MEMO

AAN REBEL

DATUM 10 juli 2017
ONS KENMERK 272350
KOPIE AAN

ONDERWERP Jeugdwet

Verdieping subsidievariant

In deze bijlage wordt verdiepend stilgestaan bij de subsidievariant. In hoofdlijnen worden in dat kader de volgende (verdiepende) vragen beantwoord:

1. Hebben gemeenten bij de financiering van een gecertificeerde instelling keuzevrijheid om te subsidiëren?

2. Als vraag 1 bevestigend moet worden beantwoord, is het dan noodzakelijk dat in het kader van die subsidie een uitvoeringsovereenkomst met leveringsplicht voor de gecertificeerde instelling wordt gesloten?

3. Over welke sturingsmiddelen beschikt een gemeente (nog) indien de financieringsrelatie met een gecertificeerde instelling vorm wordt gegeven als een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst met leveringsplicht voor de gecertificeerde instelling?

4. In hoeverre rust er op de gemeente een verplichting om een vorm van mededinging te creëren indien wordt gekozen voor een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst (met leveringsverplichting)? Op welke wijze kan in voorkomend geval aan de mededingingsprocedure vorm worden gegeven?

5. In hoeverre heeft een gemeente mogelijkheden om te sturen indien een gecertificeerde instelling in financiële moeilijkheden komt te verkeren?

Vraag 1: hebben gemeenten bij de financiering van een gecertificeerde instelling keuzevrijheid om te subsidiëren?

In dit hoofdstuk wordt uitsluitend de vraag beantwoord of een gemeente naar nationaal

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

recht de vrijheid heeft om de financieringsrelatie met de gecertificeerde instelling vorm te geven als een subsidie. In het kader van deze vraag wordt geen aandacht besteed aan de vraag of en in welke gevallen een dergelijke subsidie (tevens) kwalificeert als een overheidsopdracht ten aanzien waarvan in beginsel een aanbestedingsplicht geldt. Die vraag is door ons beantwoord in een separaat memorandum.

1. In de (tekst van de) Jeugdwet is – anders dan in bijvoorbeeld de (voormalige) Wet op de jeugdzorg[1] of ten aanzien van de volwassenenreclassering[2] het geval is – niet expliciet bepaald dat de financiering door een gemeente plaats dient te vinden door middel van een subsidie. In de Jeugdwet wordt evenmin voorgeschreven dat gemeenten – ter uitvoering van een zorgplicht met betrekking tot kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering – met gecertificeerde instellingen overeenkomsten (van opdracht) moeten sluiten.

2. In de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet is op verschillende plaatsen aandacht besteed aan de wijze van financiering door gemeenten van gecertificeerde instellingen:

"Wanneer een gemeente ervoor kiest de mogelijkheid te willen hebben om een instelling, al dan niet gefinancierd met subsidie, te dwingen de overeengekomen prestatie te leveren ingeval de instelling dit zou nalaten, dan zal er al snel sprake zijn van een overheidsopdracht. Deze afdwingbaarheid van een prestatie kan bijvoorbeeld van belang zijn als de rechter de uitvoering heeft opgelegd, bijvoorbeeld bij een kinderbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering. In veel gevallen zal sprake zijn van inkoop met een bijbehorende aanbestedingsplicht. Bij jeugdhulp of de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering zal het veelal gaan om het aanbesteden van een 2B dienst zoals opgenomen in de Aanbestedingswet."[3]

" Ik kom bij de vraag van mevrouw Slagter over de subsidierelatie, in verband met de continuïteit van de gezinsvoogd. Het is aan gemeenten om te bepalen op welke wijze zij de gecertificeerde instellingen die kinderbeschermingsmaatregelen nemen en jeugdreclassering uitvoeren gaan financieren. Dat kan via een subsidierelatie, maar ook via een aanbesteding. Gemeenten kunnen ook meerdere gecertificeerde instellingen financieren, waaronder de Landelijk Werkende Instellingen voor specifieke doelgroepen en de daarbij behorende gespecialiseerde gezinsvoogd. De subsidierelatie biedt niet altijd zekerheid over de continuïteit van de gezinsvoogd omdat die relatie kan worden beëindigd. Het is dus heel belangrijk dat gemeenten goede afspraken maken met de gecertificeerde instellingen over de kwaliteit van de zorg. Daarbij moet rekening worden gehouden met het aanbod voor

---

[1] *Artikel 41 en verder Wet op de Jeugdzorg.*

[2] *Artikel 15 en verder Reclasseringsregeling 1995.*

[3] *TK 2012-2013, 33 684, nr. 3 p. 91-92 (memorie van toelichting).*

specifieke doelgroepen. Mevrouw Slagter sprak in dat kader over de zwervende gezinnen. De wijze waarop dat het best kan worden gefinancierd, is in eerste instantie een verantwoordelijkheid voor de gemeenten. Het past in het kader van deze wet naar ons oordeel niet om die wijze van financiering door gemeenten vast te leggen in een landelijke regeling want dan laat je geen enkele ander ruimte dan een subsidierelatie. Dat is nu juist wat we niet alleen maar willen."[4]

3. Uit de aangehaalde passages volgt dat de wetgever niet een bepaalde financieringsrelatie (subsidie of overeenkomst van opdracht) heeft willen voorschrijven, maar de gemeenten dienaangaande keuzevrijheid heeft willen laten.

4. Volledigheidshalve merken wij nog wel op dat op verschillende plaatsen in de geschiedenis van de totstandkoming van de Jeugdwet door de regering is gesteld dat gemeenten contracten dienen te sluiten met gecertificeerde instellingen of dat gemeenten gecertificeerde instellingen zullen moeten inkopen. Wij verstaan die passages – mede tegen de achtergrond van hetgeen wij hiervoor hebben opgemerkt – aldus dat daarmee door de regering niet is beoogd tot uitdrukking te brengen dat aan gemeenten niet (ook) de mogelijkheid zou toekomen om de financieringsrelatie met een gecertificeerde instelling vorm te geven via een subsidierelatie.

5. Wij komen derhalve tot de conclusie dat aan gemeenten in het kader van de uitvoering van haar verplichtingen met betrekking tot kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering de vrijheid is gelaten om de relatie met de gecertificeerde instelling vorm te geven door middel van een subsidie of door middel van een overeenkomst. Wel is nog van belang om het volgende op te merken.

6. De Algemene wet bestuursrecht kent een materieel subsidiebegrip. Dat betekent dat (alleen) financiële vergoedingen die aan dat begrip voldoen als een subsidie kunnen worden aangemerkt.[5] Het maakt voor de kwalificatie als subsidie of overeenkomst niet uit welke vorm of benaming voor de financiële vergoeding wordt gekozen of welke bedoeling de betrokken partijen daarmee hebben gehad. Indien een vergoeding is neergelegd in een overeenkomst, maar deze vergoeding voldoet aan het subsidiebegrip uit de Awb heeft dat als consequentie dat er sprake is van een subsidie en dat op die vergoeding het subsidierecht (en niet – uitsluitend[6] – het overeenkomstenrecht) van toepassing is (inclusief de eis dat de subsidie alleen kan

---

[4] *Handelingen EK, 2013-2014, 19-5-69 (mondelinge behandeling).*

[5] *W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, Subsidierecht, 2011, p. 9 en 10.*

[6] *Voor de toevoeging 'uitsluitend' is gekozen omdat het in het geval er sprake is van een subsidie met een uitvoeringsovereenkomst op die overeenkomst wel het overeenkomstenrecht van toepassing is.*

worden verstrekt op basis van een beschikking).[7] Indien een vergoeding is neergelegd in een subsidiebeschikking maar deze vergoeding niet voldoet aan het subsidiebegrip uit de Awb heeft dat als gevolg dat er geen sprake is van een subsidie en dat op die vergoeding het subsidierecht niet van toepassing is.[8]

7. Het voorgaande betekent dat de enkele keuze van een gemeente voor een subsidie of een overeenkomst nog niet automatisch tot gevolg heeft dat de aan de gecertificeerde instelling verstrekte financiële bijdrage ook als zodanig kwalificeert. Daarvoor is vereist dat de verstrekte financiële vergoeding (voor zover de keuze voor een subsidie is gemaakt) voldoet aan het subsidiebegrip respectievelijk (voor zover de keuze voor een overeenkomst is gemaakt) aan het begrip 'overeenkomst van opdracht'.

8. Met het subsidiebegrip uit de Awb (artikel 4:21) is beoogd om commerciële transacties met de overheid buiten het subsidiebegrip te houden.[9] De verstrekking van een bepaalde vergoeding kan niet als een subsidie worden aangemerkt indien er – voor zover hier van belang – sprake is van een betaling voor aan de gemeente geleverde goederen of diensten (en dus sprake is van een commerciële transactie).

9. De vraag of er sprake is van een subsidie of een overeenkomst van opdracht zal steeds aan de hand van alle omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld. In de recente rechtspraak[10] lijkt aan de volgende twee criteria belangrijke betekenis te worden toegekend bij de afbakening van een subsidie en een commerciële transactie:

   de hoogte van de vergoeding: bij een commerciële transactie zal het verstrekte bedrag veelal de kosten van een activiteit plus een zekere winstmarge dekken. Bij een subsidie worden ten hoogste de kosten gedekt. Uit de betreffende uitspraken volgt niet of en zo ja van welk kostenbegrip daarbij dient te worden uitgegaan.

   het doel van de vergoeding: primair het algemeen belang of primair het economisch belang van de gemeente? Indien de financiering primair het algemeen belang dient wijst dit in de richting van een subsidie. Indien de gemeente rechtstreeks (economisch) is gebaat door de gefinancierde activiteiten wijst dit in de richting van een commerciële transactie.

---

[7] *HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812 en CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180.*

[8] *ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801.*

[9] *Kamerstukken 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.*

[10] *ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 en ABRvS 8 april 2015, ECLI: NL:RVS:2015:1073.*

10. In de rechtspraak wordt voorts in sommige gevallen betekenis toegekend aan de omstandigheid van wie het initiatief voor de activiteiten afkomstig is. Daaronder wordt dan meer precies verstaan de mate waarin de inhoud van de activiteiten door de overheid of door de ontvanger van de financiële middelen kan worden bepaald.[11] Als dat initiatief van de gemeente afkomstig is zou dat kunnen wijzen op een commerciële transactie. Verder wordt betekenis toegekend aan de vraag of (ook) derden door de activiteiten worden gebaat (wijst in de richting van een subsidie) en de vraag of de gemeente (vergaand) inhoudelijke eisen aan de activiteiten stelt (wijst in de richting van een commerciële transactie).

11. Het doel van de financiering van de gecertificeerde instellingen is primair het algemeen belang (beschikbaarheid van een passend aanbod van gecertificeerde instellingen). Bovendien worden door de activiteiten van de gecertificeerde instellingen derden (jeugdigen en hun ouders) gebaat. Deze twee omstandigheden wijzen in de richting van een subsidie. Daar staat tegenover dat gemeenten door het inschakelen van gecertificeerde instellingen invulling geven aan hun wettelijke taak om te voorzien in een toereikend aanbod van gecertificeerde instellingen. In zoverre is de gemeente ook rechtstreeks gebaat bij de door haar te verstrekken financiële vergoeding. Dit wijst weer in de richting van een commerciële transactie. Onze – voorzichtige – inschatting is daarom dat bij het beantwoorden van de vraag of de financieringsrelatie tussen een gemeente en een gecertificeerde instelling kan worden aangemerkt als een subsidie belangrijke betekenis zal toekomen aan de hoogte van de vergoeding.[12] Verdedigd kan worden dat als de hoogte van de vergoeding ten hoogste de kostprijs van gesubsidieerde activiteiten dekt en op geen enkele wijze een winstopslag inhoudt er in beginsel sprake is van een subsidie.[13]

12. De vraag of en in welke gevallen de financiering van een gecertificeerde instelling als een subsidie (als bedoeld in artikel 4:21 van de Awb) kan worden aangemerkt, kan niet in absolute zin worden beantwoord. In dat verband stellen wij voorop dat er nog geen rechtspraak beschikbaar is waarin deze concrete vraag aan de orde is gesteld en is beantwoord. Bovendien blijkt zowel uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Awb en uit de ter zake beschikbare – schaarse – rechtspraak dat de vraag of een bepaalde aanspraak op financiële middelen als een subsidie kan worden aangemerkt steeds afhangt van alle omstandigheden van het concrete geval. De rechtspraak is dienaangaande bovendien nog volop in ontwikkeling en nog niet uitgekristalliseerd.

---

[11] *CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180.*

[12] *Zie ook het memorandum van de Landsadvocaat, randnummer 4.9.*

[13] *Gebaseerd op ABRvS 8 april 2015, ECLI: NL:RVS:2015:1073 en CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, alsmede Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.*

Vraag 2: is het noodzakelijk dat in het kader van die subsidie een uitvoeringsovereenkomst met leveringsplicht voor de gecertificeerde instelling wordt gesloten?

13. In bijlage A hebben wij – op grond van de relevante rechtspraak van het HvJ EU – geconcludeerd dat een essentiële voorwaarde om van een overheidsopdracht te kunnen spreken is dat er sprake moet zijn van verplichtingen die rechtens afdwingbaar zijn. Indien en voor zover er aan een gecertificeerde instelling een subsidie wordt verstrekt en er in het kader van die subsidie geen uitvoeringsovereenkomst (met leveringsverplichting) wordt gesloten is er bijgevolg geen sprake van een (in beginsel aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht. Dit roept echter wel de vraag op of het problematisch is indien een gemeente niet de mogelijkheid heeft om de uitvoering van een kinderbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering – indien nodig – in rechte af te kunnen dwingen. In het kader van het beantwoorden van die vraag zullen wij eerst bezien of en in hoeverre er bij en krachtens de wet is voorzien in (andere) waarborgen die garanderen dat kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering door een gecertificeerde instelling – doeltreffende en op een kwalitatief verantwoorde wijze – dienen te worden uitgevoerd. Achtergrond van die analyse is de veronderstelling dat naarmate bij en krachtens de wet in meer waarborgen wordt voorzien er voor gemeenten minder snel een noodzaak zal bestaan om te kiezen voor een subsidie met een uitvoeringsovereenkomst.

14. Vervolgens zullen wij de vraag beantwoorden of de op de gemeente ingevolge de Jeugdwet rustende zorgplicht nog in voldoende mate kan worden nagekomen indien de gemeente niet de mogelijkheid heeft om de uitvoering van een kinderbeschermingsmaatregel of de jeugdreclassering in voorkomend geval (op grond van een uitvoeringsovereenkomst) in rechte af te kunnen dwingen. Afhankelijk van het antwoord op deze twee vragen kan het vormgeven van de financieringsrelatie tussen de gemeente en de gecertificeerde instelling door middel van een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst als een meer of minder reële optie worden beschouwd.

15. Belangrijk is wel om het volgende voorop te stellen. Er kunnen voor een gemeente, ook los van het antwoord op de twee voornoemde vragen, redenen zijn om (toch) voor een (uitvoerings)overeenkomst te kiezen. Onder de huidige Jeugdwet heeft de gemeente de vrijheid om die keuze te maken (zie hiervoor).

2.1 Bestaande waarborgen voor een doeltreffende en kwalitatief verantwoorde uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering door gecertificeerde instellingen

16. Op grond van het bepaalde in artikel 2.4, tweede lid, Jeugdwet is het college ten behoeve van een jeugdige die zijn woonplaats heeft binnen zijn gemeente verantwoordelijk voor de uitvoering van de kinderbeschermingsmaatregelen, van de jeugdreclassering en van de jeugdhulp die voortvloeit uit een strafrechtelijke beslissing.

17. Het vormgeven van de financieringsrelatie tussen de gemeente en de gecertificeerde instelling door middel van een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst is reëler te achten naarmate er meer (wettelijke) waarborgen zijn die gemeenten ook los van een tussen de gemeente en de gecertificeerde instelling te sluiten overeenkomst zekerheid bieden dat een bepaalde kinderbeschermingsmaatregel of de jeugdreclassering daadwerkelijk en op een voortvarende en kwalitatief verantwoorde wijze door de gecertificeerde instelling wordt uitgevoerd. In deze paragraaf onderzoeken wij in hoeverre er al dan niet van dergelijke waarborgen sprake is.

2.1.1. Waarborgen met betrekking tot de (voorlopige) ondertoezichtstelling

18. Een minderjarige kan door de kinderrechter onder (voorlopig) toezicht worden gesteld van een gecertificeerde instelling.[14] Het verzoek tot ondertoezichtstelling wordt in beginsel ingediend door de raad voor de kinderbescherming ná een voorafgaand onderzoek door de raad naar de noodzaak van het treffen van een dergelijke maatregel.[15] De raad voor de kinderbescherming en het college van burgemeester en wethouders dienen de wijze van samenwerken vast te leggen in een protocol.[16] In het protocol moet in ieder geval worden vastgelegd op welke wijze de raad voor de kinderbescherming en het college overleggen over welke gecertificeerde instelling in het verzoekschrift aan de rechter wordt opgenomen.[17]

19. In artikel 1:262 BW is de taak omschreven die de gecertificeerde instelling heeft indien een jeugdige onder zijn toezicht is gesteld.[18] De gecertificeerde instelling is meer precies ten eerste gehouden om toezicht op de minderjarige uit te oefenen en er voor te zorgen dat aan de minderjarige en de met het gezag belaste ouder(s) hulp en steun wordt geboden.[19] In voorkomend geval zijn de inspanningen van de gecertificeerde instelling mede gericht op het vergroten van de zelfstandigheid van

[14] *Artikel 1:255 en artikel 1:257 BW.*

[15] *Artikel 1:255, tweede lid, BW jo. artikel 3.1, eerste lid, Jeugdwet.*

[16] *Artikel 3.1, vijfde lid, Jeugdwet.*

[17] *Artikel 3.1, zesde lid, Jeugdwet.*

[18] *TK, 2008-2009, 32 015, nr. 3, p. 27.*

[19] *Artikel 1:262, eerste lid, BW.*

de minderjarige.[20] De gecertificeerde instelling dient tot slot de gezinsband tussen de met het gezag belaste ouder(s) en de minderjarige te bevorderen.[21]

20. De (tussentijdse) opheffing van de ondertoezichtstelling behoeft een beslissing van de kinderrechter.[22] De kinderrechter kan de gecertificeerde instelling die het toezicht heeft, vervangen door een andere gecertificeerde instelling, op verzoek van de gecertificeerde instelling die het toezicht heeft, de raad voor de kinderbescherming, een met het gezag belaste ouder of de minderjarige van twaalf jaar of ouder.[23]

21. De ondertoezichtstelling kan uitsluitend door gecertificeerde instellingen worden uitgevoerd.[24] Een certificaat kan uitsluitend worden verleend aan rechtspersonen die aan de eisen uit het normenkader voldoen.[25] Het normenkader bevat eisen waaraan het kwaliteitsmanagementsysteem van de instelling dient te voldoen. Het gaat hier om eisen met betrekking tot de doelstelling van de organisatie, professionals, methoden, organisatie en ketensamenwerking.[26] Het onderwerp van de certificatie is als volgt geformuleerd: "*Onderwerp van certificatie is het kwaliteitsmanagementsysteem van de organisatie dat borgt dat doeltreffende uitvoering van jeugdbeschermings- en/of jeugdreclasseringsmaatregelen plaatsvindt of kan plaatsvinden.*"[27] Een van de doelen die met de certificatie worden gediend is: "*Vertrouwen geven aan de opdrachtgever dat een uitvoerende organisatie voldoet aan de minimumeisen voor het borgen van de kwaliteit van de uitvoering van jeugdbescherming en jeugdreclassering.*"[28]

22. Gedurende de geldigheidsduur van het certificaat wordt jaarlijks door de certificerende instelling vastgesteld of nog aan het normenkader wordt voldaan.[29] Het certificaat kan door de certificerende instelling worden ingetrokken indien – voor zover hier van belang – de gecertificeerde instelling niet meer voldoet aan het normenkader, haar wettelijke verplichtingen niet meer naar behoren nakomt of de

---

[20] *Artikel 1:262, tweede lid, BW.*

[21] *Artikel 1:262, derde lid, BW.*

[22] *Artikel 1:261 BW.*

[23] *Artikel 1:259 BW.*

[24] *Artikel 3.2, eerste lid, Jeugdwet.*

[25] *Artikel 3.4, derde en vierde lid, Jeugdwet.*

[26] *Artikel 1 jo. hoofdstuk 9 van de bijlage bij de Regeling normenkader jeugdbescherming en jeugdreclassering.*

[27] *Hoofdstuk 4 van het Certificatieschema voor toetsing van het kwaliteitsmanagementsysteem van uitvoerende organisaties voor Jeugdbescherming en Jeugdreclassering versie 1.0.*

[28] *Idem.*

[29] *Artikel 3.2.3, eerste lid, Besluit Jeugdwet.*

taken waarvoor zij is gecertificeerd niet meer naar behoren uitvoert.[30]

23. Bij en krachtens paragraaf 4.1 van de Jeugdwet zijn eisen gesteld aan de kwaliteit van gecertificeerde instellingen. Op grond van het bepaalde in artikel 4.1.1, eerste lid, Jeugdwet dient de gecertificeerde instelling verantwoorde hulp te verlenen, waaronder wordt verstaan hulp van een goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht wordt verleend en die is afgestemd op de reële behoefte van de jeugdige of ouder. Op grond van het bepaalde in artikel 4.1.1, tweede lid, Jeugdwet dient een gecertificeerde instelling zich op een zodanige wijze te organiseren, zich zodanig te voorzien van kwalitatief en kwantitatief personeel en materiaal en te zorgen voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot verantwoorde hulp. De gecertificeerde instellingen dienen daarbij de resultaten te betrekken van het overleg met (onder meer) het college van burgemeester en wethouders.[31]

24. Op grond van het bepaalde in artikel 4.1.5 van het Besluit Jeugdwet kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de uitvoering van (onder meer) artikel 4.1.1, tweede lid, Jeugdwet. Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit Jeugdwet. In artikel 4.2.2, eerste lid, van het Besluit Jeugdwet is bepaald dat een gecertificeerde instelling binnen vijf werkdagen nadat deze is belast met de ondertoezichtstelling en zij hiervan in kennis is gesteld een gezingsvoogdijwerker dient aan te wijzen en dient het eerste contact plaats te vinden tussen de gezinsvoogdijwerker en de minderjarige en de met het gezag belaste ouder of voogd.

25. De Inspectie jeugdzorg heeft – voor zover hier van belang – het onderzoeken van de kwaliteit in algemene zin van de gecertificeerde instellingen tot taak.[32] Voor zover het gaat om de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen wordt het onderzoek uitgevoerd door de inspectie als bedoeld in artikel 57 van de Wet veiligheidsregio's.[33] De inspecties houden bij de vervulling van hun taken rekening met de behoeften van gemeenten.[34] De Jeugdwet voorziet verder in een systeem van toezicht op de naleving en de handhaving (onder meer bestaande uit de bevoegdheid tot het geven van een schriftelijke aanwijzing, een bevel, een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete) van bij of krachtens de Jeugdwet op

[30] *Artikel 3.2.2, aanhef en onder c en d Besluit Jeugdwet.*

[31] *Artikel 4.1.1, tweede volzin, Jeugdwet.*

[32] *Artikel 9.1, eerste lid aanhef en onder c Jeugdwet.*

[33] *Artikel 9.1, tweede lid, Jeugdwet.*

[34] *Artikel 9.1, vijfde lid, Jeugdwet.*

gecertificeerde instellingen rustende verplichtingen.[35]

26. Uit het bovenstaande volgt – samengevat – dat het systeem met betrekking tot de doelmatige en kwalitatieve uitvoering van de ondertoezichtstelling door gecertificeerde instellingen de volgende waarborgen kent:

(i) Een minderjarige kan uitsluitend door de kinderrechter onder toezicht van een gecertificeerde instelling worden gesteld op verzoek van (in eerste instantie) de raad voor de kinderbescherming. De raad dient in het verzoekschrift een concrete gecertificeerde instelling op te nemen die met de verzochte ondertoezichtstelling wordt belast. Over de in het verzoekschrift op te nemen gecertificeerde instelling vindt voorafgaand overleg plaats tussen de raad voor de kinderbescherming en de betrokken gemeente. In een protocol tussen de gemeente en de raad voor de kinderbescherming is daartoe een werkwijze afgesproken;

(ii) In de wet (artikel 1:262 BW) zijn de taken vastgelegd die een gecertificeerde instelling heeft indien deze wordt belast met de ondertoezichtstelling van een minderjarige;

(iii) In het Besluit Jeugdwet is voor de gecertificeerde instelling die met de ondertoezichtstelling van een minderjarige wordt belast aanvullend nog bepaald dat binnen vijf werkdagen een jeugdvoogdijmedewerker dient te zijn aangewezen en dat het eerste contact tussen deze jeugdvoogdijmedewerker en de minderjarige en zijn of haar ouder(s) eveneens binnen vijf werkdagen dient plaats te vinden;

(iv) De certificering waarborgt dat het kwaliteitsmanagementsysteem van de gecertificeerde instelling voldoet aan de daaraan in het normenkader gestelde eisen. Deze eisen zijn in het normenkader opgenomen om te borgen dat een doeltreffende uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering plaatsvindt of kan plaatsvinden;

(v) De gecertificeerde instelling is op grond van de Jeugdwet verplicht tot het leveren van verantwoorde hulp. In dat kader dient de gecertificeerde instelling zich te voorzien van een zodanige organisatie, zodanig personeel en materiaal en een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling dat dit leidt of redelijkerwijs dient te leiden tot verantwoorde hulp;

(vi) De certificerende instelling beoordeelt periodiek of een gecertificeerde instelling nog voldoet aan de eisen uit het normenkader, de inspectie beoordeelt de kwaliteit van de gecertificeerde instelling en aangewezen ambtenaren oefenen toezicht uit op de naleving van de (overige) bij en krachtens de Jeugdwet gestelde wettelijke verplichtingen voor

[35] *Artikel 9.3-9.6 van de Jeugdwet.*

gecertificeerde instellingen en

(vii) In voorkomend geval is bij het niet deugdelijk uitvoeren van de ondertoezichtstelling i) de kinderrechter bevoegd om de gecertificeerde instelling (op verzoek van de raad voor de kinderbescherming) te vervangen, ii) de certificerende instelling bevoegd om het certificaat te schorsen of in te trekken en iii) de minister bevoegd om (bijvoorbeeld via het geven van een schriftelijke aanwijzing) handhavend op te treden (in alle gevallen natuurlijk mits ook aan de specifieke voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende bevoegdheid is voldaan).

27. De doelmatige en kwalitatieve uitvoering van de ondertoezichtstelling is bij en krachtens de wet derhalve met een aantal waarborgen omgeven. In zoverre kan de vraag gesteld worden in hoeverre het noodzakelijk is dat een gemeente aanvullend daaraan ook een (uitvoerings)overeenkomst sluit met een gecertificeerde instelling met als doel om (indien nodig) de naleving door de gecertificeerde instelling van bepaalde verplichtingen omtrent de uitvoering van de ondertoezichtstelling in rechte af te kunnen dwingen.

28. Van belang is wel om op te merken dat het de vraag is of een gecertificeerde instelling de Jeugdwet overtreedt (en in het verlengde daarvan met toezicht en handhaving kan worden geconfronteerd) indien zij in het geval van een exit onvoldoende maatregelen neemt om de zorgcontinuïteit te waarborgen. Verdedigbaar is echter - zonder dat dienaangaande op voorhand zekerheid kan worden gegeven - dat een dergelijke verplichting voor een gecertificeerde instelling kan worden gelezen in de (algemene) verplichtingen ex artikel 4.1.1 lid 2 en artikel 4.1.4 Jeugdwet.

    Verder moet opgemerkt worden dat in het huidige wettelijke stelsel de gemeente niet beschikt over bevoegdheden om direct in te kunnen grijpen indien de (doeltreffende en kwalitatieve) uitvoering van de ondertoezichtstelling onder de maat is. Indien een gemeente wel over die mogelijkheid wenst te beschikken zou dat een argument kunnen zijn om naast het verstrekken van een subsidie ook een uitvoeringsovereenkomst met de gecertificeerde instelling te sluiten.

2.1.2. Waarborgen met betrekking tot de (voorlopige) voogdij

29. Op grond van het bepaalde in artikel 1:266 BW kan de rechtbank in voorkomend geval het gezag van een ouder beëindigen. Het verzoek tot beëindiging van het gezag wordt in beginsel ingediend door de raad voor de kinderbescherming ná een voorafgaand onderzoek door de raad naar de noodzaak van het treffen van een

dergelijke maatregel.[36] De raad voor de kinderbescherming en het college van burgemeester en wethouders dienen de wijze van samenwerken vast te leggen in een protocol.[37] In het protocol moet in ieder geval worden vastgelegd op welke wijze de raad voor de kinderbescherming en het college overleggen over welke gecertificeerde instelling in het verzoekschrift aan de rechter wordt opgenomen.[38]

30. De rechtbank benoemt een voogd over alle minderjarigen die niet onder gezag van een ouder staan en in wier voogdij niet op wettelijke wijze is voorzien.[39] De rechter heeft daarbij de bevoegdheid om de voogdij op te dragen aan een gecertificeerde instelling.[40] De voogdij kan – voor zover hier van belang – niet eerder beginnen dan nadat de gecertificeerde instelling zich bereid heeft verklaard de voogdij te aanvaarden.[41]

31. Op grond van het bepaalde in artikel 1:303 BW heeft de gecertificeerde instelling in beginsel dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als andere voogden. Voor zover hier van belang dient de voogd er zorg voor te dragen dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed.[42] Tevens dient de voogd het bewind te voeren over het vermogen van de minderjarige.[43]

32. In artikel 1:304 BW is bepaald dat met de gecertificeerde instelling de bestuurders hoofdelijk en persoonlijk aansprakelijk zijn voor iedere schade die te wijten is aan een niet-behoorlijke uitoefening van de voogdij, tenzij de betreffende bestuurder geen schuld heeft aan de schade.

33. De rechtbank kan de voogdij van een gecertificeerde instelling (op verzoek van de raad voor de kinderbescherming) beëindigen indien een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd en zij haar taken op een niet verantwoorde wijze uitoefent als bedoeld in artikel 4.1.1, tweede lid, van de Jeugdwet.[44]

34. Voor wat betreft de waarborgen die (overigens) voortvloeien uit de certificering en de bij en krachtens de Jeugdwet gestelde kwaliteitseisen geldt hetzelfde als hiervoor

---

[36] *Artikel 1:267, eerste lid, BW jo. artikel 3.1, eerste lid, Jeugdwet.*

[37] *Artikel 3.1, vijfde lid, Jeugdwet.*

[38] *Artikel 3.1, zesde lid, Jeugdwet.*

[39] *Artikel 1:295 BW.*

[40] *Artikel 1:302, eerste lid, BW.*

[41] *Artikel 1:280, aanhef en onder b, BW.*

[42] *Artikel 1:336 BW.*

[43] *Artikel 1:337 e.v. BW.*

[44] *Artikel 1:328, aanhef en onder a jo. artikel 1:329, eerste lid, BW.*

met betrekking tot de ondertoezichtstelling is opgemerkt.

35. Concluderend kan gesteld worden dat met betrekking tot voogdij bij en krachtens de wet is voorzien in dezelfde waarborgen die ook gelden met betrekking tot de ondertoezichtstelling, met dien verstande dat ten aanzien van de ondertoezichtstelling aanvullend geldt dat:

    (i) De voogdij niet eerder begint dan nadat deze door de gecertificeerde instelling is aanvaard;
    (ii) De wet voorziet in een hoofdelijke en persoonlijke aansprakelijkheid voor bestuurders van een gecertificeerde instelling bij niet-behoorlijke uitoefening van de voogdij en
    (iii) In de wet de expliciete bevoegdheid voor de rechter is opgenomen om de voogdij te beëindigen indien de gecertificeerde instelling haar taken niet naar behoren uitvoert als bedoeld in artikel 4.1.1, tweede lid, van de Jeugdwet.

2.1.3 Waarborgen met betrekking tot de jeugdreclassering

36. Bij of krachtens de wet is of kan de gecertificeerde instelling in het kader van de jeugdreclassering worden belast met de volgende taken:

	Taak
1.	Geven van aanwijzingen aan een jeugdige krachtens een daartoe strekkende aanwijzing van de officier van justitie in een strafbeschikking.[45]
2.	In opdracht van de rechter toezicht houden op de naleving van de voorwaarden verbonden aan een voorwaardelijke invrijheidstelling en de begeleiding ten behoeve daarvan van de veroordeelde.[46]
3.	Toezicht op de naleving van de voorwaarden in het kader van de voorwaardelijke beëindiging van de maatregel van plaatsing in een inrichting voor jeugdigen.[47]
4.	Voorbereiding en de ondersteuning van de tenuitvoerlegging van een maatregel betreffende het gedrag van de jeugdige.[48]
5.	Toezicht houden op de naleving van voorwaarden verbonden aan een voorwaardelijke veroordeling en de veroordeelde ten behoeve daarvan te

[45] *Artikel 77f, eerste lid aanhef en onder a Wetboek van Strafrecht.*

[46] *Artikel 77j, vierde en vijfde lid jo. artikel 77aa, tweede lid Wetboek van Strafrecht.*

[47] *Artikel 77ta, eerste lid aanhef en onder b Wetboek van Strafrecht.*

[48] *Artikel 77w, tiende lid, Wetboek van Strafrecht.*

	begeleiden.[49]
6.	Toezicht houden op de naleving van voorwaarden verbonden aan de schorsing van de voorlopige hechtenis en de veroordeelde ten behoeve daarvan te begeleiden.[50]
7.	Inschakeling door de raad voor de kinderbescherming voor vrijwillige begeleiding van de jeugdige.[51]
8.	Begeleiding van de jeugdige en het houden van toezicht op het dagelijkse verloop van het scholings- en trainingsprogramma als bedoeld in artikel 3 van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.[52]

37. Met betrekking tot de uitvoering van de taken 1-2 en 4-6 uit de tabel oefent de raad voor de kinderbescherming toezicht uit op de gecertificeerde instelling en is in dat kader bevoegd om de gecertificeerde instelling aanwijzingen te geven.[53] Voor wat betreft de uitoefening van toezicht met betrekking tot een voorwaardelijke veroordeling (taak 5) is het openbaar ministerie eveneens bevoegd tot het geven van aanwijzingen aan de gecertificeerde instelling.[54] Met betrekking tot de taken 3, 7 en 8 is niet expliciet in de wet bepaald welk orgaan is belast met het uitoefenen van het toezicht op de uitvoering van deze taken door de gecertificeerde instelling. De uitvoering van de taken onder 3 en 8 vindt plaats onder de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie respectievelijk de directeur van de inrichting waar de jeugdige ten behoeve van het scholings- en trainingsprogramma is ingeschreven, waarbij op de gecertificeerde instelling richting het openbaar ministerie respectievelijk de directeur een verantwoordingsplicht rust.[55] De vrijwillige begeleiding van de jeugdige vindt plaats onder verantwoordelijkheid van de raad voor de kinderbescherming. Voor zover het openbaar ministerie is belast met het toezicht op de naleving van de voorwaarden in het kader van de uitvoering van de jeugdreclassering, dient de gecertificeerde instelling geregeld (maar minimaal 1x per 6 maanden) verslag uit te brengen aan het openbaar ministerie omtrent de wijze waarop de jeugdige zich houdt aan de voorwaarden.[56]

38. Kort gezegd volgt uit het bovenstaande dat de gecertificeerde instelling de jeugdreclasseringstaken uitoefent onder verantwoordelijkheid van de raad voor de

---

[49] *Artikel 77aa, tweede lid, Wetboek van Strafrecht.*

[50] *Artikel 493, eerste lid, Wetboek van Strafvordering.*

[51] *Artikel 77hh, tweede lid, Wetboek van Strafrecht.*

[52] *Artikel 3 Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen jo. artikel 10, tweede lid, Reglement justitiële jeugdinrichtingen.*

[53] *Artikel 77hh, eerste lid, Wetboek van Strafrecht.*

[54] *Artikel 22, tweede lid, Besluit tenuitvoerlegging jeugdstrafrecht 1994.*

[55] *Artikel 77ta, tweede lid, Wetboek van Strafrecht en artikel 10, tweede lid, Reglement justitiële jeugdinrichtingen.*

[56] *Artikel 4.2.5, tweede lid, Besluit Jeugdwet.*

kinderbescherming, het openbaar ministerie of de directeur van een inrichting waar de jeugdige ten behoeve van de deelname aan een scholings- of trainingsprogramma staat ingeschreven en/of daarbij onder toezicht van de raad voor de kinderbescherming en/of het openbaar ministerie staat.

39. Voor wat betreft de waarborgen die voortvloeien uit de certificering en de bij en krachtens de Jeugdwet gestelde kwaliteitseisen geldt hetzelfde als hiervoor met betrekking tot de ondertoezichtstelling en de (voorlopige) voogdij is opgemerkt.

2.1.4 Overige waarborgen

40. Onder omstandigheden kan een gemeente een bestuurder van een gecertificeerde instelling bij taakverwaarlozing kunnen aanspreken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarvoor is wel vereist dat de betreffende bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aan die eis wordt niet licht voldaan. Of er aan de eis wordt voldaan is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Wij merken daarbij nog wel op dat bestuurdersaansprakelijkheid zich uitsluitend richt op de bestuurders van de gecertificeerde instelling en zich dus niet richt op de gecertificeerde instelling zelf. Bovendien strekken vorderingen uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid primair tot vergoeding van de door de benadeelde partij geleden schade. In zoverre lijkt een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid minder geschikt om in voorkomend geval te bewerkstelligen dat een gecertificeerde instelling zal worden verplicht om de kinderbeschermingsmaatregelen en de jeugdreclassering te blijven uitvoeren.

2.2 Noopt de zorgplicht van de gemeente met betrekking tot de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering tot het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst in het kader van een subsidierelatie?

41. Op grond van het bepaalde in artikel 2.4, tweede lid, van de Jeugdwet is het college ten behoeve van de jeugdige die zijn woonplaats heeft binnen zijn gemeente verantwoordelijk voor de uitvoering van – voor zover hier van belang – kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering.

42. Het is de vraag of de hiervoor aangehaalde verplichting van de gemeente met betrekking tot de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering ertoe noopt dat er tussen een gecertificeerde instelling en de gemeente een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten in het geval de financieringsrelatie vorm wordt gegeven door middel van een subsidie.

43. Om de in het vorige randnummer bedoelde vraag te kunnen beantwoorden hebben

wij een analyse verricht van de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet. In een **bijlage** hebben wij citaten uit de parlementaire geschiedenis opgenomen die volgens ons relevant zijn voor de uitleg van de reikwijdte van de op de gemeente ingevolge het bepaalde in artikel 2.4, tweede lid, rustende verplichting.

44. Uit de geanalyseerde parlementaire geschiedenis blijkt ten eerste dat de verplichting van de gemeente als bedoeld in artikel 2.4, tweede lid, Jeugdwet er met name toe strekt dat de gemeente zorg dient te dragen voor een toereikend aanbod van gecertificeerde instellingen. Dit aanbod dient er te zijn om te kunnen waarborgen dat snel (na de beslissing van de (straf)rechter) met de uitvoering van de kinderbeschermingsmaatregel of de jeugdreclassering kan worden gestart. Een toereikend aanbod lijkt te betekenen dat er enerzijds voldoende capaciteit van (jeugd)voogdijwerkers dient te zijn om de kinderbeschermingsmaatregelen en de jeugdreclassering uit te kunnen voeren en anderzijds dat ook in voldoende mate van specialistische kennis (bijvoorbeeld voor specifieke doelgroepen) gebruik kan worden gemaakt indien dat nodig is. In verband met het voorzien in een toereikend aanbod gaat de wetgever ervan uit dat op regionaal niveau tussen gemeenten wordt samengewerkt. Het voorzien in een toereikend aanbod houdt overigens niet in dat een gemeente met alle gecertificeerde instellingen een financieringsrelatie dient aan te gaan.

45. Uitgangspunt van de wetgever bij de totstandkoming van de Jeugdwet is geweest dat de (straf)rechter de uitvoering van een kinderbeschermingsmaatregel of de jeugdreclassering opdraagt aan een gecertificeerde instelling waarmee de gemeente een financieringsrelatie heeft. In dat kader is voorzien in de verplichting voor de raad voor de kinderbescherming om in het verzoekschrift respectievelijk het (straf)advies de gecertificeerde instelling te benoemen die de betreffende maatregel of jeugdreclassering dient uit te voeren. De Jeugdwet schrijft ter zake overleg tussen de gemeente en de gecertificeerde instelling voor en bepaalt dat de werkwijze dienaangaande tussen de gemeente en de raad voor de kinderbescherming moet worden vastgelegd in een protocol. Volgens de wetgever heeft de raad voor de kinderbescherming uitsluitend in uitzonderlijke situaties de mogelijkheid om in het verzoekschrift of het (straf)advies een gecertificeerde instelling op te nemen waarmee de gemeente geen financieringsrelatie heeft. Een dergelijke keuze dient de raad voor de kinderbescherming in voorkomend geval te motiveren. In dat laatste geval dient in de beschikking/uitspraak van de rechter te worden bepaald dat de gemeente de kosten draagt van de uitvoering van de kinderbeschermingsmaatregel of de jeugdreclassering.

46. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt – tot slot – dat de wetgever aan de gemeenten vrijheid heeft willen laten om te bepalen op welke wijze de financieringsrelatie met de gecertificeerde instelling vorm wordt gegeven en daarbij

is uitdrukkelijk ook de mogelijkheid van een subsidierelatie genoemd.

47. Op grond van een analyse van de parlementaire geschiedenis lijkt verdedigbaar dat de verplichting van de gemeente als bedoeld in artikel 2.4, tweede lid, Jeugdwet niet leidt tot de verplichting om met een gecertificeerde instelling een uitvoeringsovereenkomst te sluiten. Het gaat er immers om dat er sprake is van een toereikend aanbod van gecertificeerde instellingen. In een dergelijk aanbod lijkt ook voorzien te kunnen worden via een subsidierelatie (zonder uitvoeringsovereenkomst).

48. Het voorgaande laat overigens onverlet dat er in de parlementaire geschiedenis op meerde plaatsen van lijkt te worden uitgegaan dat er tussen een gemeente en een gecertificeerde instelling een overeenkomst zal worden gesloten (zie ook de citaten zoals opgenomen in de bijlage). Wij menen dat daarin echter geen keuze van de wetgever kan worden gelezen dat het uitsluitend mogelijk is geacht om aan de verplichting als bedoeld in artikel 2.4, tweede lid, Jeugdwet te voldoen door een overeenkomst met een gecertificeerde instelling te sluiten. Dat past ook bij de decentralisatiegedachte waarbij het in belangrijke mate aan gemeenten is gelaten om te bepalen op welke wijze zij (onder meer via de keuze voor bekostigingsvormen) invulling wensen te geven aan hun verplichtingen.

Vraag 3: welke sturingsmogelijkheden heeft een gemeente bij een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst?

49. Naar wij hebben begrepen bestaat er bij – sommige – gemeenten de behoefte om in zekere mate (inhoudelijk) te kunnen sturen in de relatie met de gecertificeerde instelling(en).

50. Van belang is om voorop te stellen dat de (mogelijke) sturing die een gemeente wenst te kunnen uitoefenen in sterke mate zal afhangen van de beleidsvisie die de betreffende gemeente heeft op de rol (in de keten) van de gecertificeerde instelling. Dit maakt het lastig om in algemene zin de vraag te beantwoorden of (ook) een subsidie de gemeente voldoende sturingsmogelijkheden geeft om de in het kader van het gevoerde beleid geformuleerde doelstellingen te realiseren.

51. De VNG was op ons verzoek bereid om een aantal elementen te benoemen die voor gemeenten (mogelijk) relevant zijn om (in voorkomend geval) op te kunnen sturen[57]:

[57] *Wij hebben overigens begrepen dat het om een indicatief overzicht gaat waarover geen afstemming met de veldpartijen heeft plaatsgevonden.*

- Eisen die verband houden met de aansluiting op lokale teams:
  - specifieke medewerkers die werken in een bepaald gebied en in de regel de zaken uit dat gebied uitvoeren;
  - werken volgens een bepaalde methodiek (waarmee lokale teams en GI beiden werken);
- mogelijkheid om af te rekenen via p*q systematiek/afrekenen op gerealiseerde aantallen;
- bepalen van de prijs / mogelijk maken van prijsdifferentiatie (bijvoorbeeld variaties op standaardproducten);
- stellen van eisen waarover verantwoording moet worden afgelegd;
- terugvorderen van middelen als weliswaar rechtmatige besteding heeft plaatsgevonden (er is beschikking rechtbank, door accountant gecontroleerd), maar anderszins niet aan kwalitatieve eisen is voldaan;
- afspraken maken over (Gemiddelde) duur van maatregelen/trajecten;
- sturing op de verhouding preventieve jeugdbescherming en gedwongen kader binnen de 'productenmix;
- Overheadpercentages.

52. In het onderstaande zullen we eerst enige algemene opmerkingen maken over de sturingsknoppen waar gemeenten in het kader van een subsidierelatie met een gecertificeerde instelling over beschikken. Vervolgens zullen we ingaan op de hiervoor genoemde elementen die volgens de VNG in ieder geval van belang zijn in het kader van de (mogelijk) gewenste sturing. Daarbij is van belang om aan te tekenen dat wij niet de vraag kunnen beantwoorden waar precies de grens ligt van wat nog (net) wel en (net) niet geregeld kan worden in het kader van een subsidierelatie. Daarvoor is een veel preciezer inzicht vereist in de wijze van sturing die specifieke gemeenten met betrekking tot bovengenoemde onderwerpen voorstaan. Bovendien gaat het er in het kader van dit rapport om dat op hoofdlijnen inzichtelijk wordt gemaakt met betrekking tot welke aspecten wel (en in voorkomend geval in welke mate) en niet gestuurd kan worden in het kader van een subsidie, zodat op systeemniveau uitspraken kunnen worden gedaan over de voor- en nadelen van het subsidie-instrument.

3.1 Welke ruimte bestaat er voor de gemeente om ten opzichte van de Jeugdwet aanvullende (kwalitatieve) eisen te stellen aan gecertificeerde instellingen?

53. Een vraag die eerst moet worden beantwoord is of gemeenten bevoegd zijn om met betrekking tot gecertificeerde instellingen ten opzichte van de Jeugdwet aanvullende (kwaliteits)eisen te stellen. In dat verband is van belang om te beoordelen of de Jeugdwet in zoverre een uitputtende regeling inhoudt.

54. In het kader van de geschiedenis van de totstandkoming van de Jeugdwet is de vraag gesteld of de Jeugdwet een verbod bevat op het stellen van nadere kwaliteitseisen. Deze vraag is als volgt beantwoord in de Nota naar aanleiding van het verslag:

"De leden van de CDA-fractie vragen of de Jeugdwet een verbod bevat op nadere kwaliteitseisen? Zo nee, waarom niet?
De gemeente dient zorg te dragen voor een kwalitatief en kwantitatief toereikend aanbod. De Jeugdwet vraagt van de gemeenteraad om zicht te hebben en te houden op de effecten van het beleid op maatschappelijk en individueel niveau. Op basis van deze informatie kan de gemeente beleid maken en dit vastleggen in een beleidsplan. Gemeenten kunnen aan de contractering eigen eisen verbinden die passen bij de lokale situatie. Door de VNG, VWS en VenJ wordt hiervoor een handreiking ontwikkeld. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling dat dit leidt tot een lappendeken aan aanvullende kwaliteitseisen en verantwoording."

55. Uit het antwoord lijkt te moeten worden afgeleid dat gemeenten in beginsel de ruimte hebben om eigen (aanvullende) eisen te stellen die passen bij de lokale situatie. In het antwoord wordt geen onderscheid gemaakt tussen eisen die worden gesteld aan jeugdhulpaanbieders en eisen die worden gesteld aan gecertificeerde instellingen. De Jeugdwet lijkt derhalve in algemene zin aan gemeenten de ruimte te laten om ook met betrekking tot gecertificeerde instellingen eigen (aanvullende) eisen te stellen.

56. Een vervolgvraag is of gemeenten ook de ruimte hebben om met betrekking tot de onderwerpen die zijn geregeld in het normenkader aanvullende eisen te stellen. Voorop moet in dat verband worden gesteld dat in de geschiedenis van de totstandkoming van de Jeugdwet niet expliciet de vraag is beantwoord of met het normenkader is beoogd om met betrekking tot de daarin geregelde onderwerpen een uitputtende regeling te treffen. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Jeugdwet kan worden afgeleid dat met het normenkader is beoogd om op landelijk niveau uniforme eisen aan gecertificeerde instellingen te stellen om op die manier de kwaliteit te waarborgen, zonder daarbij de ruimte voor gecertificeerde instellingen om zich te kunnen onderscheiden en te innoveren onnodig te beperken. Het lijkt er voor te moeten worden gehouden dat gemeenten in beginsel de ruimte hebben om ten aanzien van de onderwerpen waarover regels zijn gesteld in het normenkader eigen eisen te stellen. Die eisen mogen echter niet in strijd zijn met het normenkader of dat kader op een onaanvaardbare wijze doorkruisen.

3.2 Sturingsmogelijkheden voor gemeenten: enige algemene opmerkingen

3.2.1. Het hanteren van toelatingseisen

57. Een eerste vorm van sturen is 'sturen aan de poort'. Dit kan meer specifiek door in de subsidieregeling te voorzien in bepaalde 'toelatingseisen' in de vorm van weigeringsgronden. In beginsel is een gemeente vrij in het formuleren van de weigeringsgronden die zij wenst te hanteren. Wel geldt de beperking dat de weigeringsgrond niet in strijd mag zijn met een hoger wettelijk voorschrift of een algemeen rechtsbeginsel.[58]

58. In artikel 4:37-4:39 van de Awb (zie hierna) zijn regels gesteld met betrekking tot de mogelijkheid om aan een subsidie verplichtingen te verbinden. Strikt genomen zijn weigeringsgronden geen verplichtingen uit de Awb, zodat betoogd zou kunnen worden dat voor zover het niet mogelijk zou zijn om aan een subsidie een bepaalde verplichting te verbinden in plaats daarvan aangaande hetzelfde onderwerp een toelatingseis ('weigeringsgrond') te formuleren. In de rechtspraak wordt dit niet mogelijk geacht en worden (ook) weigeringsgronden die in feite een verkapte verplichting inhouden getoetst aan het bepaalde in artikel 4:37-4:39 van de Awb.[59] Deze benadering vindt ook steun in de literatuur.[60] Tegen die achtergrond vallen wat ons betreft de sturingsmogelijkheden van gemeenten door middel van het stellen van toelatingseisen, in belangrijke mate samen met de sturingsmogelijkheden die bestaan door middel van het verbinden van verplichtingen aan een subsidie.

3.2.2 Het sturen door middel van het verbinden van verplichtingen aan de subsidie

59. Een tweede vorm van sturen bij subsidies is het (via de subsidieverordening en/of de verleningsbeschikking) verbinden van verplichtingen aan een subsidie. Deze vorm van sturing komt er bij een subsidie zonder uitvoeringsovereenkomst op neer dat het niet voldoen aan de verplichtingen kan leiden tot het geheel of gedeeltelijk lager vaststellen respectievelijk het geheel of gedeeltelijk intrekken van het verleningsbesluit en – in het verlengde daarvan – het geheel of gedeeltelijk terugvorderen van reeds uitbetaalde subsidiebedragen/voorschotten.

60. In artikel 4:37 Awb is een aantal standaardverplichtingen opgenomen die altijd aan een subsidie kunnen worden verbonden. Op grond van het bepaalde in artikel 4:37, eerste lid aanhef en onder a van de Awb kan het bestuursorgaan de subsidieontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot de aard en omvang van de activiteiten waarvoor subsidie is verleend.

---

[58] *ABRvS 27 december 2012, 201203889/1/A2.*

[59] ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774. Zie ook: *Rechtbank Oost-Brabant 19 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3852 en Rechtbank Rotterdam 1 juni 2011, AB 2011/82.*

[60] *W. den Ouden, De subsidieverplichting: wie betaalt bepaalt? (diss. UL) 2002, p. 54 e.v.*

61. Op grond van het bepaalde in artikel 4:38 van de Awb kan het bestuursorgaan de subsidieontvanger ook andere verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Daarbij geldt het vereiste dat de verplichting redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt moet zijn om dat doel te verwezenlijken.[61] Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Awb volgt dat het hier om uiteenlopende soorten verplichtingen kan gaan. De verplichtingen kunnen zowel betrekking hebben op de gesubsidieerde activiteiten zelf, maar ook een meer afgeleid en indirect karakter hebben. In de geschiedenis van de totstandkoming van de Awb zijn als voorbeelden van verplichtingen met een indirect karakter genoemd verplichtingen met betrekking tot de wijze waarop de gesubsidieerde instelling haar administratie moet voeren of de wijze, waarop aan de subsidieverlener moet worden gerapporteerd over de verrichte activiteiten.

62. Op grond van het bepaalde in artikel 4:39 van de Awb kunnen ook verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie aan de subsidie worden verbonden i) voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald en ii) deze verplichtingen betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. Bij het opleggen van dergelijke oneigenlijke subsidieverplichtingen dient terughoudendheid te worden betracht.[62]

3.3 Sturingsmogelijkheden met betrekking tot een aantal specifieke elementen

63. In het onderstaande gaan we per element dat voor gemeenten mogelijk van belang is om op te kunnen sturen na of en in hoeverre de subsidierelatie dienaangaande in sturingsmogelijkheden voorziet.

- Eisen die verband houden met de aansluiting op lokale teams:
  - Specifieke medewerkers die werken in een bepaald gebied en in de regel de zaken uit dat gebied uitvoeren

    Analyse: het doel van de subsidie aan een gecertificeerde instelling zal in ieder geval zijn het uitvoeren van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering.[63] In de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 4:38 Awb (doelgebonden verplichtingen) is als voorbeeld van een toegestane verplichting genoemd dat een instelling wordt verplicht om de (gesubsidieerde) activiteiten uitsluitend te laten verrichten door personen die aan bepaalde opleidingseisen voldoen. In het verlengde daarvan lijkt het

[61] *ABRvS 2 juni 2004, AB 2004/315.*

[62] *ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177.*

[63] *Vgl. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177.*

ook mogelijk te zijn om aan een subsidie een verplichting te verbinden die inhoudt dat de kinderbeschermingsmaatregelen respectievelijk de jeugdreclassering in beginsel moeten worden uitgevoerd door medewerkers die in een bepaald gebied werkzaam zijn. Wij wijzen nog wel op het bepaalde in artikel D.2.1 van het normenkader. Het onderwerp van die norm is als volgt omschreven: 'De organisatie werkt met caseloads van professionals die zijn toegewezen op basis van de matching tussen gezin, jeugdige en professional.' Het stellen van verplichtingen met betrekking tot dit onderwerp mag wat ons betreft niet zo ver gaan dat de gecertificeerde instelling daardoor onvoldoende mogelijkheden meer heeft om professionals op basis van matching met het betreffende gezin en de betreffende jeugdige te kunnen toewijzen.

- Werken volgens een bepaalde methodiek (waarmee lokale teams en GI beiden werken)

  Analyse: de te hanteren methode ziet op de wijze waarop de gesubsidieerde activiteiten moeten worden verricht. Het lijkt op grond van het bepaalde in de Awb mogelijk om een dergelijke verplichting als doelgebonden verplichting respectievelijk niet-doelgebonden verplichting aan de subsidie te verbinden.[64] Wel wijzen wij erop dat in het normenkader regels zijn gesteld met betrekking tot de door een gecertificeerde instelling te hanteren methode. Onder meer dient een gecertificeerde instelling een methode (die aan bepaalde minimumeisen dient te voldoen) te selecteren, vast te stellen, te monitoren en – waar nodig – aan te passen.[65] In de geschiedenis van de totstandkoming van de Jeugdwet is tot uitdrukking gebracht dat het normenkader aan gecertificeerde instellingen de ruimte dient te laten om (binnen de door het kader gestelde grenzen) eigen keuzes te kunnen maken en om zich daarmee te kunnen onderscheiden van andere gecertificeerde instellingen.[66] In dat verband is specifiek de keuze voor een bepaalde methode genoemd. Het (in de vorm van een aan de subsidie te verbinden verplichting) aan een gecertificeerde instelling voorschrijven van het werken volgens een bepaalde methodiek (in die zin dat een bepaalde inhoudelijke methode dient te worden toegepast) lijkt op gespannen voet te staan met de beoogde vrijheid voor gecertificeerde instellingen om– binnen de grenzen die het normenkader stelt – eigen keuzes te maken. Bovendien beperkt het voorschrijven van een bepaalde methodiek mogelijk

---

[64] *Rechtbank Rotterdam 1 juni 2011, AB 2011/82.*

[65] *Onderdeel C van het normenkader.*

[66] *TK 2013-2014, 33 684, nr. 10, p. 69.*

gecertificeerde instellingen in hun verplichtingen uit het normenkader om de methode te evalueren en waar nodig aan te passen. Kort en goed menen wij dat het voorschrijven van het werken volgens een bepaalde methode strijdigheid oplevert met het bepaalde bij en krachtens de Jeugdwet.[67]

- Mogelijkheid om af te rekenen via p*q systematiek/afrekenen op gerealiseerde aantallen

  Analyse: op grond van het bepaalde in artikel 4:31, eerste lid, van de Awb vermeldt de beschikking tot subsidieverlening het bedrag van de subsidie, *dan wel de wijze waarop dit bedrag wordt bepaald*. In de memorie van toelichting bij de Awb is expliciet tot uitdrukking gebracht dat de geleverde prestaties/producten bepalend mogen zijn voor de hoogte van het subsidiebedrag (in dat kader wordt in de toelichting de term 'prestatiesubsidies' gehanteerd). In de subsidiebeschikking (of het wettelijke voorschrift waarop deze beschikking is gebaseerd) dient de bepalende prestatie te worden omschreven, een bedrag per eenheid product te worden vermeld en regels over de wijze waarop de prestaties worden gemeten te worden opgenomen.[68] Het is derhalve mogelijk om ook bij een subsidie 'af te rekenen' volgens de p*q-systematiek. Volledigheidshalve wijzen wij nog op het bepaalde in artikel 4:31, tweede lid van de Awb. Op grond van dat artikellid dient de beschikking tot subsidieverlening in beginsel het maximumbedrag te bevatten dat uiteindelijk kan worden vastgesteld. Indien dat onwenselijk wordt geacht, kan er echter bij wettelijk voorschrift (waaronder ook een gemeentelijke subsidieverordening kan worden verstaan) van die eis worden afgeweken.

- Bepalen van de prijs/mogelijk maken van prijsdifferentiatie (bijvoorbeeld variaties op standaardproducten)

  Analyse: naar ons oordeel bestaat er geen rechtsregel die zich er tegen verzet dat er in de beschikking tot subsidieverlening voor verschillende prestaties verschillende bedragen worden gehanteerd. Wij achten derhalve prijsdifferentiatie mogelijk binnen een subsidierelatie.

- Stellen van eisen waarover verantwoord wordt

---

[67] *Ter voorkoming van misverstanden merken wij op dat wij menen dat het stellen van een dergelijke specifieke eis in het kader van een overeenkomst (/aanbestedingsprocedure) evenmin mogelijk is.*

[68] *Memorie van Toelichting bij de derde tranche van de Awb (Kamerstuk II, 23 700, nr.3, p. 52).*

Analyse: het is – mits wordt voldaan aan het bepaalde in artikel 4:37-4:39 Awb – mogelijk om aan een subsidie bepaalde verplichtingen (eisen) te verbinden. Uit het bepaalde in artikel 4:45, eerste lid, Awb vloeit reeds de algemene verplichting voor de subsidieontvanger voort om bij de aanvraag tot subsidievaststelling aan te tonen dat de activiteiten hebben plaatsgevonden overeenkomstig de aan de subsidie verbonden verplichtingen. Het is tevens mogelijk om aan een subsidieontvanger aanvullende/specifieke (tussentijdse) verantwoordingsverplichtingen op te leggen met betrekking tot de nakoming van aan de subsidie verbonden verplichtingen.[69] Het is dus (ook) in het kader van een subsidierelatie mogelijk om eisen te stellen waarover door de gecertificeerde instelling gerapporteerd dient te worden.

– Terugvorderen van middelen als weliswaar rechtmatige besteding heeft plaatsgevonden (er is beschikking rechtbank, door accountant gecontroleerd), maar anderszins niet aan kwalitatieve eisen is voldaan

  Analyse: terugvordering van subsidiemiddelen is – voor zover hier van belang – uitsluitend mogelijk indien de gecertificeerde instelling niet (volledig) heeft voldaan aan de verplichtingen die aan de subsidie zijn verbonden. Er bestaat dus geen algemene bevoegdheid om middelen terug te vorderen indien een gecertificeerde instelling niet aan bepaalde kwalitatieve eisen heeft voldaan. Dit is wel mogelijk indien de betreffende kwalitatieve eisen als verplichtingen aan de subsidie zijn verbonden en aan die verplichtingen niet is voldaan.[70]

– Afspraken maken over (Gemiddelde) duur van maatregelen/trajecten

  Analyse: voorop moet worden gesteld dat naar vaste rechtspraak subsidieverplichtingen voldoende concreet moeten worden omschreven om aan een subsidieontvanger te kunnen worden tegengeworpen.[71] Het stellen van een verplichting dat maatregelen bijvoorbeeld zo snel mogelijk moeten worden afgerond c.q. de gemiddelde duur van maatregelen dient te worden verkort, lijkt niet aan dat vereiste te voldoen. Verplichtingen waarin een (meer) concrete (maximale) (gemiddelde) duur van de maatregelen wordt voorgeschreven lijken op zichzelf wel aan een subsidie te kunnen worden verbonden, maar (mogelijk) op gespannen voet te staan met de

---

[69] *Artikel 4:37, eerste lid aanhef en onder b en f en artikel 4:38 Awb.*

[70] *Uiteraard mits ook aan de overige – wettelijke – eisen voor terugvordering is voldaan.*

[71] *Zie onder meer ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2439.*

beperkingen die voor een gecertificeerde instelling voortvloeien uit de specifieke wetgeving die van toepassing is op de betreffende maatregelen. Als voorbeeld kan bijvoorbeeld worden gewezen op de oplegging van een zogenoemde maatregel betreffende het gedrag als bedoeld in artikel 77w Sr. De gecertificeerde instelling lijkt daarbij geen invloed te kunnen uitoefenen op de duur van de maatregel. De mogelijkheden om in de vorm van subsidieverplichtingen afspraken te maken over de (gemiddelde) duur van trajecten lijken dan ook beperkt te zijn.

- Sturing op de verhouding preventieve jeugdbescherming en gedwongen kader binnen de 'productenmix'

  Analyse: wij begrijpen de wens om op dit punt te kunnen sturen aldus dat gemeenten 'afspraken' willen kunnen maken (in een situatie waarin de gecertificeerde instelling zowel het gedwongen kader als preventieve jeugdbescherming aanbiedt) die inhouden dat er een bepaalde verhouding dient te bestaan tussen preventieve en gedwongen jeugdbescherming. Wij vragen ons af of het mogelijk is daartoe strekkende verplichtingen aan een subsidie te verbinden. In dat verband is van belang dat een dergelijke verplichting geen betrekking lijkt te hebben op de gesubsidieerde activiteit en er evenmin toe lijkt te strekken om het doel van de subsidie (het uitvoeren van – doeltreffende en kwalitatief verantwoorde - kinder-beschermingsmaatregelen/jeugdreclassering) te bereiken. Dat betekent dat er geen sprake lijkt te zijn van een doelgebonden verplichting en dat het uitsluitend mogelijk is om een dergelijke verplichting aan de subsidie te verbinden indien de verplichting betrekking heeft op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteiten worden verricht. Dat lijkt evenmin het geval. De mogelijkheden om dienaangaande verplichtingen aan een subsidie te kunnen verbinden zouden ruimer kunnen zijn indien kan worden gemotiveerd dat het behalen van een bepaalde verhouding noodzakelijk is om een – doeltreffende en kwalitatief verantwoorde – uitvoering van de kinderbeschermingsmaatregelen en de jeugdreclassering te kunnen waarborgen.

- Overheadpercentages

  Analyse: gemeenten wensen kennelijk te kunnen sturen op de omvang van de overhead. In het kader van een subsidierelatie is het mogelijk dat wordt bepaald dat overheadkosten boven een bepaald percentage niet subsidiabel

zijn of niet mogen worden meegerekend bij de berekening van de tarieven.[72]

Vraag 4 in hoeverre dient in het kader van het verstrekken van subsidies aan gecertificeerde instellingen een vorm van mededingingsruimte te worden gecreëerd?

62. In het voorgaande is geconcludeerd dat indien en voor zover er in het kader van de subsidie niet tevens een uitvoeringsovereenkomst (met leveringsplicht) met de gecertificeerde instelling wordt gesloten de subsidierelatie niet tevens kwalificeert als een overheidsopdracht die in beginsel dient te worden aanbesteed. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een gemeente in een dergelijk geval – op grond van het nationale recht – toch is gehouden om een bepaalde vorm van mededinging te creëren.

63. Voorstelbaar is dat een gemeente in het kader van de subsidiëring van de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering er voor kiest om een subsidieplafond in te stellen.[73] In dat geval moet bij of krachtens wettelijk voorschrift worden bepaald op welke wijze het beschikbare budget wordt verdeeld.[74] Bij de bekendmaking van het subsidieplafond wordt de wijze van verdeling vermeld.[75] Dit betekent dat de gemeente zal moeten kiezen voor een verdelingsmechanisme en dat voorafgaande aan de subsidieverstrekking kenbaar moeten maken. Gemeenten hebben vrijheid in de keuze voor de wijze van verdeling en kunnen bijvoorbeeld kiezen voor de verdeling van de beschikbare middelen op basis van de volgorde van binnenkomst van de aanvragen of door middel van een zogenoemde vergelijkende toets (tendersubsidie).

64. Ongeacht of er een subsidieplafond wordt ingesteld, is tevens het leerstuk van de verdeling van schaarse rechten van belang. In haar uitspraak van 2 november 2016 heeft de Afdeling geoordeeld dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.[76] Deze rechtsnorm is volgens de Afdeling gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Bij uitspraak van 18 januari 2017 heeft de Afdeling geoordeeld dat deze rechtsnorm ook van toepassing is op de bekostiging

---

[72] Vgl. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177 (welke uitspraak overigens betrekking had op een andere kostensoort).

[73] Artikel 4:25 Awb.

[74] Artikel 4:26, eerste lid, Awb.

[75] Artikel 4:26, tweede lid, Awb.

[76] ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927

van onderwijsinstellingen op grond van de WVO[77] omdat deze wet voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen.[78] Naar onze inschatting zal de bestuursrechter de betreffende rechtsnorm waarschijnlijk ook van toepassing achten in het kader van het verstrekken van subsidies aan gecertificeerde instellingen voor de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering. In dat verband achten wij mede van belang dat de Jeugdwet (net als de WVO) voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie (voor zover het betreft het aangaan van een financieringsrelatie met gemeenten) tussen gecertificeerde instellingen.

65. Uit de uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016 volgt dat:

(i) bij de verdeling op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare subsidie mee te dingen;
(ii) de verplichting om mededingingsruimte te creëren kan in het wettelijk voorschrift dat in de schaarse subsidies voorziet worden beperkt. Deze beperking kan echter niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten;
(iii) het bestuur een passende mate van openbaarheid ('transparantie') moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse subsidie, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

66. Naar onze inschatting betekent het bovenstaande voor (het proces van) subsidieverstrekking aan gecertificeerde instellingen meer concreet het volgende:

(a) het is niet toegestaan om een subsidie één-op-één (lees: zonder dat eerst enige vorm van mededinging is geboden) te verstrekken aan een beoogde gecertificeerde instelling. Voor de goede orde merken wij op dat het naar ons oordeel wel mogelijk is om te kiezen voor een systeem waarbij (nadat een vorm van mededinging is geboden) aan één of een beperkt aantal gecertificeerde instellingen een subsidie wordt verstrekt. Een keuze voor het subsidiemodel betekent niet dat een gemeente verplicht is om aan alle gecertificeerde instellingen die aan de toelatingseisen voldoen een subsidie te verstrekken;

(b) aan gemeenten komt in beginsel een grote mate van vrijheid toe om de

[77] *Wet op het voortgezet onderwijs.*

[78] *ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86.*

mededingingsprocedure naar eigen inzicht vorm te geven. Daarbij gelden inhoudelijk in ieder geval de volgende beperkingen.

Het stellen van toelatingseisen (lees: criteria waaraan moet worden voldaan om überhaupt voor enige subsidie in aanmerking te kunnen komen) is mogelijk. De toelatingseisen dienen echter wel te blijven binnen de wettelijke ruimte die gemeenten hebben (artikel 4:37-4:39 Awb) om verplichtingen aan een subsidie te verbinden. Voor een nadere beschrijving van de mogelijkheden voor gemeenten om in het kader van de selectie van toegelaten instellingen toelatingseisen te stellen, verwijzen wij daarom naar hetgeen wij hiervoor hebben opgemerkt met betrekking tot de mogelijkheid voor gemeenten om verplichtingen aan een subsidie aan een gecertificeerde instelling te verbinden. Voorts mogen de toelatingseisen ook overigens niet in strijd zijn met de wet- en regelgeving, mogen de toelatingseisen inhoudelijk niet onredelijk zijn en mag er geen sprake zijn van strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[79]

Tevens hebben gemeenten de mogelijkheid om in het kader van de selectie van gecertificeerde instellingen beoordelingscriteria op te stellen. Daarmee doelen wij op criteria waarop aanvragen inhoudelijk getoetst en gerangschikt (kunnen) worden. De gemeente is vrij in de keuze voor dergelijke beoordelingscriteria, mits die criteria voldoende helder zijn omschreven[80] en de criteria niet in strijd komen met enig hoger wettelijk voorschrift of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het verbod op willekeur).[81] De gemeente is – binnen de hiervoor geschetste grenzen – eveneens vrij om de weging die aan elk van de gehanteerde criteria wordt toegekend te bepalen. Het is moeilijk om op voorhand aan te geven welke beoordelingscriteria een gemeente wel en niet mag hanteren.

De mededingingsprocedure mag niet zodanig vorm worden gegeven dat het voor potentiële gegadigden vrijwel onmogelijk wordt om mee te dingen naar de betreffende subsidie. Dit zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen indien aan één gecertificeerde instelling een subsidie voor onbepaalde tijd wordt verstrekt. Een ander voorbeeld betreft het zodanig formuleren van toelatings- en beoordelingscriteria of de weging die aan een bepaald criterium wordt gegeven dat daarmee in feite wordt toegeschreven naar de instelling die de gemeente al voor ogen heeft. Dit laatste zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien uitsluitend subsidie zou kunnen worden verstrekt aan een gecertificeerde

[79] ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774.

[80] *ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429.*

[81] *ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375.*

instelling die reeds vijf jaar ervaring heeft binnen de betreffende gemeente met de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering. Ook het hanteren van ervaring in de betreffende regio als beoordelingscriterium lijkt niet mogelijk te zijn. Datzelfde geldt voor het hanteren van het beoordelingscriterium van geografische vestiging en de score op dat criterium voor meer dan de helft meetelt bij het bepalen van de eindscore. Wel lijkt het mogelijk om als beoordelingscriterium de mate van samenwerking in wijkteams en netwerken te hanteren.

Indien naar bovengenoemde inhoudelijke beperkingen wordt gekeken kan de vraag gesteld worden of een gemeente indien wordt gekozen voor een subsidietender daadwerkelijk meer flexibiliteit heeft dan in het geval de keuze wordt gemaakt voor een aanbestedingsprocedure onder het verlicht regime voor sociale diensten en andere specifieke diensten. Wij zijn op dit punt van mening dat het aanbestedingsrecht en het subsidierecht met betrekking tot de mogelijkheid om toelatingseisen en selectiecriteria te stellen steeds meer naar elkaar toegroeien.

Op een aantal punten biedt de subsidietender gemeenten mogelijk meer ruimte dan het aanbestedingsrecht. In dat verband kunnen de volgende voorbeelden worden genoemd:

- Bij een subsidietender geldt een minder verstrekkende publicatieverplichting;
- Bij een subsidietender behoeft de zogenoemde Gids Proportionaliteit niet in acht te worden genomen;
- Bij een subsidietender lijkt er ten opzichte van het aanbestedingsrecht mogelijk meer ruimte te bestaan om bepaalde activiteiten te splitsen en separaat te financieren.

Door ons worden deze voorbeelden onderschreven. Aanvullend noemen wij nog de mogelijkheid om te voorzien in een procedure waarin eerst wordt onderzocht of er daadwerkelijk meerdere potentiële gegadigden zijn en pas bij gebleken interesse daadwerkelijk een tenderprocedure wordt doorlopen en indien er geen meerdere gegadigden zijn de subsidie één op één aan die gegadigde kan worden verstrekt.

Vraag 5: in hoeverre heeft een gemeente mogelijkheden om te sturen indien een gecertificeerde instelling in financiële moeilijkheden komt te verkeren?

67. Voor gemeenten is het van belang om te weten over welke sturingsmiddelen/waarborgen zij beschikken in het geval dat een gecertificeerde instelling in de financiële problemen komt.

68. Een eerste mogelijkheid is dat gemeenten kiezen voor een systeem waarin wordt gewerkt met een zogenoemd door de gesubsidieerde gecertificeerde instelling op te stellen exitplan. Het exitplan dient – kort gezegd – de activiteiten te beschrijven die door de gecertificeerde instelling zullen worden verricht indien er sprake is van een exit (lees: het beëindigen van de uitvoering van JB/JR vóór het einde van het subsidietijdvak). Dit exitplan kan op verschillende manieren een rol krijgen binnen het subsidieproces:

    - De inhoud van het exitplan kan worden gehanteerd als beoordelingscriterium binnen de subsidietender;
    - Een deel van het beschikbare budget kan worden gekoppeld aan de uitvoering van het exitplan, waarbij deze uitvoering als een aparte subsidiabele activiteit wordt aangemerkt. Aan de subsidie kan de verplichting worden verbonden dat een eventuele exit tijdig dient te worden gemeld, alsmede de verplichting dat in dat geval het exitplan dient te worden uitgevoerd. Het niet of niet volledig voldoen aan deze verplichtingen kan vervolgens leiden tot het niet of lager vaststellen / ten nadele van de subsidieontvanger wijzigen van de subsidie.

69. Gemeenten kunnen bovendien steun verlenen door middel van een (extra) subsidie aan gecertificeerde instellingen. Hierbij is de vraag of deze (aanvullende) financiële ondersteuning aan te merken is als een steunmaatregel in de zin van de staatssteunregels. Er is enkel sprake van een steunmaatregel wanneer de begunstigde aan te merken is als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht. Als de gecertificeerde instellingen niet kwalificeren als een onderneming, is het staatssteunverbod dus niet van toepassing. Verdedigbaar is dat de gecertificeerde instellingen niet kwalificeren als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht. Het staatssteunverbod is namelijk niet van toepassing op zorgaanbieders die een integrerend onderdeel vormen van het nationaal gezondheidsstelsel en die (bijna) volledig gebaseerd zijn op het solidariteitsbeginsel. De zorgaanbieders worden in zulke gevallen rechtstreeks gefinancierd uit sociale premies en andere staatsmiddelen en 'leveren' hun 'diensten' kosteloos aan de personen die zijn aangesloten op basis van een universele dekking. In de huidige situatie worden de JB en JR volledig gefinancierd door gemeenten (met middelen afkomstig uit het Gemeentefonds). De ouders noch kinderen betalen een financiële bijdrage en er bestaat geen concurrentie tussen de gecertificeerde instellingen voor zover het betreft de belasting door de rechter (na onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming) met de uitvoering van een maatregel. Gesteld kan worden dat JB en JR om die redenen geen economische activiteiten zijn en dus zou het financieel ondersteunen van een gecertificeerde instelling in financiële moeilijkheden zijn toegestaan onder het staatssteunrecht.

70. Mochten gecertificeerde instellingen toch aangemerkt worden als ondernemingen,

dan kan rechtmatig staatssteun worden verstrekt aan een gecertificeerde instellingen in financiële moeilijkheden op grond van de Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen. De financiering zal dan wel als staatssteun worden aangemerkt en in beginsel dienen te worden gemeld, maar kan via een versnelde procedure worden goedgekeurd door de Europese Commissie.

71. De meeste rechtszekerheid kan overigens verkregen worden door de gecertificeerde instellingen te belasten met de uitvoering van een Dienst van Algemeen Economisch Belang. Een beroep zou gedaan kunnen worden op artikel 2 lid 1 sub c van het DAEB-vrijstellingsbesluit dat een vrijstelling bevat voor compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg, langdurige zorg en de zorg voor kwetsbare groepen.

72. Voorwaarde is wel dat aan de voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit wordt voldaan. Een belangrijke voorwaarde is het nemen van maatregelen om overcompensatie te voorkomen. Indien aan alle voorwaarden wordt voldaan, geldt voor deze categorie compensatie geen compensatieplafond.

AKD

Bijlagen