een vergoeding moet betalen (art. 6:272 BW).⁷⁴ Los van de discussie over de omvang van de betalingen, is het wel nuttig om de ontbindingsmogelijkheid te overwegen. Als de vordering tot ontbinding wordt toegewezen, bestaat er geen rechtsverhouding meer tussen de gemeente en de aanbieder. Omdat de relatie tussen de betreffende aanbieder en de gemeente naar de toekomst toe is beëindigd, zal de gemeente de betreffende cliënten kunnen onderbrengen bij een andere (nieuwe) aanbieder.

6. Derdenbeding

Budgethouders (de houders van een persoonsgebonden budget) sluiten (zorg)overeenkomsten met hulpverleners. Op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet moet er in die

⁷². Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5379

⁷³. Rechtbank Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2152.

⁷⁴. Rechtbank Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2152.

overeenkomsten verplicht een zogenoemd derdenbeding worden opgenomen. Het derdenbeding dient ervoor, dat als het persoonsgebonden budget naar aanleiding van toerekenbaar handelen van de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, is ingetrokken of herzien, de gemeente het onterecht verstrekte bedrag kan terugvorderen van de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. Het college kan het ten onrechte uitgekeerde bedrag of bij de budgethouder of bij de derde die ten laste van het pgb heeft gedeclareerd verhalen. Indien het college besluit tot verhaal bij de derde dan zal de budgethouder niet geconfronteerd worden met een terugvordering. Degene waartegen het derdenbeding kan worden ingeroepen, kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. De hoogte van de vordering is gelijk aan het bedrag dat ten onrechte ten laste van het persoonsgebonden budget is betaald aan die derde.

Voorwaarde om van deze grondslag gebruik te maken is ten eerste dat het derdenbeding is opgenomen in de overeenkomst tussen budgethouder en de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert.⁷⁵ Een tweede voorwaarde om van deze grondslag gebruik te kunnen maken is dat het pgb van een cliënt wordt ingetrokken of herzien naar aanleiding van toerekenbaar handelen van de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. Deze derde zal daarom mogelijk tegen het intrekings- of herzieningsbesluit van het persoonsgebonden budget bezwaar willen maken. In deze gevallen is de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert in de regel belanghebbende bij het besluit.⁷⁶

Voor de volledigheid vermelden we nog de mogelijkheid van cessie. Bij (openbare of stille) cessie neemt een gemeente de rechten van een cliënt jegens de aanbieder of een derde die

ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert over (art. 3:94 BW). Door cessie kan de gemeente een vordering instellen tegen de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert op grond van een toerekenbare tekortkoming of onverschuldigde betaling jegens de cliënt. Bij een derdenbeding kan de gemeente de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert naast de cliënt aanspreken, terwijl bij cessie de gemeente de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert in plaats van de cliënt kan aanspreken.

Aansprakelijkheid van de bestuurders

Een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert verricht zijn activiteiten in veel gevallen vanuit een rechtspersoon, zoals een B.V. of een stichting. Rechtspersonen zijn zelfstandig drager van rechten en plichten.⁷⁷ De rechtspersoon heeft bijvoorbeeld een eigen bankrekening, kan een pand kopen en gaat overeenkomsten aan. Er is altijd wel een persoon (van vlees en bloed) nodig om deze handelingen daadwerkelijk te verrichten.

In de casus hebben Michel en Nadia de overeenkomst met de gemeenten allebei ondertekend. Zij hebben getekend in de hoedanigheid van bestuurder van Zorgbarend. Het is de rechtspersoon, Zorgbarend, die geld ontvangt voor de geleverde zorg door Zorgbarend.

Onrechtmatige daad

Het indienen van declaraties bij de gemeente gebeurt in feite door de bestuurder (of een

⁷⁵. Ontbreekt dit derdenbeding in de overeenkomst, dan kan een gemeente proberen de betalingen terug te eisen bijvoorbeeld via de weg van onverschuldigde betaling..

⁷⁶. Centrale Raad van Beroep 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:669.

⁷⁷. Een eenmanszaak, maatschap en vennootschap onder firma hebben bijvoorbeeld geen rechtspersoonlijkheid. In een civiele procedure tegen dit soort ondernemingen kan de gemeente het privévermogen van de bestuurder, maten of vennoten aanspreken. Per rechtsvorm gelden andere eisen voor aansprakelijkheid.

andere persoon die daarvoor gemachtigd is) van een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert. De gemeente kan proberen de onjuiste declaraties toe te rekenen aan de bestuurder en die bestuurder daarvoor aanspreken op grond van een zelfstandige onrechtmatige daad. Een beroep op deze grondslag slaagt als de bestuurder aansprakelijk is niet vanwege zijn tekortschieten of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder, maar vanwege schending van een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm (en handelend in een andere hoedanigheid dan bestuurder).⁷⁸ Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien komt vast te staan dat de bestuurder opzettelijk onjuiste declaraties heeft ingediend met het doel de gemeente te benadelen.⁷⁹ De gemeente moet ook de overige voorwaarden van een onrechtmatige daad (zie hiervoor onder 4.) aanvoeren (en zo nodig bewijzen). Het is in dat geval niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken.

Bij Zorgbarend hebben Michel en Nadia de overeenkomst met de gemeente ondertekend. Zij waren allebei op de hoogte van de voorwaarden voor het indienen van declaraties. Door het indienen van declaraties in strijd met de voorwaarden hebben Michel en Nadia gehandeld in strijd met de op hen rustende persoonlijke zorgvuldigheidsnormen, zo kan de gemeente betogen. Zij hebben namelijk de declaraties (mede) ingediend of feitelijk leidinggegeven aan de declaratiewijze.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Zoals gezegd, ontvangt de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert als rechtspersoon de betalingen van declaraties door de gemeente. Het is vervolgens aan de bestuurders van de aanbieder of een derde

die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert om te beslissen wat zij doet met de betalingen. Het ontvangen geld kan worden ingezet voor andere doelen of, onder omstandigheden, worden uitgekeerd aan de bestuurders. Als later blijkt dat de declaratie onterecht is betaald en de gemeente het geld niet meer kan terughalen bij de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, kan zij proberen de bestuurder daarop aan te spreken. Hiervoor geldt wel een hoge aansprakelijkheidsdrempel. De bestuurder van een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert is op deze grondslag alleen aansprakelijk als hem/haar een persoonlijk ernstig verwijt treft.

Heeft de bestuurder (i) namens de rechtspersoon gehandeld dan wel (ii) bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en treft hem/haar een ernstig verwijt? Dan is de bestuurder aansprakelijk tegenover de schuldeiser. Is de bestuurder bijvoorbeeld overeenkomsten aangegaan waarvan hij/zij wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden? Of wist of hoorde de bestuurder te begrijpen dat de door hem/haar bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de schade?⁸⁰

De vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid moet goed zijn onderbouwd. De volgende omstandigheden kunnen relevant zijn:

- Was de bestuurder op de hoogte van de manier van declareren? Van een bestuurder van een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert wordt verwacht dat hij/zij bekend is met de wijze van declareren, of zich hierover laat adviseren, zodat hij weet welke ondersteuning wel of

⁷⁸. Uitschrijven Hoge Raad 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881 (Spaanse villa). Vgl. Hoge Raad 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628

⁷⁹. Vgl. rechtbank Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2152, r.o. 8.76; gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3586, r.o. 3.5.3. e.v.

⁸⁰. Hierover gerechtshof Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1440; Hoge Raad 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:236.

niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁸¹ Indien de bestuurder financiën in zijn/haar portefeuille heeft, draagt hij/zij een bijzondere verantwoordelijkheid voor een correcte wijze van declareren.⁸²

- Zag de bestuurder toe op de wijze van declareren? Van bestuurders van een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert wordt verwacht dat zij zodanig zicht hebben op de bedrijfsvoering, de administratie en de declaraties dat grootschalige fraude zich niet kan voordoen.⁸³
- Voldeed de administratie van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert aan de daaraan te stellen wettelijke eisen?
- Heeft de bestuurder een belangrijk aandeel in de eventuele weigering van de aanbieder of derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert om mee te werken aan een onderzoek door de gemeente naar het bestaan van fraude?

Beslagleggen

Elke civiele procedure (hoe eenvoudig of complex ook) vergt de nodige voorbereiding. Voor een procedure die strekt tot terugvordering van geld dat de gemeente eerder aan een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert heeft betaald, is het goed om af te wegen of het leggen van beslag nuttig is voorafgaand aan de procedure. We behandelen hier twee soorten beslag. Een beslaglegging werkt het beste als de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert zo min mogelijk kennis heeft van de plannen van de gemeente. Op die manier wordt het 'wegsluizen' van gelden of bewijsmateriaal zo veel mogelijk voorkomen.

Bewijsbeslag

In sommige gevallen bestaat de kans dat belangrijk bewijsmateriaal voor een zaak ineens verdwijnt. Dan is het nuttig om in een civiele procedure stukken van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert te vorderen. Het kan bijvoorbeeld gaan om inzage in bepaalde stukken uit de bedrijfsadministratie. Als een gemeente inzage in stukken wil voordat zij een civiele procedure start, kan zij de route van bewijsbeslag overwegen. Om een dergelijk beslag te kunnen leggen is voorafgaand verlot van de voorzieningenrechter vereist. In het verzoekschrift zal onder andere aannemelijk gemaakt moeten worden waarom de vrees bestaat dat de betreffende documenten zonder het leggen van beslag verloren zullen gaan. Het (krijgen van verlot voor het) leggen van bewijsbeslag geeft de gemeente overigens nog niet het recht om de documenten ook daadwerkelijk in te kunnen zien. Daarvoor is toestemming van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert, nodig. Anders zal in een kort geding inzage in de in beslag genomen documenten moeten worden gevorderd.

Het wetsartikel dat hierover gaat is artikel 843a Rv: Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.

Voor het slagen van de vordering moet de gemeente haar vordering jegens de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert (bijvoorbeeld op de grondslag van onverschuldigde betaling) aannemelijk kunnen maken. Daarnaast moet de gemeente voldoende belang bij de stukken hebben en mag

81. Gerechtshof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802.

82. Rechtbank Gelderland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:432.

83. Gerechtshof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802. NB: Deze rechtspraak heeft betrekking op het geval waarin er sprake was van een overeenkomst met de aanbieder en er derhalve rechtstreeks bij de gemeente/zorgverzekeraar werd gedeclareerd.

de gemeente niet zodanig veel of ongespecificeerde informatie opvragen dat er gesproken kan worden van een *fishing expedition*.⁸⁴

Conservatoir verhaalsbeslag

In de civiele procedure kan een gemeente grote bedragen van een aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert of de bestuurders eisen. Mochten de vorderingen van de gemeente worden toegewezen, dan zal de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert of de bestuurders die grote bedragen moeten terugbetalen. Zeker bij fraude is de kans groot dat bij een veroordelend vonnis betaling uitblijft, omdat de aanbieder of de derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert niet (meer) beschikt over de daarvoor benodigde financiële middelen. De kans op terugbetaling kan worden vergroot door het leggen van conservatoir verhaalsbeslag. Bovendien leert de ervaring dat het vroegtijdig en gericht leggen van conservatoir beslag kan bijdragen aan de bereidheid van de aanbieders/bestuurders om tot een minnelijke regeling te komen (op welke manier tijdrovende en kostbare procedures mogelijk kunnen worden voorkomen).

Een conservatoir verhaalsbeslag betekent dat de gemeente beslag legt tot zekerheid van haar vorderingen. Diverse objecten van de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert en/of de bestuurders kunnen worden 'beslagen', bijvoorbeeld een bankrekening. Door de beslaglegging kan de beslagene het saldo dat op dat moment op zijn/haar bankrekening staat niet meer gebruiken. Het saldo is 'bevroren' tot het moment dat de vordering van de gemeente is toe- of afgewezen. Voor het leggen van conservatoir verhaalsbeslag is verloop van de voorzieningenrechter en vervolgens de inschakeling van een deurwaarder nodig.

⁸⁴. Zie voor een voorbeeld waarin een gemeente met succes stukken heeft gevorderd in relatie tot een mogelijke fraude (buiten het sociaal domein): rechtbank Rotterdam 4 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:441.

Voor elk soort beslagobject gelden andere eisen.⁸⁵ Bij bepaalde vormen is een van de vereisten dat er sprake dient te zijn van een vrees voor verduistering. Dit is bijvoorbeeld het geval bij beslag op onroerende zaken (zoals een woning). Dat betekent dat aannemelijk zal moeten worden gemaakt dat het beslagobject zonder het leggen van beslag zal worden vervaemd (en daarmee aan het verhaal zal worden onttrokken). Dit aannemelijk maken gebeurt in het verzoekschrift waarbij verloop voor het leggen van beslag wordt verzocht.

Beëindiging relatie met aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert

Hiervoor is aandacht besteed aan het terugvorderen van reeds verrichte betalingen. Voor nog niet verrichte betalingen moet ook een regeling worden getroffen. Het constateren van fraude en/of (anderszins) onrechtmatig handelen door de aanbieder of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert betekent namelijk niet dat de gemeente vanuit civielrechtelijk perspectief direct al haar betalingen stop mag zetten.

Beëindiging overeenkomst met de aanbieder

In de meeste gevallen is in de overeenkomst tussen de gemeente en de aanbieder (of in de algemene voorwaarden) een beëindigingsregeling opgenomen. Soms eindigt de overeenkomst automatisch op een bepaalde datum (van rechtswege) en soms hebben partijen een opzegtermijn⁸⁶ afgesproken. Bovendien kan in de overeenkomst zijn bepaald dat de overeenkomst per direct kan worden beëindigd indien er sprake is van fraude. Indien een gemeente op dit moment in haar overeenkomsten niet een dergelijke beëindigingsgrond heeft opgenomen, lijkt het aan te bevelen om daar bij toekomstige overeenkomsten wel in

⁸⁵. De algemene vereisten voor een verzoekschrift tot leggen van conservatoir beslag volgen uit art. 278 Rv, art. 21 Rv, art. 700 lid 2 Rv.

⁸⁶. Er bestaat veel rechtspraak over de opzegging van duurovereenkomsten. De rechter toetst een opzegging van een overeenkomst aan de kwalificatie van de overeenkomst (bepaalde of onbepaalde tijd) en de opgenomen opzegtermijn.

te voorzien. Als een beëindigingsregeling ontbreekt, kan de gemeente alleen van de overeenkomst af op basis van de wet: als de aanbieder tekortschiet (via ontbinding) of als er sprake is van een vernietigingsgrond.

Voor beëindiging wegens tekortschieten geldt de wettelijke ontbindingsregeling uit artikel 6:265 BW. Ontbinding kan door een buitengerechtelijke verklaring van de gemeente aan de aanbieder. In sommige gevallen ontstaat er discussie over de ontbinding. Dan kan de gemeente bij de rechter vragen om een bevestiging van de ontbinding.⁸⁷ Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, maar er ontstaat wel een verplichting tot ongedaanmaking van de over en weer ontvangen prestaties.⁸⁸

Voor de vernietigingsoptie is vereist dat er sprake is van een wilsgebrek: bedreiging, bedrog, dwaling of misbruik van omstandigheden bij de totstandkoming van de overeenkomst.⁸⁹ Vernietiging kan net zoals ontbinding door een buitengerechtelijke verklaring of door de rechter. Vernietiging heeft terugwerkende kracht. Dat betekent dat de overeenkomst volgens de wet nooit heeft bestaan. Door vernietiging moet de situatie worden teruggebracht naar het moment van vóór de overeenkomst.

Pas als de overeenkomst beëindigd is, vervalt de betalingsverplichting van de gemeente.

Beëindiging subsidierelatie

Daarnaast kan het college de subsidierelatie met de aanbieder beëindigen in het geval dat de aanbieder niet op grond van een overeenkomst maar op grond van een subsidie wordt bekostigd. Deze beëindiging geschiedt door het besluit tot subsidieverlening respectievelijk –vaststelling in te trekken. Op die mogelijkheden voor het college om tot intrekking van een subsidiebesluit bij fraude over te gaan, zijn wij hiervoor al ingegaan.

PGB mag niet bij een bepaalde instelling besteed worden

Indien de maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp ten laste van een pgb wordt geleverd is de situatie gecompliceerder. De gemeente heeft immers met de betreffende partij geen rechtsrelatie die kan worden beëindigd/stopgezet.

⁸⁷. Een zogenoemde verklaring voor recht dat de overeenkomst is ontbonden.

⁸⁸. Artikel 6:271 BW.

⁸⁹. Dwaling ex artikel 6:228 BW en de andere vernietigingsgronden ex artikel 3:44 BW.



Het pgb gaat bovendien uit van keuzevrijheid voor de cliënt. Om te bereiken dat de cliënt het pgb niet bij de betreffende derde mag besteden, zal in het besluit waarbij het pgb wordt toegekend de voorwaarde moeten worden opgenomen dat het pgb niet bij die derde mag worden besteed. Op het moment van schrijven bestaat er echter geen juridische duidelijkheid of de gemeente de voorwaarde eraan mag verbinden dat een persoonsgebonden budget niet mag worden besteed bij een bepaalde organisatie.

Strafrechtelijke maatregelen

Het is het Openbaar Ministerie dat beslist over het al dan niet starten van een strafrechtelijke procedure tegen de frauderende aanbieder. Waar bestuursrechtelijke en civielrechtelijke maatregelen vooral zijn gericht op herstel van de rechtmatige situatie, is het strafrecht gericht op het bestraffen van de frauderende aanbieder. Het inzetten van het strafrecht heeft in het algemeen voor- en nadelen.

Voordelen	Nadelen
Een strafzaak kan een agenderende functie hebben: er komt aandacht voor onrechtmatigheid en/of fraude binnen het sociaal domein.	De duur van een strafrechtelijk onderzoek is doorgaans lang, waarna het nog langer duurt voordat een definitieve veroordeling volgt.
Een (definitieve) strafrechtelijke veroordeling heeft een zeer negatieve connotatie voor veroordeelde en heeft daarnaast gevolgen voor het verkrijgen van een Verklaring omtrent Gedrag.	De vereisten aan het bewijs zijn hoog.
Het Openbaar Ministerie laat zich niet leiden door politieke wenselijkheden: in een strafrechtelijk onderzoek kunnen politiek onwenselijke boodschappen in de openbaarheid worden gebracht.	Maatschappelijk zeer ongewenste situaties (excessieve winsten, kwalitatief slechte zorg) zijn niet per se strafbaar.
	De straffen kunnen als laag worden ervaren.

Een strafzaak kan een agenderende functie hebben: er komt aandacht voor onrechtmatigheid en/of fraude binnen het sociaal domein.

Aangifteplicht

Als toezichthouders dan wel ambtenaren in de uitoefening van hun publieke taak kennis krijgen van een misdrijf, dan zijn zij verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen als door het misbruik inbreuk wordt gemaakt op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een gemeentelijke regeling. De op de zaak betrekking hebbende stukken moeten aan de (hulp)officier van justitie worden afgegeven.⁹⁰ Daarbij moet niet alleen aan wettelijke regelingen, maar ook aan bijvoorbeeld beleidsregels en contractuele regelingen worden gedacht.

Binnen het strafrecht geldt wel dat niet lichtvaardig aangifte mag worden gedaan. Hierbij merken wij op dat een financiële onregelmatigheid niet zonder meer leidt tot een misdrijf. Pas als de gemeente het vermoeden heeft van een dergelijk misdrijf kan er van een aangifteplicht sprake zijn.

Gebruik stukken uit de strafrechtelijke procedure

Zolang in het bestuursrecht geen bestraffende sanctie wordt opgelegd (te weten een bestuurlijke boete), kan een bestuursrechtelijk onderzoek naast een strafrechtelijk onderzoek lopen.⁹¹ Hierbij zij opgemerkt dat intrekings-, herzienings- en terugvoeringsbesluiten geen bestraffende sancties zijn. Is na bestuursrechtelijk onderzoek de aangifteverplichting van toepassing, dan leggen de toezichthouders de bestuursrechtelijke stukken over aan de officier van justitie.⁹²

^{90.} Artikel 162 lid 2 onder c Wetboek van Strafvordering.

^{91.} Het *una via-beginsel* dat is neergelegd in artikel 5:44 Algemene wet bestuursrecht en artikel 243 lid 2 Wetboek van Strafvordering.

^{92.} Artikel 162 lid 2 Wetboek van Strafvordering.

Andersom is de officier van justitie niet verplicht om stukken uit de strafrechtelijke procedure over te leggen aan de gemeente. Wel kan de gemeente daar als slachtoffer om verzoeken. Zo heeft de officier van justitie een zorgplicht dat de gemeente in kennis wordt gesteld van bepaalde omstandigheden, zoals het afzien of de beëindiging van een opsporingsonderzoek, het inzenden van een proces-verbaal tegen een verdachte, de aanvang en voortzetting van de vervolging, de plaats, de datum en het tijdstip van de terechtzitting en de uitspraak in de strafzaak tegen de verdachte.⁹³ Daarnaast verleent de officier van justitie – op verzoek van het slachtoffer – toestemming om kennis te nemen van de processtukken die voor het slachtoffer van belang zijn.⁹⁴ De officier van justitie kan dit verzoek weigeren als (1) geen sprake is van een processtuk, of (2) inzage onverenigbaar is met het voorkomen dat (a) de getuige ernstige overlast zal ondervinden of in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig zal worden belemmerd, (b) een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad, of (c) het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad.⁹⁵

Wij kunnen ons voorstellen dat een strafrechtelijke veroordeling als omstandigheid kan meewegen in de belangenafweging om al dan niet over te gaan tot het nemen van maatregelen jegens een frauderende zorgaanbieder.

Strafrechtelijke schadevergoeding

De gemeente kan in een strafrechtelijke procedure aangemerkt worden als slachtoffer als het Openbaar Ministerie overgaat tot vervolging van de zorgaanbieder. Grondslagen voor vervolging kunnen zijn bedrog, valsheid in geschrifte, oplichting en/of witwassen. Een slachtoffer is degene die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden. Met het slachtoffer wordt gelijkgesteld de rechtspersoon die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden.⁹⁶ Als slachtoffer wordt de gemeente op de hoogte

gehouden van de voortgang in de strafrechtelijke procedure.⁹⁷ Op verzoek kan de gemeente ook strafrechtelijke stukken inzien.⁹⁸

Als de gemeente slachtoffer is en schade heeft geleden, dan kan de gemeente zich voegen als benadeelde partij in een strafrechtelijke procedure. Degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, kan zich terzake van zijn vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij voegen in het strafproces.⁹⁹ Deze schade moet zijn geleden door de strafbare feiten zoals die in de tenlastelegging zijn opgenomen.

Als vervolging wordt ingesteld, dan ontvangt de benadeelde partij een formulier voor voeging.¹⁰⁰ Als een natuurlijke persoon het formulier invult en indient, dan is het van belang dat deze persoon gemachtigd is om deze handeling namens de gemeente als publiekrechtelijke rechtspersoon te verrichten. De gemeente dient de vordering met stukken te onderbouwen.

Tijdens de terechtzitting wordt ook de vordering van de benadeelde partij behandeld. Het toetsingskader van de vordering is civielrechtelijk van aard. De beslissing op de vordering wordt genomen in het vonnis van de strafzaak. Als de vordering wordt toegewezen, dan vormt het vonnis een executoriale titel. Een vordering kan ook niet-ontvankelijk worden verklaard, of worden afgewezen. Als de vordering een 'onevenredige belasting van het strafgeding oplevert', dan wordt de vordering niet-ontvankelijk verklaard. In dat geval staat de civielrechtelijk weg voor schadevergoeding open. Wordt de vordering afgewezen, dan is een inhoudelijk oordeel gegeven over de vordering. Dit betekent dat bij een afwijzing de civielrechtelijke weg niet langer open staat.

⁹³. Artikel 51ac lid 1 Wetboek van Strafvordering.

⁹⁴. Artikel 51b lid 1 Wetboek van Strafvordering.

⁹⁵. Artikel 51b lid 3 jo. artikel 187d lid 1 Wetboek van Strafvordering.

⁹⁶. Artikel 51a lid 1 onder a sub 1 Wetboek van Strafvordering.

⁹⁷. Artikel 51ac Wetboek van Strafvordering.

⁹⁸. Artikel 51b Wetboek van Strafvordering.

⁹⁹. Artikel 51f lid 1 Wetboek van Strafvordering.

¹⁰⁰. Artikel 51g Wetboek van Strafvordering.

4. Do's en Don'ts

Naar aanleiding van de vorige hoofdstukken hebben wij hieronder enkele praktische tips opgenomen. Aan de hand van vier thema's zijn enkele do's en don'ts opgenomen.

I. Wettelijk systematiek

- Stel een gemeentelijke verordening op, waarin het volgende is opgenomen:
 - De aanwijzing van een toezichthouder om toezicht te houden op de rechtmatigheid, doelmatigheid en kwaliteit onder de Wmo 2015;
 - De aanwijzing van een toezichthouder om toezicht te houden op de rechtmatigheid, doelmatigheid onder de Jeugdwet;
 - Het opnemen van een grondslag om onderzoeken te kunnen verrichten naar de rechtmatigheid, doelmatigheid en kwaliteit van maatschappelijke ondersteuning;
 - Het opnemen van kwaliteitseisen waar jeugdhulp aan moet voldoen. De toezichthouder kan in dat geval ook op deze kwaliteitseisen controleren;

II. Het onderzoek

- Stel een centraal meldpunt voor klachten en meldingen in om overzicht te houden. Komen er meerdere klachten en/of meldingen over een aanbieder binnen? Dan is er direct overzicht;
- Verifieer klachten en meldingen, en bereid (indien nodig) een onderzoek voor;
- Wees zo duidelijk en concreet mogelijk:
 - Formuleer een duidelijk doel voor het onderzoek;
 - Formuleer ook de onderzoeksvraag zo duidelijk en concreet mogelijk;
 - Stel duidelijk de periode van het onderzoek vast en welke normen er gelden: in de tussentijd kan de regelgeving en/of het contract met de aanbieder veranderd zijn.
- Bepaal zorgvuldig de juridische grondslag voor het onderzoek en zorg ervoor dat aan de eisen die bij een onderzoek op basis van de gekozen grondslag horen wordt voldaan;
- Maak op voorhand helder aan welke normen er tijdens het onderzoek zal worden getoetst. Bijvoorbeeld: declaraties met betrekking tot 2019 moeten worden getoetst aan overeenkomst A en verordening B, terwijl declaraties met betrekking tot 2020 moeten worden getoetst aan overeenkomst C en verordening D.

- Moeten de uitkomsten van het onderzoek geëxtrapoleerd kunnen worden? Zorg dat de selectie van bijvoorbeeld de te onderzoeken declaraties voldoende representatief is en voldoet aan de eisen;
- Signaleer het ontbreken van vereiste informatie, of dat bepaalde gegevens onderling tegenstrijdig en/of in strijd zijn met eerder ingediende declaraties;
- Wijzen de bevindingen op onrechtmatigheden en/of fraude die tevens zien op de kwaliteit? Onderzoek of er de noodzaak bestaat om de cliënten over te plaatsen naar andere aanbieders of een derde die ten laste van een pgb maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp levert;
- Geef de aanbieder een redelijke termijn voor een reactie op de bevindingen van de gemeente.

III. Het onderzoeksrapport

- Zorg voor een helder en inzichtelijk rapport:
 - Waarom is het onderzoek uitgevoerd?
 - Hoe is het onderzoek uitgevoerd?
 - Wat is er uit het onderzoek gebleken?
- Werkt de te onderzoeken (rechts)persoon niet (voldoende) mee? Leg in het rapport vast:
 - Op welke momenten om medewerking aan het onderzoek is gevraagd en hoe de (rechts)persoon hierop reageert;
 - Of er twijfels zijn over de betrouwbaarheid van de door de (rechts)persoon aangeleverde/bij hem beschikbare gegevens.
- Denk na over opties om de bewijsmogelijkheden in een procedure te verruimen;
- Maak het onderzoeksrapport niet zomaar openbaar. Hiervoor moet een belangenafweging gemaakt worden tussen het belang van de inzichtelijkheid van het toezicht enerzijds en het belang van de onderzochte (rechts)persoon en diens reputatie anderzijds.

IV. Maatregelen naar aanleiding van bevindingen

- Zijn de bevindingen ernstig? Sorteert alvast voor op de te nemen maatregelen:
 - Overeenkomst opschorten of ontbinden;
 - Terugvordering betalingen op grond van het bestuursrecht of civielrecht;
 - Stopzetten betalingen/communicatie naar SVB;
 - Intrekken/herzien van individuele besluiten;
 - Beoordeel of het mogelijk en wenselijk is om (ook) een procedure te starten tegen de bestuurder(s) van de fraudeleuze aanbieder;
 - Bedenk of het mogelijk en wenselijk is om beslag te leggen op goederen of bewijsmateriaal, zodat deze niet kunnen worden weggesluisd vooraf of gedurende een procedure.

Contact



Dennis van Tilborg

Partner, Advocaat

M: +31 6 46 60 64 20

T: +31 88 253 5962

E: dvantilborg@akd.eu



Sophie Groeneveld

Advocaat

M: +31 6 12 58 01 51

T: +31 88 253 5904

E: sgroeneveld@akd.eu



Iris den Bieman

Advocaat

M: +31 6 52 67 07 00

T: +31 88 253 5907

E: idenbieman@akd.eu



Stefan ten Hertog

Advocaat

M: +31 6 11 34 61 73

T: +31 88 253 5078

E: stenhertog@akd.eu

T: +31 88 253 5000

E: info@akd.eu

akd.eu