

Niet goed = fout?

over de inzet van mystery callers in het toezicht

Author(s)

Mein, Arnt

DOI

[10.5553/TvT/187987052016007001004](https://doi.org/10.5553/TvT/187987052016007001004)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

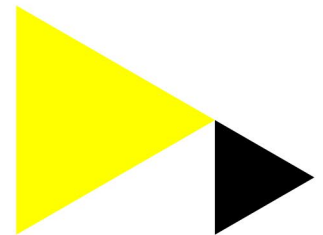
Tijdschrift voor Toezicht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mein, A. (2016). Niet goed = fout? over de inzet van mystery callers in het toezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*, 7(1), 33-38.

<https://doi.org/10.5553/TvT/187987052016007001004>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <https://www.amsterdamuas.com/library/contact/questions>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NOTENKRAKER

Niet goed = fout? Over de inzet van *mystery callers* in het toezicht

Arnt Mein

1 Inleiding: CBb schorst aanwijzing NZa

Het jaar begon minder goed voor de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). Juist toen zij meende er goed aan te doen zorgverzekeraars te dwingen de kwaliteit van de informatieverstrekking aan consumenten op peil te houden, werd zij hard teruggefloten door de rechter. En dat net in de periode dat consumenten konden overstappen van zorgverzekeraar. Wat was het geval? Op 15 januari 2016 haalde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), de hoogste bestuursrechter in het financieel-economisch bestuursrecht, een streep door de aanwijzing die de NZa kort daarvoor had gegeven aan een aantal zorgverzekeraars.¹ Die hield in dat zij zich moesten houden aan hun wettelijke verplichting om (via vergelijkings-sites) juiste informatie te verstrekken over hun polisaanbod. De NZa was namelijk van oordeel dat dit te wensen overliet. Zij baseerde zich daarbij op de uitkomst van een onderzoek met behulp van *mystery callers* naar de kwaliteit van die informatieverstrekking.

Het CBb schortte de aanwijzingen op omdat het die in strijd achtte met het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel uit de Algemene wet bestuursrecht. Twee argumenten springen daarbij in het oog. Zo had de NZa zich volgens de voorzieningenrechter nadrukkelijk moeten vergewissen van de wijze waarop de ingehuurde *mystery callers* tot hun oordeel zijn gekomen. Want dat riep op het eerste gezicht nogal wat vragen op. Daarnaast maakte het CBb er een punt van dat de *mystery callers* geen toezichthouders zijn in de zin van de wet en dus niet bevoegd, waardoor de NZa deze gegevens niet op die wijze had mogen gebruiken ter onderbouwing van de aanwijzing. De uitspraak is van belang voor toezichthouders die bij de uitvoering van toezichttaken gebruik willen maken van de diensten van derden.

2 De informatieplicht van zorgverzekeraars en het toezicht daarop

De context waarbinnen de zaak zich afspeelt, is de naleving van de transparantie-verplichting voor zorgverzekeraars, in het licht van marktwerking in de zorg. In dit kader zijn zorgverzekeraars gehouden juiste en volledige informatie te verschaffen over onder meer hun producten en diensten. Zij moeten die informatie op een zodanige wijze openbaar maken dat consumenten die gemakkelijk kunnen

1 ECLI:NL:CBB:2016:1, 2 en 3.

Arnt Mein

vergelijken. Meer in het bijzonder dienen zorgverzekeraars ervoor zorg te dragen dat de informatie over een product of dienst, waaronder reclame-uitingen, geen afbreuk doet aan de letter en geest van de wet (en andere zorgwetten) en niet misleidend is. Dit is geregeld in de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).² Achterliggende gedachte is dat consumenten op basis van die informatie een geïnformeerde en weloverwogen keuze kunnen maken voor een zorgverzekeraar. Ook moet het de concurrentie bevorderen, hetgeen uiteindelijk ten goede zou moeten komen aan de consument.³

Zorgverzekeraars verschaffen die informatie onder meer via populaire vergelijkingssites. Voor informatieverstrekking via vergelijkingssites, over bijvoorbeeld het polisaanbod, geldt dat die in elk geval niet onjuist mag zijn.⁴ Waar het om gaat, is dat de gemiddelde consument op basis van de verstrekte informatie geen beslissing neemt omtrent zijn zorgverzekering die hij anders niet genomen zou hebben en waardoor hij schade zou kunnen lijden.

De NZa doet, in het kader van haar markttoezicht, onder meer onderzoek naar de kwaliteit en betrouwbaarheid van dit type informatieverstrekking op vergelijkingssites⁵ omdat veel consumenten hier gebruik van maken en de NZa wil dat zij hierop kunnen vertrouwen.

In het verlengde hiervan en naar aanleiding van meldingen en signalen van onder meer het consumentenprogramma *Kassa*, heeft de NZa eind 2015 opnieuw onderzoek gedaan naar de kwaliteit van de telefonische informatieverstrekking door zorgverzekeraars. Hierbij heeft de NZa gebruikgemaakt van (elf) medewerkers van bureau TNS NIPO (zgn. *mystery callers*).⁶ Zij hebben telefoongesprekken gevoerd met medewerkers van zorgverzekeraars aan de hand van door de NZa opgestelde vragen (*call scripts*) en modelantwoorden (*score card*). De medewerkers van TNS NIPO zijn schriftelijk en mondeling geïnstrueerd door medewerkers van de NZa, die ook een dagdeel hebben meegelusterd met de gevoerde telefoongesprekken. Voor het overige waren zij daarbij niet aanwezig en hebben de medewerkers van TNS NIPO zelf de *score cards* ingevuld. Op basis van de uitkomsten van het onderzoek heeft NZa een aanwijzing gegeven aan die groepen zorgverzekeraars die als groep minder dan 80 procent hebben gescoord. De aanwijzing hield in dat zij uiterlijk per 15 januari 2016 ten minste 90 procent van alle telefonische vragen juist dienden te beantwoorden.

2 Vgl. art. 40 Wmg (i.h.b. lid 3).

3 Vgl. de memorie van toelichting bij de Wet marktordening gezondheidszorg, Kamerstukken II 204/05, 30186, nr. 3, p. 63-64.

4 Vgl. de beleidsregel Informatieverstrekking via vergelijkingssites van de NZa (TH/BR-020 van 7 juli 2105). Stcrt. 2015, 21587.

5 Bijv. in 2014, zie <www.nza.nl>. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de informatie op vergelijkingssites consumenten nog wel eens op het verkeerde been kan zetten. Zie ook het antwoord van de minister van VWS van 25 februari 2015 op Kamervragen van het Kamerlid Bruins Slot (2015Z00702).

6 Het rapport van TNS NIPO van 11 december 2015 is te vinden op de website van de NZa onder nieuws.

3 De beoordeling van de zaak door de rechter

Een aantal verzekeraars meende ten onrechte een aanwijzing te hebben gekregen en stapte naar de voorzieningenrechter. Zoals gezegd schortte het CBB de aanwijzing op. Daarbij spelen vier overwegingen een rol.

In de eerste plaats is het CBB van oordeel dat de NZa zich zelfstandig onvoldoende een oordeel heeft gevormd c.q. kunnen vormen over de mate waarin betrokkenen werkelijk hun wettelijke informatieplicht hebben geschonden (r.o. 4-7). Uit het onderzoek ter zitting is namelijk gebleken dat het daartoe niet beschikt over de transcripties van de door de *mystery callers* gevoerde telefoongesprekken evenmin als de door hen ingevulde *score cards*. Dit luistert volgens de voorzieningenrechter nauw, omdat over de beantwoording van de vragen discussie mogelijk blijkt en de beoordeling van de beantwoording minder eenduidig is dan de NZa doet voorkomen. Zo is gebleken dat alle antwoorden die door de *mystery callers* niet als 'goed' of 'volledig goed' zijn aangemerkt (dus ook: 'geen antwoord, weet het niet' of 'verwijst door naar andere instantie, zoals NZa') als foutief zijn beoordeeld en dat de NZa die antwoorden vervolgens ook als misleidend beschouwt. Volgens het CBB hoeft een fout antwoord in dit verband echter nog niet meteen te betekenen dat het misleidend is in de zin van de wet. Onder de gegeven omstandigheden kan de NZa dit echter niet (meer) nagaan. Het CBB houdt het er dan ook op dat het gescoorde foutpercentage, waarop de aanwijzing is gebaseerd, zó niet kan worden afgeleid uit het onderzoek door de *mystery callers*. Dit heeft tot gevolg dat betrokkenen zich minder goed kunnen verweren en ook de rechter niet kan beoordelen of en in hoeverre er sprake is van onjuiste dan wel misleidende informatie.

In de tweede plaats meent het CBB dat het onderzoek door de *mystery callers* onbevoegd is uitgeoefend (r.o. 8-9). Gelet op de mate van zelfstandigheid waarmee zij hebben kunnen opereren richting de zorgverzekeraars, zijn de *mystery callers* feitelijk opgetreden als formele toezichthouder. Dit type onderzoek naar de naleving van wet moet volgens de voorzieningenrechter worden uitgevoerd door een ter zake deskundige ambtenaar of medewerker zoals genoemd in de wet.⁷ De *mystery callers* kunnen echter niet als zodanig worden aangemerkt en zijn ook anderszins niet als toezichthouder aangewezen. Dit betekent dat de onderzoeksbevindingen in strijd met de wet zijn verkregen en niet ten grondslag kunnen worden gelegd aan de aanwijzing.

Een derde bezwaar van het CBB is dat de NZa onvoldoende specifiek is geweest in het adresseren van de aanwijzing (r.o. 10). De aanwijzing was immers gericht tegen groepen van (tien) zorgverzekeraars waarvan de gemiddelde score onder de 80 procent lag. Van die groep maakten dus ook individuele zorgverzekeraars deel uit die hoger scoorden en andersom. Dat is willekeurige handhaving, aldus het CBB. Tot slot acht het CBB de norm dat ten minste 90 procent van de antwoorden juist moet worden beantwoord niet vanzelfsprekend (r.o. 11) mede gelet op het gegeven dat het beantwoorden en beoordelen van de vragen nog niet zo eenvoud-

7 In dit geval art. 72 lid 1 Wmg en art. 5:11 Awb.

Arnt Mein

dig is gebleken. Ook is de norm van 90 procent niet in een beleidsregel vastgelegd of anderszins van tevoren bekendgemaakt.

4 Intermezzo: het gebruik van *mystery guests* in het kader van het toezicht

De *mystery guest* of *mystery shopper* is geen onbekende in het toezicht.⁸ Op zichzelf genomen is dat wel verklaarbaar: toezichthouders zoeken immers naar effectieve en innovatieve methoden om zicht te krijgen op de naleving en zo nodig maatregelen te treffen. Dit is ook wat de samenleving van een moderne toezichthouder verwacht. Tegelijkertijd moeten toezichthouders binnen de grenzen van de wet opereren en rekening houden met de beginselen van behoorlijk bestuur.⁹ Ook roept de inzet van *mystery guests* de kritiek op dat de toezichthouder niet met open vizier zou strijden.¹⁰ In de praktijk blijken toezichthouders op uiteenlopende wijze gebruik te maken van *mystery guests*. In het ene geval sturen zij eigen medewerkers (anoniem) op pad, in het andere geval huren zij derden in die meer of minder vrij worden gelaten in de uitvoering van hun werkzaamheden.

Een toezichthouder die, voor zover bekend, als een van de eersten gebruikmaakte van *mystery guests* was de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Dit kan worden afgeleid uit een tweetal al weer wat oudere uitspraken van de Rechtbank Rotterdam.¹¹ In beide gevallen ging het om een medewerker van de AFM die, als potentiële cliënt, informeerde naar een financieel product dat door een financiële onderneming werd aangeboden via een website en waarvan bleek dat de wettelijk voorgeschreven prospectus ontbrak. Volgens de rechtbank was geen sprake van uitlokking of anderszins misbruik van bevoegdheid nu de bewuste website voor eenieder toegankelijk was en dus ook voor een medewerker van de toezichthouder. In 2010 heeft de AFM een proefonderzoek gedaan naar de inzet van *mystery shoppers*.¹² De resultaten werden gebruikt om beter zicht te krijgen op de naleving door specifieke marktpartijen en niet voor het treffen van handhavingsmaatregelen. Later (augustus 2011) kondigde de AFM op haar website aan *mystery shoppers* te gaan gebruiken voor effectiever toezicht naar aanleiding van suggesties van de commissie-Scheltema die destijds onderzoek deed naar het DSB-debacle en de rol van de toezichthouder daarbij. Medewerkers van de AFM zouden als *mystery shoppers* optreden. Of het er in de praktijk ooit van gekomen is, blijft onduidelijk.

8 Zie voor een overzicht van praktijkvarianten S.M.C. Nuyten, De 'mystery shopper' in het bestuursrecht, Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance 2013, p. 75-80 en K.T. Paul & S.A. Adams, Dichterbij de dagelijkse praktijk? Evaluatieonderzoek naar het inzetten van *mystery guests* als instrument van toezicht in de ouderenzorg, iBMG/Erasmus Universiteit Rotterdam 2013, p. 27-34. Zie ook het bachelor essay van R.A. Sabbé, Lobjongeren als middel van toezicht op de Drank- en Horecawet. Effectieve handhaving of een stap te ver?, Universiteit van Amsterdam 2015.

9 Vgl. Nuyten 2013, p. 80.

10 Vgl. M. van Eersel, Mystery shopping: van tevredenheidsonderzoek naar financieel toezicht, Tijdschrift voor Compliance 2012/1, p. 39-40.

11 ECLI:NL:RBROT:2003:AF7601 en ECLI:NL:RBROT:2006:AW9671. Zie ook ECLI:NL:CBB:2007:BA7443.

12 Zie <www.afm.nl>.

Een andere toezichthouder die heeft geëxperimenteerd met *mystery guests* is de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Dit onder grote druk van de Tweede Kamer, vanwege vermeende misstanden in de ouderenzorg.¹³ De inzet van *mystery guests* komt dan ook terug in de toezichtvisie van de IGZ.¹⁴ De IGZ maakt daartoe gebruik van een extern bureau, waarvan de medewerkers de vrijheid krijgen hun werkzaamheden naar eigen inzicht in te richten. De inzet van *mystery guests* had echter vooral betrekking op 'zachte criteria' als sfeer en bejegening en was bedoeld als aanvulling op het reguliere toezicht, om te bepalen of een zorginstelling in aanmerking zou kunnen komen voor regulier toezicht.¹⁵

Een sector waar ook wordt geëxperimenteerd met *mystery guests* is het gemeentelijke toezicht op de naleving van de leeftijds grens in de Drank- en Horecawet.¹⁶ Daar speelt het probleem dat het in de praktijk bijzonder lastig blijkt voor een reguliere toezichthouder om een overtreding vast te stellen. Om die reden wordt gewerkt met *mystery shoppers*, ook wel loktienaers genoemd, die een horeca-inrichting bezoeken en alcoholhoudende drank bestellen. De *mystery shoppers* zijn in dienst van een particuliere organisatie of onderzoeksbureau. Zij worden vergezeld van een toezichthouder, die dan een 'heterdaadje' moet zien vast te stellen als basis voor een waarschuwing of een handhavingsmaatregel.¹⁷

De uitspraak van het CBB maakt duidelijk dat de grondslag op basis waarvan de *mystery guests* worden ingezet en de manier waarop de toezichthouder dat organiseert en begeleidt ertoe doet.

5 Consequenties voor het toezicht

Wat is de betekenis van deze zaak? In de eerste plaats dat het toezicht niet zonder meer kan worden uitbesteed aan derden (zijnde niet-toezichthouders). Toezicht houden, dat wil zeggen het verzamelen van informatie en die beoordelen in het licht van de geldende voorschriften, is een taak die is voorbehouden aan toezichthouders in de zin van de wet. Immers, die zijn daartoe opgeleid, beschikken over de nodige wettelijke bevoegdheden (bijv. opvragen informatie en inzage in documentatie), moeten wettelijke plichten in acht nemen (bijv. legitimeren, proportionaliteit) en leggen verantwoording af aan de leiding van een bestuursorgaan dat kan worden gecontroleerd door volksvertegenwoordigers. Het CBB neemt daarbij in aanmerking de hoge mate van zelfstandigheid waarmee de *mystery callers* te werk konden gaan en de ingrijpendheid van de gevolgen die de toezichthouder verbindt aan hun rapportage (namelijk het geven van een aanwijzing).

13 Paul & Adams 2013, p. 24 en 37.

14 IGZ Toezichtvisie 2012, p. 20.

15 Overigens kwam uit het (eerste) evaluatieonderzoek van dit toezicht naar voren dat de rapportages van de *mystery guests* minder goed bruikbaar waren voor het toezicht (Paul & Adams 2013, p. 57).

16 In art. 20 Drank- en Horecawet.

17 Vgl. R. Sabbé, De inzet van *mystery-shoppers* bij de handhaving van de Drank- en Horecawet, Factsheet STAP, 2016. Uit de factsheet blijkt dat de wettelijke grondslag voor de inzet van *mystery shoppers* bij het toezicht in het kader van de Drank- en Horecawet onduidelijk is. Daarnaast speelt het probleem dat uitlokking moet worden voorkomen.

Arnt Mein

De uitspraak ligt in lijn met een eerdere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit september 2014, waarin werd bepaald dat het door een gemeente op *no cure no pay*-basis inhuren van een extern bureau voor controle op bijstandsfraude niet door de beugel kon.¹⁸ Ook daarbij werd nagenoeg het gehele toezichtproces (informatieverzameling en beoordeling) uitbesteed aan derden.¹⁹ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dit moet worden beschouwd als een typische kerntaak van de overheid die niet kan worden uitbesteed aan private partijen, aldus de Centrale Raad. Bij de rechtelijke oordeelsvorming speelde het feit dat er werd gewerkt op *no cure no pay*-basis een belangrijke rol. De deur werd echter niet helemaal dicht gegooid. Inhuur van derden (bijv. via een uitzend- of detacheringsbureau) blijkt namelijk nog wel mogelijk. De uitvoering van de toezichtwerkzaamheden blijft in die constructie formeel gesproken binnen het publieke domein.²⁰ In dat geval houdt het bestuursorgaan (i.c. de toezichthouder) strikt de regie over de uitvoering van de werkzaamheden.

Het CBB lijkt op deze mogelijkheid te zinspelen waar het overweegt dat de NZa meer moeite had moeten doen om zich (bijv. met behulp van een methodoloog) te vergewissen van de uitvoering en kwaliteit van het onderzoek.²¹ De NZa had, hoe verleidelijk ook, niet blind mogen varen op de summier onderbouwde rapportage van TNS NIPO. Zij had het onderzoek als het ware tot het hare moeten maken, door het onderzoek nadrukkelijk te sturen en te verifiëren.

Dit betekent dat toezichthouders die overwegen gebruik te maken van de diensten van derden, onder wie *mystery guests*, alert moeten zijn op de grondslag voor de inzet van *mystery guests* evenals de constellatie waarbinnen dit plaatsvindt. Zij moeten daarover nadrukkelijk de regie voeren.²² Vooral dit laatste punt blijkt in de praktijk niet altijd het geval. De huidige toezichtpraktijk laat namelijk de nodige variatie zien wat betreft de inzet van *mystery guests*.

18 ECLI:NL:CRVB:2014:2947.

19 De medewerkers van het ingehuurd bureau deden dossieronderzoek, vroegen informatie op bij instanties, deden waarnemingen in de omgeving van betrokkene, legden onaangekondigd huisbezoek af en adviseerden de bijstandsuitkering in te trekken en terug te vorderen.

20 Vgl. het antwoord van de staatssecretaris van SZW van 5 juni 2015 op Kamervragen van de Kamerleden Kerstens en Oosenburg (2105Z07296). Zie ook meer recent Rb. Rotterdam 24 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4492.

21 Het CBB had het ook kunnen laten bij de vaststelling dat onbevoegd toezicht was uitgeoefend.

22 Daarnaast moet de inzet van *mystery guests* natuurlijk ook voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het subsidiariteits- en proportionaliteitsvereiste.