



Veel gestelde juridische vragen en antwoorden over hoofd- en onderaannemerschap

JURIDISCHE (ON)MOGELIJKHEDEN ROND HOOFD- EN ONDERAANNEMERSCHAP IN HET SOCIAAL DOMEIN

Versienummer: 1.1

Wijzigingsbeheer

Datum	Versie	Bewerker	Wijzigingen
15-4-2022	1.1	Harry Zegeerius	Toepassen huisstijl Ketenbureau ¹
Klik of tik om een datum in te voeren.	"Vul in"	"Vul in"	"Vul in"
Klik of tik om een datum in te voeren.	"Vul in"	"Vul in"	"Vul in"

¹ Oorspronkelijke datum document: december 2021

Colofon

Per 1 januari 2022 zijn het Ketenbureau i-Sociaal Domein en het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein geïntegreerd onder de vlag van het Ketenbureau.

Alle producten ontwikkeld door het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein zijn overgedragen aan het Ketenbureau i-Sociaal Domein. Daar valt ook deze uitgave onder.

Heeft u vragen of opmerkingen over het proces van visie, via aanbesteden en contracteren naar de financiële en administratieve afhandeling van de Jeugdwet of Wmo, dan kunt u contact opnemen met uw regioadviseur via regioteam@i-sociaaldomein.nl.

Of kijk voor meer informatie op www.i-sociaaldomein.nl

Inhoudsopgave

Algemene Inleiding	0
1 Hoofdstuk 1	3
1.1 <i>Wat is fraude in het sociaal domein?</i>	3
1.2 <i>Wat regelt de wet over fraude door een door de gemeente gecontracteerde aanbieder?</i>	4
1.3 <i>Welke privaatrechtelijke gevolgen kan fraude hebben voor de (raam)overeenkomst?</i>	4
1.4 <i>Wie is aansprakelijk als de (door de gemeente gecontracteerde) hoofdaannemer heeft gefraudeerd?</i>	6
1.5 <i>Wie is aansprakelijk als de onderaannemer van de (door de gemeente gecontracteerde) hoofdaannemer heeft gefraudeerd?</i>	7
1.6 <i>Wat moeten een hoofd- of onderaannemer doen bij een vermoeden van fraude bij de onder-respectievelijk hoofdaannemer?</i>	7
1.7 <i>Zowel de hoofd- als onderaannemer hebben gefraudeerd</i>	8
2 Hoofdstuk 2	9
2.1 <i>Algemene opmerkingen over faillissement</i>	9
2.1.1 <i>Een faillietverklaring</i>	9
2.1.2 <i>Vorbereid zijn op een faillissement</i>	9
2.2 <i>Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de gemeente en hoofdaannemer?</i>	10
2.3 <i>Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de overeenkomsten met de gemeente en de onderaannemer?</i>	11
2.4 <i>Wat moet de gemeente doen bij het faillissement van een hoofdaannemer?</i>	11
2.5 <i>Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de continuïteit van de door de onderaannemer geleverde zorg?</i>	12
2.6 <i>Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de betalingen aan de onderaannemer?</i>	14
2.7 <i>Welke gevolgen heeft het faillissement van een onderaannemer voor de gemeente en hoofdaannemer?</i>	15
3 Hoofdstuk 3	17
3.1 <i>Welke verantwoordelijkheden heeft de gemeente bij de beëindiging van de overeenkomst met de hoofdaannemer?</i>	17
3.2 <i>Gevolgen hoofd- en onderaannemerschap voor de verantwoordelijkheden van gemeente</i>	19
3.3 <i>Verantwoordelijkheden gemeente bij een voortijdige afloop van de overeenkomst</i>	20
3.4 <i>Contractuele afspraken met de hoofdaannemer over zorgcontinuïteit</i>	20

3.5	Welke verantwoordelijkheden heeft de hoofdaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst met de gemeente?.....	21
3.6	Welke verantwoordelijkheden heeft de onderaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst van de hoofdaannemer met de gemeente?	21
3.7	Wat zijn de verantwoordelijkheden van een nieuwe aanbieder aan wie de gemeente de opdracht gunt na beëindiging van de overeenkomst met de (oude) hoofdaannemer?.....	22
3.8	Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?.....	23
3.9	Welke verantwoordelijkheden hebben de gemeente en de hoofdaannemer bij beëindiging van de overeenkomst met de onderaannemer?	25
4	Hoofdstuk 4	26
4.1	Inleiding	26
4.2	Het juridisch kader waarbinnen kwaliteit van zorg wordt gereguleerd.....	27
4.2.1	Niveau 1: de wet.....	27
4.2.2	Niveau 2: de gemeentelijke regelgeving	27
4.2.3	Niveau 3: de overeenkomst met de gemeente	28
4.2.4	Niveau 4: beroepsstandaarden	29
4.3	Wat is de verantwoordelijkheid van de gemeente ten aanzien van kwaliteit?	30
4.3.1	Jeugdwet	30
4.3.2	Wmo 2015	31
4.4	Wat is de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer ten aanzien van kwaliteit?.....	32
4.4.1	Jeugdwet	32
4.4.2	Wmo 2015	33
4.5	Wat is de verantwoordelijkheid van de onderaannemer ten aanzien van de kwaliteit?.....	34
4.5.1	Jeugdwet	34
4.5.2	Wmo 2015	35
4.6	Is een hoofdaannemer te allen tijde aansprakelijk voor de kwaliteit van de zorg door de onderaannemer?.....	36
4.7	Wie is verantwoordelijk voor het naleven van de norm verantwoorde werktoedeling, de hoofd- of de onderaannemer?.....	37
4.8	Wie is verantwoordelijk voor een effectieve en laagdrempelige klachtregeling?	37
4.8.1	Jeugdwet	38
4.8.2	Wmo 2015	38
4.9	Wie is verantwoordelijk voor de melding van een calamiteit bij de onderaannemer?.....	39
4.9.1	Jeugdwet	39
4.9.2	Wmo 2015	39
4.10	Waar moeten hoofd- en onderaannemers onder meer aandacht aan besteden in hun overeenkomst ten aanzien van de kwaliteit?.....	40

5	Hoofdstuk 5	41
5.1	<i>Wat is een hoofdaannemer?</i>	41
5.2	<i>Wat is een regiebehandelaar?</i>	41
5.3	<i>Is de regiebehandelaar altijd werkzaam bij de hoofdaannemer?</i>	42
6	Hoofdstuk 6	43
6.1	<i>Welke verantwoordelijkheden heeft de gemeente op grond van de amvb reële prijs voor de tarieven van de hoofd- en/of onderaannemer?</i>	43
6.2	<i>Wat betekent de amvb reële prijs voor een hoofdaannemer?</i>	45
6.3	<i>Wat betekent de amvb reële prijs voor de tarieven van de onderaannemer?</i>	46
7	Hoofdstuk 7	48
7.1	<i>Inleiding</i>	48
7.2	<i>Aanbesteding</i>	49
7.2.1	<i>Voorvraag: één of meerdere opdrachten?</i>	49
7.2.2	<i>Bij samenvoeging van opdrachten: clusterverbod artikel 1.5 Aanbestedingswet</i>	50
7.2.3	<i>Wat betekent dit dan?</i>	50
7.3	<i>Open house</i>	51
8	Hoofdstuk 8	52
9	Hoofdstuk 9	53
9.1	<i>Inleiding</i>	53
9.2	<i>Verkapt dienstverband (arbeidsovereenkomst) tussen het personeel van de onderaannemer en de hoofdaannemer dan wel de gemeente</i>	54
9.2.1	<i>Inperking risico</i>	54
9.3	<i>De onderaannemer is een zzp'er</i>	54
9.3.1	<i>Beoordeling arbeidsrelatie</i>	55
9.3.2	<i>Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie</i>	57
9.3.3	<i>Gevolgen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en mogelijke maatregelen</i>	57
9.4	<i>Een aantal specifieke mogelijkheden die personeelsleden van de onderaannemer of ZZP'ers hebben om de hoofdaannemer dan wel de gemeente aan te spreken (ketenaansprakelijkheden)</i>	58
9.4.1	<i>Inleiding</i>	58
9.4.2	<i>Ketenaansprakelijkheid voor het loon</i>	59
11.1.1	<i>Aansprakelijkheid voor schade</i>	61
11.1.2	<i>Fiscale ketenaansprakelijkheid</i>	63
12	Hoofdstuk 10	64
12.1	<i>Inleiding</i>	64
12.2	<i>Verantwoordelijkheidsverdeling en de Jw</i>	64

12.3	AVG en de Jw	65
12.4	Medisch beroepsgeheim (Jw en de Wgbo)	66
12.5	In hoeverre gelden de antwoorden op de voorgaande vraag in gelijke zin voor gecertificeerde instellingen?	66

Algemene Inleiding

Doelstelling van deze handreiking

In deze handreiking geeft een subwerkgroep van de werkgroep Hoofd- en onderaannemerschap van het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein² in samenwerking met het advocatenkantoor Pels Rijcken antwoord op de meest voorkomende juridische vragen vanuit de praktijk over hoofd- en onderaannemerschap.

Aanleiding van deze handreiking is dat in het sociaal domein steeds vaker wordt gewerkt met hoofd- en onderaannemerschap. Dit leidt in de praktijk tot diverse juridische vragen. Deze handreiking beoogt ten aanzien van de meest voorkomende juridische vragen de toepasselijke juridische kaders te schetsen waarbinnen het antwoord op die vragen moet worden gezocht. Het gaat daarbij om vragen die zien op de verdeling van verantwoordelijkheden tussen gemeenten, hoofd- en onderaannemers op het gebied van rechtmatigheid; kwaliteit en continuïteit van de zorg; de sturing door gemeenten op hoofd- en onderaannemerschap via inkoop; de arbeidsrechtelijke implicaties van hoofd- en onderaannemerschap en de grondslag voor de uitwisseling van gegevens.

De beantwoording van deze vragen is op hoofdlijnen. Reden daarvoor is dat deze vragen opkomen in talrijke verschillende casussen. Het is niet mogelijk om in een handreiking op al deze specifieke casussen in te gaan. Daarnaast is relevant dat over het onderwerp hoofd- en onderaannemerschap in het sociaal domein in de wet- en regelgeving namelijk (nog) maar weinig is geregeld. Ook is er nog weinig jurisprudentie over het onderwerp gevormd. De antwoorden op de vragen met betrekking tot bovenstaande onderwerpen zijn daarom gebaseerd op de kennis van de werkgroep, en zijn ervaring met, de toepasselijke rechtsgebieden, waaronder de toepasselijke sectorale wet- en regelgeving (Wmo 2015 en Jeugdwet), het algemeen bestuursrecht, het algemeen verbintenissenrecht, aanbestedingsrecht, faillissementsrecht, arbeidsrecht en privacyrecht.

De handreiking is relevant voor gemeenten, hoofd- en onderaannemers alsmede de professionals die in een hoofd- en onderaannemer constructie werken. Hopelijk biedt deze handreiking hen inspiratie bij het beantwoorden van de juridische vraagstukken waarmee zij geconfronteerd worden bij het werken met hoofd- en onderaannemerschap in het sociaal domein.

Afbakening hoofd- en onderaannemerschap

Hoofd- en onderaannemerschap is voortdurend in ontwikkeling en kan op velerlei manieren worden vormgegeven. Deze wijze van vormgeving hangt enerzijds af van de manier waarop gemeenten hebben ingekocht. Anderzijds wordt de relatie tussen de hoofd- en onderaannemer grotendeels beheerst door het algemene verbintenissenrecht, waarbij de contractsvrijheid van partijen als uitgangspunt geldt. In deze handreiking is het onderwerp hoofd- en onderaannemerschap daarom als volgt nader afgebakend.

Hoofd- en onderaannemerschap

In deze handreiking wordt met hoofd- en onderaannemerschap bedoeld op de situatie dat een aanbieder (de hoofdaannemer) een andere aanbieder (de onderaannemer) inschakelt voor de te leveren hulp of ondersteuning. De relatie tussen de hoofd- en onderaannemer betreft juridisch gezien over het algemeen

² Deze subwerkgroep is samengesteld uit juristen en beleidsmedewerkers werkzaam bij regioteams, zorgaanbieders en het ministerie van VWS.

een opdrachtgever- en opdrachtnemersrelatie als bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (BW).³ Er is over het algemeen geen sprake van een overeenkomst tot aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW.⁴ In deze handreiking wordt echter aangesloten bij de terminologie die in het veld wordt gebruikt om deze partijen aan te duiden als ‘hoofdaannemer’ respectievelijk ‘onderaannemer’.

Hoofdaannemer

De hoofdaannemer is de aanbieder die van de gemeente de opdracht heeft gekregen om hulp (jeugdhulp en/of de uitvoering van jeugdreclassering en/of kinderschermingsmaatregelen) of maatschappelijke ondersteuning te leveren. In deze handreiking wordt uitgegaan van de situatie dat de gemeente met de hoofdaannemer een schriftelijke overeenkomst is aangegaan voor het leveren van de ondersteuning en/of hulp. Het is ook mogelijk dat de gemeente een subsidie in de zin van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft verstrekt. Deze handreiking bespreekt niet wat de implicaties van hoofd- en onderaannemerschap zijn in laatstgenoemde situatie.

Onderaannemer

De onderaannemer levert in opdracht van de hoofdaannemer de ondersteuning of hulp.⁵ Deze handreiking gaat ervan uit dat de onderaannemer een aanbieder van hulp of ondersteuning is en geen uitzendorganisatie of een payroll-organisatie is.

Aanbieder

In deze handreiking worden zowel hoofd- als onderaannemers die diensten verlenen in het Jeugdwetdomein en het domein van de Wmo 2015 als aanbieder aangemerkt. In het Jeugdwetdomein betreft dit zowel jeugdhulpaanbieders als gecertificeerde instellingen. Zij kwalificeren zowel in hoedanigheid van hoofdaannemer als onderaannemer als ‘aanbieder’ in de zin van de Jeugdwet. Strikt genomen is een onderaannemer die diensten verleent in het domein van de Wmo 2015 geen aanbieder in de zin van de Wmo 2015.⁶ Voor de leesbaarheid wordt in de handreiking echter onder het begrip ‘aanbieder’ ook een onderaannemer verstaan die Wmovoorzieningen verstrekt, tenzij dit anders staat aangegeven.⁷

³ Artikel 7:400, eerste lid BW luidt als volgt: “De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.”

⁴ Artikel 7:750, eerste lid BW luidt als volgt: “Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.”

⁵ Een gecertificeerde instelling kan zijn werkzaamheden alleen uitbesteden aan een andere gecertificeerde instelling, omdat jeugdbescherming en jeugdreclassering alleen door gecertificeerde instellingen mogen worden geleverd.

⁶ Op grond van artikel 1.1.1 van de Wmo 2015, is een aanbieder een ‘natuurlijke persoon of rechtspersoon die jegens het college gehouden is een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening te leveren’. Gelet op deze definitie kwalificeren onderaannemers niet als aanbieders. Een onderaannemer is namelijk niet jegens het college maar jegens de hoofdaannemer gehouden tot het leveren van een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening.

⁷ Dit onderscheid speelt met name een rol bij [hoofdstuk 4](#) over de verantwoordelijkheden van onderaannemers voor de kwaliteit van de Wmo-voorzieningen (zie het hoofdstuk “Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft kwaliteit van de geleverde hulp?” en [hoofdstuk 10](#) over de grondslagen voor het uitwisselen van gegevens.

Toelichting inhoudsopgave

In deze handreiking worden per hoofdstuk de volgende vragen beantwoord:

1. Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van fraude bij hoofd- en/of onderaannemer in het sociaal domein?
2. Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van faillissement van de hoofd- en/of onderaannemer?
3. Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft zorgcontinuïteit bij de afloop van de overeenkomst tussen de gemeente en hoofdaannemer of hoofd- en onderaannemer?
4. Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft kwaliteit van de geleverde hulp?
5. Wat is het verschil tussen een hoofdbehandelaar en een regiebehandelaar?
6. In hoeverre is de amvb reële prijs ook van toepassing op de onderaannemer?
7. In hoeverre mag een gemeente verschillende opdrachten bundelen binnen één opdracht ook als een aanbieder deze taak realistisch gezien nooit zonder onderaannemers uit kan voeren?
8. In hoeverre is het proportioneel om een hoofdaannemer verantwoordelijk te stellen voor hulp buiten de eigen expertise?
9. Wanneer kan onderaannemerschap worden gezien als een verkapt dienstverband? En zo ja, is dit te voorkomen en zo ja, hoe?
10. Mogen hoofd- en onderaannemers gegevens uitwisselen over cliënten ten behoeve van het nakomen van contractuele verplichtingen?

1 Hoofdstuk 1

“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van fraude bij hoofd- en/of onderaannemer⁸ in het sociaal domein? Is de hoofdaannemer te allen tijde aansprakelijk voor het handelen van een onderaannemer? Zo niet, wanneer niet? ”

1.1 Wat is fraude in het sociaal domein?

Fraude kan in vele vormen plaatsvinden. Fraude is in die zin een verzamelbegrip waaronder strafrechtelijke gedragingen zoals valsheid in geschrifte, bedrog en witwassen vallen. In het Wetsvoorstel bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg⁹ wordt onder het begrip fraude in de zorg (waaronder het sociaal domein) verstaan het opzettelijk misleidend handelen binnen het zorgdomein, met het oog op eigen of andermans gewin, voor zover het in de wet strafbaar gestelde feiten betreft. In de kamerstukken zijn de volgende voorbeelden genoemd van wat in de praktijk onder fraude in de zorg wordt verstaan: *“Het gaat bijvoorbeeld om spookzorg, waarbij zorg wordt gedeclareerd terwijl deze niet is geleverd, of pakketfraude, waarbij onverzekerde zorg als verzekerde zorg wordt gedeclareerd. Met declaraties worden diverse vormen van fraude geconstateerd, zoals het in aparte delen declareren van een bundel zorgactiviteiten, het declareren van duurdere behandelingen dan die zijn geleverd en onterechte bijbetalingen voor zorg die bij de geleverde prestatie hoort”*.¹⁰ Kenmerkend voor fraude is dat er sprake is van opzettelijk misleiden. Het incidenteel abusievelijk insturen van een foutieve declaratie kwalificeert dus niet onmiddellijk als fraude. Pas als een aanbieder¹¹ opzettelijk een foutieve declaratie instuurt, met het doel om de gemeente te misleiden en meer te declareren dan waarop aanspraak bestaat, is er sprake van fraude. Als een gemeente zich op het standpunt stelt dat sprake is van fraude door een aanbieder, rust op de gemeente de bewijslast om aan te tonen dat sprake is van opzettelijk misleidend handelen door de aanbieder. Als de gemeente dit niet kan aantonen, maar wel kan aantonen dat sprake is van foutief declareren, kan er weliswaar sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van de (raam)overeenkomst, maar is geen sprake van (aantoonbare) fraude.

Onder het begrip fraude in de zorg (waaronder het sociaal domein) wordt verstaan het opzettelijk misleidend handelen binnen het zorgdomein, met het oog op eigen of andermans gewin, voor zover het in de wet strafbaar gestelde feiten betreft.

⁸ Zie de afbakening van de begrippen ‘hoofdaannemer’ en ‘onderaannemer’ in de inleiding bij deze handreiking.

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 2.

¹⁰ Kamerstukken II 2019/2020, 35515, nr. 3, p. 6-7.

¹¹ Zie [de afbakening van het begrip ‘aanbieder’ in de inleiding](#) bij deze handreiking.

1.2 Wat regelt de wet over fraude door een door de gemeente gecontracteerde aanbieder?

Gemeenten zijn in het kader van de Jeugdwet¹² en de Wmo 2015¹³ integraal verantwoordelijk voor de kwaliteit en rechtmatigheid van de jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen, jeugdreclassering en maatschappelijke ondersteuning (hierna: zorg). In dat kader houden gemeenten op grond van beide wetten rechtmatigheidstoezicht.¹⁴ De Jeugdwet kent specifieke regels voor het uitvoeren van rechtmatigheids- en fraudeonderzoeken.¹⁵ Aanbieders (hoofd- en onderaannemers) zijn wettelijk verplicht medewerking te verlenen aan de rechtmatigheidstoezichthouder.¹⁶

De rechtmatigheidstoezichthouder zal zijn bevindingen van het fraudeonderzoek vastleggen in een rapport. Als in het rapport wordt vastgesteld dat fraude is gepleegd door een aanbieder in het kader van zorg die is geleverd op basis van een (raam)overeenkomst met de gemeente, is het aan de gemeente om te bepalen wat de (privaatrechtelijke) gevolgen van de fraude voor de samenwerking zullen zijn.¹⁷ In de Nota van Toelichting op de Regeling Jeugdwet is het als volgt verwoord: *“De gemeente is gehouden redelijkheid en billijkheid te betrachten bij het vaststellen van de gevolgen die worden verbonden aan uitkomsten van formele en materiële controles. In dat kader kan de gemeente de ernst, de duur en frequentie van de geconstateerde tekortkoming en de mate waarin deze aan de aanbieder kan worden verweten daarbij betrekken.”*¹⁸ De gemeente is daarbij aan het privaatrecht gebonden. Dat betekent dat de door de gemeente vast te stellen gevolgen voortvloeien uit de privaatrechtelijke relatie tussen partijen.

1.3 Welke privaatrechtelijke gevolgen kan fraude hebben voor de (raam)overeenkomst?

De gevolgen van fraude voor de (raam)overeenkomst van de gemeente met een hoofdaannemer kunnen specifiek zijn geregeld in de (raam)overeenkomst of voortvloeien uit het algemene verbintenissenrecht in het Burgerlijk Wetboek.¹⁹ Zo is het bijvoorbeeld denkbaar om in een overeenkomst een boetebeding op te nemen. Een boetebeding is een afspraak waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet (dus niet doet wat hij op grond van de overeenkomst wel verplicht is te doen, of juist doet wat hij verplicht is om na te laten, zoals in het geval van fraude), gehouden is een geldsom of andere prestatie te voldoen. Een boetebeding heeft onder meer de functie om de schade die een partij lijdt als gevolg van een tekortkoming te fixeren. Voor de schuldeiser (dat zal in het algemeen de opdrachtgever zijn) heeft dat het voordeel dat hij het bewijs van bestaan en omvang van schade niet meer hoeft te leveren als de schuldenaar nalaat aan zijn verplichtingen te voldoen. Van dat voordeel is echter geen sprake meer wanneer de schuldeiser kan bewijzen dat de schade juist *hoger* is dan het bedrag dat in het boetebeding is afgesproken. Op dat meerdere kan in beginsel echter geen aanspraak worden gemaakt wanneer daarover tevoren geen afspraken zijn gemaakt.

¹² Gemeenten zijn op grond van de Jeugdwet verantwoordelijk voor het feit dat een (kwantitatief en kwalitatief) toereikend en passend aanbod van jeugdhulp, jeugdreclassering en kinderschermingsmaatregelen beschikbaar is (artikel 2.6, eerste lid van de Jeugdwet).

¹³ Op grond van artikel 2.1.1 van de Wmo 2015 draagt het gemeentebestuur zorg voor de kwaliteit en de continuïteit van de voorzieningen.

¹⁴ De Wmo 2015 bepaalt in artikel 6.1 dat de gemeente daartoe toezichthouders aanwijzen. Ook in het kader van de Jeugdwet is het wenselijk dat gemeenten een toezichthouder rechtmatigheid instellen.

¹⁵ Regeling Jeugdwet, paragraaf 6b (Verwerking persoonsgegevens ten behoeve van materiële controle en fraudebestrijding).

¹⁶ Artikel 5:20 Awb.

¹⁷ Bestuursrechtelijk terugvorderen is op basis van de Wmo 2015 alleen mogelijk als de cliënt zelf onjuiste gegevens heeft verstrekt.

¹⁸ [NvT Regeling Jeugdwet, Stcrt. 2016/44178](#).

¹⁹ Artikel 6:248 lid 1 BW.

In hoeverre de gemeente de nakoming van zijn verbintenis op grond van de (raamovereenkomst) kan opschorten hangt ervan af of de gemeente op haar beurt een opeisbare tegenvordering op de hoofdaannemer heeft. Het enkele vermoeden van fraude door een aanbieder levert waarschijnlijk echter nog geen opschortingsbevoegdheid van de zijde van de gemeente op. Om in de situatie dat sprake is van een onderzoek naar fraude door de gecontracteerde aanbieder de verplichtingen jegens hem te kunnen opschorten is waarschijnlijk een daarop toegesneden contractuele bepaling nodig.

Is sprake van een tekortkoming van voldoende gewicht (en in geval van fraude zal daar wel snel sprake van zijn) dan kan de gemeente ervoor kiezen om de (raam)overeenkomst te ontbinden.²⁰ Dat is het wettelijke recht om een overeenkomst eenzijdig te beëindigen wanneer de wederpartij tekort schiet. Ontbinding hoeft niet per se de overeenkomst in zijn geheel te betreffen. Een overeenkomst kan in beginsel ook gedeeltelijk zijn. Een gedeeltelijke ontbinding houdt een evenredige vermindering in van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid. Die evenredige vermindering kan worden uitgedrukt in termen van tijd, kwantiteit en kwaliteit. In geval van fraude ligt gedeeltelijke ontbinding – wat erop neerkomt dat de relatie in gewijzigde vorm wordt voortgezet – echter niet erg voor de hand. In geval van ontbinding kunnen de frauduleus in rekening gebrachte bedragen daarnaast worden teruggevorderd op grond van diezelfde tekortkoming.²¹

In een (raam)overeenkomst kan fraude ook als een zelfstandige grond voor ontbinding benoemd zijn. In dat geval is van belang dat in de overeenkomst is gedefinieerd wat onder fraude wordt verstaan. Het ligt voor de hand om daarvoor aansluiting te zoeken bij de definitie van fraude in het Wetsvoorstel bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg. Tevens kan de gemeente aangifte doen van de fraude bij het OM. De binding aan het privaatrecht laat overigens onverlet dat de gemeente bij het uitoefenen van bevoegdheden die zij op grond van het privaatrecht heeft ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen.²²

Als in het toezichtsrapport wordt vastgesteld dat fraude is gepleegd door een aanbieder in het kader van zorg die is geleverd op basis van een (raam)overeenkomst met de gemeente, is het aan de gemeente om te bepalen wat de (privaatrechtelijke) gevolgen van de fraude voor de samenwerking zullen zijn. De gevolgen kunnen specifiek zijn geregeld in de (raam)overeenkomst of voortvloeien uit het algemene verbintenissenrecht in het Burgerlijk Wetboek. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk een boete op te leggen als er geen boetebeding is opgenomen in de (raam)overeenkomst.

²⁰ Ontbinden is iets anders dan opzeggen. Opzegging werkt alleen voor de toekomst. Er ontstaan geen ongedaanmakingsverbintenissen. Voor opzegging is niet nodig dat de wederpartij wanprestatie heeft gepleegd of dat er anderszins sprake is van verwijtbare of voor haar risico komende omstandigheden. Tenzij anders bedongen, of de wet anders bepaalt, zijn duurovereenkomsten voor bepaalde tijd in beginsel niet tussentijds opzegbaar.

²¹ De rechtspraak kent de volgende voorbeelden van ontbinding nadat fraude is vastgesteld: Rb. Gelderland, 9 maart 2018, [ECLI:NL:RBGEL:2018:1321](#) (Flexzorg), Rb. Gelderland, 6 februari 2019, [ECLI:NL:RBGEL:2019:432](#) en 22 augustus 2018, [ECLI:NL:RBGEL:2018:3628](#) (Rigter en R2 B.V.), Rb. Gelderland, 22 oktober 2019, [ECLI:NL:RBGEL:2019:4699](#), Rb. Overijssel, 24 juni 2020, [ECLI:NL:RBOVE:2020:2152](#). In het arrest Eigen Haard/X (HR 28 september 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1810](#)) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst. Het ligt voor de hand dat in geval van fraude daar snel aan zal zijn voldaan.

²² Artikel 3:14 BW

Indien een door de gemeente gecontracteerde aanbieder (de hoofdaannemer) een opdrachtnemer (de onderaannemer) heeft ingeschakeld zijn met name de volgende situaties in het geval van fraude voorstelbaar:

- de gecontracteerde hoofdaannemer heeft fraude gepleegd;
- de onderaannemer van de gecontracteerde hoofdaannemer heeft fraude gepleegd;
- zowel de gecontracteerde hoofdaannemer als haar onderaannemer hebben (gezamenlijk) fraude gepleegd.

Hierna wordt ten aanzien van elk van deze situaties besproken wie in deze situaties in beginsel waarvoor aansprakelijk is.

1.4 Wie is aansprakelijk als de (door de gemeente gecontracteerde) hoofdaannemer heeft gefraudeerd?

Uitgangspunt is dat als een gemeente fraude constateert door een gecontracteerde aanbieder (zijnde de hoofdaannemer), de gemeente in het uiterste geval de (raam)overeenkomst kan ontbinden en de teveel betaalde gelden kan terugvorderen. De gemeente kan in beginsel de onderaannemer niet aanspreken voor de fraude die door de hoofdaannemer is gepleegd indien de onderaannemer daarbij niet betrokken is geweest.²³

De gemeente kan in beginsel de onderaannemer niet aanspreken voor de fraude die door de hoofdaannemer is gepleegd indien de onderaannemer daarbij niet betrokken is geweest.

De hoofd- en onderaannemer zullen mogelijk in hun contract onderling hebben geregeld wat de gevolgen zijn van beëindiging van de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer. Als dat niet het geval is, dient de hoofdaannemer de overeenkomst met de onderaannemer waarschijnlijk afzonderlijk door opzegging te beëindigen. Omdat in de regel een opzeggingstermijn in acht dient te worden genomen, dient de hoofdaannemer de onderaannemer nog enige tijd te betalen ook al is de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer al geëindigd. Dit is een aangelegenheid waar de gemeente buiten staat. Het is minder waarschijnlijk dat, wanneer daar geen afspraken over zijn gemaakt, als gevolg van de beëindiging van de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer ook (automatisch) de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en onderaannemer is beëindigd. Van een dergelijke situatie kan volgens vaste rechtspraak alleen sprake zijn als er een zeer sterke samenhang is tussen beide overeenkomsten. Echter, volgens die rechtspraak brengt het enkele feit dat sprake is van samenhang nog niet mee dat met ontbinding van de ene overeenkomst ook een einde komt aan de andere.²⁴ Dit scenario is daarom minder waarschijnlijk. Op zich is overigens ook denkbaar dat bij beëindiging door ontbinding van de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer, de onderaannemer zelf het initiatief neemt om tot beëindiging van de relatie met de hoofdaannemer te komen.

²³ Eventuele schade aan de zijde van de gemeente kan daarom in beginsel niet eveneens op de onderaannemer worden verhaald. Een dergelijk verhaal op de onderaannemer zou enkel gebaseerd kunnen worden op onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking. Daarvoor is vereist dat de onrechtmatige daad (de fraude) aan de onderaannemer moet kunnen worden toegerekend. Dat is in deze situatie niet het geval.

²⁴ HR 14 september 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1672](#).

De beëindiging van de (raam)overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer heeft niet automatisch de beëindiging van de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer tot gevolg als over die situatie geen afspraken zijn gemaakt.

1.5 Wie is aansprakelijk als de onderaannemer van de (door de gemeente gecontracteerde) hoofdaannemer heeft gefraudeerd?

Indien de gemeente vaststelt dat de onderaannemer fraude heeft gepleegd en de hoofdaannemer daarbij niet betrokken is, geldt dat de gemeente daarvoor primair de hoofdaannemer kan aanspreken. Op grond van de (raam)overeenkomst is de hoofdaannemer namelijk jegens het college verantwoordelijk voor de (rechtmatige) inzet van de zorg. Eventuele fraude door de onderaannemer komt daarom in beginsel voor rekening van de hoofdaannemer (art. 6:76 BW). Daarvoor is niet relevant of de hoofdaannemer wetenschap had van de fraude door de onderaannemer. De gemeente kan mogelijk de overeenkomst met de hoofdaannemer (gedeeltelijk) ontbinden en de ten onrechte verrichte betalingen aan de hoofdaannemer terugvorderen. Daarnaast zou de gemeente eventueel de onderaannemer kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking. Dit zou de gemeente bijvoorbeeld kunnen doen als blijkt dat de hoofdaannemer onvoldoende middelen heeft om de ten onrechte ontvangen betalingen terug te betalen.

Indien de gemeente vaststelt dat de onderaannemer fraude heeft gepleegd en de hoofdaannemer daarbij niet betrokken is, geldt dat de gemeente daarvoor primair de hoofdaannemer kan aanspreken. Daarnaast zou de gemeente eventueel de onderaannemer kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking.

1.6 Wat moeten een hoofd- of onderaannemer doen bij een vermoeden van fraude bij de onder-respectievelijk hoofdaannemer?

Ten eerste is van belang het vermoeden van fraude te melden bij de gemeente/gemeentelijke toezichthouder.²⁵

Daarnaast is het van belang actie te ondernemen richting de hoofd- of onderaannemer. De hoofd- en onderaannemer zullen mogelijk in hun contract onderling hebben geregeld wat de gevolgen zijn van fraude door één van de partijen. Als hierover in het contract niets is geregeld, dan geldt dat de gepleegde fraude waarschijnlijk een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst oplevert.

²⁵ Op basis van de Wmo 2015/Jeugdwet zijn fraudemeldingen niet verplicht. Echter, toch is het verstandig om bij een vermoeden van fraude wel een signaal af te geven aan de toezichthouder, alleen al om te voorkomen dat bij de gemeente een vermoeden ontstaat dat de onderaannemer of hoofdaannemer bij de fraude betrokken is en de gemeente de onderaannemer of hoofdaannemer daarvoor mede aansprakelijk stelt. Als in het kader van de gepleegde fraude er onregelmatigheden plaatsvinden die binnen het toezicht van de IGJ vallen (bijvoorbeeld het ten onrechte gebruiken van een titel die is beschermd volgens de Wet BIG) dient dit tevens bij de IGJ te worden gemeld. Zie ook <https://www.igj.nl/onderwerpen/andere-melding-wkkgz>

De partij die een vermoeden heeft van fraude en om die reden de overeenkomst wil ontbinden heeft de bewijslast om aan te tonen dat sprake is van fraude en/of een tekortkoming in de nakomen van de overeenkomst. Wat die bewijslast precies inhoudt hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien in de overeenkomst een definitie is opgenomen van fraude naar aanleiding waarvan kan worden ontbonden, zullen de bestanddelen van deze definitie moeten worden aangetoond. Bijvoorbeeld, indien in de definitie een opzet vereiste is opgenomen, zal de hoofdaannemer moeten bewijzen dat sprake was van opzet. Als daarentegen in de overeenkomst is bepaald dat fraude ook een vermoeden van fraude kan zijn, dan is voldoende dat de hoofdaannemer dit vermoeden met bewijs kan onderbouwen.

Indien in de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer geen bevoegdheid is gegeven tot ontbinding in geval van fraude, en de ontbinding is gebaseerd op een ernstige tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, moet de bewijslast gericht zijn op de ernstige tekortkoming in de nakoming. Hoe dit kan worden aangetoond hangt van het specifieke geval.

Uiteraard is het in beide situaties gemakkelijker om aan te tonen dat er sprake is van fraude resp. een tekortkoming in de nakoming indien de gemeente de fraude heeft vastgesteld of er een strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek. Echter, het is goed voorstelbaar dat de hoofdaannemer deze onderzoeken niet wil afwachten.

1.7 Zowel de hoofd- als onderaannemer hebben gefraudeerd

Indien zowel de hoofd- als de onderaannemer gezamenlijk hebben gefraudeerd, kan de gemeente eventueel de overeenkomst met de hoofdaannemer ontbinden en het onterecht betaalde bedrag terugvorderen van de hoofdaannemer. Daarnaast kan de gemeente de onderaannemer aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking.

Wanneer de gemeente een van de partijen voor de schade aanspreekt, kan de aangesproken partij de ander aanspreken om te voldoen aan zijn bijdrageplicht. Dat is een interne aangelegenheid waar de gemeente buiten staat.

Indien zowel de hoofd- als de onderaannemer gezamenlijk hebben gefraudeerd kan de gemeente eventueel de overeenkomst met de hoofdaannemer ontbinden en het onterecht betaalde bedrag terugvorderen van de hoofdaannemer. Daarnaast kan de gemeente de onderaannemer aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking.

2 Hoofdstuk 2

“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van faillissement van de hoofd- en/of onderaannemer?”²⁶”

2.1 Algemene opmerkingen over faillissement

2.1.1 Een faillietverklaring

Een aanbieder van jeugdhulp, een gecertificeerde instelling of een aanbieder van maatschappelijke ondersteuning (hierna: aanbieder)²⁷ (hoofdaannemer) of een door hem ingeschakelde andere aanbieder (onderaannemer) die financiële problemen heeft, kan failliet verklaard worden. Alleen een rechter kan een faillietverklaring uitspreken. Een faillietverklaring kan langs twee routes tot stand komen: (1) de hoofd- of onderaannemer vraagt het eigen faillissement aan of (2) één van haar schuldeisers doet dat. In het insolventieregister²⁸ is te zien of een faillissement is uitgesproken.

2.1.2 Voorbereid zijn op een faillissement

Het is voor het aangaan van contracten en gedurende de looptijd raadzaam om de financiële positie van de contractspartij in de gaten te houden. De gemeente moet de hoofdaannemer in de gaten houden en de hoofdaannemer houdt op haar beurt de onderaannemer in de gaten. Dat kan bijvoorbeeld door jaarrekeningen te bekijken die gepubliceerd worden. Contractspartijen kunnen ook afspraken met elkaar maken op grond waarvan meer inzicht is te krijgen in de financiële situatie, bijvoorbeeld in de vorm van meldplichten en onderzoeksrechten.

Voor jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen is in opdracht van VNG, BGZJ, VWS en JenV een instrument voor Early Warning ontwikkeld.²⁹ Dit instrument draagt bij aan de vroegsignalering en het handelingsperspectief van gemeenten, regio's en de jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen in geval van een dreigend faillissement van laatstgenoemden.

²⁶ Zie de afbakening van de begrippen 'hoofdaannemer' en 'onderaannemer' in de inleiding bij deze handreiking.

²⁷ Zie [de afbakening van het begrip 'aanbieder' in de inleiding](#) bij deze handreiking.

²⁸ <https://insolventies.rechtspraak.nl/#1/zoeken/index>

²⁹ Raadpleegbaar via <https://vng.nl/nieuws/instrument-early-warning-jeugdhulpaanbieders-en-gi>

1 *Signalen die erop kunnen wijzen dat een aanbieder failliet dreigt te gaan, zijn bijvoorbeeld:*

- een verzoek tot verhoging van de tarieven of versnelling van de betaling;
- een mededeling van een financier (vaak een bank) dat sprake is van een pandrecht en dat betalingen alleen nog maar aan de financierder kunnen plaatsvinden;
- het niet meer kunnen voldoen aan de (betalings)verplichtingen;
- schuldeisers die beslag leggen op de bezittingen van de aanbieder;
- onaangekondigde wisselingen in de directie van de aanbieder; en
- een voorstel voor een schuldenregeling;
- een early warning die de jeugdhulpaanbieder of GI rapporteert en beschikbaar stelt aan de accounthoudende regio.

Als blijkt dat een faillissement van een aanbieder (hoofd- of onderaannemer) dreigt, dan is het voor een gemeente en onder- of hoofdaannemer verstandig om een plan B klaar te hebben liggen. Hoe een dergelijk plan eruit zal zien, hangt af van de omstandigheden van het geval.³⁰

Als blijkt dat een faillissement van een aanbieder (hoofd- of onderaannemer) dreigt, dan is het voor een gemeente of onder- respectievelijk hoofdaannemer verstandig om een plan B klaar te hebben liggen.

2.2 Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de gemeente en hoofdaannemer?³¹

Bij de bespreking van de gevolgen van een faillissement van een hoofdaannemer wordt hierna uitgegaan van de situatie dat de hoofdaannemer een onderaannemer heeft ingeschakeld. Daarnaast wordt uitgegaan van de situatie dat de gemeente met de hoofdaannemer een schriftelijke overeenkomst is aangegaan voor het leveren van de maatschappelijke ondersteuning en/of jeugdhulp. Het is ook mogelijk dat de gemeente een subsidie in de zin van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft verstrekt. Deze handreiking bespreekt niet de gevolgen van het faillissement van een hoofdaannemer in laatstgenoemde situatie.

³⁰ Bij signalen dat de continuïteit van jeugdhulp in gevaar is, kan de Jeugdautoriteit in actie komen. De Jeugdautoriteit kan in dat kader bemiddelen en adviseren.

³¹ Dit hoofdstuk gaat niet in op de situatie dat een aanbieder failliet gaat, die alleen cliënten heeft met een pgb en dus geen contracten heeft met gemeenten. In dat geval zullen de cliënten en diens ouder(s) of verzorger(s) op zoek moeten naar de mogelijkheden om de zorgverlening te continueren. Indien zij het pgb niet willen voortzetten en de hulp in natura willen ontvangen, kunnen zij zich wenden tot hun gemeente.

2.3 Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de overeenkomsten met de gemeente en de onderaannemer?

Het faillissement van de hoofdaannemer brengt op zichzelf geen wijzigingen aan in de lopende overeenkomsten tussen de hoofdaannemer en de gemeente en de hoofdaannemer en de onderaannemer, tenzij in de overeenkomsten afspraken zijn gemaakt over de gevolgen van een faillissement van de hoofdaannemer. Zo kan zijn afgesproken dat de overeenkomst eindigt of kan worden beëindigd in geval van faillissement. Dit zal per overeenkomst moeten worden bekeken.

Als de hoofdaannemer failliet gaat, moeten de gemeente en onderaannemer daarom eerst in de (raam)overeenkomst met de hoofdaannemer nagaan of er iets geregeld is over het eindigen van de overeenkomst bij faillissement. Als dit niet het geval is, dan geldt het volgende. Als de (raam)overeenkomst door de hoofdaannemer aan de ene kant en door de gemeente of onderaannemer aan de andere kant nog niet volledig is nagekomen, kunnen de gemeente en de onderaannemer op grond van artikel 37 Faillissementswet aan de curator schriftelijk een termijn stellen om te beslissen of de curator de overeenkomst 'gestand zal doen', dat wil zeggen: de overeenkomst van de kant van de gefailleerde hoofdaannemer na zal blijven komen. Als de curator de overeenkomst niet gestand wil doen (of niet reageert), dan kunnen de gemeente en onderaannemer geen nakoming meer afdwingen van de overeenkomst. Zij kunnen de overeenkomsten desgewenst wel ontbinden.

2.4 Wat moet de gemeente doen bij het faillissement van een hoofdaannemer?

De gemeente is op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet verantwoordelijk voor de continuïteit van de jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen, jeugdreclassering en maatschappelijke ondersteuning (hierna: zorg). Als een hoofdaannemer failliet, komt de continuïteit van de zorg die wordt geleverd door de hoofdaannemer en de onderaannemer in het geding. Daarom moet de gemeente direct initiatief nemen, cliënten geruïststellen en met overige gecontracteerde aanbieders om de tafel gaan zitten om te praten over de continuïteit van de zorg. De gemeente moet op de kortst mogelijke termijn duidelijkheid krijgen over de vraag of de curator de dienstverlening nog enige tijd zal voortzetten of niet.³²

De gemeente moet zich er zekerheidshalve op voorbereiden dat de werkzaamheden van de hoofdaannemer na het faillissement per direct zullen eindigen en de curator de overeenkomst niet voortzet. De gemeente zal op zoek moeten naar een nieuwe partij, die het werk van de hoofdaannemer en de onderaannemer overneemt. Hoe het vinden van een nieuwe partij in zijn werk gaat, hangt af van de wijze waarop de werkzaamheden van de gefailleerde hoofdaannemer zijn ingekocht en valt in zijn algemeenheid niet te zeggen. Vooral het aanbestedingsrecht speelt

³² De curator kan ervoor kiezen om de werkzaamheden nog voor enige tijd voort te zetten, bijvoorbeeld omdat hij het onmiddellijk stopzetten van de activiteiten maatschappelijk onverantwoord vindt of omdat hij op zoek gaat naar een geschikte overnamekandidaat. De gemeente kan dit niet bij de curator afdwingen.

daarbij een grote rol. Voor de inrichting van dit proces wordt verwezen naar twee al bestaande handreikingen van de VNG.³³

Bij faillissement van een hoofdaannemer moet de gemeente op de kortst mogelijke termijn duidelijkheid krijgen over de vraag of de curator de dienstverlening nog enige tijd zal voortzetten of niet. De gemeente moet zich er zekerheidshalve op voorbereiden dat de werkzaamheden van de hoofdaannemer na het faillissement per direct zullen eindigen en de curator de overeenkomst niet voortzet. De gemeente zal op zoek moeten naar een nieuwe partij, die het werk van de hoofdaannemer en onderaannemer overneemt.

In een apart hoofdstuk van deze handreiking wordt meer uitgebreid stilgestaan bij de verantwoordelijkheid van de gemeente voor het continueren van de zorg die door de hoofd- en onderaannemer wordt verleend na (voortijdige) beëindiging van de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer of tussen de hoofdaannemer en onderaannemer.³⁴

2.5 Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de continuïteit van de door de onderaannemer geleverde zorg?

Door het faillissement van de hoofdaannemer kan in beginsel de onderaannemer geen zorg meer verlenen. Het is waarschijnlijk dat de gemeente als gevolg van het faillissement van de hoofdaannemer een nieuwe aanbieder contracteert die de opdracht van de hoofdaannemer zal overnemen inclusief de werkzaamheden die waren uitbesteed aan de onderaannemer. Deze nieuwe aanbieder zal dan in beginsel ook de zorg die was uitbesteed aan de onderaannemer overnemen.³⁵

De onderaannemer kan verplicht zijn om medewerking te verlenen aan de overname door de nieuwe aanbieder.

³³ Het betreft de 'Handreiking continuïteit ondersteuning/HH bij faillissement aanbieder' en de 'Handreiking continuïteit van jeugdhulp bij faillissement jeugdhulpaanbieder', beide te vinden op <https://vng.nl/publicaties/handreiking-zorgcontinuïteitbij-faillissement-aanbieder>. In die handreikingen wordt voorzien in een stappenplan dat de gemeente kan volgen om direct na een faillissement van een gecontracteerde aanbieder voldoende capaciteit vrij te maken om snel en besluitvormend te kunnen handelen. Ook over de wijze waarop een nieuwe partij kan worden ingeschakeld om de zorg voort te zetten, bevat de VNG Handreikingen enige informatie. Echter, gemeenten worden aangeraden op dat punt specialistisch juridisch advies in te winnen.

³⁴ Dit betreft [hoofdstuk 3](#) "Wie (gemeente, Hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft de zorgcontinuïteit bij afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en hoofdaannemer of hoofdaannemer en onderaannemer?".

³⁵ Het kan zijn dat de gemeente de hoofdaannemer heeft verplicht om redelijkerwijze medewerking te verlenen aan een overdracht van de zorg aan een nieuwe aanbieder en deze verplichting door te leggen aan de onderaannemer.

Door het faillissement van de hoofdaannemer kan in beginsel de onderaannemer geen zorg meer verlenen. Het is waarschijnlijk dat de gemeente als gevolg van het faillissement van de hoofdaannemer een nieuwe aanbieder contracteert die de opdracht van de hoofdaannemer zal overnemen inclusief de werkzaamheden die aan de onderaannemer waren uitbesteed. Deze nieuwe aanbieder zal dan in beginsel ook de zorg die was uitbesteed aan de onderaannemer overnemen, waardoor de onderaannemer geen werkzaamheden meer kan verrichten.

Ook is het mogelijk dat de gemeente de afspraak heeft gemaakt met andere aanbieders dat bij vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst met een aanbieder (de hoofdaannemer), de zorg wordt overgenomen door de andere reeds gecontracteerde aanbieders. Dit zou dan ook gelden voor de zorg door de onderaannemer. Ook in dit scenario kan de onderaannemer zijn werkzaamheden dus niet voortzetten. De onderaannemer kan op basis van zijn overeenkomst met de hoofdaannemer verplicht zijn om aan de overname van de zorg door een andere aanbieder medewerking te verlenen. Zie daarover meer in het hoofdstuk *“Wie is waar verantwoordelijk voor wat betreft de zorgcontinuïteit bij afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en hoofdaannemer of hoofdaannemer en onderaannemer?”*.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan het in tegenstelling tot voorgaande scenario's mogelijk zijn dat de onderaannemer zijn werkzaamheden toch kan voortzetten. Hierna worden als voorbeelden een paar mogelijke scenario's benoemd. Deze voorbeelden geven geen uitputtend overzicht van de mogelijke oplossingen die eventueel voor handen kunnen zijn voor de zorg door de onderaannemer bij het faillissement van een hoofdaannemer. Of er en zo ja welke oplossingen mogelijk zijn, zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval.

Het is voorstelbaar dat betrokken partijen (de gemeente, de curator, de onderaannemer, de nieuwe aanbieder) samenwerken om ervoor te zorgen dat de onderaannemer zijn zorg toch kan voortzetten. Welke oplossingen in dat geval voor handen liggen, is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.

De onderaannemer zou bijvoorbeeld zijn werkzaamheden kunnen voortzetten als de curator een doorstart tot stand laat komen door (een groot deel van) het personeel van de failliete hoofdaannemer te laten overnemen door de onderaannemer. Of dit mogelijk is hangt af van de wijze waarop het contract tussen de gemeente en de hoofdaannemer tot stand is gekomen (via aanbesteding of anders) en wat daarin is geregeld. Daarin speelt eveneens het aanbestedingsrecht een grote rol. De gemeente kan mogelijk niet zomaar instemming verlenen aan een overdracht van de zorg door de curator, omdat met die overdracht het (aanbestedingsrechtelijke) inkoopproces op ontoelaatbare wijze kan worden doorkruist.

Daarnaast zou de onderaannemer zijn zorg kunnen voortzetten als de gemeente ervoor kiest om rechtstreeks een overeenkomst aan te gaan met de onderaannemer.

De onderaannemer zou bijvoorbeeld zijn werkzaamheden kunnen voortzetten als de curator een doorstart tot stand laat komen door (een groot deel van) het personeel van de faillietehoofdaannemer te laten overnemen door de onderaannemer. Of de curator een doorstart kan vormgeven, hangt af van de wijze waarop het contract tussen de gemeente en de hoofdaannemer tot stand is gekomen (via aanbesteding of anders) en wat daarin is geregeld. Daarbij speelt het aanbestedingsrecht een grote rol. De gemeente kan mogelijk niet zomaar instemming verlenen aan een overdracht van de zorg door de curator, omdat met die overdracht het (aanbestedingsrechtelijke) inkoopproces op ontoelaatbare wijze kan worden doorkruist.

Daarbij dienen de aanbestedingsregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te worden genomen. Voorts zou de onderaannemer zijn zorg kunnen voortzetten indien de aanbieder die door de gemeente nieuw wordt gecontracteerd (om de opdracht over te nemen die aan de failliete hoofdaannemer was gegund), eveneens de onderaannemer inschakelt. Daarover zal dan overleg moeten plaatsvinden tussen de nieuwe aanbieder en de onderaannemer. Of een nieuwe aanbieder dat zal doen ligt binnen zijn contractsvrijheid. Dit kan niet door de onderaannemer (of gemeente) worden afgedwongen.³⁶

Als dergelijke scenario's geen optie zijn, kan de onderaannemer als gevolg van het faillissement van de hoofdaannemer geen zorg meer verlenen.

2.6 Welke gevolgen heeft het faillissement van de hoofdaannemer voor de betalingen aan de onderaannemer?

Tussen de curator van de failliete hoofdaannemer en de onderaannemer zal een financiële afrekening volgen voor al het werk dat verricht was op grond van de overeenkomst tussen partijen. Op het moment dat de hoofdaannemer failliet heeft de onderaannemer mogelijk zorg verleend waarvoor hij door de hoofdaannemer nog niet is betaald. De onderaannemer zal in dat geval zijn vordering moeten indienen in het faillissement van de hoofdaannemer. De onderaannemer zal dan zeer waarschijnlijk niet, of maar een gering percentage, betaald krijgen. Andersom geldt dat als de hoofdaannemer méér heeft betaald aan de onderaannemer dan de onderaannemer aan zorg heeft verleend, de onderaannemer ook na het faillissement op terugbetaling kan worden aangesproken door de curator (tenzij er andere tegenvorderingen bestaan waarmee verrekend kan worden).

Op het moment dat de hoofdaannemer failliet heeft de onderaannemer mogelijk zorg verleend waarvoor hij door de hoofdaannemer nog niet is betaald. De onderaannemer zal in dat geval zijn vordering moeten indienen in het faillissement van de hoofdaannemer. De onderaannemer zal dan zeer waarschijnlijk niet, of maar een gering percentage, betaald krijgen.

³⁶ Wel moet de gemeente bij het gunnen van de opdracht aan een nieuwe aanbieder rekening houden met de mate waarin de continuïteit van de zorg door de nieuwe aanbieder wordt geborgd.

Het kan zijn dat de gemeente de hoofdaannemer nog wel moet betalen voor de verrichte werkzaamheden, maar de hoofdaannemer (vanwege het faillissement) dat geld niet meer zal doorbetalen aan de onderaannemer. In dat geval zou de onderaannemer bij de gemeente kunnen aankloppen om rechtstreekste betaling voor de door de haar geleverde zorg. De gemeente moet echter in principe gewoon afrekenen met de hoofdaannemer en kan de onderaannemer niet makkelijk helpen. Zij loopt dan namelijk het risico dubbel te betalen. Het kan echter zijn dat voor deze situatie afspraken zijn gemaakt in de overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer. De gemeente kan, met het oog op de continuïteit van de zorg, ook proberen met de curator een afspraak te maken dat de gemeente rechtstreeks aan de onderaannemer betaalt.

Omdat de gemeente alleen een contractuele relatie heeft met de hoofdaannemer, heeft het faillissement van de onderaannemer niet direct gevolgen voor de gemeente. De gemeente moet er echter op toezien dat de hoofdaannemer de gecontracteerde zorg blijft leveren en de eventuele afspraken met de gemeente ten aanzien van zorgcontinuïteit nakomt.

2.7 Welke gevolgen heeft het faillissement van een onderaannemer voor de gemeente en hoofdaannemer?³⁷

Het faillissement van de onderaannemer heeft in beginsel geen directe gevolgen voor de gemeente. De gemeente heeft namelijk in de overeenkomst met de hoofdaannemer afgesproken dat de hoofdaannemer verantwoordelijk is voor de continuïteit van de zorg die hij in opdracht van de gemeente verleent. Deze verplichting strekt ook uit tot de zorg die de hoofdaannemer heeft uitbesteed aan de onderaannemer. De hoofdaannemer is daarom bij een faillissement van een onderaannemer als eerste aan zet. De gemeente is echter wel integraal verantwoordelijk voor de zorgcontinuïteit. Het is daarom de verantwoordelijkheid van de gemeente om op de nakoming van deze afspraken door de hoofdaannemer toe te zien. In de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de gemeente zal zijn geregeld welke acties de gemeente kan ondernemen als de hoofdaannemer de gecontracteerde zorg niet levert en zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van de zorgcontinuïteit niet nakomt.

De gemeente moet in principe afrekenen met de hoofdaannemer. Als de gemeente rechtstreeks de onderaannemer gaat betalen voor de door haar geleverde zorg, loopt de gemeente het risico dubbel te betalen. De gemeente kan, met het oog op de continuïteit van de ondersteuning en jeugdhulp, ook proberen met de curator een afspraak te maken dat zij rechtstreeks aan de onderaannemer betaalt.

De hoofdaannemer zal zich dan ook moeten inspannen om een oplossing te vinden waarbij, ondanks het faillissement van de onderaannemer, de continuïteit van de zorg wordt geborgd. De hoofdaannemer heeft op basis van zijn overeenkomst met de gemeente waarschijnlijk een inspanningsverplichting om de hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk te behouden. De hoofdaannemer loopt dus een zeker risico door een onderaannemer in te schakelen. Als de

³⁷ Dit hoofdstuk gaat niet in op de situatie dat een aanbieder failliet gaat, die alleen cliënten heeft met een pgb en dus geen contracten heeft met gemeenten. In dat geval zullen de cliënten en diens ouder(s) of verzorger(s) op zoek moeten naar de mogelijkheden om de zorgverlening te continueren. Indien zij het pgb niet willen voortzetten en de hulp in natura willen ontvangen, kunnen zij zich wenden tot hun gemeente.

onderaannemer failliet gaat, is de hoofdaannemer nog steeds gehouden aan het contract met de gemeente. Als dat niet of onvoldoende lukt, pleegt de hoofdaannemer wanprestatie jegens de gemeente. De hoofdaannemer doet er goed aan zich van dat risico bewust te zijn en daar zoveel mogelijk op te anticiperen.

Als de onderaannemer failliet gaat, is de hoofdaannemer nog steeds gehouden aan de overeenkomst met de gemeente om de ingekochte zorg te leveren. De hoofdaannemer doet er goed aan zich van dat risico bewust te zijn en daar zoveel mogelijk op te anticiperen.

De hoofdaannemer loopt bovendien een financieel risico. Tussen de curator van de failliete onderaannemer en de hoofdaannemer zal namelijk een financiële afrekening volgen voor al het werk dat al verricht was op grond van de overeenkomst tussen partijen. Als in het geval van een financiële afrekening de hoofdaannemer méér heeft betaald aan de failliete onderaannemer dan dat de onderaannemer zorg heeft geleverd, dan heeft de hoofdaannemer per saldo een vordering op de gefailleerde onderaannemer. Die vordering zal de hoofdaannemer moeten indienen in het faillissement en die zal niet (direct) betaald kunnen worden. De hoofdaannemer loopt hier een financieel risico, omdat de hoofdaannemer wel gehouden is jegens de gemeente om de zorg te leveren die door de onderaannemer werd verleend. Andersom geldt dat als méér zorg is geleverd door de onderaannemer dan waarvoor de hoofdaannemer betaald heeft, de hoofdaannemer ook na het faillissement nog op betaling kan worden aangesproken door de curator (tenzij er andere tegenvorderingen bestaan waarmee verrekend kan worden).

Als in het geval van een financiële afrekening de hoofdaannemer méér heeft betaald aan de failliete onderaannemer dan dat de onderaannemer zorg heeft geleverd, dan heeft de hoofdaannemer per saldo een vordering op de gefailleerde onderaannemer. Die vordering zal de hoofdaannemer moeten indienen in het faillissement en die zal niet (direct) betaald kunnen worden. Een hoofdaannemer loopt daarom een financieel risico bij het faillissement van een onderaannemer.

3 Hoofdstuk 3

“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer)¹ is waar verantwoordelijk voor wat betreft zorgcontinuïteit bij de afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en hoofdaannemer of hoofd- en onderaannemer¹? ”

3.1 Welke verantwoordelijkheden heeft de gemeente bij de beëindiging van de overeenkomst met de hoofdaannemer?

Gemeenten zijn in het kader van de Jeugdwet en de Wmo 2015 verantwoordelijk voor de continuïteit van de jeugdhulp, kindbeschermingsmaatregelen, jeugdreclassering en maatschappelijke ondersteuning (hierna: zorg). Het begrip ‘zorgcontinuïteit’ is niet gedefinieerd in de wet. Hierna wordt het huidige³⁸³⁹ wettelijke en regelgevende kader kort uiteengezet.

Bij de afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer hebben gemeenten de volgende verplichtingen. Enerzijds moet de gemeente borgen dat - ondanks de afloop van een overeenkomst met een hoofdaannemer - de zorg zoveel als mogelijk ononderbroken wordt voortgezet. Dit betekent dat gemeenten tijdig moeten starten met hun inkoopprocedures. Dit vergt een zorgvuldige voorbereiding, zodat de levering van zorg op basis van een nieuwe overeenkomst aanvangt op het moment dat de bestaande overeenkomst afloopt. In artikel 5.1, lid 2 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is daarom geregeld dat de inkoopcontracten voor maatwerkvoorzieningen ten minste drie maanden voor de ingangsdatum daarvan dienen te zijn afgesloten. De Jeugdwet kent niet een vergelijkbare verplichting. Echter, gemeenten hebben in het kader van de Norm voor Opdrachtgeverschap met elkaar afgesproken dat ze inzetten op tijdige start en afronding van contractering.⁴⁰

Daarnaast dienen colleges bij het verlenen van de opdracht voor het leveren van zorg in ieder geval rekening te houden met de mate waarin de nieuw te contracteren aanbieders⁴⁰ zorg dragen voor de continuïteit van de relatie tussen de cliënt en de hulpverlener. Dit volgt uit artikel 2.6.5 lid 2 Wmo 2015.⁴¹ Een dergelijke verplichting is niet expliciet opgenomen in de Jeugdwet. In de Norm voor opdrachtgeverschap hebben gemeenten ten aanzien van (onder meer) jeugdhulp afgesproken

³⁸ In het wetsvoorstel Maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 (*Kamerstukken II, 2020/21, 33 816, nr. 2*) wordt voorzien in een opdracht aan gemeenten om ook bij verordening regels te stellen ter waarborging van de continuïteit van zorg. Het wetsvoorstel voorziet in een delegatiebepaling in zowel de Jeugdwet als de Wmo 2015 om hier zo nodig regels over te stellen. Daarbij wordt gedacht aan regels ten aanzien van een tijdige start en afronding van contractering; het sluiten van meerjarige contracten en het binnen inkoopcontracten maken van afspraken over de zorgcontinuïteit na afloop van een contract. Dit sluit aan bij hetgeen gemeenten hebben afgesproken in de Norm voor Opdrachtgeverschap, te raadplegen via: [https://vng.nl/sites/default/files/2020-](https://vng.nl/sites/default/files/2020-39)

[/5_resolutie_norm_voor_opdrachtgeverschap.pdf](#)

⁴⁰ Zie voorgaande voetnoot (39).

⁴⁰ Zie [de afbakening van het begrip 'aanbieder' in de inleiding](#) bij deze handreiking.

⁴¹ Zie Stb. 2014, 420, p. 21 e.v

dat binnen inkoopcontracten afspraken worden gemaakt over de continuïteit van zorg voor cliënten na afloop van een contract.⁴²

De wet- en regelgeving schrijft – naast bovengenoemde verplichtingen – verder apart voor dat de gemeente erop toe ziet dat tussen de ‘nieuwe’ aanbieder aan wie de opdracht wordt gegund en zijn voorganger (de ‘oude’ hoofdaannemer) overleg plaatsvindt over (a) de overname van het personeel en (b) het zoveel mogelijk voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties.⁴³ In artikel 5.1 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is bepaald dat het college daartoe in de overeenkomst met de nieuwe aanbieder de verplichting opneemt om in overleg te treden met zijn voorganger over de overname van de betrokken hulpverleners. Daarmee wordt het naleven van deze conditie ook een contractuele verplichting voor aanbieders, zodat de gemeente aan het niet naleven daarvan (indien noodzakelijk) consequenties kan verbinden.

De gemeente kan niet afdwingen dat de ‘nieuwe’ aanbieder het personeel van de hoofd- en/of onderaannemer daadwerkelijk overneemt. Het college moet erop toezien dat de (nieuwe) aanbieder zich zoveel mogelijk inspant om de overname van het personeel en het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties te bewerkstelligen.⁴⁴ Dat is, aldus de wetgever, weliswaar geen garantie dat overeenstemming wordt bereikt over de overgang van medewerkers, maar het overleg zal uiteraard wel open en zorgvuldig moeten worden gevoerd.⁴⁵ De verplichting tot overname van personeel van de hoofd- en/of onderaannemer kan echter bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao's. Ook kan dit volgen uit de regels over overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Dit wordt hierna toegelicht bij *'Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?'*.

Overigens kan de gemeente niet altijd voorkomen dat na de overname van het personeel door de ‘nieuwe’ aanbieder de hulpverleningsrelaties toch niet worden voortgezet indien de ‘nieuwe’ aanbieder daarvoor goede redenen heeft. Dit neemt echter niet weg dat volgens de wet de gemeente erop moet toezien dat een gesprek tussen een oude en nieuwe hoofdaannemer plaatsvindt over de overname van het personeel en het voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties.

Anderzijds laat de verplichting voor gemeenten om erop toe te zien dat overleg plaatsvindt tussen de ‘oude’ en nieuwe hoofdaannemer onverlet dat gemeenten ook op andere wijze kunnen bewerkstelligen dat bij de afloop van een overeenkomst met de ‘oude’ hoofdaannemer hulpverleningsrelaties zoveel als mogelijk worden voortgezet zonder dat personeel door de ‘nieuwe’ hoofdaannemer wordt overgenomen. De gemeente zou bijvoorbeeld het contract met een oude hoofdaannemer kunnen laten doorlopen uitsluitend voor bestaande cliënten. In dat geval loopt het contract met de oude hoofdaannemer strikt genomen dus nog niet (volledig) af.

⁴² Zie voetnoot 3 in de [Handreiking: Aanbesteden Wmo 2015 en Jeugdwet](#) van Expertise Centrum Aanbesteden PIANOo worden voorts suggesties gedaan waarmee de zorgcontinuïteit bij de vormgeving van een inkooptraject/aanbesteding kan worden geborgd.

⁴³ Zie artikel 2.13, lid 1 Jw en artikel 2.6.5, lid 3 Wmo 2015.

⁴⁴ Artikel 2.13 lid 1 onder b van de Jeugdwet en artikel 2.6.5, lid 3 sub b Wmo 2015.

⁴⁵ Memorie van toelichting: *Kamerstukken II 2012/13*, 33 684, nr. 3, toelichting artikel 2.10 (uiteindelijk artikel 2.13) Jw.

3.2 Gevolgen hoofd- en onderaannemerschap voor de verantwoordelijkheden van gemeente

Als een contract afloopt tussen de gemeente en een ('oude') hoofdaannemer die gebruik heeft gemaakt van een onderaannemer, dan brengt het hiervoor beschreven wettelijke kader het volgende met zich mee.

Ten eerste kan de gemeente bij het verlenen van een nieuwe opdracht rekening houden met de mate waarin niet alleen de continuïteit van de zorg door de 'oude' hoofdaannemer wordt geborgd, maar ook de zorg door de onderaannemer.

Ten tweede is voorstelbaar dat de gemeente zich inspant dat een 'nieuwe' aanbieder niet alleen in overleg treedt met de 'oude' hoofdaannemer, maar ook met diens onderaannemer. De wet noemt deze verplichting niet expliciet. Daarom zou mogelijk deze verplichting kunnen worden meegenomen in de aanbesteding /het inkooptraject en de te sluiten overeenkomst, waarbij als aandachtspunt geldt dat deze verplichting wel proportioneel moet zijn.⁴⁶

Na de afloop van een overeenkomst met de hoofdaannemer dient de gemeente bij het verlenen van een nieuwe overheidsopdracht aan een 'nieuwe' aanbieder rekening te houden met de mate waarin de nieuwe aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening (artikel 2.6.5, lid 2 Wmo 2015). Het college dient er op toe te zien dat tussen de 'nieuwe' aanbieder aan wie de opdracht wordt gegund en zijn voorganger (de 'oude' hoofdaannemer) en eventueel de onderaannemer overleg plaatsvindt over de overname van het betrokken personeel en het zoveel mogelijk voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties (artikel 2.6.5, lid 3 Wmo 2015 en artikel 2.13 lid 1 Jw). De gemeente kan niet afdwingen dat de 'nieuwe' aanbieder het personeel van de hoofd- en/of onderaannemer overneemt.

⁴⁶ Zie ook [hoofdstuk 4](#) in deze handreiking: 'Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft de kwaliteit van de geleverde hulp?' waarin wordt toegelicht dat de kwaliteit van de zorg op de niveaus van de wet; de verordeningen en de overeenkomsten kan worden geregeld. Nu de verplichting om in overleg te treden met een onderaannemer niet voortvloeit uit de wet (of de verordening), zou de gemeente een dergelijke verplichting eventueel op het niveau van de overeenkomst moeten regelen.

3.3 Verantwoordelijkheden gemeente bij een voortijdige afloop van de overeenkomst

In de situatie dat een overeenkomst met een hoofdaannemer *voortijdig* afloopt, dus voor de afloop van de contractperiode (bijvoorbeeld vanwege een faillissement van de aanbieder), is het in het kader van de zorgcontinuïteit nodig dat de gemeente een partij of partijen vindt die de dienstverlening van hoofdaannemer en mogelijk ook onderaannemer overneemt resp. overnemen.⁴⁷ In die situatie geldt het voorgaande onverkort. Echter, ook is voorstelbaar dat de gemeente beziet of zij rechtstreeks een overeenkomst kan aangaan met de onderaannemer (die als gevolg daarvan hoofdaannemer wordt) om de zorg die door de onderaannemer - en mogelijk ook de hoofdaannemer - werd verleend voort te zetten, één en ander met inachtneming van de aanbestedingsregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat andere reeds gecontracteerde aanbieders de zorg door de hoofd- en/of onderaannemer overnemen. Of dit mogelijk is, hangt af van de wijze waarop de gemeente heeft ingekocht en de afspraken die daarover zijn gemaakt in de overeenkomsten met de aanbieders. Ook kan worden bezien of reeds gecontracteerde aanbieders bereid zijn de onderaannemer in te schakelen zodat de zorg door de onderaannemer gecontinueerd kan worden.

3.4 Contractuele afspraken met de hoofdaannemer over zorgcontinuïteit

Het is raadzaam dat de gemeente specifieke afspraken maakt in de overeenkomsten met hoofdaannemers over zorgcontinuïteit, ook bij afloop van de overeenkomst.⁴⁸ Naast een algemene verplichting voor de hoofdaannemer om de zorgcontinuïteit te borgen, kan de gemeente bijvoorbeeld met hoofdaannemers afspreken dat zij bij beëindiging van de overeenkomst verplicht zijn in overleg te treden over de zorgvuldige overdracht van cliënten en personeel aan een nieuwe aanbieder (of bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst aan andere reeds gecontracteerde aanbieder(s)) en redelijkerwijs medewerking te verlenen bij een dergelijke overname. Op grond van artikel 5.1 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is het college zelfs verplicht om in een overeenkomst met betrekking tot het leveren van maatwerkvoorzieningen op te nemen dat de 'nieuwe' aanbieder in overleg treedt met de 'oude' aanbieder over de overname van betrokken hulpverleners.

Als de hoofdaannemers gebruik (kunnen) maken van onderaannemers kan de gemeente in de overeenkomst afspreken dat de verplichtingen ten aanzien van de zorgcontinuïteit door de hoofdaannemer worden doorgelegd aan onderaannemers. Op die manier worden ook de onderaannemers contractueel verplicht om de zorgcontinuïteit te borgen. Bij niet-nakoming van die verplichtingen door de onderaannemer pleegt de hoofdaannemer wanprestatie jegens de gemeente.

⁴⁷ Zie over de gevolgen van het faillissement van een hoofd- of onderaannemer het hoofdstuk 'Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van faillissement van de hoofd en/of onderaannemer?' in deze handreiking. Zie ook de 'Handreiking continuïteit ondersteuning/HH bij faillissement aanbieder' en de 'Handreiking continuïteit van jeugdhulp bij faillissement jeugdhulpaanbieder', beide te vinden op <https://vng.nl/publicaties/handreiking-zorgcontinuïteit-bij-faillissement-aanbieder>. In die handreikingen wordt voorzien in een stappenplan dat de gemeente kan volgen om direct na een faillissement van een gecontracteerde aanbieder voldoende capaciteit vrij te maken om snel en besluitvormend te kunnen handelen. Ook over de wijze waarop een nieuwe partij kan worden ingeschakeld om de zorg voort te zetten, bevat de VNG Handreikingen enige informatie. Echter, gemeenten worden aangeraden op dat punt specialistisch juridisch advies in te winnen.

⁴⁸ Zie voetnoot 43.

Het is raadzaam dat de gemeente specifieke afspraken maakt in de overeenkomsten met hoofdaannemers over zorgcontinuïteit, ook bij afloop van de overeenkomst. Als de hoofdaannemers gebruik (kunnen) maken van onderaannemers, kan de gemeente in de overeenkomst afspreken dat deze verplichtingen ten aanzien van de zorgcontinuïteit door de hoofdaannemer worden doorgelegd aan onderaannemers.

3.5 Welke verantwoordelijkheden heeft de hoofdaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst met de gemeente?

De hoofdaannemer is op grond van zijn overeenkomst met de gemeente jegens de gemeente verantwoordelijk voor de continuïteit van de zorg die is uitbesteed aan de onderaannemer. De hoofdaannemer doet er daarom goed aan om de verplichtingen in het kader van zorgcontinuïteit (waaronder bij beëindiging van de overeenkomst) met de gemeente door te leggen aan de onderaannemer. Deze verplichtingen moeten worden opgenomen in de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer. Mogelijk is de hoofdaannemer daartoe op grond van de (raam)overeenkomst met de gemeente zelfs verplicht. Indien de hoofdaannemer deze contractuele verplichtingen niet doorlegt aan de onderaannemer en de hoofdaannemer daardoor de onderaannemer niet op nakoming van deze verplichtingen kan aanspreken, loopt de hoofdaannemer het risico aansprakelijk te worden gesteld door de gemeente wegens wanprestatie.

De hoofdaannemer is jegens de gemeente verantwoordelijk voor de continuïteit van de zorg, ook als die is uitbesteed aan de onderaannemer. De hoofdaannemer doet er daarom goed aan om de verplichtingen in het kader van zorgcontinuïteit (waaronder bij beëindiging van de overeenkomst) met de gemeente door te leggen aan de onderaannemer.

3.6 Welke verantwoordelijkheden heeft de onderaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst van de hoofdaannemer met de gemeente?

Door de beëindiging van de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de gemeente kan de onderaannemer in beginsel geen zorg meer verlenen. De gemeente zal in beginsel een nieuwe aanbieder contracteren die de opdracht van de 'oude' hoofdaannemer kan overnemen. Deze nieuwe aanbieder kan dan in beginsel ook de zorg die was uitbesteed aan de onderaannemer overnemen. Het is voorstelbaar dat uit de overeenkomst met de hoofdaannemer verplichtingen voortvloeien voor de onderaannemer die erop zijn gericht in die situaties zoveel als mogelijk de continuïteit van de zorg te borgen.

Het is ook voorstelbaar dat de onderaannemer beziet of hij rechtstreeks een overeenkomst kan aangaan met de gemeente om de zorg die door de onderaannemer - en mogelijk ook de hoofdaannemer - werd verleend voort te zetten. De gemeente dient daarbij rekening te houden met de aanbestedingsregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Tot slot is denkbaar dat de onderaannemer met de 'nieuwe' aanbieder een overeenkomst aangaat op basis waarvan de onderaannemer in opdracht van de nieuwe aanbieder de zorg voortzet. Of en in hoeverre dit wenselijk is, betreft een commerciële afweging van zowel de onderaannemer als de nieuwe aanbieder. Partijen kunnen niet worden verplicht een dergelijke samenwerking aan te gaan.⁴⁹

3.7 Wat zijn de verantwoordelijkheden van een nieuwe aanbieder aan wie de gemeente de opdracht gunt na beëindiging van de overeenkomst met de (oude) hoofdaannemer?

Zoals hiervoor is toegelicht dient het college bij het sluiten van een overeenkomst met een nieuwe aanbieder erop toe te zien dat (i) de nieuwe aanbieder in overleg treedt met 'oude' aanbieder over de overname van het betrokken personeel en het voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties (artikel 2.6.5 lid 1 Wmo 2015 en artikel 2.13, lid 1 Jw) en (ii) dat de nieuwe aanbieder zoveel mogelijk inspanning levert om bij het overleg de overname van het betrokkene personeel en het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties te bewerkstelligen (artikel 2.6.5 lid 3 Wmo 2015 en artikel 2.13 lid 2 Jw). Artikel 2.6.5 lid 1 van de Wmo 2015 bevat een rechtstreekse verplichting voor de nieuwe aanbieder om dit overleg te voeren.

Het lijkt voor de hand te liggen dat – indien de voorganger gebruik heeft gemaakt van een onderaannemer – de nieuwe aanbieder ook in overleg treedt over de overname van cliënten en eventueel het personeel van de onderaannemer zodat de bestaande hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk in stand blijven. Echter, ook daarvoor geldt dat er op basis van de Wmo 2015 noch de Jeugdwet een verplichting bestaat voor de nieuwe aanbieder voor overname van het personeel van de hoofdaannemer.⁵⁰

Om het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk te borgen zou de nieuwe aanbieder echter ook kunnen overwegen om zelf de onderaannemer in te schakelen en daarmee in de plaats te treden van de 'oude' hoofdaannemer, één en ander met inachtneming van

De nieuwe aanbieder aan wie de overheidsopdracht is gegund zal in overleg moeten treden met de hoofdaannemer die vóór hem de opdracht van de gemeente uitvoerde(n). Het gaat daarbij om een inspanningsverplichting. Gelet op het belang bij zorgcontinuïteit ligt voor de hand dat de nieuwe aanbieder ook in overleg treedt met de onderaannemer over de overname van cliënten en eventueel het personeel. De nieuwe aanbieder zou ook kunnen overwegen om zelf de onderaannemer in te schakelen.

de aanbestedingsregels. Dit is echter een commerciële keuze van de 'nieuwe' aanbieder en geen wettelijke verplichting.

⁴⁹ Zie in dit verband ook [de beantwoording van de vraag "In hoeverre mag een gemeente verschillende opdrachten bundelen binnen één opdracht ook als een aanbieder deze taak realistisch gezien nooit zonder onderaannemers uit kan voeren?"](#).

⁵⁰ De verplichting tot overname van personeel van de hoofd- en/of onderaannemer kan echter bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao's. Ook kan dit volgen uit de regels over overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Dit wordt hierna onder het kopje 'Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?' toegelicht.

3.8 Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?

De verplichting tot overname van personeel van de *hoofdaannemer* volgt niet uit de wet en kan door de gemeente niet worden afgedwongen. Deze verplichting kan bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao's.

Zo staat in 7.8 van de cao Sociaal Werk¹ het volgende bepaald over overname van personeel bij aanbesteding:

7.8 OVERNAME VAN PERSONEEL BIJ AANBESTEDING

A Indien werkzaamheden van een organisatie voortvloeiend uit een eerder door de overheid gegunde opdracht als gevolg van een procedure van aanbesteding aan een andere opdrachtnemer wordt gegund, geldt het volgende:

- Indien er sprake is van overgang van onderneming zijn de bepalingen zoals bepaald in artikel 7:662 BW en verder van toepassing.
- Indien geen sprake is van overgang van onderneming hebben de voor het uitvoeren van de opdracht benodigde werknemers bij gebleken geschiktheid recht op een dienstverband bij de nieuwe opdrachtnemer.

Daarnaast is in 4.6 van de cao Jeugdzorg het volgende bepaald:

4.6 Personeel overnemen bij een aanbesteding

Is een opdracht na een aanbesteding aan een werkgever gegund en was de opdracht daarvoor gegund aan een andere organisatie die ook onder deze cao valt? En dreigen werknemers hierdoor ontslagen te worden, omdat er geen of minder werk is? Dan moet de werkgever voor deze nieuwe opdracht alle werknemers van de andere organisatie overnemen die voor het uitvoeren van de opdracht nodig zijn.

Daarnaast bestaat er een verplichting tot overname van het personeel als sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Of sprake is van een overgang van onderneming hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Niet vereist is dat de gehele onderneming overgaat naar de nieuwe aanbieder. Ook als een enkel onderdeel overgaat, bijvoorbeeld de ambulante zorgverlening of een maaltijdservice, kan sprake zijn van een overgang van onderneming. Beslissend is of sprake is van een georganiseerd economische eenheid van personen of materiële activa met een eigen doelstelling die overgaat. Het enkele feit dat de nieuwe aanbieder dezelfde activiteit gaat uitvoeren is in beginsel echter onvoldoende. Doorslaggevend zal in dit geval veelal zijn of een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel mee overgaat naar de nieuwe aanbieder. Als sprake is van een overgang van onderneming dan gaat het gehele personeelsbestand met behoud van arbeidsvoorwaarden van (het betreffende onderdeel van) de hoofdaannemer mee naar de nieuwe aanbieder.⁵¹

In de praktijk kan zich de situatie voordoen dat er in eerste instantie mogelijk geen sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v., maar dat als gevolg van een cao-verplichting alsnog een dergelijk overgang ontstaat. Dit kan het geval zijn als op grond van de

⁵¹ Zie ook de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Locatie Arnhem), 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3328 waarin het Hof oordeelde dat nadat een wezenlijk deel van het thuiszorgpersoneel werd overgenomen, er sprake was van een overgang van onderneming waardoor ook het overige personeel diende te worden overgenomen.

cao-verplichting een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel mee overgaat naar de nieuwe aanbieder en daardoor een overgang wordt *getriggerd* (zie de vorige alinea).

Daarnaast is van belang dat indien sprake is van overgang van onderneming, alle betrokken personeelsleden van rechtswege overgaan. Indien geen sprake is van overgang van onderneming, moeten de betreffende medewerkers instemmen met die overgang.

In hoeverre de nieuwe aanbieder verplicht is om het personeel van de *onderaannemer* over te nemen hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarvoor is onder meer relevant wat de aard van de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer is, wat de aard van de organisatie is van de onderaannemer, wie als werkgever van het personeel van de onderaannemer kan worden aangemerkt⁵² en wat daarover in de eventueel toepasselijke cao's is bepaald. Voor de concrete invulling hiervan is veelal van belang wat het werkveld van de onderaannemer is (enkel zorg of breder) en of de onderaannemer bijvoorbeeld een (interne of externe) payrollorganisatie, een uitzendorganisatie of zelf een aanbieder is.

In deze handreiking wordt ervan uit gegaan dat de onderaannemer zelf ook een aanbieder van zorg is en geen uitzendorganisatie of een payroll-organisatie is. In dat geval kan de nieuwe aanbieder, zoals hierboven uiteengezet, op grond van de cao mogelijk gehouden zijn het betrokken personeel over te nemen indien de nieuwe aanbieder de activiteiten van de onderaannemer zelf voortzet. Daarnaast en/of vervolgens kan er sprake zijn van overgang van onderneming. Hiervan zal veelal sprake zijn als er een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel door de nieuwe aanbieder van de onderaannemer wordt overgenomen, althans voor zover het arbeidsintensieve activiteiten betreft.

Een andere situatie is die waarin de nieuwe hoofdaannemer besluit het contract dat bestaat tussen de onderaannemer en de oude hoofdaannemer voort te zetten. In dat geval zal er in beginsel geen verplichting bestaan voor de nieuwe hoofdaannemer om het personeel van de onderaannemer over te nemen. De onderaannemer blijft dan namelijk gewoon dezelfde activiteit verrichten. Alleen zijn opdrachtgever verandert.

In hoeverre de nieuwe aanbieder verplicht is om het personeel van de *onderaannemer* over te nemen hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarvoor is onder meer relevant wat de aard van de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer is, wat de aard van de organisatie is van de onderaannemer, wie als werkgever van het personeel van de onderaannemer kan worden aangemerkt en wat daarover in de eventueel toepasselijke cao's is bepaald.

⁵² Hoge Raad 5 april 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ1780.

3.9 Welke verantwoordelijkheden hebben de gemeente en de hoofdaannemer bij beëindiging van de overeenkomst met de onderaannemer?

Een andere situatie die aan de orde kan zijn, is dat de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer eindigt. In dat geval moet een oplossing worden gevonden voor de continuïteit van de zorg die door de onderaannemer werd verleend, waarbij de hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk in stand worden gelaten. De hoofdaannemer is hiervoor verantwoordelijk jegens de gemeente. De gemeente moet zich ervan vergewissen dat de hoofdaannemer deze verantwoordelijk neemt.

Het is mogelijk dat de hoofdaannemer zelf de zorg zal overnemen⁵³ of zal uitbesteden aan een nieuwe onderaannemer.

De hoofdaannemer doet er goed aan in zijn overeenkomst met de onderaannemer over deze situatie afspraken te maken. Op basis van de overeenkomst met de gemeente kan de hoofdaannemer hiertoe zijn verplicht.

Het is de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer jegens de gemeente om de zorgcontinuïteit te borgen bij beëindiging van de overeenkomst met de onderaannemer. Het is mogelijk dat de hoofdaannemer zelf de zorg zal overnemen of zal uitbesteden aan een nieuwe onderaannemer. De hoofdaannemer doet er goed aan in zijn overeenkomst met de onderaannemer over deze situatie afspraken te maken.

⁵³ Onverminderd de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer voor de zorgcontinuïteit voorziet de wet in die situatie niet in een verplichting om het personeel van de 'oude' onderaannemer over te nemen. Voor wat betreft de cao's is daar afhankelijk van de omstandigheden van het geval discussie over mogelijk. Daarnaast kan sprake zijn van een overgang van onderneming, met name als qua aantal en deskundigheid een wezenlijk deel van het personeel van de oude onderaannemer wordt overgenomen. In dat geval treedt al het personeel van (het betreffende onderdeel van) de oude onderaannemer van rechtswege bij de verkrijgende (onder)aannemer in dienst met behoud van arbeidsvoorwaarden.

4 Hoofdstuk 4

“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer)¹ is waar verantwoordelijk voor wat betreft kwaliteit van de geleverde hulp? Is de hoofdaannemer te allen tijde aansprakelijk voor het handelen van een onderaannemer? Zo niet, wanneer niet? ”

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de vraag wat de verantwoordelijkheidsverdeling is tussen gemeente, hoofdaannemer en onderaannemer voor de kwaliteit van de jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen, jeugdreclassering en maatschappelijke ondersteuning (hierna: zorg).

Om die vragen te kunnen beantwoorden zal in paragraaf 4.2 eerst worden ingegaan op de verschillende niveaus waarop de kwaliteit van zorg wordt gereguleerd, namelijk de wet, gemeentelijke verordeningen, de overeenkomsten tussen hoofdaannemers en de gemeenten en de beroepsstandaarden.

Tegen de achtergrond van dit kader worden daarna de vragen over de verantwoordelijkheidsverdeling tussen gemeente, hoofd- en onderaannemers beantwoord. In het eerste deel wordt ingegaan op de vraag wat de verantwoordelijkheden zijn van de gemeente (paragraaf 4.3), de hoofdaannemer (paragraaf 4.4) en de onderaannemer (paragraaf 4.5) ten aanzien van de kwaliteit van de zorg.⁵⁴ Vervolgens zal worden stilgestaan bij de tweede hoofdvraag van deze notitie, namelijk of de hoofdaannemer te allen tijde aansprakelijk is voor de kwaliteit van de zorg geleverd door de onderaannemer (paragraaf 4.6).

In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk zal worden ingezoomd op specifieke thema's ten aanzien van de kwaliteit van de zorg, waaronder de verantwoordelijkheid van de hoofd- en onderaannemer voor (i) de naleving van de norm van de verantwoorde werktoedeling in het jeugdwetdomein (paragraaf 4.7); (ii) de verplichting om een klachtregeling te treffen (paragraaf 4.8) en (iii) de verplichting om calamiteiten te melden (paragraaf 4.9).

In het laatste deel van de notitie wordt ingegaan op de onderwerpen waaraan de hoofd- en onderaannemer aandacht moeten besteden in hun overeenkomst ten aanzien van de kwaliteit (paragraaf 4.10).

⁵⁴ In dit hoofdstuk van de handreiking wordt bij de bespreking van de verantwoordelijkheden van de gemeente, hoofdaannemer en onderaannemer dezelfde volgorde aangehouden als in de overige hoofdstukken. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid van de gemeente als eerste aan bod komt. Dit neemt echter niet weg dat aanbieders zelf een directe eigen verantwoordelijkheid hebben voor de kwaliteit.

4.2 Het juridisch kader waarbinnen kwaliteit van zorg wordt gereguleerd

De kwaliteit van de geleverde zorg wordt op vier niveaus gereguleerd: de wet, de gemeentelijke regelgeving (waaronder in ieder geval verordeningen), contractuele afspraken in de overeenkomst tussen gemeenten en hoofdaannemers en de beroepsstandaarden.

4.2.1 Niveau 1: de wet

Jeugdwet

In hoofdstuk 4 van de Jeugdwet worden aan jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen landelijke eisen gesteld ten aanzien van de kwaliteit. Zowel hoofd- als onderaannemer moet aan deze kwaliteitseisen voldoen.

Wmo 2015

Anders dan de Jeugdwet kent de Wmo 2015 geen landelijke kwaliteitseisen, met uitzondering van enkele basale vereisten in hoofdstuk 3 van de wet waaraan aanbieders in elk geval moeten voldoen. Gemeenten dienen nadere kwaliteitseisen te stellen in hun verordening (niveau 2).

Op grond van artikel 3.1, lid 1 Wmo is *een aanbieder* verplicht zorg te dragen voor de goede kwaliteit van een voorziening. De verplichting om zorg te dragen voor de goede kwaliteit van een voorziening is van toepassing op aanbieders als gedefinieerd in artikel 1.1.1 van de Wmo 2015, namelijk een *'natuurlijke persoon of rechtspersoon die jegens het college gehouden is een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening te leveren'*. Gelet op deze definitie kwalificeren hoofdaannemers als aanbieders. Zij zijn immers op basis van hun overeenkomst met de gemeente verplicht een algemene voorziening te leveren. Hoofdaannemers zijn dan ook verplicht om de kwaliteitseisen in hoofdstuk 3 van de Wmo 2015 na te leven.

Een onderaannemer is gelet op deze definitie geen aanbieder. Een onderaannemer is namelijk niet jegens het college maar jegens de hoofdaannemer gehouden tot het leveren van een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening. De kwaliteitseisen in hoofdstuk 3 zijn om die reden niet op onderaannemers van toepassing.

In beginsel is de hoofdaannemer er jegens de gemeente verantwoordelijk voor dat de maatschappelijke ondersteuning die door de onderaannemer wordt verleend, ook aan de wettelijke kwaliteitseisen voldoet.⁵⁵ Indien gemeenten een extra waarborg willen hebben dat de onderaannemers aan de wettelijke kwaliteitseisen voldoen, zouden zij in hun overeenkomst met de hoofdaannemer kunnen afspreken dat de hoofdaannemer de onderaannemer daartoe verplicht (niveau 3).

4.2.2 Niveau 2: de gemeentelijke regelgeving

Jeugdwet

⁵⁵ De hoofdaannemer heeft een overeenkomst met een gemeente. De hoofdaannemer contracteert op zijn beurt de onderaannemer. De onderaannemer wordt ingezet ter uitvoering van de verbintenis van de hoofdaannemer. Dat wil zeggen: de hoofdaannemer laat een deel van de werkzaamheden waartoe hij zich jegens de gemeente heeft verplicht over aan de onderaannemer. Behoudens andersluidende contractuele afspraak is de hoofdaannemer in dat geval jegens de gemeente op gelijke voet aansprakelijk voor gedragingen van de onderaannemer – een hulppersoon – als voor eigen gedragingen (art. 6:76 BW). Zie ook paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

Het tweede niveau betreft de gemeentelijke regelgeving. Zoals hiervoor is aangegeven voorziet de Jeugdwet in landelijke kwaliteitseisen. Gemeenten mogen echter aanvullende eisen opnemen in hun verordeningen. Deze eisen kunnen zowel op de hoofdaannemers als onderaannemers van toepassing zijn.

Wmo 2015

Op grond van de Wmo 2015 zijn gemeenten verplicht de kwaliteitseisen op te nemen in hun verordeningen (artikel 2.1.3, lid 2 onder c Wmo 2015). Hoofdaannemers moeten aan deze kwaliteitseisen voldoen. Desgewenst kan de gemeente in de verordening de kwaliteitseisen ook van toepassing verklaren op de onderaannemers.

In beginsel is de hoofdaannemer er jegens de gemeente verantwoordelijk voor dat de maatschappelijke ondersteuning die door de onderaannemer wordt verleend, ook aan de kwaliteitseisen in de verordening voldoet.⁵⁶ Indien gemeenten een extra waarborg willen hebben dat de onderaannemers aan de kwaliteitseisen in de verordening voldoen, zouden zij in hun overeenkomst met de hoofdaannemer kunnen afspreken dat de hoofdaannemer de onderaannemer daartoe verplicht (niveau 3).

4.2.3 Niveau 3: de overeenkomst met de gemeente

Jeugdwet

Het derde niveau waarop de kwaliteit kan worden gereguleerd vormt de overeenkomst tussen de gemeente en een jeugdhulpaanbieder en gecertificeerde instelling. De gemeente kan in haar rol als opdrachtgever in een inkoopovereenkomst of subsidie (uitvoeringsovereenkomst) contractueel vastleggen dat de jeugdhulpaanbieder of gecertificeerde instelling zich niet alleen houdt aan de wettelijke kwaliteitseisen en aan de eisen in de verordening, maar ook aan andere kwaliteitseisen die de gemeente van belang acht voor een goede hulpverlening. Uiteraard mogen deze kwaliteitseisen niet in strijd zijn met de wettelijke kwaliteitseisen of met die in de verordening.

Wmo 2015

Ook ten aanzien van de maatschappelijke ondersteuning kan de gemeente in haar rol als opdrachtgever in een inkoopovereenkomst of subsidie (uitvoeringsovereenkomst) contractueel vastleggen dat aanbieders zich niet alleen houden aan de kwaliteitseisen in de wet en in de verordening, maar ook aan andere eisen die de gemeente van belang acht voor de kwaliteit van de voorziening.

Voor de inkoop van zorg op basis van zowel de Jeugdwet als de Wmo 2015 gaat de gemeente in de praktijk uitsluitend een overeenkomst aan met de hoofdaannemer. Indien in de overeenkomst afspraken zijn gemaakt over kwaliteitseisen, binden deze afspraken in beginsel alleen de hoofdaannemer. Overigens kan de hoofdaannemer door de gemeente wel worden aangesproken op wanprestatie als de zorg die de hoofdaannemer heeft uitbesteed aan de onderaannemer niet aan die kwaliteitseisen voldoet. Indien de gemeente wenst dat ook de onderaannemer deze kwaliteitseisen naleeft, doet de gemeente er verstandig aan om in de overeenkomst met de hoofdaannemer af te spreken dat de kwaliteitseisen door de hoofdaannemer worden opgelegd aan

⁵⁶ Zie voorgaande voetnoot (57)

de onderaannemer in het contract met de onderaannemer. Op die manier wordt geborgd dat ook de onderaannemer gebonden is aan desbetreffende afspraken over de kwaliteit.

4.2.4 Niveau 4: beroepsstandaarden

Tot slot wordt het vierde niveau waarop de kwaliteit wordt geregeld gevormd door de beroepsstandaarden, -codes en vakinhoudelijke richtlijnen voor professionals. Op grond van zowel de Jeugdwet als de Wmo 2015 moet de zorg conform deze standaarden worden geleverd.⁵⁷

Geregistreerde professionals zijn op grond van hun registratie gebonden aan een tuchtrechtnorm die inhoudt dat zij aangesproken kunnen worden, als ze niet handelen volgens de voor hen geldende beroeps(ethische) normen (beroepscode, vakinhoudelijke richtlijnen, etc.). Daarnaast bestaat er verenigingstuchtrecht voor de professionals die zijn aangesloten bij een beroepsvereniging. Omdat dit niveau met name ziet op de professional zelf - en daarom niet het thema hoofd- en onderaannemerschap raakt - zal in deze notitie dit niveau niet verder worden uitgewerkt.

In het schema op de volgende pagina wordt samengevat op welke niveaus de kwaliteit van hoofd- en onderaannemers kan zijn gereguleerd. Omdat de beroepsstandaarden (niveau 4) uitsluitend van toepassing zijn op individueel professionals, is dit niveau niet opgenomen in het schema:

⁵⁷ Zie artikel 3.1, tweede lid onder c van de Wmo 2015 en artikel 4.1.1, lid 3 van de Jeugdwet.

Op welke niveau worden de kwaliteitseisen gesteld?	Om welke zorg gaat het?	Is de hoofdaannemer verplicht deze kwaliteitseisen na te leven?	Is de onderaannemer verplicht deze kwaliteitseisen na te leven?
In de wet	Jeugdhulp Jeugdbescherming Jeugdreclassering	Ja.	Ja.
	Maatschappelijke ondersteuning	Ja.	Ja, mits de hoofdaannemer dit in de overeenkomst met de onderaannemer heeft opgenomen.
In gemeentelijke regelgeving	Jeugdhulp Jeugdbescherming Jeugdreclassering	Ja, indien in de verordening bepaald	Ja, indien in de verordening bepaald
	Maatschappelijke ondersteuning	Ja, indien in de verordening bepaald	Ja, indien in de verordening bepaald
In de overeenkomst met de gemeente	Jeugdhulp	Ja.	Ja, mits de hoofdaannemer dit in het contract met de onderaannemer heeft opgenomen.
	Maatschappelijke ondersteuning	Ja.	Ja, mits de hoofdaannemer dit in het contract met de onderaannemer heeft opgenomen.

4.3 Wat is de verantwoordelijkheid van de gemeente ten aanzien van kwaliteit?

4.3.1 Jeugdwet

Op grond van de Jeugdwet zijn gemeenten integraal verantwoordelijk voor een kwalitatief (en kwantitatief) toereikend *aanbod* om aan de taken op het gebied van jeugdhulp en de uitvoering van jeugdbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering te kunnen voldoen (artikel 2.6, lid 1 onder a van Jeugdwet). Zij kunnen in hun verordeningen nadere kwaliteitseisen opnemen die gelden voor de hoofd- en onderaannemer. Daarnaast kunnen gemeenten bij de financiering van de zorg middels het contract kwaliteitseisen stellen aan de te leveren diensten. Zij kunnen ook in het

contract afspreken dat de hoofdaannemer voldoet aan de wettelijke kwaliteitseisen en de nadere kwaliteitseisen in de verordening. Voorts doet de gemeente er verstandig aan om in het contract met de hoofdaannemer op te nemen dat deze de kwaliteitseisen ook aan eventuele onderaannemers zal opleggen. Dat leidt tot duidelijkheid voor alle betrokken partijen. Verder kunnen gemeenten gebruik maken van keurmerken,⁵⁸ klachtenregistratie en onderzoeken naar klanttevredenheid.⁵⁹

Indien de gemeente erin faalt om een kwalitatief toereikend aanbod aan te bieden, geldt in eerste instantie het principe van lokale politieke verantwoording en is het aan de gemeenteraad om corrigerend op te treden. Indien sprake is van ernstige en structurele nalatigheid van een gemeente, ligt er een taak voor het interbestuurlijk toezicht.⁶⁰

Op grond van de Jeugdwet zijn gemeenten integraal verantwoordelijk voor een kwalitatief (en kwantitatief) toereikend aanbod om aan de taken op het gebied van jeugdhulp en de uitvoering van jeugdbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering te kunnen voldoen (artikel 2.6, lid 1 onder a van Jeugdwet). Zij kunnen in hun verordeningen nadere kwaliteitseisen opnemen. Daarnaast kunnen gemeenten bij de financiering van de jeugdhulp middels het contract kwaliteitseisen stellen aan de te leveren diensten. Zij kunnen ook in het contract afspreken dat de hoofdaannemer voldoet aan de wettelijke kwaliteitseisen en de nadere kwaliteitseisen in de verordening. Voorts doet de gemeente er verstandig aan om in het contract met de hoofdaannemer op te nemen dat deze de kwaliteitseisen ook aan eventuele onderaannemers zal opleggen. Dat leidt tot duidelijkheid voor alle betrokken partijen.

De gemeente is niet verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de wettelijke kwaliteitseisen door jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen. Met dit toezicht is de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ)⁶³ belast. Indien de gemeente aanvullende kwaliteitseisen heeft opgenomen in haar verordeningen of contracten, dient zijzelf met de hoofdaannemer afspraken te maken over het toezicht op de naleving van die vereisten door zowel hoofd- als onderaannemer.

4.3.2 Wmo 2015

Op basis van de Wmo 2015 is het gemeentebestuur verplicht zorg te dragen voor de kwaliteit en continuïteit van de voorzieningen (artikel 2.1.1, lid 2 Wmo 2015). Zoals hiervoor is toegelicht geven gemeenten aan die verantwoordelijkheid invulling door kwaliteitseisen⁶¹ op te nemen in verordeningen en/of contracten die ook toepasselijk kunnen worden gemaakt op onderaannemers

⁵⁸ Indien de gemeente in een aanbestedingsprocedure vereist dat een hoofdaannemer een keurmerk heeft moet dit proportioneel zijn en in verhouding staan tot de opdracht. Dit is met name een aandachtspunt bij kleine aanbieders, zoals ZZP-ers. Ook in de situatie van open house is het raadzaam om na te gaan of het gebruik van dit vereiste in redelijke verhouding tot de opdracht staat. Dit om te voorkomen dat de gemeente de markt overvraagt en daarmee de kansen op voldoende en goede inschrijvingen misloopt.

⁵⁹ Kamerstukken II, 2012/13, 33 684, nr. 3, p. 42. Op grond van artikel 2.10 Jeugdwet is het college verplicht jaarlijks een cliëntervaringsonderzoek uit te voeren.

⁶⁰ Zie ook de Handreiking Samenwerken binnen (jeugd)wijkteams, 'Over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij calamiteiten', raadpleegbaar via: <https://www.sociaalwerknederland.nl/?file=16252&m=1531295947&action=file.download> ⁶³ De Inspectie JenV houdt daarnaast toezicht op de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen bij jeugdreclassering.

⁶¹ Bij het stellen van aanvullende kwaliteitseisen voor jeugdhulp dient de gemeente ervoor te waken dat zij daarmee niet in de professionele autonomie van de hulpverleners treedt.

(naast de hoofdaannemers). Daarnaast kunnen zij overige kwaliteitsinstrumenten hanteren, zoals keurmerken,⁶² klachtenregistratie en onderzoeken naar klanttevredenheid.

Tot slot houdt de gemeente op grond van de Wmo 2015 toezicht op de naleving van hoofdstuk 3 van de Wmo 2015 en de gemeentelijke kwaliteitseisen.⁶³ Dit toezicht strekt zich uit tot de zorg die de hoofdaannemer levert. Een onderaannemer is geen aanbieder zoals bedoeld in de Wmo 2015. Op een onderaannemer kan de gemeente dan ook niet hetzelfde toezicht uitoefenen als bij hoofdaannemers mogelijk is.⁶⁴

Op basis van de Wmo 2015 is het gemeentebestuur verplicht zorg te dragen voor de kwaliteit en continuïteit van de voorzieningen (artikel 2.1.1, lid 2 Wmo 2015). Gemeenten geven aan die verantwoordelijkheid invulling door onder meer kwaliteitseisen op te nemen in verordeningen en/of contracten.

Ook houdt de gemeente op grond van de Wmo 2015 toezicht op de naleving van hoofdstuk 3 van de Wmo 2015 en de gemeentelijke kwaliteitseisen. Dit toezicht strekt zich uit tot de zorg die de hoofdaannemer levert. Een onderaannemer is geen aanbieder zoals bedoeld in de Wmo 2015. Op een onderaannemer kan de gemeente dan ook niet hetzelfde toezicht uitoefenen als bij hoofdaannemers mogelijk is.

4.4 Wat is de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer ten aanzien van kwaliteit?

4.4.1 Jeugdwet

Op basis van de Jeugdwet zijn aanbieders⁶⁵ zelf verantwoordelijk voor het bieden van verantwoorde hulp (artikel 4.1.1, lid 1). Zij zijn verplicht de landelijke kwaliteitseisen in hoofdstuk 4 van de wet na te leven. De IGJ houdt daar toezicht op. Indien de gemeente aanvullende kwaliteitseisen heeft opgenomen in haar verordening en/of in de overeenkomst met de hoofdaannemers, zijn hoofdaannemers tevens verplicht deze kwaliteitseisen na te leven. Voorts is een hoofdaannemer verplicht om kwaliteitseisen aan de onderaannemer door te geven indien hij in het contract met de gemeente heeft gegarandeerd dat alle hulp die door of namens hem wordt

⁶² Indien de gemeente in een aanbestedingsprocedure vereist dat een hoofdaannemer een keurmerk heeft moet dit proportioneel zijn en in verhouding staan tot de opdracht. Dit is met name een aandachtspunt bij kleine aanbieders, zoals ZZP-ers. Ook in de situatie van open house is het raadzaam om na te gaan of het gebruik van dit vereiste in redelijke verhouding tot de opdracht staat. Dit om te voorkomen dat de gemeente de markt overvraagt en daarmee de kansen op voldoende en goede inschrijvingen misloopt.

⁶³ Zie over het toezicht in het sociaal domein de VNG Factsheet 'Toezicht in het sociaal domein'.

⁶⁴ Eventueel zou dit wel mogelijk zijn als de gemeente in haar verordening de kwaliteitseisen van overeenkomstige toepassing verklaart op onderaannemers. Deze mogelijkheid zou juridisch nader onderzocht moeten worden.

⁶⁵ Zie [de afbakening van het begrip 'aanbieder' in de inleiding](#) bij deze handreiking.

geleverd, aan die eisen zal voldoen. Dit ongeacht de vraag of de gemeente zo'n doorgeefplicht wel of niet expliciet in het contract met de hoofdaannemer heeft opgenomen.

4.4.2 Wmo 2015

Op basis van de Wmo 2015 zijn aanbieders verplicht om ervoor zorg te dragen dat de voorziening van goede kwaliteit is (artikel 3.1). De kwaliteitseisen in hoofdstuk 3 van de Wmo 2015 en in de

Op basis van de Jeugdwet zijn aanbieders zelf verantwoordelijk voor het bieden van verantwoorde hulp (artikel 4.1.1, lid 1). Voorts is een hoofdaannemer verplicht om kwaliteitseisen aan de onderaannemer door te geven indien hij in het contract met de gemeente heeft gegarandeerd dat alle hulp die door of namens hem wordt geleverd, aan die eisen zal voldoen.

Op basis van de Wmo 2015 zijn aanbieders verplicht om ervoor zorg te dragen dat de voorziening van goede kwaliteit is (artikel 3.1). Indien een hoofdaannemer met onderaannemers werkt, moet hij er ook voor zorgen dat de onderaannemers aan de toepasselijke kwaliteitseisen voldoen

gemeentelijke regelgeving zijn van toepassing op 'aanbieders' als bedoeld in artikel 1.1.1 van de Wmo 2015. De hoofdaannemer is een aanbieder in de zin van de wet en zal daarom deze kwaliteitseisen moeten naleven. Indien een hoofdaannemer met onderaannemers werkt, moet hij er ook voor zorgen dat de onderaannemers aan deze kwaliteitseisen voldoen. Op de naleving van deze vereisten houden gemeentelijke toezichthouders toezicht.

Voor hoofdaannemers in beide domeinen geldt dat gemeenten in de praktijk vaak in hun contract met hoofdaannemers opnemen dat de hoofdaannemer verplicht is de kwaliteitseisen in de wet en in hun gemeentelijke regelgeving na te leven. Gemeenten kunnen in het contract ook aanvullende kwaliteitseisen opnemen. Ook die eisen zullen de hoofdaannemers moeten naleven. Voorts is een hoofdaannemer verplicht om kwaliteitseisen aan de onderaannemer door te geven indien hij in het contract met de gemeente heeft gegarandeerd dat alle zorg die door of namens hem wordt geleverd, aan die eisen zal voldoen. Dit ongeacht de vraag of de gemeente zo'n doorgeefplicht wel of niet expliciet in het contract met de hoofdaannemer heeft opgenomen.⁶⁶

⁶⁶ Zie ook [paragraaf 6](#) en de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor de gedragingen van de onderaannemers op basis van artikel 6:76 BW.

4.5 Wat is de verantwoordelijkheid van de onderaannemer ten aanzien van de kwaliteit?

4.5.1 Jeugdwet

Op basis van de Jeugdwet kwalificeren onderaannemers die jeugdhulp leveren als jeugdhulpaanbieders. Zij moeten daarom voldoen aan de kwaliteitseisen die voortvloeien uit de Jeugdwet en, als de eisen in gemeentelijke verordeningen zich richten tot 'jeugdhulpaanbieders', aan de gemeentelijke verordeningen.

Een gecertificeerde instelling kan zijn werkzaamheden alleen uitbesteden aan een andere gecertificeerde instelling, omdat jeugdbescherming en jeugdreclassering alleen door gecertificeerde instellingen mogen worden geleverd. Ook een onderaannemer/ gecertificeerde instelling zal daarom moeten voldoen aan de kwaliteitseisen die voortvloeien uit de Jeugdwet en eventuele aanvullende eisen die voortvloeien uit de gemeentelijke verordeningen.

Omdat onderaannemers geen directe contractuele relatie hebben met gemeenten zijn zij in beginsel niet gebonden aan de eventuele aanvullende kwaliteitseisen die de gemeenten hebben opgenomen in hun contracten met de hoofdaannemers. Als de hoofdaannemer zich in het contract met de gemeente echter heeft verplicht tot om ervoor te zorgen dat alle zorg die door of namens hem wordt geleverd aan die kwaliteitseisen zal voldoen, dient de hoofdaannemer ervoor te zorgen dat zijn onderaannemers daar ook aan voldoen. In dat geval zal de hoofdaannemer de eisen in het contract met zijn onderaannemers opnemen en zullen zij er uit dien hoofde aan moeten voldoen.

Gemeenten doen er goed aan om in het contract met de hoofdaannemer af te spreken dat de hoofdaannemer deze kwaliteitseisen doorlegt in zijn contract met de onderaannemer. In dat geval is de hoofdaannemer voor de gemeente het primaire aanspreekpunt als het gaat om de kwaliteit van de zorg geleverd door de onderaannemer. De hoofdaannemer kan op zijn beurt de onderaannemer aanspreken op het leveren van onvoldoende kwaliteit.⁶⁷

Op basis van de Jeugdwet kwalificeren onderaannemers die jeugdhulp aanbieden als jeugdhulpaanbieders. Zij moeten daarom voldoen aan de kwaliteitseisen die voortvloeien uit de Jeugdwet en, als de eisen in gemeentelijke verordeningen zich richten tot 'jeugdhulpaanbieders', aan de gemeentelijke verordeningen. Omdat onderaannemers geen directe contractuele relatie hebben met gemeenten zijn zij in beginsel niet gebonden aan de eventuele aanvullende kwaliteitseisen die de gemeenten hebben opgenomen in hun contracten met de hoofdaannemers. Als de hoofdaannemer zich in het contract met de gemeente echter heeft verplicht tot om ervoor te zorgen dat alle zorg die door of namens hem wordt geleverd aan die kwaliteitseisen zal voldoen, dient de hoofdaannemer ervoor te zorgen dat zijn onderaannemers daar ook aan voldoen. In dat geval zal de hoofdaannemer de eisen in het contract met zijn onderaannemers opnemen en zullen zij er uit dien hoofde aan moeten voldoen.

⁶⁷ Dit zal doorgaans een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst opleveren. Dit betekent dat de hoofdaannemer de onderaannemer aansprakelijk zou kunnen stellen op grond van wanprestatie en daarvoor schadevergoeding zou kunnen vorderen, bijvoorbeeld voor schade als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst door de gemeente of voor eventuele schadevergoedingen die de hoofdaannemer aan een cliënt en/of gemeente heeft moeten betalen.

De IGJ houdt toezicht op de naleving van de wettelijke kwaliteitseisen door onderaannemers. Om de zichtbaarheid van onderaannemers voor de IGJ te verbeteren en om nieuwe jeugdhulpaanbieders zich bewust te maken van de kwaliteitseisen waaraan ze moeten voldoen, voorziet de Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders ((A)Wtza) in een (aan)meldplicht voor nieuwe aanbieders. Deze verplichting geldt uitdrukkelijk ook voor onderaannemers. Nieuwe jeugdhulpaanbieders worden verplicht zich te melden bij de IGJ, voordat zij kunnen starten met het verlenen van hulp. De jeugdhulpaanbieder zal gevraagd worden gegevens te verstrekken, bijvoorbeeld over de voorgenomen startdatum, de vormen van de hulp die verleend zullen worden en of er een klachtregeling aanwezig is. De IGJ kan op basis van deze informatie beoordelen of de jeugdhulpaanbieder gaat voldoen aan de toepasselijke vereisten.⁶⁸

4.5.2 Wmo 2015

Onderaannemers hebben geen zelfstandige plicht om te voldoen aan de kwaliteitseisen van de Wmo 2015. Afhankelijk van wat er in de verordening is geregeld, is er ook geen verplichting om

Onderaannemers hebben geen zelfstandige plicht om te voldoen aan de kwaliteitseisen van de Wmo 2015. Afhankelijk van wat er in de verordening is geregeld, is er ook geen verplichting om aan de kwaliteitseisen in de verordening te voldoen. Maar als de gemeente in het contract met de hoofdaannemer heeft opgenomen dat deze ervoor moet zorgen dat zijn voorzieningen aan die eisen voldoen, zal een hoofdaannemer in de regel deze eisen op zijn beurt aan zijn onderaannemers opleggen. Op die manier kunnen onderaannemers dus alsnog aan deze eisen worden gebonden. Hetzelfde geldt voor kwaliteitseisen die de gemeente alleen bij overeenkomst aan de hoofdaannemer oplegt.

aan de kwaliteitseisen in de verordening te voldoen. Maar als de gemeente in het contract met de hoofdaannemer heeft opgenomen dat deze ervoor moet zorgen dat zijn voorzieningen aan die eisen voldoen, zal een hoofdaannemer in de regel deze eisen op zijn beurt aan zijn onderaannemers opleggen. Op die manier kunnen onderaannemers dus alsnog aan deze eisen worden gebonden. Hetzelfde geldt voor kwaliteitseisen die de gemeente alleen bij overeenkomst aan de hoofdaannemer oplegt.

Om er zeker van te zijn dat hoofdaannemers deze eisen daadwerkelijk doorleggen aan hun onderaannemers doen gemeenten er goed aan om daarover in hun overeenkomsten met hoofdaannemers expliciet afspraken te maken. Hetzelfde geldt voor de eventuele aanvullende kwaliteitseisen die de gemeente in de overeenkomst met de hoofdaannemer heeft afgesproken. Op die manier wordt geborgd dat de hoofdaannemer de onderaannemer contractueel kan aanspreken op het leveren van onvoldoende kwaliteit en daarmee zijn verplichtingen jegens de gemeente kan nakomen.⁶⁹

⁶⁸ De (A)Wtza is gericht op verbetering van het kwaliteitstoezicht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en het bevorderen van de bewustwording van zorgaanbieders van de (kwaliteits-)eisen waaraan de zorgverlening dient te voldoen en hun verantwoordelijkheid daarvoor. De Wtza en AWtza zijn aangenomen door de Eerste en Tweede Kamer. De inwerkingtredingsdatum is op moment van publicatie van deze Handreiking 1 januari 2022, zie Kamerstukken II, 2020/21, 34 767, nr. 57.

⁶⁹ Dit zal doorgaans een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst opleveren. Dit betekent dat de hoofdaannemer de onderaannemer aansprakelijk zou kunnen stellen op grond van wanprestatie en daarvoor schadevergoeding zou kunnen vorderen, bijvoorbeeld voor schade als gevolg van de ontbinding van de

4.6 Is een hoofdaannemer te allen tijde aansprakelijk voor de kwaliteit van de zorg door de onderaannemer?

Het hiernavolgende antwoord op deze vraag is zowel van toepassing op hoofd- en onderaannemers in het Jeugdwetdomein als in het Wmo-domein.

De hoofdaannemer heeft een overeenkomst met een gemeente. De hoofdaannemer contracteert op zijn beurt de onderaannemer. De onderaannemer wordt ingezet ter uitvoering van de verbintenis van de hoofdaannemer. Dat wil zeggen: de hoofdaannemer laat een deel van de werkzaamheden waartoe hij zich jegens de gemeente heeft verplicht verrichten door de onderaannemer.

Behoudens andersluidende contractuele afspraak is de hoofdaannemer in dat geval jegens de gemeente op gelijke voet aansprakelijk voor gedragingen van de onderaannemer – een hulppersoon – als voor eigen gedragingen (art. 6:76 BW). Zou de hoofdaannemer aansprakelijk zijn voor kwalitatief tekort geschoten zorg wanneer hij die zelf zou hebben verleend, dan is hij dat ook wanneer dat door de onderaannemer is gebeurd. Andersom geldt overigens ook dat overmacht van de onderaannemer ook overmacht van de hoofdaannemer oplevert. Onder omstandigheden kan toepassing van de regel van art. 6:76 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat zal zich met name voordoen wanneer de opdrachtgever (de gemeente) de hoofdaannemer als het ware met de onderaannemer heeft ‘opgezadeld’ door diens inschakeling verplicht voor te schrijven.⁷⁰ Indien de hoofdaannemer wordt aangesproken op gedragingen van de onderaannemer, zal de eerste ongetwijfeld proberen de daaruit eventueel voortvloeiende schadelijke gevolgen ‘door te leggen’ naar de onderaannemer. Het is van de contractuele verhouding afhankelijk in hoeverre dat mogelijk is.

Ook door de cliënt kan de hoofdaannemer in beginsel worden aangesproken. De onderaannemer kan worden beschouwd als een niet-ondergeschikte die in opdracht van een ander (de hoofdaannemer) werkzaamheden verricht ter uitoefening van diens (dat van de hoofdaannemer) bedrijf. Indien de onderaannemer aansprakelijk is voor een bij de werkzaamheden begane fout (dat wil zeggen toerekenbaar onrechtmatig handelt, bijvoorbeeld door het leveren van zorg van onvoldoende kwaliteit) dan is de hoofdaannemer óók jegens de cliënt aansprakelijk (6:171 BW). Het wetsartikel berust op de gedachte dat een derde niet kan onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een niet-ondergeschikte van de opdrachtgever (hoofdaannemer). Ook hier geldt dat indien de hoofdaannemer wordt aangesproken op fouten van

overeenkomst door de gemeente of voor eventuele schadevergoedingen die de hoofdaannemer aan een cliënt en/of gemeente heeft moeten betalen.

⁷⁰ Zie in dat verband het antwoord op de vraag ‘*In hoeverre is het proportioneel om een hoofdaannemer verantwoordelijk te stellen voor hulp buiten de eigen expertise?*’.

de onderaannemer de eerste de laatste ongetwijfeld zal aanspreken, maar dat het van de contractuele verhouding afhangt in hoeverre dat mogelijk is.

De onderaannemer wordt ingezet ter uitvoering van de verbintenis van de hoofdaannemer. Dat wil zeggen: de hoofdaannemer laat een deel van de werkzaamheden waartoe hij zich jegens de gemeente heeft verplicht verrichten door de onderaannemer. Behoudens andersluidende contractuele afspraak is de hoofdaannemer in dat geval jegens de gemeente op gelijke voet aansprakelijk voor gedragingen van de onderaannemer – een hulppersoon – als voor eigen gedragingen (art. 6:76 BW).

4.7 Wie is verantwoordelijk voor het naleven van de norm verantwoorde werktoedeling, de hoofd- of de onderaannemer?

De norm van de verantwoorde werktoedeling⁷¹ is uitsluitend van toepassing op aanbieders in het domein van de Jeugdwet (jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen). De wettelijke verplichting is een uitwerking van de verplichting in de Jeugdwet voor aanbieders om verantwoorde hulp te verlenen. De norm van de verantwoorde werktoedeling komt erop neer dat aanbieders het werk binnen hun organisatie moeten toedelen aan een geschikte geregistreerde professional.⁷² De aanbieder moet de organisatie van de hulp zo hebben ingericht dat er voldoende waarborgen zijn dat volgens de norm van de verantwoorde werktoedeling wordt gewerkt.

Zoals hiervoor is toegelicht, zijn zowel hoofdaannemer als onderaannemers jeugdhulpaanbieders of gecertificeerde instellingen in de zin van de Jeugdwet. Dit geldt niet alleen voor organisaties, maar ook voor vrijgevestigde professionals (zzp'ers) die hulp aanbieden. Zowel hoofdaannemers als onderaannemers zijn daarom verplicht deze norm in acht te nemen. De onderaannemer heeft dus een eigen verantwoordelijkheid om deze norm na te leven.

In de praktijk nemen veel gemeenten de uit de Jeugdwet voortvloeiende eis ten aanzien van verantwoorde werktoedeling ook op in hun contract met de hoofdaannemer. In die gevallen is het raadzaam dat de hoofdaannemer die verplichting doorlegt aan onderaannemers. Daarmee borgt de hoofdaannemer dat hij aan zijn verplichtingen jegens de gemeente ten aanzien van de kwaliteit kan voldoen.

Zowel hoofdaannemers als onderaannemers zijn verplicht de norm van de verantwoorde werktoedeling in acht te nemen.

4.8 Wie is verantwoordelijk voor een effectieve en laagdrempelige klachtregeling?

⁷¹ Artikel 4.1.1, lid 2 jo artikel 4.1.5, lid 1 Jeugdwet en hoofdstuk 5 van het Besluit jeugdhulp. Zie ook Stb. 2014, 441, p. 39 e.v.

⁷² Geregistreerde professionals zijn beroepsbeoefenaren die zijn ingeschreven in het kwaliteitsregister jeugd (SKJ) en beroepsbeoefenaren die als arts, verpleegkundige, gezondheidszorgpsycholoog, orthopedagoog-generalist of psychotherapeut zijn ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

4.8.1 Jeugdwet

Op grond van de Jeugdwet is iedere aanbieder (jeugdhulpaanbieder of gecertificeerde instelling) (zowel hoofd- als onderaannemer) verplicht om een klachtregeling te treffen voor de geleverde hulp (artikel 4.2.1). Omdat de onderaannemer een zelfstandige verplichting heeft tot het treffen van een klachtregeling, staat de hoofdaannemer in beginsel buiten de klachtenafhandeling door de onderaannemer. Een cliënt zal daarom een klacht altijd moeten indienen bij de onderaannemer zelf (en niet bij de hoofdaannemer) die vervolgens de onderaannemer zelf moet afhandelen. Dit is slechts anders als een onderaannemer zich heeft aangesloten bij de klachtenregeling van de hoofdaannemer. Dit is vaak het geval bij onderaannemers met een kleine organisatie. Dit moet wel mogelijk zijn binnen de afspraken die de hoofdaannemer met de gemeente heeft gemaakt over de klachtregeling.

Op grond van de Jeugdwet is iedere aanbieder (jeugdhulpaanbieder of gecertificeerde instelling) (zowel hoofd- als onderaannemer) verplicht om een klachtregeling te treffen voor de geleverde hulp (artikel 4.2.1). Omdat de onderaannemer een zelfstandige verplichting heeft tot het treffen van een klachtregeling, staat de hoofdaannemer in beginsel buiten de klachtenafhandeling door de onderaannemer.

4.8.2 Wmo 2015

Op grond van artikel 2.1.3, tweede lid, van de Wmo 2015 bepaalt de gemeenteraad in zijn verordening voor welke voorzieningen een regeling voor de afhandeling van klachten van cliënten vereist is. De gemeenteraad speelt bij de klachtenbehandeling in het kader van de Wmo 2015 dus een belangrijke rol.

Artikel 3.2, eerste lid onder a, van de Wmo 2015 verplicht de aanbieder die zo'n voorziening levert om zo'n klachtenafhandelingsregeling te hebben. Aangezien onderaannemers in de Wmo 2015 niet als aanbieder worden beschouwd, geldt dit niet voor hen.

Op grond van artikel 2.1.3, tweede lid, van de Wmo 2015 bepaalt de gemeenteraad in zijn verordening voor welke voorzieningen een regeling voor de afhandeling van klachten van cliënten vereist is. De gemeenteraad speelt bij de klachtenbehandeling in het kader van de Wmo 2015 dus een belangrijke rol. Artikel 3.2, eerste lid onder a, van de Wmo 2015 verplicht de aanbieder die zo'n voorziening levert om zo'n klachtenafhandelingsregeling te hebben. Aangezien onderaannemers in de Wmo 2015 niet als aanbieder worden beschouwd, geldt dit niet voor hen.

In de praktijk bepalen veel gemeenten in hun verordeningen dat zij in hun contracten met hoofdaannemers afspraken maken over de klachtregeling. De gemeente kan in dat verband ook afspraken maken over de vraag of ook onderaannemers een eigen klachtregeling moeten hebben. De hoofdaannemer is er in dat geval jegens de gemeente verantwoordelijk voor dat bij de onderaannemer een effectieve en laagdrempelige klachtregeling aanwezig is. De gemeente kan de hoofdaannemer op die verplichting aanspreken.

4.9 Wie is verantwoordelijk voor de melding van een calamiteit bij de onderaannemer?

Een calamiteit is een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van zorg en die tot een ernstig schadelijk gevolg voor of de dood van een cliënt respectievelijk ouder/jeugdige heeft geleid.⁷³

4.9.1 Jeugdwet

Op grond van de Jeugdwet (artikel 4.1.8) moeten aanbieders (jeugdhulpaanbieders of gecertificeerde instellingen) bij de toezichthoudende ambtenaar onverwijld melding doen van iedere calamiteit die bij de verlening van jeugdhulp of bij de uitvoering van een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering heeft plaatsgevonden. De melding zal moeten worden gedaan bij de IGJ.

In de Leidraad Meldingen Jeugd⁷⁴ is in artikel 4, lid 3 bepaald dat als meerdere aanbieders zijn betrokken (zoals bijvoorbeeld een hoofd- en onderaannemer) zij alle afzonderlijk de melding doen, tenzij zij met elkaar hebben afgestemd dat één van hen namens alle de melding doet. In dat geval moet expliciet uit de melding blijken dat deze afspraken tussen de betreffende aanbieders is gemaakt.

In de Leidraad Meldingen Jeugd van het IGJ is in artikel 4, lid 3 bepaald dat als meerdere aanbieders zijn betrokken bij een calamiteit (zoals bijvoorbeeld een hoofd- en onderaannemer) zij alle afzonderlijk de melding doen, tenzij zij met elkaar hebben afgestemd dat één van hen namens alle de melding doet. In dat geval moet expliciet uit de melding blijken dat deze afspraken tussen de betreffende aanbieders is gemaakt.

4.9.2 Wmo 2015

Op grond van de Wmo 2015 (artikel 3.4) moet een aanbieder bij de toezichthoudende ambtenaar melding doen van iedere calamiteit die bij de verstrekking van een voorziening heeft plaatsgevonden en van geweld bij de verstrekking van een voorziening.⁷⁸

Een onderaannemer kwalificeert niet als een aanbieder in de zin van de Wmo 2015. Op een onderaannemer rust op basis van de wet dus geen zelfstandige meldplicht.

⁷³ Artikel 1.1.1 Wmo 2015 en artikel 1.1 en 4.1.8, lid 1 onder a Jeugdwet.

⁷⁴ Leidraad Meldingen Jeugd, Utrecht, december 2018, te raadplegen via <https://www.igj.nl/publicaties/richtlijnen/2015/10/1/leidraad-meldingen-jeugd> ⁷⁸ In een aantal gemeenten is aan de GGD gevraagd om het toezicht uit te voeren.

Voor een calamiteitenmelding op grond van de Wmo 2015 bestaat niet eenzelfde leidraad als de Leidraad Meldingen Jeugd. Gemeenten hebben veelal zelf een protocol opgesteld voor het doen van calamiteitenmeldingen. Gemeenten doen er goed aan de verplichte toepasbaarheid van dit protocol voorafgaand aan het inkoopproces in het contract met hoofdaannemers op te nemen. Daarin kan aandacht worden besteed aan de vraag wie (hoofd- of onderaannemer) een melding moet doen van een calamiteit die plaatsvindt bij een onderaannemer.

Op grond van de Wmo 2015 (artikel 3.4) moet een aanbieder bij de toezichthoudende ambtenaar melding doen van iedere calamiteit die bij de verstrekking van een voorziening heeft plaatsgevonden en van geweld bij de verstrekking van een voorziening. Op een onderaannemer rust op basis van de wet geen zelfstandige meldplicht.

4.10 Waar moeten hoofd- en onderaannemers onder meer aandacht aan besteden in hun overeenkomst ten aanzien van de kwaliteit?

De hoofdaannemer zal met de onderaannemer moeten afspreken dat de onderaannemer de voldoende kwaliteit van de uitbestede zorg waarborgt. Ter uitwerking daarvan kunnen afspraken worden gemaakt over de naleving van de wettelijke kwaliteitseisen (waaronder de norm van de verantwoorde werktoedeling), de professionele standaarden en, de (aanvullende) kwaliteitseisen van de gemeente. In dat verband kan het praktisch zijn om de kwaliteitseisen en eventuele informatieverplichtingen die de hoofdaannemer heeft afgesproken met de gemeente door te leggen in de overeenkomst met de onderaannemer. Ook is het raadzaam om in de overeenkomst afspraken te maken over hoe gehandeld moet worden indien de hoofd- en onderaannemer conflicterende behandelvisies hebben.

Daarnaast kunnen hoofdaannemers met hun onderaannemers afspreken dat de onderaannemers periodiek informatie aanleveren – met inachtneming van de privacyregels - over de afhandeling van de klachten, zodat de hoofdaannemer gelet op zijn eindverantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg door de onderaannemer - eventueel samen met de onderaannemer - aan verbetering van de kwaliteit kan werken. Voorts doen partijen er goed aan om in de overeenkomst onder meer aandacht te besteden aan (i) de uitwisseling van informatie van bijzonderheden die voor de kwaliteit van de ondersteuning of hulpverlening van belang zijn en (ii) over het (onverwijld) informeren van elkaar over calamiteitenmeldingen. Daarbij is van belang dat afspraken over de uitwisseling van persoonsgegevens voldoen aan de privacyregels.⁷⁵

Het kan praktisch zijn om de kwaliteitseisen en eventuele informatieverplichtingen die de hoofdaannemer heeft afgesproken met de gemeente door te leggen in de overeenkomst met de onderaannemer. Ook doen partijen er goed aan om in de overeenkomst onder meer aandacht te besteden aan (i) de uitwisseling van informatie van bijzonderheden die voor de kwaliteit van de ondersteuning of hulpverlening van belang zijn en (ii) over het (onverwijld) informeren van elkaar over calamiteitenmeldingen. Daarbij is van belang dat afspraken over de uitwisseling van persoonsgegevens voldoen aan de privacyregels.

⁷⁵ Over de grondslagen voor het uitwisselen van informatie door de hoofd- en onderaannemer wordt ingegaan in een afzonderlijk hoofdstuk (10) van deze handreiking.

5 Hoofdstuk 5

“Wat is het verschil tussen een hoofdaannemer en een regiebehandelaar?”

5.1 Wat is een hoofdaannemer?⁷⁶

Binnen het sociaal domein kan worden gewerkt met hoofd- en onderaannemerschap.⁷⁷ Bij hoofd- en onderaannemerschap zet een aanbieder⁷⁸ die door de gemeente is gecontracteerd om zorg⁷⁹ te leveren (de hoofdaannemer) een andere aanbieder (de onderaannemer) in voor (onderdelen van) de te leveren zorg. De reden dat een hoofdaannemer een onderaannemer inschakelt kan zijn dat de hoofdaannemer zelf de capaciteit of het specialisme niet heeft om de door de gemeente bij hem ingekochte hulp te verstrekken.⁸⁰

Het inschakelen van een onderaannemer door een hoofdaannemer gebeurt in de regel op basis van een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. De hoofdaannemer fungeert als opdrachtgever richting de onderaannemer. De onderaannemer heeft daarom geen contractuele relatie met de gemeente.

Bij hoofd- en onderaannemerschap zet een aanbieder die door de gemeente is gecontracteerd om hulp of ondersteuning te leveren (de hoofdaannemer) een andere aanbieder (de onderaannemer) in voor (onderdelen van) de te leveren zorg

5.2 Wat is een regiebehandelaar?⁸¹

De regiebehandelaar is de professional die verantwoordelijk is voor de regie en coördinatie van een zorgverleningstraject waarbij meerdere zorgverleners betrokken zijn.⁸⁶

De regiebehandelaar is de professional die verantwoordelijk is voor de regie en coördinatie van een zorgverleningstraject waarbij meerdere zorgverleners betrokken zijn.

⁷⁶ Zie voor de afbakening van het begrip 'hoofdaannemer' [de inleiding](#) bij deze handreiking.

⁷⁷ Zie voor de afbakening van het begrip 'hoofd- en onderaannemerschap' [de inleiding](#) bij deze handreiking.

⁷⁸ Zie voor de afbakening van het begrip 'aanbieder' [de inleiding](#) bij deze handreiking.

⁷⁹ Daaronder valt: maatschappelijke ondersteuning, jeugdhulp en de uitvoering van kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering.

⁸⁰ Zie het [Afwegingskader Sociaal Domein: impact van hoofd- en onderaannemerschap](#)

⁸¹ Aanvankelijk werd (in plaats van het begrip regiebehandelaar) het begrip 'hoofdbehandelaar' gebruikt. De hoofdbehandelaar was de zorgverlener die de inhoudelijke verantwoordelijkheid voor het totale zorgproces van een cliënt/patiënt had. Vanwege de toegenomen complexiteit van zorg, die soms door zorgverleners van verschillende instellingen wordt verleend, ligt de verantwoordelijkheid van de hoofdbehandelaar minder bij de inhoud en meer bij de regie en coördinatie. Daarom wordt niet langer gesproken van een hoofdbehandelaar, maar van een "regiebehandelaar". Zie hierover het advies "Hoofdbehandelaarschap GGZ als Noodgreep" van de Commissie Meurs en de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) van 29 januari 2021 (ECLI:NL:TGZCTG:2021:36). ⁸⁶ Zie de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) van 29 januari 2021 (ECLI:NL:TGZCTG:2021:36).

Het begrip regiebehandelaar wordt in de verschillende zorgdomeinen op verschillende wijze ingevuld. Zo is de term onder de zorgverzekeringswet in de volwassenen ggz (18+) gekoppeld aan het Landelijk Kwaliteitsstatuut ggz met regels over welke professionals regiebehandelaar kunnen zijn in geval van diagnose en behandeling van een cliënt en daarmee al dan niet andere professionals kunnen coördineren. In de gehandicaptenzorg wordt de term regiebehandelaar veel breder gebruikt met inzet van verschillende professionals en expertises.

De Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 kennen het begrip ‘regiebehandelaar’ niet. Echter, sommige gemeenten maken in hun contracten met aanbieders afspraken over regiebehandelaarschap omdat dit kan bijdragen aan de kwaliteit van de zorg. Daarbij worden veelal de voorwaarden voor het regiebehandelaarschap die in de volwassenen geneeskundige zorg gelden (in het bijzonder de volwassenen ggz⁸²) overgenomen. Gemeenten doen er echter goed aan om hun eisen ten aanzien van regiebehandelaarschap aan te passen aan de vormen van zorg die de betreffende aanbieder levert, omdat ze anders het risico lopen om onnodig zware eisen te stellen.⁸³

De Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 kennen het begrip ‘regiebehandelaar’ niet. Echter, sommige gemeenten maken in hun contracten met aanbieders afspraken over regiebehandelaarschap omdat dit kan bijdragen aan de kwaliteit van de zorg.

5.3 Is de regiebehandelaar altijd werkzaam bij de hoofdaannemer?

Nee, het maakt niet uit of de regiebehandelaar werkzaam is bij de hoofd- of bij de onderaannemer. De hoofdaannemer zal meestal op basis van het contract met de gemeente ervoor verantwoordelijk zijn dat er een passende regiebehandelaar is. Echter, de regiebehandelaar hoeft niet bij de hoofdaannemer werkzaam te zijn.

Een regiebehandelaar kan werkzaam zijn bij de hoofdaannemer of bij de onderaannemer.

⁸² Zie het Landelijk Kwaliteitsstatuut ggz.

⁸³ Zo dient een regiebehandelaar in de geneeskundige zorg altijd een BIG-registratie hebben, terwijl goed voorstelbaar is dat in het kader van jeugdhulp ook een SKJ-geregistreerde professional in aanmerking komt als regiebehandelaar.

6 Hoofdstuk 6

“In hoeverre is de amvb reële prijs ook van toepassing op de onderaannemer?”

6.1 Welke verantwoordelijkheden heeft de gemeente op grond van de amvb reële prijs voor de tarieven van de hoofd- en/of onderaannemer?⁸⁴

Sinds 1 januari 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor de inkoop en bekostiging van maatschappelijke ondersteuning, jeugdhulp en de uitvoering van een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering (hierna: zorg). Op grond van de Wmo 2015⁸⁵ en Jeugdwet⁸⁶ zijn gemeenteraden verplicht om in hun verordeningen regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van de zorg en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van diezelfde zorg. Deze verplichting houdt in dat gemeenten verplicht zijn om een reële prijs te betalen voor de zorg die zij inkopen. Deze verplichting is voor wat betreft de inkoop van maatschappelijke ondersteuning nader verduidelijkt in artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 (hierna: Uitvoeringsbesluit) dat op basis van de amvb reële prijs⁸⁷ aan het Uitvoeringsbesluit is toegevoegd.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de amvb reële prijs (nu) alleen (nog maar) van toepassing is op de ondersteuning die gemeenten inkopen op grond van de Wmo 2015. Met het wetsvoorstel Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 (Kamerstuk 35816) wordt in de Jeugdwet een delegatiebepaling opgenomen op grond waarvan bij amvb nadere regels kunnen worden gesteld aan het vaststellen van een reële prijs voor zorg voor jeugdigen (amvb reële prijs Jeugdwet). Daarnaast worden met het wetsvoorstel de Wmo 2015 en de Jeugdwet zodanig gewijzigd dat het mogelijk wordt ook nadere eisen te stellen aan de wijze waarop prijzen voor onderaannemers tot stand komen. De minister heeft bij de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel aangegeven dat het hem logisch lijkt om de amvb reële prijs Jeugdwet ook van toepassing te laten zijn op onderaannemers. Bij de verdere uitwerking van de amvb reële prijs Jeugdwet wil hij dit verder verkennen, ook met veldpartijen. Dan zal ook duidelijk worden hoe dit het best geregeld zou kunnen worden.⁸⁸

Overigens hebben gemeenten in de Norm voor Opdrachtgeverschap mede ten aanzien van de inkoop van zorg voor jeugdigen afgesproken dat zij in hun contractering reële tarieven hanteren.⁸⁹ Daarnaast hebben gemeenten en jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen in het convenant ‘Bevorderen continuïteit jeugdhulp’, dat op 1 juli 2021 is ondertekend, afgesproken dat

⁸⁴ Zie de afbakening van de begrippen ‘hoofdaannemer’ en ‘onderaannemer’ in de inleiding bij deze handreiking.

⁸⁵ Artikel 2.6.6, lid 1 Wmo 2015.

⁸⁶ Artikel 2.12 Jeugdwet.

⁸⁷ Besluit van 10 februari 2017, houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener (Staatsblad 2017, nr. 55).

⁸⁸ Kamerstukken II, 2021/22, 35 816, nr. 6, antwoord op vraag 186.

⁸⁹ Te raadplegen via https://vng.nl/sites/default/files/2020-06/5_resolutie_norm_voor_opdrachtgeverschap.pdf

convenantpartijen het goede gesprek voeren over tarieven.⁹⁰ Als hulpmiddel voor dat gesprek tussen gemeenten en de aanbieder is een gezamenlijke handreiking 'inzicht in tarieven' opgesteld. Om de handreiking te verfijnen en andere handvatten te ontwikkelen die meer inzicht in tarieven genereren, hebben de convenantpartijen afgesproken om een kennis- en informatiepunt in te richten. Dit zal partijen zowel voor als na de inwerkingtreding van de amvb reële prijs Jeugdwet kunnen ondersteunen.⁹¹

Uit de amvb reële prijs (Wmo 2015) vloeit voort dat de gemeenteraad bij verordening voor het leveren van een dienst door een derde (i) een vaste prijs vaststelt die geldt voor de inschrijving als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012 en het aangaan van een overeenkomst met een derde of (ii) een reële prijs vaststelt die geldt als ondergrens voor een inschrijving en het aangaan van een overeenkomst met een derde.

De prijs die door het college wordt vastgesteld moet het ten minste mogelijk maken dat een door de gemeente gecontracteerde aanbieder kan voldoen aan de toepasselijke kwaliteitseisen en vereisten ten aanzien van deskundigheid en continuïteit in de dienstverlening aan de cliënt. De reële prijs geldt in beginsel als vaste prijs of als ondergrens voor een inschrijving in de aanbestedingsprocedure en bij de overeenkomst met de aanbieder. De reële prijs moet zijn gebaseerd op tenminste de volgende kostprijscomponenten: (a) de kosten van de beroepskracht; (b) redelijke overheadkosten; (c) kosten voor niet productieve uren van de beroepskrachten als gevolg van verlof, ziekte, scholing, werkoverleg; (d) reis en opleidingskosten; (e) indexatie van de reële prijs voor het leveren van een dienst; en (f) overige kosten als gevolg van door de gemeente gestelde verplichtingen voor aanbieders waaronder rapportageverplichtingen en administratieve verplichtingen.

Op grond van de Wmo 2015 en Jeugdwet zijn gemeenteraden verplicht om in hun verordeningen regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van zorg en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van diezelfde zorg. Deze verplichting houdt in dat gemeenten verplicht zijn om een reële prijs te betalen voor de zorg die zij inkopen. De prijs die wordt betaald moet het ten minste mogelijk maken dat een door de gemeente gecontracteerde aanbieder kan voldoen aan de toepasselijke kwaliteitseisen en vereisten ten aanzien van deskundigheid en continuïteit in de dienstverlening.

In de situatie dat sprake is van hoofd- en onderaannemerschap brengt de amvb reële prijs het volgende voor de gemeente met zich mee. Ten eerste is de gemeente op basis van de amvb reële prijs enkel verplicht om jegens de *hoofdaannemer* een reële prijs te hanteren, omdat de gemeente alleen met de hoofdaannemer een overeenkomst aangaat (een overheidsopdracht verstrekt).⁹² De gemeente is niet verplicht om een reële prijs vast te stellen voor de dienstverlening door de onderaannemer. Met het wetsvoorstel Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en

⁹⁰ De ondertekenaars van het convenant zijn Jeugdzorg Nederland, de Nederlandse GGZ, de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland, de Vereniging Orthopedagogische Behandelcentra, verenigd in de Branches Gespecialiseerde Zorg voor de Jeugd, de VNG, het Ministerie van JenV en het Ministerie van VWS, mede namens de Jeugdautoriteit.

⁹¹ *Kamerstukken II*, 2021/22, 35 816, nr. 6, antwoord op vragen 155-156.

⁹² Artikel 5.4 ziet dan ook niet toe op subsidies. Vanzelfsprekend kan het college bij de bepaling van het toe te kennen subsidiebedrag wel gebruik van de kostprijscomponenten zoals genoemd in artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015.

Wmo 2015 (Kamerstuk 35816) worden de Wmo 2015 en de Jeugdwet zodanig gewijzigd dat het mogelijk wordt ook nadere eisen te stellen aan de wijze waarop prijzen voor onderaannemers tot stand komen (zie hiervoor).

De gemeente is vooralsnog niet verplicht om een reële prijs vast te stellen voor de dienstverlening door de onderaannemer. Met het wetsvoorstel Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 (Kamerstuk 35816) worden de Wmo 2015 en de Jeugdwet zodanig gewijzigd dat het mogelijk wordt nadere eisen te stellen aan de wijze waarop prijzen voor onderaannemers tot stand komen.

Ten tweede, zal de gemeente mogelijk bij het bepalen van de reële prijs wel rekening moeten houden met de extra kosten die de hoofdaannemer maakt door het inschakelen van de onderaannemer(s). Regiekosten bij het werken met onderaannemers kunnen namelijk worden beschouwd als overheadkosten die op grond van artikel 5.4, lid 3 onderdeel b van het Uitvoeringsbesluit moeten worden meegenomen bij het vaststellen van een reële prijs.⁹³ In hoeverre gemeenten rekening moeten houden met deze regiekosten bij het vaststellen van een reële prijs, valt binnen de beleidsruimte van de gemeente. Binnen de grenzen van artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit hebben colleges de mogelijkheid om zelf een oordeel te vormen – mits beargumenteerd en onderbouwd – over (de hoogte van) het kostprijselement ‘overheadkosten’.⁹⁴ Het college legt hierover verantwoording af aan de gemeenteraad. Daarbij is van belang dat het college niet verplicht is aan iedere aanbieder de specifieke kostprijs van die onderneming te betalen. De verantwoordelijkheid voor een gezonde en efficiënt bedrijfsvoering ligt bij de aanbieder zelf. Het is bovendien aan de hoofdaannemer om de gemeente openheid te bieden in de reële kosten die hij maakt, waaronder de kosten die hij eventueel maakt bij het werken met onderaannemers.

De gemeente zal mogelijk bij het bepalen van de reële prijs wel rekening moeten houden met de extra kosten die de hoofdaannemer maakt door het inschakelen van de onderaannemer(s). Regiekosten bij het werken met onderaannemers kunnen namelijk worden beschouwd als overheadkosten die op grond van artikel 5.4, lid 3 onderdeel b van het Uitvoeringsbesluit moeten worden meegenomen bij het vaststellen van een reële prijs. In hoeverre de gemeente houden met deze regiekosten valt binnen de beleidsruimte van de gemeente.

6.2 Wat betekent de amvb reële prijs voor een hoofdaannemer?

Van hoofdaannemers wordt verwacht dat zij zich met een reële prijs inschrijven voor een overheidsopdracht.⁹⁵ Daarbij dient een hoofdaannemer rekening te houden met eventuele (extra) kosten die het hoofdaannemerschap met zich brengt. Voorts wordt van hen openheid verwacht over de kosten die zij maken bij het leveren van een dienst.⁹⁶ De gemeente is van haar kant jegens de hoofdaannemers verplicht om een reële prijs te hanteren. Zoals hiervoor is toegelicht kan de gemeente bij het kostprijselement ‘overheadkosten’ rekening houden met de kosten die een

⁹³ Zie ook de VNG Handreiking '[AMvB reële prijs Wmo 2015 Handlingsperspectieven voor gemeenten](#)', p. 10-11.

⁹⁴ Zie voorgaande voetnoot (98)

⁹⁵ Stb. 2017, nr. 55, p. 8-9.

⁹⁶ Stb. 2017, nr. 55, p. 10.

hoofdaannemer maakt bij de inschakeling van één of meer onderaannemers.⁹⁷ Indien de gemeente de tarieven te laag heeft vastgesteld, waardoor er geen sprake is van een reële prijs, kan een hoofdaannemer daarover naar de rechter stappen en bij de gemeente alsnog de reële prijs afdwingen.⁹⁸

De amvb reële prijs ziet enkel op een verplichting voor gemeenten om een reële prijs te hanteren in de overeenkomsten met aanbieders (hoofdaannemers). Onderaannemers worden daarom niet beschermd door de aan de gemeenten gerichte plicht om reële prijzen te betalen.⁹⁹ Echter, het ligt voor de hand dat de hoofdaannemer de onderaannemer wel een vergoeding betaalt waarmee de onderaannemer in staat wordt gesteld om kwalitatief goede zorg te bieden, rekening houdende met de continuïteit van de ondersteuning, met inachtneming van de vereiste deskundigheid van het in te schakelen personeel en de arbeidsvoorwaarden van dat personeel. De hoofdaannemer zal immers verplicht zijn ervoor te zorgen dat ook de zorg die hij heeft uitbesteed aan de onderaannemers van voldoende kwaliteit is.¹⁰⁰

De amvb reële prijs ziet enkel op een verplichting voor gemeenten om een reële prijs te hanteren in de overeenkomsten met aanbieders (hoofdaannemers). De amvb bevat geen verplichting voor hoofdaannemers om onderaannemers een reële prijs te betalen. Echter, het ligt voor de hand dat de hoofdaannemer de onderaannemer wel een vergoeding betaalt waarmee de onderaannemer in staat wordt gesteld om kwalitatief goede zorg te bieden, rekening houdende met de continuïteit van de ondersteuning, met inachtneming van de vereiste deskundigheid van het in te schakelen personeel en de arbeidsvoorwaarden van dat personeel.

6.3 Wat betekent de amvb reële prijs voor de tarieven van de onderaannemer?

Artikel 5.4 Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 richt zich (uitsluitend) tot de gemeenten. Dit betekent dat de verplichting om een reële prijs te hanteren uitsluitend geldt voor de overeenkomsten tussen gemeenten en de hoofdaannemer. Omdat de onderaannemer geen overeenkomst heeft met de gemeente, kan de onderaannemer aan artikel 5.4 Uitvoeringsbesluit geen rechten ontleen ten aanzien van de betaling van een reële prijs. Zoals hiervoor is toegelicht, zal bij de uitwerking van de amvb reële prijs Jeugdwet verder worden verkend of en hoe de amvb van toepassing kan zijn op onderaannemers. Dit neemt niet weg dat de onderaannemer moet borgen dat hij met de tarieven

Omdat de onderaannemer geen overeenkomst heeft met de gemeente, kan de onderaannemer aan artikel 5.4 Uitvoeringsbesluit geen rechten ontleen ten aanzien van de betaling van een reële prijs. Dit neemt niet weg dat de onderaannemer moet borgen dat hij met de tarieven die hij afsprekt met de hoofdaannemer kan voldoen aan zijn verplichtingen waaronder op het gebied van kwaliteit en continuïteit.

⁹⁷ De gemeente moet in geval sprake is van een aanbesteding wel desgevraagd rekening houden met het vertrouwensbeginsel zie artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest van Gerechtshof Den Haag van 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

⁹⁹ Stcrt. 2021, 2098, p. 17.

¹⁰⁰ Bovendien kan de hoofdaannemer mogelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van het leerstuk van ketenaansprakelijkheid, bijvoorbeeld als de personeelsleden van de onderaannemer hun loon niet correct uitbetaald krijgen. In [het antwoord op de vraag 'Wanneer kan onderaannemerschap worden gezien als een verkapt dienstverband?'](#) wordt ingegaan op het risico van ketenaansprakelijkheid bij hoofd- en onderaannemerschap.

die hij afsprekt met de hoofdaannemer kan voldoen aan zijn verplichtingen waaronder op het gebied van kwaliteit en continuïteit.¹⁰¹

¹⁰¹ Zie in dat verband [het hoofdstuk 'Wie \(gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer\) is waar verantwoordelijk voor wat betreft kwaliteit van de geleverde hulp?'](#) in deze handreiking.

7 Hoofdstuk 7

“In hoeverre mag een gemeente verschillende opdrachten bundelen binnen één opdracht ook als een aanbieder deze taak realistisch gezien nooit zonder onderaannemers uit kan voeren?”

7.1 Inleiding

Gemeenten zijn op grond van de Jeugdwet en Wmo 2015 gehouden richting cliënten / jeugdigen te voorzien in een (kwalitatief) toereikend aanbod aan zorg.¹⁰² Daarbij hebben zij een grote mate van beleidsvrijheid bij beantwoording van de vraag welke zorgproducten zij inkopen en hoe zij het zorglandschap inrichten.

Voorafgaand aan een inkoopproces zullen gemeenten allereerst hun behoeften moeten bepalen. Daarbij is kennis van zorgvraag en een analyse van de markt (al dan niet met behulp van een markconsultatie) relevant. Vragen die daarbij aan de orde kunnen komen zijn bijvoorbeeld: hoe willen de gemeenten de dienstverlening vormgeven, welke producten worden er uitgevraagd, hoeveel aanbieders willen gemeenten contracteren en wat is het effect daarvan voor de markt (is bijvoorbeeld de verwachting dat aanbieders afhankelijk van de gevraagde dienstverlening en het te contracteren aantal aanbieders (veel) gebruik zullen moeten maken van een hoofdonderaannemersconstructie) etc. Van belang is dat helder is wat de in te kopen dienstverlening precies omvat. Daarbij speelt – bijvoorbeeld wanneer gemeenten met een beperkter aantal contractspartijen willen werken - eveneens de omvang van de opdracht een rol in termen van het al dan niet samenvoegen van opdrachten danwel opdelen in percelen.

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre gemeenten bij de vormgeving van de opdracht verschillende opdrachten mogen bundelen in één opdracht (ook als een aanbieder deze taak realistisch gezien nooit zonder onderaannemers of enkel in samenwerkingsverband kan uitvoeren) is onderstaand kader relevant. Gemeenten kunnen aan de hand daarvan toetsen of een voorgenomen bundeling van opdrachten proportioneel is. Hoewel het uitgangspunt is dat opdrachten niet ‘onnodig’ mogen worden samengevoegd, bestaat er ruimte voor gemeenten om met inachtneming van het bepaalde in artikel 1.5 van de Aanbestedingswet te bezien of samenvoeging van de betreffende opdrachten toch gerechtvaardigd kan zijn. Allereerst wordt ingegaan op inkoop door middel van een aanbesteding in de zin van de Aanbestedingswet. Daarna kort op inkoop via een ‘open house’ procedure.¹⁰³

¹⁰² Daaronder valt: maatschappelijke ondersteuning, jeugdhulp en de uitvoering van kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering.

¹⁰³ Het open house model betreft een systeem van afspraken waarbij gemeenten met alle aanbieders die aan de door hen gestelde eisen voldoen een contract sluiten, waarna de hulpbehoevende/jeugdige zelf bepaalt bij welke gecontracteerde aanbieder de opdracht wordt geplaatst. Onder dit systeem vindt – in tegenstelling tot een aanbesteding – geen concurrentie plaats om de overeenkomst. Bij de keuze voor een open house model is geen sprake van gebondenheid aan de Aanbestedingswet (of Gids Proportionaliteit), omdat geen overheidsopdrachten worden verstrekt. Wanneer een gemeente wel zelf een keuze maakt voor een aanbieder zal sprake zijn van een aanbesteding. Zie voor het onderscheid tussen de verschillende inkoopmethoden bijvoorbeeld: <https://www.inkoopsociaaldomein.nl/onderwerpen/instrumenten/documenten/handreikingen/2018/01/15/handreikingaanbesteden-wmo-2015-en-jeugdwet>

NB: Het is van belang het vraagstuk over de mogelijkheden voor onderaanneming¹⁰⁴ te onderscheiden van de voorliggende aanbestedingsrechtelijke vraag of verschillende opdrachten geclusterd mogen worden uitgevraagd. Gevolg van clusteren kan zijn dat aanbieders zich aanmelden/inschrijven als samenwerkingsverband ('in combinatie') of met een hoofd-onderaannemerconstructie.

7.2 Aanbesteding

In geval van aanbesteding van een overheidsopdracht is voor de beantwoording van de vraag van belang te bepalen of de voorgenomen bundeling van verschillende behoeften van gemeenten vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt zich verdraagt met het 'clusterverbod' van artikel 1.5 Aanbestedingswet.¹⁰⁵

Te denken valt bijvoorbeeld aan het samenvoegen van verschillende zorgvormen/typen jeugdhulp die normaliter door verschillende typen dienstverleners worden verleend.

Artikel 1.5 lid 1 van Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit¹⁰⁶ nemen tot uitgangspunt dat het *onnodig* samenvoegen (clusteren) van opdrachten in één aanbesteding niet is toegestaan. Van clusteren is sprake als een aanbestedende dienst (in dit geval gemeenten) een aantal door de markt (de dienstverleners) te leveren prestaties samenvoegt en die als één opdracht in de markt zet, terwijl die prestaties ook afzonderlijk hadden kunnen worden aanbesteed. Het *onnodig* clusteren van opdrachten kan ertoe leiden dat bij bezwaren in rechte wordt geoordeeld dat de geclusterde opdracht als zodanig niet in de markt gezet mag worden. Een en ander betekent echter niet dat samenvoeging nooit aan de orde kan zijn.

7.2.1 Voorvraag: één of meerdere opdrachten?

Artikel 1.5 Aanbestedingswet is alleen van toepassing als er sprake is van een samenvoeging van meerdere (losse) opdrachten en niet als slechts sprake is van één opdracht. Voorvraag is dus of sprake is van één enkele opdracht dan wel van het (onnodig) samenvoegen van afzonderlijke opdrachten. Te denken valt bijvoorbeeld aan het samenvoegen van verschillende zorgvormen/typen jeugdhulp die normaliter door verschillende typen dienstverleners worden verleend. Daarbij geldt als uitgangspunt dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om de opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoefte(n) wordt tegemoetgekomen.

¹⁰⁴ In principe staat het inschrijvers altijd vrij om zich in het kader van een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen te beroepen op een derde (onderaanneming). Enkel in uitzonderlijke omstandigheden mag een aanbestedende dienst hier beperkingen aan stellen. Zie in dit verband bijvoorbeeld artikelen 2.92 – 2.95 Aanbestedingswet. Los daarvan is relevant wat uiteindelijk in een overeenkomst is opgenomen over de inschakeling van onderaannemers in de uitvoering.

¹⁰⁵ Deel 1 AW is van toepassing op opdrachten die onder het 'volledige' regime van deel 2 van de Aanbestedingswet vallen, maar ook op opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten (artikel 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet).

¹⁰⁶ De Gids Proportionaliteit geeft invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en is een verplicht te volgen richtsnoer, <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/gids-proportionaliteit>

NB: Er bestaan verschillende vormen van samenvoeging/clusteren: clusteren van gelijksoortige opdrachten (binnen één aanbestedende dienst of opdrachten van meerdere aanbestedende diensten samen) en clusteren van ongelijksoortige opdrachten (bijvoorbeeld verschillende typen jeugdhulp binnen één opdracht of jeugdhulp in combinatie met bepaalde schoolgerelateerde hulp, niet zijnde jeugdhulp).¹⁰⁷

7.2.2 Bij samenvoeging van opdrachten: clusterverbod artikel 1.5 Aanbestedingswet

Als gezegd, houdt het clusterverbod in dat opdrachten niet onnodig mogen worden samengevoegd. Voordat tot samenvoeging van opdrachten in één aanbesteding wordt overgegaan, dient de aanbestedende dienst conform artikel 1.5 lid 1 van de Aanbestedingswet dan ook acht te slaan op de volgende punten en zich hier rekenschap van te geven:

- a. De samenstelling van de relevante markt en de invloed van die samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.
- b. De organisatorische gevolgen en risico's voor de aanbestedende dienst en ondernemer.
- c. De mate van samenhang van de opdrachten.

Als een gemeente – met inachtneming van punten a t/m c – meent dat samenvoeging van opdrachten gerechtvaardigd is, dan moet op grond van artikel 1.5 lid 2 Aanbestedingswet in de aanbestedingsstukken worden gemotiveerd dat die samenvoeging niet “onnodig” is. Uit de motivering dient te blijken dat bij de beslissing punten a t/m c zijn onderkend met een correcte afweging van de verschillende belangen.

Van belang is dus als gemeenten verschillende opdrachten binnen de Jeugdwet / Wmo 2015 willen samenvoegen vooraf een goede afweging wordt gemaakt en (direct) gewerkt wordt aan een gedegen motivering op punten a tot en met c.

Als gemotiveerd met een correcte afweging van de belangen voor samenvoeging van opdrachten in één aanbesteding wordt gekozen, geldt op grond van artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet (en de Gids Proportionaliteit) verder als uitgangspunt dat de opdracht in meerdere percelen moet worden opgedeeld. Wanneer de aanbestedende dienst dat niet passend acht, zal de aanbestedende dienst dit – opnieuw – moeten motiveren in de aanbestedingsstukken. Een deugdelijke motivering in de zin van artikel 1.5 lid 2 en 3 is van belang in het kader van het transparantiebeginsel. Aanbidders kunnen aan de hand daarvan nagaan of gemeenten de opdrachten al dan niet onnodig hebben samengevoegd en wat de reden is een opdracht niet in percelen te verdelen.

7.2.3 Wat betekent dit dan?

Kortom: gemeenten dienen zich er bij de vormgeving van hun opdracht van bewust te zijn dat het bundelen van opdrachten niet altijd zomaar is toegestaan. Als gemeenten ervoor kiezen om meerdere opdrachten samen te voegen door bijvoorbeeld diverse zorgvormen of verschillende soorten dienstverlening te beleggen bij één of een beperkt aantal opdrachtnemer(s) zullen zij bij

¹⁰⁷ Zie voor een uitgebreidere toelichting met voorbeelden, de toelichting onder 3.3. van de Gids Proportionaliteit.

afbakening van de opdracht moeten nagaan of samenvoeging aanvaardbaar is langs de lat van punten a t/m c van artikel 1.5 Aanbestedingswet. Daarvoor is goede kennis van de zorgvraag en de markt onontbeerlijk¹⁰⁸. De juridische houdbaarheid van samenvoeging van opdrachten valt of staat dan ook bij een zorgvuldig voortraject en een juiste motivering van de keuzes. Uiteraard zal een en ander steeds afhankelijk zijn van de specifieke situatie waarop gemeenten de specifieke opdracht/dienstverlening wensen in te richten.

7.3 Open house

Artikel 1.5 Aanbestedingswet is in principe niet van toepassing op inkoop via een 'open house' procedure. Dit artikel is echter een uitwerking van de beginselen van gelijkheid en transparantie en het proportionaliteitsbeginsel. Gemeenten zijn ook bij een open house gehouden de beginselen in acht te nemen en evenredig/proportioneel te handelen¹⁰⁹. Een en ander brengt met zich dat bij keuze voor een 'open house' in de rede ligt om langs de lijnen van (analoog aan) 1.5 Aanbestedingswet na te gaan of samenvoeging van opdrachten (en het al dan niet opdelen in percelen) passend is.

Hoewel het uitgangspunt van artikel 1.5 Aanbestedingswet is dat opdrachten niet 'onnodig' mogen worden samengevoegd, bestaat er ruimte voor gemeenten om met inachtneming van het bepaalde in de Aanbestedingswet te bezien of samenvoeging van de betreffende opdrachten toch gerechtvaardigd kan zijn. Gemeenten moeten de gemaakte keuzes motiveren in de aanbestedingsstukken. Een zorgvuldig voortraject en kennis van de zorgvraag en markt zijn daarbij essentieel. Uiteraard zal een en ander steeds afhankelijk zijn van de specifieke situatie waarop gemeenten de specifieke opdracht/dienstverlening wensen in te richten. In geval van een open house ligt eveneens in de rede om langs de lijnen van (analoog aan) 1.5 Aanbestedingswet na te gaan of samenvoeging van opdrachten passend is.

¹⁰⁸ Volledigheidshalve wordt gewezen op het instrument marktconsultatie om voorafgaand aan een aanbesteding/inkooptraject

o.a. de inkoopstrategie te toetsen en te kijken of de geformuleerde opdracht/vraag wel aansluit bij hetgeen de markt te bieden heeft en of een dergelijke opzet geschikt is. Ook kan een marktonderzoek meer duidelijkheid bieden. Inzet van deze instrumenten kan bijdragen aan een motivering voor samenvoegen van opdrachten.

¹⁰⁹ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn ook in alle gevallen (aanbesteding / open house / subsidie) van toepassing.

8 Hoofdstuk 8

“In hoeverre is het proportioneel om een hoofdaannemer verantwoordelijk te stellen voor hulp buiten de eigen expertise?”

In principe is vanuit civielrechtelijk oogpunt inherent aan een hoofd-onderaannemerconstructie dat de hoofdaannemer als contractspartij van de gemeente verantwoordelijk is voor de overeengekomen dienstverlening en ook voor het handelen van de door hem gecontracteerde onderaannemer¹¹⁰ (zie in dit verband ook het hoofdstuk *“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft kwaliteit van de geleverde hulp?”* in deze handreiking).

Op grond van de Aanbestedingswet is het in beginsel mogelijk een beroep te doen op een derde (onderaannemer) om te voldoen aan de bij aanbesteding gestelde geschiktheidseisen.¹¹¹ Of het proportioneel is om een hoofdaannemer verantwoordelijk te stellen voor hulp buiten de eigen expertise (in dit geval voor een onderaannemer) is in feite een vraag die aan de orde zou moeten komen bij de beantwoording van de vraag of het bundelen (samenvoegen) van verschillende opdrachten mogelijk en wenselijk is. Immers, als eenmaal sprake is van een hoofd-onderaannemingsconstructie, is als aangegeven, de hoofdaannemer juridisch aansprakelijk voor zijn onderaannemer. Zie hiervoor ook de beantwoording van de vraag *“In hoeverre mag een gemeente verschillende opdrachten bundelen binnen één opdracht ook als een aanbieder deze taak realistisch gezien nooit zonder onderaannemers uit kan voeren?”* in deze handreiking. Daarnaast zijn steeds de concrete omstandigheden en voorwaarden waarbinnen de hoofdaannemer zal moeten opereren relevant.

¹¹⁰ Zie voor de afbakening van de begrippen ‘hoofd- en onderaannemerschap’, ‘hoofdaannemer’ en ‘onderaannemer’ [de inleiding](#) bij deze handreiking.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld artikelen 2.92 -2.95 Aanbestedingswet.

9 Hoofdstuk 9

“Wanneer kan onderaannemerschap worden gezien als een verkapt dienstverband? En zo ja, is dit te voorkomen en zo ja, hoe?”¹”

9.1 Inleiding

Voor de beantwoording van deze vraag zal hierna op drie verschillende situaties/risico's worden ingegaan.

1. *De onderaannemer¹¹² heeft personeel in dienst.*
2. *De onderaannemer is een zzp'er.*
3. *Een aantal specifieke mogelijkheden die werknemers van de onderaannemer en zzp'ers¹¹³ hebben om de hoofdaannemer dan wel de gemeente aansprakelijk te stellen (ketenaansprakelijkheden).*

In onderstaande tabel is een inschatting gegeven van de kans dat een bepaald risico zich voordoet.

Mogelijk risico	Risico dat deze situatie zich voordoet	
	Hoofdaannemer	Gemeente
Er bestaat een verkapt dienstverband met het personeel van de onderaannemer.	Klein	Klein
De onderaannemer is een zzp'er en in weerwil van de wens van partijen blijkt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.	Reëel	Klein
Ketenaansprakelijkheden	Groot	Reëel

Deze risico inschatting wordt hierna per situatie toegelicht. Daarbij zullen ook mogelijkheden worden genoemd om deze risico's in te perken.

¹¹² Zie voor de afbakening van het begrip 'onderaannemer' [de inleiding](#) bij deze handreiking.

¹¹³ Het gaat strikt genomen om twee verschillende situatie: de eerste situatie ziet op de mogelijkheid voor werknemers van de onderaannemer om de hoofdaannemer dan wel gemeente aansprakelijk te stellen. De tweede situatie ziet op de mogelijkheid voor een zzp'er die is ingeschakeld als onderaannemer om de hoofdaannemer dan wel gemeente aansprakelijk te stellen.

9.2 Verkapt dienstverband (arbeidsovereenkomst) tussen het personeel van de onderaannemer en de hoofdaannemer dan wel de gemeente

De situatie dat geconcludeerd moet worden dat tussen het personeel van een onderaannemer en de hoofdaannemer¹¹⁴ dan wel de gemeente een verkapt dienstverband (in het vervolg van deze handreiking wordt gesproken over arbeidsovereenkomst) tot stand is gekomen, zal zich niet snel voordoen.

Als een onderaannemer met zijn personeelsleden een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, dan kan die arbeidsovereenkomst niet zomaar geruisloos overgaan naar de hoofdaannemer dan wel de gemeente. Ook niet als personeelsleden van de onderaannemer gedurende langere tijd door de onderaannemer aan de hoofdaannemer ter beschikking worden gesteld.

Eigenlijk alleen in de situatie dat het voor personeelsleden van de onderaannemer niet duidelijk is wie hun werkgever is (of als zij daarover een verkeerde voorstelling van zaken hebben), dan bestaat er een risico dat op enig moment geconcludeerd moet worden dat zij in dienst zijn van de hoofdaannemer. Het risico dat in een dergelijke situatie geconcludeerd moet worden dat die personeelsleden in dienst zijn bij de gemeente is dan overigens nog steeds beperkt.

De situatie dat geconcludeerd moet worden dat tussen het personeel van een onderaannemer en de hoofdaannemer dan wel de gemeente een verkapt dienstverband (in het vervolg van deze handreiking wordt gesproken over arbeidsovereenkomst) tot stand is gekomen, zal zich niet snel voordoen. Eigenlijk alleen in de situatie dat het voor personeelsleden van de onderaannemer niet duidelijk is wie hun werkgever is (of als zij daarover een verkeerde voorstelling van zaken hebben), dan bestaat er een risico dat op enig moment geconcludeerd moet worden dat zij in dienst zijn van de hoofdaannemer.

9.2.1 Inperking risico

Het risico dat er onduidelijkheid bestaat over wie de formele werkgever is, kan veelal worden weggenomen als een onderaannemer met zijn personeelsleden schriftelijke arbeidsovereenkomsten sluit. Voor iedereen is dan duidelijk wie de werkgever is. Het verdient daarom aanbeveling om (door de hoofdaannemer) bij een onderaannemer te (laten) verifiëren of hun werknemers werkzaam zijn op basis van een op schrift gestelde arbeidsovereenkomst waaruit duidelijk blijkt wie hun formele werkgever is.

9.3 De onderaannemer is een zzp'er

Als de onderaannemer een zzp'er is, bestaat er het risico dat de juridische relatie die deze heeft met de hoofdaannemer, in weerwil van de wens van partijen, kwalificeert als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Of deze situatie zich voordoet, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden daarbij een rol spelen zal hieronder worden uitgewerkt.

¹¹⁴ Zie voor de afbakening van het begrip 'hoofdaannemer' [de inleiding](#) bij deze handreiking.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat naarmate de positie en werkzaamheden van een onderaannemer die zzp'er is (hierna zal worden gesproken over zzp'er) meer gelijkenis vertonen met die van de 'eigen' werknemers van de hoofdaannemer, de kans groter wordt dat de juridische relatie tussen de hoofdaannemer en een zzp'er heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst.

De kans dat op enig moment geoordeeld wordt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de gemeente en een door de hoofdaannemer ingeschakelde zzp'er is klein.

Als de onderaannemer een zzp'er is, bestaat er het risico dat de juridische relatie die deze heeft met de hoofdaannemer, in weerwil van de wens van partijen, kwalificeert als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Of deze situatie zich voordoet, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan worden opgemerkt dat naarmate de positie en werkzaamheden van een onderaannemer die zzp'er is meer gelijkenis vertonen met die van de 'eigen' werknemers van de hoofdaannemer, de kans groter wordt dat de juridische relatie tussen de hoofdaannemer en een zzp'er heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst.

9.3.1 Beoordeling arbeidsrelatie

De vraag of tussen een zzp'er en de hoofdaannemer al dan niet een arbeidsovereenkomst bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van de volgende *vijf subvragen*:

- A) *Verricht de zzp'er arbeid?*
- B) *Doe hij/zij dat gedurende zekere tijd?*
- C) *Ontvangt hij/zij daarvoor loon?*
- D) *Is er sprake van een gezagsverhouding tussen de zzp'er en de hoofdaannemer?*
- E) *Is hij/zij gehouden de werkzaamheden persoonlijk te verrichten?*

Indien een van deze subvragen ontkennend moet worden beantwoord, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

Moeten alle subvragen daarentegen bevestigend worden beantwoord, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst. Het maakt dan niet uit of de hoofd- en onderaannemer eventueel hebben afgesproken dat zij geen arbeidsovereenkomst wensten af te sluiten.¹¹⁵ De totstandkoming van een arbeidsovereenkomst is in dat geval niet 'te voorkomen'.

De eerste drie subvragen zullen in de meeste gevallen al snel bevestigend beantwoord moeten worden.

¹¹⁵ Hoge Raad 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X / Gemeente Amsterdam).

- A) Arbeid:* De werkzaamheden die een zzp'er verricht zullen in de regel als arbeid hebben te gelden. Dit zou anders kunnen zijn als de werkzaamheden worden verricht in het kader van een stage die onderdeel uitmaakt van een opleiding.
- B) Gedurende zekere tijd:* Gedurende zekere tijd houdt in dat de werkzaamheden niet strikt incidenteel zijn. Aan dit criterium is in de regel snel voldaan.
- C) Loon:* Indien een zzp'er van de hoofdaannemer een vergoeding ontvangt voor de verrichte werkzaamheden die meer bedraagt dan een strikte onkostenvergoeding, dan is al snel sprake van loon. Van loon kan in dit verband ook sprake zijn als de betaling van het loon aan de zzp'er in opdracht van de hoofdaannemer via een derde verloopt.
- D) Is er sprake van een gezagsverhouding:* De beantwoording van deze vraag leidt in de praktijk tot de meeste vragen en de uitkomst is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Belangrijk om voorop te stellen is dat voor het bestaan van een gezagsverhouding niet noodzakelijk is dat de hoofdaannemer strikt toeziet op de wijze waarop de feitelijke werkzaamheden worden verricht. Zorgprofessionals hebben vaak een grote mate van autonomie en instructies over de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd zullen dan ook niet altijd gegeven (hoeven) worden. Dit staat echter niet aan het bestaan van een gezagsverhouding in de weg. Een gezagsverhouding kan namelijk ook blijken uit werkorganisatorische instructies die door de hoofdaannemer gegeven worden.

Denk bij werkorganisatorische instructies aan de hoofdaannemer die voor zzp'ers een planning maakt, aan hen opleidingen aanbiedt, beoordelingsgesprekken voert etc. Al deze elementen kunnen bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding.

Een andere factor die meeweegt is hoe een zzp'er zich naar buiten toe manifesteert. Is hij/zij duidelijk herkenbaar als zelfstandige of is een zzp'er voor cliënten niet te onderscheiden van een werknemer van de hoofdaannemer. Zaken die hierbij relevant zijn, zijn bijvoorbeeld of een zzp'er bedrijfskleding van de hoofdaannemer draagt, een mailadres daarvan heeft en/of hij/zij op het kantoor werkt bij de hoofdaannemer. Ook als de werkzaamheden die een zzp'er uitvoert behoren tot de reguliere werkzaamheden van de hoofdaannemer kan dat een indicatie zijn voor het bestaan van een gezagsverhouding.

Daarnaast kan worden gekeken naar wie de 'gereedschappen' levert waarmee gewerkt wordt (voorziet een zzp'er bijvoorbeeld in zijn/haar eigen laptop, telefoon etc.).

Ook de vraag of een zzp'er zich in het maatschappelijk verkeer profileert als ondernemer kan een factor van belang zijn.

Uiteindelijk zal zoals gezegd per geval een beoordeling gemaakt moeten worden.

- E) Persoonlijk te verrichten werkzaamheden:* Uitgangspunt bij een arbeidsovereenkomst is dat de werknemer verplicht is de werkzaamheden persoonlijk te verrichten. Is die verplichting er niet, dan kan dat betekenen dat er geen sprake is van een

arbeidsovereenkomst. Een dergelijke verplichting kan ontbreken indien een zzp'er het bijvoorbeeld vrij staat om zich bij de uitvoering van de werkzaamheden door een ander te laten vervangen. Belangrijk daarbij is in hoeverre die vrijheid ook echt bestaat; biedt de aard van de werkzaamheden wel de ruimte voor vrije vervanging. Gelet op de beoogde zorg continuïteit en dus de persoonlijke relatie tussen zorgprofessional en cliënt, zal die ruimte veelal beperkt zijn. Ook als door de hoofdaannemer voorwaarden worden gesteld aan een vervanger, kan dit tot de conclusie leiden dat van vrije vervanging geen sprake is.

De vraag of tussen een zzp'er en de hoofdaannemer al dan niet een arbeidsovereenkomst bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van de volgende vijf subvragen:

- **Verricht de zzp'er arbeid?**
- **Doe hij/zij dat gedurende zekere tijd?**
- **Ontvangt hij/zij daarvoor loon?**
- **Is er sprake van een gezagsverhouding tussen de zzp'er en de hoofdaannemer?**
- **Is hij/zij gehouden de werkzaamheden persoonlijk te verrichten?**

Indien een van deze subvragen ontkennend moet worden beantwoord, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Moeten alle subvragen daarentegen bevestigend worden beantwoord, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst.

9.3.2 Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie

Voor opdrachtgevers die worstelen met de vraag of zij voor een bepaalde opdracht een zzp'er kunnen inschakelen heeft het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een webmodule ontwikkeld om de juridische kwalificatie van de arbeidsrelatie te beoordelen.¹¹⁶ Deze Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie geeft op basis van een door de opdrachtgever in te vullen vragenlijst een indicatie of bepaalde werkzaamheden als zzp'er of als werknemer (dus op basis van een arbeidsovereenkomst) verricht moeten worden. Aan de beoordeling door de Webmodule kunnen (op dit moment) overigens (nog) geen rechten worden ontleend.

9.3.3 Gevolgen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en mogelijke maatregelen

Indien geconcludeerd moet worden dat er tussen de hoofdaannemer en een zzp'er een arbeidsovereenkomst bestaat, heeft dit een aantal belangrijke gevolgen. Zo zijn in dat geval de arbeidsrechtelijke regels van toepassing hetgeen onder andere betekent dat de 'zzp'er' ontslagbescherming geniet en recht heeft op loondoorbetaling tijdens ziekte. Ook kan het zijn dat de hoofdaannemer verplicht is om de 'zzp'er' (met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft) aan te melden voor de bij hem geldende pensioenregeling. Daarnaast heeft de constatering dat sprake is van een arbeidsovereenkomst ook fiscale gevolgen. De hoofdaannemer is in dat geval namelijk verplicht om loonheffingen in te houden op het salaris van de 'zzp'er'.

¹¹⁶ <https://ondernemersplein.kvk.nl/webmodule-beoordeling-arbeidsrelatie/> ¹²³ Te raadplegen via:

<https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/modelovereenkomsten-in-plaats-van-var/modelovereenkomst-zoeken/>

Indien geconcludeerd moet worden dat er tussen de hoofdaannemer en een zzp'er een arbeidsovereenkomst bestaat, heeft dit een aantal belangrijke gevolgen. Zo zijn in dat geval de arbeidsrechtelijke regels van toepassing hetgeen onder andere betekent dat de 'zzp'er' ontslagbescherming geniet en recht heeft op loondoorbetaling tijdens ziekte. Ook kan het zijn dat de hoofdaannemer verplicht is om de 'zzp'er' (met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft) aan te melden voor de bij hem geldende pensioenregeling. Daarnaast heeft de constatering dat sprake is van een arbeidsovereenkomst ook fiscale gevolgen. De hoofdaannemer is in dat geval namelijk verplicht om loonheffingen in te houden op het salaris van de 'zzp'er'.

Om de fiscale risico's in te perken kunnen de hoofdaannemer en een zzp'er ervoor kiezen om gebruik te maken van een modelovereenkomst. Wordt er conform een dergelijke modelovereenkomst gewerkt, dan hoeft de hoofdaannemer geen loonheffingen in te houden. Op de site van de Belastingdienst is een groot aantal modelovereenkomsten gepubliceerd die men kan gebruiken.¹²³ Partijen kunnen eventueel ook een eigen overeenkomst ter beoordeling aan de Belastingdienst voorleggen. Daarnaast kunnen de hoofdaannemer en een zzp'er – voor zover dat wettelijk mogelijk is - contractuele afspraken maken over de verdeling van de eventuele financiële gevolgen.

Overigens kan het zo zijn dat als de conclusie is dat de contractuele relatie tussen de hoofdaannemer en een zzp'er niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst, de hoofdaannemer toch verplicht is om loonheffingen in te houden. Dit is het geval als er sprake is van een zogenoemde fictieve dienstbetrekking. Over de fictieve dienstbetrekking en wanneer die zich kan voordoen treft u meer informatie op de site van de Belastingdienst.¹¹⁷

9.4 Een aantal specifieke mogelijkheden die personeelsleden van de onderaannemer of ZZP'ers hebben om de hoofdaannemer dan wel de gemeente aan te spreken (ketenaansprakelijkheden)¹¹⁸

9.4.1 Inleiding

In de situatie dat gewerkt wordt in een keten van hoofd- en onderaannemers is wettelijk geregeld dat personeelsleden van de onderaannemer onder omstandigheden de hoofdaannemer en soms ook de opdrachtgever van de hoofdaannemer, in dit geval de gemeente, kunnen aanspreken. Dit zijn zogenoemde ketenaansprakelijkheden.

¹¹⁷ Te raadplegen via: <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/modelovereenkomsten/content/wanneer-is-sprakevanloondienst#:~:text=U%20kunt%20een%20fictieve%20dienstbetrekking,van%20werk%20en%20hun%20hulpen&text=sek%20swerkers%20die%20werken%20voor%20een%20exploitant,-thuiswerkers%20en%20hun>

¹¹⁸ Zie in dit verband ook de [handreiking Samenwerken binnen \(jeugd\)wijkteams](https://vng.nl/sites/default/files/20141217_handreiking-samenwerking-binnen-jeugd-wijkteams.pdf). Te raadplegen via: https://vng.nl/sites/default/files/20141217_handreiking-samenwerking-binnen-jeugd-wijkteams.pdf ¹²⁶ Zie voetnoot 18.

In de situatie dat gewerkt wordt in een keten van hoofd- en onderaannemers is wettelijk geregeld dat personeelsleden van de onderaannemer onder omstandigheden de hoofdaannemer en soms ook de opdrachtgever van de hoofdaannemer, in dit geval de gemeente, kunnen aanspreken. Dit zijn zogenoemde ketenaansprakelijkheden.

De mogelijkheid voor werknemers om naast hun eigen (formele) werkgever ook andere partijen uit de keten aan te spreken kan bijvoorbeeld bestaan in het geval dat een werknemer zijn loon niet correct krijgt uitbetaald (zie paragraaf 9.3.2) of als hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (zie paragraaf 9.3.3). Daarnaast heeft de Belastingdienst in sommige gevallen de mogelijkheid om partijen in de keten aan te spreken indien de formele werkgever niet zorgdraagt voor een correcte afdracht van de loonheffingen (zie paragraaf 9.3.4)¹²⁶

Voor zzp'er geldt dat hij, net zoals een werknemer van een onderaannemer, onder omstandigheden de hoofdaannemer kan aanspreken als hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Zie hiervoor nader paragraaf 9.3.3.

9.4.2 Ketenaansprakelijkheid voor het loon

In de wet is geregeld dat de hoofdaannemer naast de onderaannemer hoofdelijk aansprakelijk is voor het loon dat de door hem ingeschakelde onderaannemer aan zijn werknemers verschuldigd is ter zake de voor de hoofdaannemer verrichte werkzaamheden.¹¹⁹ Met andere woorden: betaalt een onderaannemer het loon aan een van zijn werknemers niet of niet op tijd, dan kan die werknemer van de hoofdaannemer verlangen dat deze het verschuldigde loon voldoet. De werknemer is niet gehouden om eerst te proberen de betaling van zijn loon alsnog bij zijn eigen werkgever, de onderaannemer, af te dwingen.

10 Inperking risico's

De hoofdaannemer kan de hoofdelijke aansprakelijkheid alleen voorkomen als deze in rechte aannemelijk maakt dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan. De hoofdaannemer dient daartoe aan te tonen dat hij – zowel vooraf als achteraf - voldoende maatregelen heeft genomen om misstanden/onderbetaling te voorkomen. Heeft de hoofdaannemer voldoende maatregelen getroffen dan is deze in beginsel niet aansprakelijk indien een ingeschakelde onderaannemer zijn werknemers onderbetaalt. Een rechter zal echter altijd naar alle omstandigheden van het geval kijken.

Voorbeelden van maatregelen die vooraf kunnen worden getroffen zijn:

- Het werken met een gecertificeerde onderaannemer die met zijn certificaat of keurmerk toetsbaar waarborgt dat hij zijn personeel betaalt conform het overeengekomen loon.
- Een andere mogelijkheid is dat de hoofdaannemer voorafgaand aan de opdracht zelf een

¹¹⁹ Artikel 7:616a BW e.v.

aantal maatregelen neemt waarmee hij vervolgens een beroep op niet-verwijtbaarheid kan onderbouwen.¹²⁰ Voorbeelden van maatregelen die in de parlementaire geschiedenis worden geschetst die in combinatie met elkaar ervoor zorgen dat bij de opdrachtverlening aandacht is voor het voorkomen van onderbetaling zijn¹²¹:

- de hoofdaannemer draagt zorg voor een verantwoordelijke opdrachtverlening waardoor een bonafide keten ontstaat waarin de toepasselijke wettelijke regels en civielrechtelijke afspraken over de arbeidsvoorwaarden worden nagekomen. Dit kan betekenen dat de hoofdaannemer nagaat – voor zover hij dit nog niet weet – wat een marktconforme prijs is;
- in het contract opnemen van bepalingen die ertoe strekken dat de onderaannemer handelt conform de toepasselijke wet- en regelgeving en de geldende arbeidsvoorwaarden naleeft (waaronder de van toepassing zijnde cao). Tevens regelt de hoofdaannemer in het contract het meewerken aan (periodieke) controles (als zich een incident heeft voorgedaan), bijvoorbeeld via audits of een door een sectoraal cao-orgaan uit te voeren loonvalidatie. De hoofdaannemer verplicht de onderaannemer voorts deze contractuele bepalingen op te nemen in de contracten die hij lager in de keten aangaat;
- in de contract- of uitvoeringsvoorwaarden wordt een procedure opgenomen over de handelwijze bij eventuele misstanden;
- een hoofdaannemer doet alleen zaken met bedrijven die geregistreerd zijn in het Handelsregister (in Nederland of in het buitenland) en met gecertificeerde opdrachtnemers (bijvoorbeeld uitzendbureaus) en/of aannemers.

In geval er desondanks toch misstanden worden geconstateerd van onderbetaling kan het leveren van voldoende inspanningen om die onderbetaling tegen te gaan zekerheid verschaffen omtrent niet-verwijtbaarheid. De hoofdaannemer kan bijvoorbeeld een controle laten uitvoeren, zich laten informeren, bemiddelend optreden of verlangen dat contractuele bepalingen worden nagekomen.

Betaalt een onderaannemer het loon aan een van zijn werknemers niet of niet op tijd, dan kan die werknemer van de hoofdaannemer verlangen dat deze het verschuldigde loon voldoet. De werknemer is niet gehouden om eerst te proberen de betaling van zijn loon alsnog bij zijn eigen werkgever, de onderaannemer, af te dwingen. De hoofdaannemer kan de hoofdelijke aansprakelijkheid alleen voorkomen als deze in rechte aannemelijk maakt dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan.

11 Gemeente ook aanspreekbaar

In het geval ook de hoofdaannemer, naar daartoe aangesproken te zijn door de werknemer van de onderaannemer, het loon niet voldoet, kan de betreffende werknemer zich in beginsel wenden tot de gemeente. Ook voor de gemeente geldt dat aansprakelijkheid kan worden voorkomen als zij in

¹²⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 26 (MvT).

¹²¹ Idem, p. 55.

rechte aannemelijk maakt dat haar, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan. De gemeente kan daartoe dezelfde maatregelen treffen als de hoofdaannemer (zie o.a. de hierboven genoemde voorbeelden). Voor de gemeente is bij de toetsing ook van belang (de naleving van) het bepaalde in de amvb reële prijs.¹²²

Indien de gemeente door een werknemer met succes wordt aangesproken om het achterstallige loon te betalen, voorziet de wet in een mogelijkheid voor de gemeente om het door haar betaalde loon op de onderaannemer te verhalen. De gemeente kan in bepaalde gevallen het betaalde loon bovendien ook verhalen op de hoofdaannemer.¹³¹ Desalniettemin kan het raadzaam zijn om contractueel aanvullende afspraken te maken, bijvoorbeeld voor het verhalen van (aanvullende) kosten die de gemeente in het kader van een door een werknemer van de onderaannemer ingestelde loonvordering heeft moeten maken.

In het geval ook de hoofdaannemer, naar daartoe aangesproken te zijn door de werknemer van de onderaannemer, het loon niet voldoet, kan de betreffende werknemer zich in beginsel wenden tot de gemeente. Ook voor de gemeente geldt dat aansprakelijkheid kan worden voorkomen als zij in rechte aannemelijk maakt dat haar, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan. De gemeente kan daartoe dezelfde maatregelen treffen als de hoofdaannemer. Voor de gemeente is bij de toetsing ook van belang (de naleving van) het bepaalde in de amvb reële prijs.

11.1.1 Aansprakelijkheid voor schade

Een hoofdaannemer heeft een zorgplicht tegenover zijn werknemers. Lijdt een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade dan is de hoofdaannemer daarvoor aansprakelijk tenzij de hoofdaannemer kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.¹²³

Onder omstandigheden kan de hoofdaannemer ook aansprakelijk zijn voor schade die een zzp'er of een werknemer van de onderaannemer lijdt. Daarbij geldt de volgende beoordelingsmaatstaf.

Aansprakelijkheid kan zich voordoen indien een zzp'er of werknemer van de onderaannemer, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de hoofdaannemer voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald moeten worden, waarbij onder meer van belang zijn de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de hoofdaannemer, al dan niet door middel van hulppersonen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.¹²⁴

¹²² Gemeenten, jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen hebben in het convenant 'Bevorderen continuïteit jeugdhulp', dat op 1 juli 2021 is ondertekend, afgesproken dat convenantpartijen het goede gesprek voeren over tarieven. Als hulpmiddel voor dat gesprek tussen gemeenten en de aanbieder is een gezamenlijke handreiking 'inzicht in tarieven' opgesteld. Zie ook het hoofdstuk "Is de amvb reële prijs ook van toepassing op onderaannemers". ¹³¹

Zie artikel 7:616d BW.

¹²³ Zie artikel 7:658 BW.

¹²⁴ Hoge Raad 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (Davelaar/Allspan).

Daarnaast is voor het succesvol aanspreken van de hoofdaannemer vereist dat de werkzaamheden van de zzp'er of de werknemer van de onderaannemer plaatsvinden "in de uitoefening van het beroep of bedrijf" van de hoofdaannemer. Bij de vaststelling of daarvan sprake is, is bepalend of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende hoofdaannemer aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de hoofdaannemer behoren. Dit zal aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden.

Indien aan de hand van bovenstaande beoordelingsmaatstaf moet worden vastgesteld dat de hoofdaannemer aansprakelijk is voor de schade van een werknemer van de onderaannemer, dan zijn zowel de hoofd- als de onderaannemer hoofdelijk aansprakelijk. De werknemer kan in dat geval kiezen of hij de hoofd-, de onderaannemer of hen allebei aanspreekt voor de door hem geleden schade. Voor de zzp'er geldt in dat geval dat hij/zij de hoofdaannemer die hem heeft ingeschakeld kan aanspreken. Overigens is het ook mogelijk dat aan de hand van bovenstaande beoordelingsmaatstaf vastgesteld moet worden dat naast de (onder- en) hoofdaannemer ook de gemeente aansprakelijk is.

Vanzelfsprekend geldt voor de hoofdaannemer en de gemeente evenzeer dat als zij kunnen aantonen dat zij aan hun zorgplicht hebben voldaan, zij niet op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk zijn voor de door de werknemer geleden schade.

Bovenstaande aansprakelijkheid kan tegenover een werknemer niet contractueel worden uitgesloten. Wel kunnen de onderaannemer, de hoofdaannemer en de gemeente in hun contracten afspraken maken over de mogelijkheid om de kosten die voortvloeien uit een dergelijke aansprakelijkstelling op elkaar te verhalen. Het verdient aanbeveling dergelijke afspraken te maken.

Een hoofdaannemers heeft een zorgplicht tegenover zijn werknemers. Lijdt een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade dan is de hoofdaannemer daarvoor aansprakelijk tenzij de hoofdaannemer kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Onder omstandigheden kan de hoofdaannemer ook aansprakelijk zijn voor schade die een werknemer van de onderaannemer lijdt. Deze situatie kan zich voordoen indien een werknemer van de onderaannemer, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de hoofdaannemer voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald moeten worden.

Daarnaast is voor het succesvol aanspreken van de hoofdaannemer vereist dat de werkzaamheden van de werknemer van de onderaannemer plaatsvinden "in de uitoefening van het beroep of bedrijf" van de hoofdaannemer. Bij de vaststelling of daarvan sprake is, is bepalend of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende hoofdaannemer aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de hoofdaannemer behoren. Dit zal aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden.

11.1.2 Fiscale ketenaansprakelijkheid

Verder kunnen de hoofdaannemer en de gemeente onder omstandigheden ook aansprakelijk zijn voor fiscale tekortkomingen van een onderaannemer. Er is dan sprake van inlenersaansprakelijkheid in de zin van artikel 34 IW 1990.

Tot slot kunnen de hoofdaannemer en de gemeente onder omstandigheden ook aansprakelijk zijn voor fiscale tekortkomingen van een onderaannemer.

De inlenersaansprakelijkheid in de zin van art. 34 IW 1990 speelt in de situatie dat een werknemer van de onderaannemer ter beschikking wordt gesteld aan de hoofdaannemer om onder diens toezicht of leiding werkzaam te zijn. Doet deze situatie zich voor, dan is de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting welke de onderaannemer verschuldigd is in verband met de werkzaamheden die de werknemer in het kader van de terbeschikkingstelling verricht alsmede voor de omzetbelasting welke de onderaannemer verschuldigd is. Meer informatie over deze inlenersaansprakelijkheid en hoe dit risico kan worden ingeperkt is te vinden op de site van de Belastingdienst.¹²⁵

¹²⁵ Te raadplegen via:
https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/aangifte_betalen_en_toezicht/aansprakelijkheid/inlenersaansprakelijkheid/

12 Hoofdstuk 10

“In de Jeugdwet is er een grondslag (nader geregeld in de Regeling jeugdwet par 6a ev) voor gegevensuitwisseling tussen de jeugdhulpaanbieder en gemeente in het kader van de bekostiging. Doordat de Jeugdwet geen onderscheid kent tussen hoofd- en onderaannemerschap¹ kent de wet geen specifieke regeling voor uitwisseling tussen hoofd- en onderaannemers Mogen hoofd- en onderaannemers gegevens uitwisselen over cliënten ten behoeve van het nakomen van contractuele verplichtingen?”

12.1 Inleiding

Zowel de hoofdaannemer als de onderaannemer zijn aan te merken als ‘jeugdhulpaanbieder’ in de zin van de Jeugdwet. Uitgangspunt in de Jeugdwet is evenwel dat de gemeente enkel administratief contact heeft met de hoofdaannemer. Achtergrond daarvan is dat in art. 6a.1 van de Regeling Jeugdwet, dat ziet op de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van bekostiging, bepaalt dat de aanbieder die voor een in de Jeugdwet bedoelde dienst bij een gemeente een bedrag in rekening brengt, (persoons)gegevens mag verwerken. Op basis van de contracten met de gemeente is dat altijd de hoofdaannemer. Er bestaat in de Jeugdwet (Jw) daardoor geen grondslag voor rechtstreeks contact tussen de onderaannemer en de gemeente.

Het is dan ook van belang dat de hoofdaannemer in een samenwerkingsovereenkomst of dienstenovereenkomst goede afspraken maakt met de onderaannemer over het verkrijgen van de in art. 6a.1 e.v. van de Regeling Jw bedoelde (persoons)gegevens, zodat de hoofdaannemer de geleverde jeugdhulp bij de gemeente kan declareren. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), de Jw en het medisch beroepsgeheim bieden ruimte voor de gegevensuitwisseling tussen hoofdaannemer en de onderaannemer ten behoeve van de bekostiging van de jeugdhulp en het nakomen van de contractuele verplichtingen.

12.2 Verantwoordelijkheidsverdeling en de Jw

Zowel de hoofdaannemer als de onderaannemer treden bij het uitvoeren van de jeugdhulp in beginsel op als ‘verwerkingsverantwoordelijke’. Dit houdt in dat zij ieder het doel (voor welk doel verwerk ik persoonsgegevens) en de middelen (op welke wijze verwerk ik persoonsgegevens) van de verwerking bepalen. Het verdient aanbeveling dat de hoofdaannemer en de onderaannemer in een overeenkomst – in de praktijk vaak aangemerkt als een zogenoemde ‘Overeenkomst zorgvuldige verwerking’¹²⁶ - afspraken maken over de wijze waarop de privacyrechtelijke regels van de AVG en de Jw worden nageleefd.

Indien het doel en de middelen gezamenlijk door de hoofdaannemer en de onderaannemer worden vastgesteld – bijvoorbeeld in de situatie dat gebruik wordt gemaakt van een gezamenlijk dossiersysteem – is het mogelijk dat sprake is van ‘gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid’. In dat geval dienen de hoofdaannemer en de onderaannemer hun onderlinge verplichtingen vast te leggen in een zogenoemde ‘onderlinge regeling’ als beschreven in art. 26 AVG.

¹²⁶ Let op: Deze overeenkomst betreft uitdrukkelijk géén verwerkersovereenkomst (zie alinea hierna).

Let op: de onderaannemer treedt niet op als ‘verwerker’ (een persoon of organisatie die ten behoeve van een ander persoonsgegevens verwerkt). De aan de onderaannemer verleende opdracht is namelijk niet gericht op de verwerking van persoonsgegevens, maar op het feitelijk leveren van jeugdhulp. Er kan dus ook géén verwerkersovereenkomst worden gesloten met de onderaannemer.

Let op: Doordat enkel de hoofdaannemer administratief contact heeft met de gemeente (en dus niet de onderaannemer) heeft dat gevolgen voor de afspraken die de hoofdaannemer en de onderaannemer maken met elkaar over het verstrekken van de benodigde persoonsgegevens aan de gemeente. Uitgangspunt in de overeenkomsten dient te zijn dat de hoofdaannemer het administratief contact met de gemeente voert. De onderaannemer dient daartoe tijdig aan de hoofdaannemer de noodzakelijke informatie en persoonsgegevens aan te leveren. Constructies waarbij de onderaannemer rechtstreeks administratief contact heeft met de gemeente – zonder tussenkomst van de hoofdaannemer – dienen te worden voorkomen.

12.3 AVG en de Jw

De AVG en de Jw staan de verstrekking van persoonsgegevens door de onderaannemer aan de hoofdaannemer ten behoeve van de bekostiging van de jeugdhulp toe.

De hoofdaannemer is wettelijk verplicht om kosteloos aan het college van burgemeester en wethouders van de gemeente (hierna: het college) de (bijzondere en/of strafrechtelijke) persoonsgegevens van de jeugdige of zijn ouders die nodig zijn voor de bekostiging van jeugdhulp te verstrekken (art. 7.4.0 lid 2 jo. lid 1 sub c Jw). De precieze gegevens die in de declaraties mogen worden opgenomen staan beschreven in par. 6a van de Regeling Jeugdwet. Voor deze verstrekking is het aldus niet nodig om uitdrukkelijke toestemming van (de ouders van) de jeugdige te vragen.

De professionals werkzaam bij een onderaannemer mogen op grond van art. 7.4.0 lid 3 Jw de (bijzondere en/of strafrechtelijke) persoonsgegevens verstrekken aan de hoofdaannemer die de hoofdaannemer nodig heeft voor het declareren van de jeugdhulp bij het college. Voor deze verstrekking is het dus niet nodig om uitdrukkelijke toestemming¹²⁷ van (de ouders van) de jeugdige te vragen. Ook deze verstrekking dient uiteraard beperkt te zijn tot de gegevens die staan beschreven in par. 6a van de Regeling Jeugdwet.

Let op: Hoewel bovengenoemde grondslagen specifiek zien op de bekostiging (waaronder het declareren van) jeugdhulp volgt uit de Jeugdwet dat de onderaannemer ook alle persoonsgegevens aan de hoofdaannemer dient te verstrekken die de hoofdaannemer nodig heeft om (bij een eventueel mandaat daartoe) namens het college de toeleiding naar, advisering over, bepaling van

¹²⁷ Niet als grondslag in de zin van artikel 6 AVG en ook niet voor de doorbreking van een beroepsheim.

of het inzetten van een voorziening op het gebied van de jeugdhulp te beoordelen (zie 7.4.0 lid 3 jo. lid 2 jo. lid 1 aanhef en onder a, Jw).

12.4 Medisch beroepsgeheim (Jw en de Wgbo)

Zowel de (jeugd)hulpverleners werkzaam bij de hoofdaannemer als de (jeugd)hulpverleners bij de onderaannemer zijn gebonden aan een (medisch) beroepsgeheim. De medisch beroepsgeheimen die zijn opgenomen in de Jw¹²⁸, de Wet Geneeskundige Behandelovereenkomst (Wgbo)¹²⁹ en de Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG)¹³⁰ mogen in dit concrete geval echter worden doorbroken. De hoofdaannemer en de onderaannemer zijn op grond van art. 7.4.0 lid 2 en 3 Jw wettelijk verplicht om hun medisch beroepsgeheim ten behoeve van de bekostiging van de jeugdhulp te doorbreken, mits de persoonsgegevens in de declaraties zijn beperkt tot de in par. 6a van de Regeling Jeugdwet genoemde gegevens.

12.5 In hoeverre gelden de antwoorden op de voorgaande vraag in gelijke zin voor gecertificeerde instellingen?

Voorgaande conclusies met betrekking tot de gegevensuitwisseling tussen twee jeugdhulpaanbieders die zijn aan te merken als hoofd- en onderaannemer gelden in gelijke zin voor gecertificeerde instellingen (zie artikel 7.3.1 en artikel 7.4.0 van de Jeugdwet).

De juridische vragen en antwoorden over hoofd- en onderaannemerschap in het sociaal domein zijn opgesteld door Landsadvocaat Pels Rijcken in opdracht van de werkgroep Hoofd- en onderaannemerschap van het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein.

¹²⁸ Zie art. 7.3.11 van de Jeugdwet.

¹²⁹ Zie boek 7 artikel 457 van het Burgerlijk Wetboek (7:457 BW).

¹³⁰ Zie artikel 88 Wet BIG.

Samen werken we aan een krachtige en toekomstbestendige uitvoering van de Wmo en Jeugdwet

Ketenbureau@i-sociaaldomein.nl
www.i-sociaaldomein.nl