

SPOEDAPPELDAGVAARDING

Heden, de twintigste augustus tweeduizendtwaalf, ten verzoeken van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid de **Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland**, gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht aan de Oudlaan 4 (3515 GA), hierna verder te noemen “de VGN”, en
2. de stichting **Stichting De Noorderbrug**, gevestigd en kantoorhoudende te Groningen, kantoorhoudende aan de Stedumermaar 6 (9735 AC);
3. de stichting **Stichting NOVO**, gevestigd en kantoorhoudende te Groningen, aan de Eenrummermaar 1 (9735 AD);
4. de stichting **Stichting Odion**, gevestigd en kantoorhoudende te Purmerend, aan de Purmerweg 19A (1441 RA)

te dezer zake domicilie kiezende te Zwolle aan de Burg. Roelenweg nr. 11 (postbus 600, 8000 AP) ten kantore van prof. mr. J.G. Sijmons (Nysingh advocaten-notarissen N.V.), die ten deze als behandelend (proces)advocaat voor requiranten wordt gesteld en als zodanig voor hen zal optreden met het recht van substitutie,

heb ik,

Aan

de publiekrechtelijke rechtspersoon **DE STAAT DER NEDERLANDEN**, meer in het bijzonder de **MINISTER** en **STAATSSECRETARIS VAN VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT**, hierna verder “de Minister van VWS” resp. “de Staatssecretaris”, waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage, te dezer zake op de voet van artikel 63 Rv. mijn exploit doende ten kantore van mr. G.R.J. de Groot, advocaat van de Staat der Nederlanden in eerste aanleg, aan het adres Bezuidenhoutseweg nr. 57 (2594 AC) te 's-Gravenhage en afschrift dezes latende aan:

Aangezegd

dat mijn requiranten in hoger beroep komen van het vonnis dat de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage, sector civiel op 24 juli 2012 onder rolnummer 422231 / KG ZA 12-670 heeft gewezen tussen requiranten als eisers, en gerequireerde als gedaagde in kort geding;

En aangezegd

a. dat indien geïntimeerde advocaat stelt maar het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, het gerechtshof verstek tegen geïntimeerde verleent en zijn in hoger beroep gevoerde verweer buiten beschouwing laat;

b. dat bij verschijning in het geding van geïntimeerde een griffierecht van € 666,- zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;

c. dat van geïntimeerde die onvermogen is een lager griffierecht wordt geheven, namelijk € 291, -, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

- 1e een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

- 2e een verklaring van de raad als bedoeld in artikel 1, onder b, van die wet, waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de bedragen, bedoeld in artikel 35, derde en vierde lid, telkens onderdelen a tot en met d dan wel in die artikelliden, telkens onderdeel e, van die wet;

met dien verstande dat als gevolg van een inmiddels van kracht geworden wijziging van de Wet op de rechtsbijstand nu geldt dat de verklaring wordt verstrekt door het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 2 van die wet, terwijl de bedragen waaraan het inkomen wordt getoetst zijn vermeld in artikel 2 eerste en tweede lid van het Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand;

Voorts heb ik, deurwaarder, voornoemde gerequireerde:

Gedagvaard

om op dinsdag de vierde september tweeduizendtwaalf des voormiddags om 10.00 uur niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen op de zitting van het

Gerechtshof te 's-Gravenhage, enkelvoudige kamer voor burgerlijke zaken, in het Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan nr. 60 te 's-Gravenhage,

Met de uitdrukkelijke vermelding

Dat door appellanten op de voet van artikel 9 van het Landelijke Procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven zal worden verzocht het onderhavige appel als een spoedappel te behandelen, waarbij aan geïntimeerde op de aangezegde rechtsdag een eenmalig ambtshalve peremptoir uitstel van twee weken zal worden verleend voor het indienen van een memorie van antwoord,

Teneinde

Alsdan en aldaar namens appellanten tegen zich als geïntimeerde te horen eis doen en concluderen:

1. Appellanten sub 2 tot en met 4 zijn instellingen actief op het gebied van de door de AWBZ gefinancierde gehandicaptenzorg. Appellante sub 1, hierna te noemen, 'VGN' treedt krachtens statutaire doelstelling op als algemeen belangenbehartiger van deze en de overige instellingen op het gebied van de gehandicaptenzorg. Haar leden worden hier na gezamenlijk aangeduid als 'de instellingen'. Geïntimeerde zal hierna worden aangeduid als 'de Staat' of meer in het bijzonder als de Minister of Staatssecretaris van Volksgezondheid Welzijn en Sport (hierna 'VWS').
2. Appellanten komen in beroep van het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 juli 2012 tussen appellanten en de Staat gewezen, waarbij de vorderingen van appellanten zijn afgewezen. Appellanten beschrijven hierna kort de inhoud van het geschil en lichten toe waarom de behandeling van het beroep als een spoedappel wordt gevraagd. Daarna zullen appellanten de grieven die ten grondslag liggen aan het beroep aangeven en bespreken.
3. Appellanten verzoeken al hetgeen zij in eerste aanleg hebben gesteld, hier als herhaald en ingelast te beschouwen, voor zover zij niet het tegendeel hiervan in het navolgende aangeven. Zij houden al haar producties (A t/m Z) in het geding. Appellanten handhaven ook alle stellingen, waarop in het beroepen vonnis niet (expliciet) is ingegaan en niet in de grieven zijn besproken.
4. Appellanten leggen over het procesdossier in eerste aanleg, bestaande uit:

- a) De dagvaarding in eerste aanleg d.d. 6 juli 2012;
- b) De brief met producties A t/m I van appellanten aan de voorzieningenrechter d.d. 6 juli 2012;
- c) De brief met producties H t/m Z van appellanten aan de voorzieningenrechter d.d. 13 juli 2012;
- d) De brief met producties 1 t/m 3 van de Staat aan de voorzieningenrechter d.d. 13 juli 2012;
- e) De pleitnota d.d. 17 juli 2012 namens appellanten;
- f) De pleitnota d.d. 17 juli 2012 namens de Staat;
- g) Het beroepen vonnis van 24 juli 2012

Het geschil

5. De gehandicaptenzorg zoals door de instelling wordt verleend, wordt (behoudens bescheiden eigen bijdragen) volledig gefinancierd uit de middelen van de AWBZ. De zorgkantoren voeren de AWBZ uit door voor de beschikbare middelen (de 'contracteerruimte') de gehandicaptenzorg in te kopen bij de instellingen. Deze contracteerruimte wordt jaarlijks vastgesteld door de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa') op aanwijzing van de Staatssecretaris van VWS. Op 8 juni 2012 (productie B) heeft de Staatssecretaris van VWS aan de Nederlandse Zorgautoriteit de voorlopige contracteerruimte voor de AWBZ voor het jaar 2013 bekend gemaakt. Daarbij zegt zij aan de Eerste en Tweede Kamer met toepassing van artikel 8 Wet marktordening gezondheidszorg ('Wmg') haar voornemen kenbaar te zullen maken, de NZa dienovereenkomstig een aanwijzing ingevolge artikel 7 Wmg te geven om deze te verwerken in de contracteerruimte en de tarieven van de prestaties van de instellingen (hierna 'de Aanwijzing'). Voor het jaar 2013 (de voorlopige contracteerruimte voor 2013) heeft de Staatssecretaris van VWS meer in het bijzonder aangegeven dat het startpunt van de totale contracteerruimte voor het jaar 2013 100% is van de totale contracteerruimte voor het jaar 2012, waaronder mede begrepen de niet-benutte contracteerruimte 2012, echter verminderd met, onder andere:
 - € 280 miljoen vanwege het terugbrengen van de zzp-tarieven bij de gehele gehandicaptenzorg en de langdurige geestelijke gezondheidszorg op het niveau van voor de ingezette investeringsmiddelen, zoals in het Begrotingsakkoord 2013 is uitgewerkt (de korting van € 280 miljoen stemt inderdaad overeen met hetgeen daarover in het Begrotingsakkoord 2013 is bepaald). De regionale contracteerruimtes worden verlaagd met dit bedrag op basis van de verdeling van deze zzp's in 2012.;

- € 91 miljoen vanwege de taakstelling op vervoer, waarvoor de NZa een passend (lager)vervoerstarief dient vast te stellen.

Deze taakstelling op vervoer bedraagt in totaal € 150 miljoen, zodat nog eens een bedrag van € 59 dient te worden gerealiseerd, echter niet via de tarieven ex ante, maar door vanaf 2013 het laten vervallen van de nacalculatie van de vervoerskosten (buiten de contracteerruimte). Voor de gehandicaptensector resulteert als aandeel daarin dan een korting van € 113 mln. voor 2013.

6. De instellingen en de VGN achten de op te leggen taakstelling onrechtmatig en zijn met een verzoek om voorlopige voorzieningen in eerste aanleg hiertegen opgekomen. Het beroep betreft van de maatregelen echter slechts de vervoerskosten. Ten aanzien van de € 280 mln. aan het terugbrengen van de intensiveringsmiddelen, de extra middelen uit het op 5 september 2011 afgesloten, maar op 25 juni 2012 opgezegde Convenant Investerings Langdurige Zorg 2011-2015, heeft de voorzieningenrechter in eerste aanleg voor de beoordelingen van de onrechtmatigheid verwezen naar de bodemprocedure. Appellanten zullen de voorzieningenrechter daarin volgen, hoewel zij van mening blijven dat de opzegging van het genoemde convenant niet afdoet aan de verplichting uit het convenant de betrokken middelen structureel ter beschikking te stellen en zij de wijze van het terugdraaien van de ter beschikking gestelde middelen ook in algemeen zin onrechtmatig achten. Appellanten concentreren het appel op de vervoerskosten, die onmiddellijk een voor de instellingen niet weg te bezuinigen probleem opleveren.
7. Voor de voorgenomen Aanwijzing ten aanzien van de vervoerskosten is er een blijvend spoedeisend belang

Toelichting spoedappel

8. Appellanten hebben een belang bij een spoedappel. De voorzieningenrechter heeft terecht in eerste aanleg een spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen aangenomen.
9. De instellingen voor gehandicaptenzorg dreigen voor 2013 meer dan de helft van hun vergoeding voor vervoerskosten te verliezen. Daardoor kunnen zij het vervoer niet meer naar behoren aanbieden. Zij hebben daarom reeds een spoedeisend belang bij appel.
10. Voor de zorg voor 2013 is de aanbesteding begonnen en wordt door de zorgkantoren in een gunningsronde nog vóór het einde van het jaar gecontracteerd. De zorgkantoren

zullen daartegenover slechts binnen de grenzen van de contracteerruimte tot gunning en honoreren van vervoerskosten kunnen en willen overgaan.

11. Op basis van de nog af te geven Aanwijzing worden de vervoerstarieven voor 2013 door de NZa definitief gesteld (deze tarieven zijn thans slechts onder voorbehoud van de Aanwijzing in een beleidsregel opgenomen om de instellingen en zorgkantoren in het zorginkoopproces te oriënteren). De Aanwijzing wordt na Prinsjesdag 2012 gegeven en gedurende een maand voorgehangen in de Eerste en Tweede Kamer (ingevolge artikel 8 Wmg). Appellanten hebben er met name belang bij dat niet van het onjuiste voorlopig oordeel van de rechtmatigheid van de voorzieningenrechter wordt uitgegaan (zoals hierna in de grieven toegelicht), doch van een juist voorlopig oordeel over de rechtmatigheid ervan.
12. De langdurige onzekerheid daarover gedurende een cruciale fase, te meer gelet op de omvang van het betrokken bedrag van € 113 miljoen, is voor appellanten zo schadelijk, dat de vorderingen ook om die reden spoedeisend moeten worden geacht. Appellanten zullen indien zij achteraf in een bodemprocedure inhoudelijk in het gelijk worden gesteld, wanneer reeds afspraken met de vervoerders moeten zijn gemaakt, steeds met onomkeerbare schade blijven zitten. Ook een administratieve voorlopige voorziening zal in een bodemprocedure niet eerder kunnen plaatsvinden dan in 2013, omdat de tariefbeschikkingen van de NZa, waartegen administratief bezwaar en beroep zich zou moeten richten, pas na de definitieve Aanwijzing niet voor eind december 2012 worden verwacht. Het voorkomen van tekorten in de vergoedingen voor het vervoer nog voor het jaar waarin de vergoedingen van kracht worden, nu op onmiskenbaar onrechtmatige wijze daarin wordt gekort, is een rechtens spoedeisend belang voor spoedappel.
13. Op deze gronden zullen appellanten het Gerechtshof verzoeken het appel als spoedappel te behandelen.
14. Appellanten kunnen zich met het beroepen vonnis niet verenigen en leggen aan hun beroep de navolgende grieven ten grondslag:

Grief I

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in eerste aanleg de vorderingen van appellanten, hierna ook te noemen 'VGN c.s.', afgewezen.

Toelichting

Het geschil in eerste aanleg betrof twee onderdelen, namelijk het schrappen van de extra middelen uit het voornoemde Convenant Investerings Langdurige Zorg 2012-2015 en de vervoerskostenvergoeding in de tarieven.

Deze grief heeft de strekking het geschil met betrekking tot de vervoerskosten in volle omvang aan uw Gerechtshof ter herziening en beoordeling voor te leggen.

Grief II

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen

“De Staat heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat van het huidige systeem van vergoeding van vervoerskosten (waarbij een deel wordt bekostigd uit de contracteerruimte en waarbij – voor zover de werkelijke kosten uitstijgen boven het budget – deze op basis van nacalculatie grotendeels aan de Instellingen worden vergoed) een onvoldoende prikkel uitgaat om het vervoer efficiënt te organiseren en dat de vervoerskosten daardoor fors zijn gestegen.”

Toelichting

De voorzieningenrechter heeft niet onderscheiden tussen enerzijds het feit dat van het huidige tariefsysteem voor vervoerskosten van de mogelijkheid tot nacalculatie mogelijk onvoldoende prikkel uitgaat, en anderzijds de oorzaak van de kostenstijging van het vervoer. Dat een open einde in de nacalculatie onvoldoende prikkel zou bevatten voor kostenbeheersing is nog iets anders dan aan te nemen dat daarmee de kostenontwikkeling is verklaard. Er was reeds een remmend mechanisme in de nacalculatie ingebouwd, doordat van de nagecalculeerde kosten slechts 75% werd vergoed (zie de pleitnota van de Staat onder 8. p. 14). Daarom was niet de nacalculatie de *driver* achter de kostenontwikkeling. Op zich verzetten VGN c.s. zich niet tegen het afschaffen van de nacalculatie in de vervoerskosten.

Het gaat bij de Aanwijzing om een veel verder reikende ingreep in de tarieven. De afschaffing van de nacalculatie zou bijvoorbeeld resulteren in een maximumtarief voor de vervoersvergoedingen van € 23,15 voor vervoer van verstandelijk gehandicapten met gedragsproblemen (codes H628 en Z963 in Beleidsregel CA-300-509, productie F, VGN c.s. eerste aanleg). Deze tarieven stonden immers los van de nacalculatie en worden bij de enkele afschaffing van de nacalculatie niet getroffen. De tarieven worden echter in de Aanwijzing van de Staatssecretaris teruggebracht tot gemiddeld minder dan € 8 per dag.

Uit de grafiek op pagina 15 van de pleitnota van de Staat in eerste aanleg volgt reeds, dat de stijging juist *niet* in hoofdzaak bij de nacalculatie plaatsvindt. Deze nacalculatie is immers afzonderlijk weergegeven. Daarin is een stijging van € 9,2 mln. aangegeven van 2008 tot en met 2012. In het normatieve (niet nacalculeerbare) deel is de stijging in deze jaren ca. € 55 mln., ofwel een veelvoud van de stijging van de nagecalculeerde kosten. De werkelijke groei zit hoofdzakelijk in het feit dat meer vervoerd wordt al *binnen* de contracteerruimte (dus als voorzien en geaccordeerd door de Staat vanwege haar beleid van splitsen van wonen en zorg). In eerste aanleg is gewezen op de werkelijke achtergrond van de stijging van de vervoerskosten, namelijk de door de overheid nagestreefde splitsing van wonen en zorg, die met steeds meer vervoersbewegingen gepaard gaat. Zie daarover hetgeen in eerste aanleg, met name bij pleitnota van appellanten onder 24 en 25, is gesteld en verder aan producties (met name Q, doch voorts de praktijk van S t/m Y) is overgelegd. Het onderzoek van PwC, overgelegd in eerste aanleg als productie H, maakt daarvan uitdrukkelijk ook melding als de aangegeven primaire oorzaak uit het veld (zowel instellingen als door zorgkantoren: zie de pagina's 8, tweede alinea en pagina 12). De voorzieningenrechter is hier ten onrechte geheel aan voorbij gegaan.

De bestreden overweging mist relevantie en plaatst de beoordeling van de Aanwijzing in een verkeerd perspectief.

Grief III

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen:

“Mede gelet op de huidige financiële crisis en de noodzaak van bezuinigingen, acht de voorzieningenrechter de wens van de Staat om de kosten van het vervoer te beteugelen en daarbij het systeem van nacalculatie zoals hiervoor omschreven te willen beëindigen, gerechtvaardigd. De vraag die thans beoordeeld dient te worden is of de Staat met de voorgenomen Aanwijzing op dit punt onmiskenbaar onrechtmatig handelt. Aan VGN c.s. moet worden toegegeven dat sprake is van een rigoureuze maatregel, die erop neerkomt dat de tarieven meer dan gehalveerd worden. Echter, de tarieven zijn door de NZa vastgesteld op basis van het door PwC verrichte onderzoek en zij zijn voorshands deugdelijk gemotiveerd.”

Toelichting

De afschaffing van de nacalculatie moge dan gelet op de noodzaak van bezuinigingen in de ogen van de voorzieningenrechter gerechtvaardigd zijn, zoals appellanten in eerste aanleg en

thans ook niet hebben bestreden (hoewel de vraag is wat daarvan precies de opbrengst voor de gehandicaptenzorgsector zou zijn; de Staat heeft slechts voor alle AWBZ sectoren getallen genoemd). Dit ligt anders voor het deel van de vervoersvergoedingen binnen de contracteerruimte voor de gehandicaptenzorg, waarin de Staat uitdrukkelijk eerder heeft voorzien en waarmee – ook met bijgestelde tarieven – een volume aan vervoer kan worden gerealiseerd passend bij de AWBZ-aanspraken op vervoer en de beleidsmatige ontwikkeling van de AWBZ-zorg naar zelfstandiger en meer gedecentraliseerd wonen. De voorzieningenrechter is ten onrechte hieraan geheel voorbij gegaan.

De in de Aanwijzing opgenomen vervoerstarieven, althans de tarieven die volgens de NZa resulteren uit de Aanwijzing (Brief NZa d.d. 28 juni 2012, VGN c.s. productie I en Staat productie 2), zijn allerminst deugdelijk gemotiveerd en er was voor de voorzieningenrechter en is in appel ook geen aanleiding te veronderstellen dat er een deugdelijke motivering bestaat voor de meer dan halvering van de tarieven.

Het bestuursorgaan heeft een verplichting uit hoofde van artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht om onderzoek te doen naar de relevante feiten en belangen. In deze heeft de Staatssecretaris zichtbaar geen andere informatie dan de gegevens van de NZa (en het door de NZa uitgevoerde onderzoek van PwC, overgelegd als productie H in eerste aanleg). Op deze informatie kan men niet deugdelijk de kortingsmaatregel motiveren, aangezien de NZa zelf reeds bij brief van 28 juni 2012 (productie I) de Staatssecretaris heeft voorgehouden dat de tarieven met de voorgenomen Aanwijzing niet deugdelijk zijn te motiveren. De NZa stelt dat zij “niet met zekerheid kan vaststellen of de nieuwe tarieven kostendekkend zijn” en bedoeld klaarblijkelijk te waarschuwen dat dit niet langer het geval zal zijn en geeft in de brief van 28 juni 2012 aan dat daartoe dan de AWBZ-aanspraken op vervoer moeten worden beperkt om de vervoerstarieven weer kostendekkend te maken. De NZa is te dezen het deskundig bestuursorgaan. De Staatssecretaris en de voorzieningenrechter gaan ten onrechte aan dit oordeel van de NZa voorbij.

Gegeven de verplichting dat de tarieven kostendekkend moeten zijn ingevolge de Wet marktordening gezondheidszorg, zoals de NZa terecht naar voren brengt, rust op de Staatssecretaris de plicht voldoende onderzoek te doen, waarop aannemelijk kan worden gemaakt, dat een verdere reductie van de vervoerskosten in principe haalbaar is. De Staatssecretaris heeft ermee volstaan te stellen, dat waar de gemiddelde vervoerskosten op ca. € 14 tot € 17 per dag liggen, daarmee niet gezegd is dat dit ook het maximaal haalbare kostenniveau van de vervoerskosten is. Dat een lager niveau realiter haalbaar is, moet op basis van nader onderzoek blijken. Het onderzoek van PwC, uitgevoerd voor de NZa, trekt zelf die conclusie immers niet, noch de NZa op basis van dit onderzoek (integendeel, zie de

genoemde brief van 28 juni 2012, productie I), zodat de vraag is hoe überhaupt de Staatssecretaris tot de veronderstelling is gekomen dat een reductie mogelijk is tot het niveau van minder dan € 8 per dag. Nu de Staatssecretaris het beleid reeds meent te moeten baseren op onderzoek (uiteraard ingevolge artikel 3:2 Awb), kan niet meer worden volstaan met verwijzing naar het PwC-rapport, waaruit de gewilde conclusies nu uitdrukkelijk niet volgen.

Het verdraagt zich niet met de plicht een in beginsel kostendekkend tarief vast te stellen in het kader van de Wet marktordening gezondheidszorg om daaraan de invulling te geven, dat de instellingen er maar voor moeten zorgen dat de tarieven kostendekkend *worden*, door in het vervoer te snijden. Ten onrechte is de voorzieningenrechter niet ingegaan op het argument van appellanten, dat het wettelijk niet aan de instellingen kan zijn de (vervoers-)aanspraken ingevolge de AWBZ te beperken (zie grief VI).

Bij enige bestudering van het PwC rapport had het de Staatssecretaris duidelijk moeten zijn, dat de variatie in kosten van vervoer zoals gevonden door PwC – waar deze zelf daaraan geen conclusie meent te kunnen verbinden – geen aanleiding geeft voor de stellige aanname (pleitnota in kort geding De Staat, p. 16) dat het verschil in kosten “zijn oorzaak lijkt te vinden in de organisatie van de interne bedrijfsvoering van de instellingen”. PwC heeft een aantal ‘correlaties’ onderzocht en geen verbanden (die er ongetwijfeld zijn) kunnen vaststellen, met name niet omdat de gegevens niet voldoende specifiek zijn. Bijvoorbeeld is van de belangrijkste voor de hand liggende kostenfactor, het aantal vervoersbewegingen, gezegd “uit onze casestudies bleek dat zeker niet alle instellingen de vervoersbewegingen registreren....Dit feit, samen met de grote spreiding van resultaten in nevenstaande grafiek [kosten per vervoersbeweging, drwr.] en de gebrekkige correlatie van deze kosten per cliënt, leiden bij ons tot twijfel ten aanzien van de bruikbaarheid van de aantallen vervoersbewegingen die zijn ingevuld in dit onderzoek” (productie H, p. 23).

VGN c.s. hebben aldus ook nog navraag gedaan bij de projectleider van dit onderzoek van PwC (de heer Gert-Jan Postma; managing director gezondheidszorg; zie productie H, p. 3). Deze bevestigt, hetgeen ook een zorgvuldige lezer en gebruiker van het rapport duidelijk zal zijn (zoals het ook de NZa duidelijk was), dat het zeker onjuist is om de onderzoeksresultaten van de tien aanbieders met de laagste vervoerskosten per cliënt te extrapoleren naar de gehele sector. Daarvoor zijn alle situaties zowel in de feitelijke organisatie als in de administratieve verwerking veel te divers en zou nader onderzoek ‘achter de cijfers’ moeten plaatsvinden. De cijfers vergen dan een interpretatie die heel nauw steekt. Een zo uiteenlopend beeld, terwijl de kosten van ingehuurd vervoer naar een marktprijs zal tenderen, staat eerder slechts een zeer globale gemiddelde conclusie toe, hetgeen precies hetgeen was, waartoe PwC zich behoudend opstellend gerechtigd achtte.

PwC (bij monde van de heer Postma) herkent de beperkingen in het materiaal, die alleen in de eindconclusie werden geacht bij de middeling tegen elkaar weg te vallen. Zoals het PwC-rapport vermeldt “verschilt de kwaliteit van de administratieve gegevens aanzienlijk. Veel instellingen waren niet in staat een splitsing aan te brengen tussen het aantal vervoerde intra- en extramurale cliënten... In de onderzoeksgegevens bleek echter ook dat de kosten per vervoerde cliëntbeweging in enkele gevallen tot vreemde uitkomsten leidde. Bij navraag bij de betreffende instelling bleken de getallen dan niet te kloppen” (productie H, p. 36). Dit probleem blijkt breder dan alleen de twee genoemde posten. Door nadere enquête bij de instellingen zijn de cijfers pas te ijken en te waarderen om tot meer realistische uitspraken te komen.

Bovendien is het hebben van de laagste vervoerskosten per cliënt per instelling absoluut niet hetzelfde als zijnde de meest efficiënte vervoerder c.q. zorgaanbieder die vervoer aanbiedt/inkoopt. Het komt immers aan op de aantallen vervoersbewegingen, de aantallen cliënten, aantallen dagen dagbesteding en afstanden en aantallen rolstoelers etc. die in de gemiddelden worden meegenomen. Anders vergelijkt men toch appels met peren. Een instelling die maar 10% cliënten vervoert heeft bij dezelfde kosten per vervoersbeweging gemiddeld per cliënt natuurlijk veel lagere kosten, dan een instelling die 70% van de cliënten vervoert. Per vervoerde cliënt zijn de kosten gelijk, maar over het totaal van de instellingen zijn de vervoerskosten zeer verschillend.

De cijfers uit de administratie van de instellingen zijn in getotaliseerde vorm aangeleverd. Het blijkt niet zo te zijn, dat de kosten per instelling door PwC uitsluitend voor de vervoerde cliënten is gemeten. Dat de gemiddelde kosten uitsluitend de vervoerde cliënten betreffen en vergelijkbare vervoersbewegingen is feitelijk niet het geval (zie ook de toelichting op grief V). De Staatssecretaris die verdergaande conclusies wilde verbinden aan het rapport, had zulks dienen na te gaan.

Grief IV

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen

“Uit het rapport van PwC volgt weliswaar dat de gemiddelde kosten voor vervoer in de gehandicaptenzorg € 14,44 per dag voor intramurale cliënten en € 17,22 per dag voor extramurale cliënten bedragen, maar hieruit volgt echter niet dat deze tarieven ook noodzakelijk zijn om adequaat en kostendekkend vervoer te kunnen organiseren.”

Toelichting

Theoretisch is deze overweging juist, maar leidt tot niets. Er volgt met name niet uit, dat als de feitelijke kosten in theorie lager zouden *kunnen* zijn, zij feitelijk ook substantieel naar beneden kunnen en moeten worden gebracht.

De Staat en de voorzieningenrechter gaan er dan in de eerste plaats aan voorbij, dat de zorgkantoren voor het merendeel van de vervoerskosten (normatieve deel) er belang bij hebben onder de maximale beleidsregelwaarde te contracteren. De kosten zijn juist daar sterk gestegen, waar de tarieven zijn begrensd en door de zorgkantoren naar beneden kunnen worden gebracht. Dat dit niet meer oplevert dan een meer bescheiden daling van de tarieven, zoals voorgesteld door de NZa (productie Z, memo NZa d.d. 5 april 2012), toont aan dat er geen basis is voor de stelling, dat de tarieven kunnen worden verlaagd met € 113 mln. zoals de Aanwijzing wil.

Het Rapport van PwC concludeert tot gemiddelde kosten van € 14,44 (intramuraal) en € 17,22 (extramuraal) per dag, die in het genoemde voorstel van de NZa zijn opgenomen. De aannahme van de Staat en voorzieningenrechter is echter, dat deze reële op gemiddelde kosten gebaseerde tarieven op het meest efficiënte niveau kunnen worden gebracht, zoals thans één op de zes instellingen al zou weten te realiseren. De uitzondering wordt daarmee tot de norm verheven. Reeds de onaannemelijkheid, dat het merendeel zeer ondoelmatig werkt, gelet op de uitkomsten van het PwC-rapport (zie de toelichting op grief VI), maakt dat het evident van onbehoorlijk bestuur getuigt de uitzondering tot norm te verheffen.

De extrapolatie gaat verder mank aan het feit dat het juist de 'uitbijters' zijn in de spreiding van kosten die een verklaring behoeven (zowel aan de top als aan de basis van de kostenspreiding) en het methodisch onlogisch is omgekeerd, de uitersten van de 'normaalverdeling' als algemene norm te nemen. Zoals uit de toelichting op de volgende grief blijkt, zijn het inderdaad in hoofdzaak onregelmatigheden die de uitzonderlijke positie van de tien goedkoopste zorginstellingen voor vervoer verklaren. Deze onregelmatigheden kunnen daarom niet de norm zijn voor de algemene (haalbare) kosten voor vervoer.

Grief V

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen:

“De Staat heeft in dat verband voldoende aannemelijk gemaakt dat één op de zes instellingen thans minder dan de hiervoor genoemde tarieven aan vervoer besteedt,

terwijl naar voorlopig oordeel gelet op de huidige economische omstandigheden van de Instellingen geleverd mag worden dat zij een bijdrage leveren aan het verlagen van de kosten van vervoer binnen de gehandicaptenzorg.”

Toelichting

In verband met de crisis zou van de instellingen een bijdrage worden verwacht in de bezuinigingen. Deze algemene overweging wordt door de VGN als zodanig niet bestreden, maar deze bijdrage levert de sector reeds. De prestatiebekostiging die afgelopen jaren is ingevoerd (bekostiging van prestaties op basis van zorgzwaartepakketten, ‘zzp’s’, per cliënt in plaats van budgettering van instellingen) heeft daar reeds een belangrijke bijdrage aan geleverd. De sector is zelfs bereid tot verdergaande afspraken. Voor de rechtmatigheid van een bijdrage van de sector aan de bezuinigingen komt het wel aan op de proportionaliteit van die bijdrage. Deze verwachting en bereidheid kunnen echter niet afdoen aan het fundamentele uitgangspunt dat de tarieven in het kader van de Wet marktordening gezondheidszorg in beginsel kostendekkend zijn.

De Staat heeft allerm minst aannemelijk gemaakt, dat één op de zes instellingen met de laagste vervoerskosten het model kunnen bieden voor andere instellingen. Een nadere analyse van de tien aanbieders met lage vervoerskosten per cliënt op jaarbasis volgens de grafiek op pagina 21 van het PwC-rapport, waaraan de Staat en de voorzieningenrechter refereren, leert het volgende:

- a) De grafiek betreft alleen zorgaanbieders voor verstandelijk gehandicapten (‘VG’) en enkele gemengde aanbieders (aldus door PWC bevestigd). De zuivere aanbieders voor zorg aan lichamelijk gehandicapten (‘LG’), waarvan het vervoer meer problematisch en duurder is, zijn dus niet meegenomen, terwijl juist die aanbieders de grootste budgettaire problemen hebben met de nieuwe tarieven. Dit blijkt ook uit het staatje op pag. 14 van het rapport: de LG respons is 11 en de VG respons is 60 en de 60 aanbieders in de grafiek op pag. 21 waar misleidend ‘GHZ’ als titel boven staat. Deze laatste grafiek betreft slechts het goedkopere deel ‘VG’.
- b) Van de tien goedkope aanbieders zijn er vijf die minder dan 50 cliënten hebben, die voor hun dagbesteding vervoerd worden. Eén instelling heeft zelfs maar 10 vervoerscliënten. Dat zijn uiteraard geen representatieve aantallen. Ook al niet omdat in een dergelijk geval het vervoer geheel anders geregeld kan worden (bijv. door eigen personeel in personenauto’s). Voor substantiële aantallen cliënten die per dag vervoerd moeten worden kan het vervoer alleen maar via professionele vervoerders gedaan worden (wegens capaciteit en om continuïteit en kwaliteit te waarborgen).
- c) De in de grafiek gemelde gemiddelde vervoerskosten per cliënt per jaar per aanbieder zeggen niet veel over de gemiddelde ritprijzen of vervoerskosten per dag. Immers niet

gegeven is hoeveel dagen dagbesteding wordt afgenomen per cliënt. De ene cliënt heeft vijf dagen per week dagbesteding en de ander maar twee en alles er tussen in. Als er relatief veel cliënten zijn met weinig dagen dagbesteding komt dat sneller uit op lagere gemiddelde vervoerskosten per jaar, omdat de jaarkosten (een functie van het aantal vervoersbewegingen voor dagbestedingen) gedeeld worden door alle cliënten die zijn vervoerd ongeacht het aantal dagen dagbesteding. Niet het aantal gebruikers, maar het aantal vervoersbewegingen is de maatstaf om te beoordelen of een instelling doelmatig het vervoer inkoopt en organiseert. De vervoerskosten per cliënt per jaar meet eerder de gemiddelde indicatie of de vervoersaanspraak. De doelmatigheid van de toekenning van aanspraken uit het Besluit zorgaanspraken AWBZ is niet een zaak van de instellingen, maar van het indicatieorgaan CIZ. Het gemiddelde vervoer per cliënt per jaar is dus een onzuivere maatstaf voor de doelmatigheid van het vervoer als zodanig.

- d) De VGN heeft bij instellingen nagevraagd welke gegevens aan de enquête ten grondslag lagen. PwC heeft de uitkomsten niet met de instellingen teruggekoppeld en zij herkenden zich vaak niet in de uitkomsten uit de grafiek op blz. 21 van het PwC-rapport, waar de instelling kon worden geïdentificeerd. Waar de onduidelijkheid heeft gelegen, kan in dit verband in het midden blijven (de vragenlijsten van de enquête zijn door de NZa niet gepubliceerd), maar bij de enquête kloppen de opgaven vaak niet met de uiteindelijke waarde van de totale gemiddelde vervoerskosten op jaarbasis (steeds 2010) per vervoerde cliënt. Aangeleverde gegevens betroffen bijvoorbeeld dan abusievelijk:

1. De vervoerskosten gedeeld over alle cliënten in plaats van alleen over de AWBZ-vervoerde cliënten;
2. De vervoerskosten gedeeld over alle dagbestedingscliënten in plaats van alleen over de naar de dagbesteding AWBZ-vervoerde cliënten;
3. De vervoerskosten gedeeld over alle vervoerde cliënten in plaats van uitsluitend over de vervoerde cliënten op basis van een indicatie en dus met vervoerskosten vergoed op basis van de NZa-beleidsregel;
4. Niet de door PwC bedoelde terugrekening van cliënten op jaarbasis naar full-time dagbesteding;
5. Niet de volledige vervoerskosten, omdat kostenposten niet eenduidig afzonderlijk als vervoerskosten waren geboekt (PwC meldt dit in haar rapport op pagina 9);
6. Niet de volledige kosten, omdat de vervoerskosten die in de nacalculatie niet waren meegenomen door het zorgkantoor of de 25% aftrek of die reeds waren betaald door de cliënten (ten onrechte) niet in de opgave van de vervoerskosten waren meegenomen.

- e) VGN heeft binnen de appeltermijn bij zeven van de tien volgens PwC voor de vervoerskosten meest voordelige zorgaanbieders, die bij de grafiek konden worden geïdentificeerd, navraag kunnen doen om de uitkomsten van de enquête, zoals opgenomen in de grafiek op pagina 21 van het PwC-rapport te verifiëren (hetgeen PwC als gezegd achterwege had gelaten). De benaderde instellingen zijn ondermeer: X1, X2, X3, X4, X5, X6 en X7. De eerstgenoemde behoren tot de grootste zorgaanbieders, de laatstgenoemden juist tot de kleinsten.
- f) De grootste van de tien (vermeend) goedkope aanbieders is X1. X1 is een gecombineerde VG en LG aanbieder. Uit navraag van de VGN blijkt dat de enquête aanleiding geeft tot misverstanden in de aanlevering van gegevens. In plaats van de totale vervoerskosten te delen door het aantal cliënten dat voor dagbesteding wordt vervoerd (te weten 850) (waarop de enquête het oog had) is gedeeld door het totaal aantal cliënten dat X1 in zorg heeft (2750). In de grafiek komt X1 daarom uit op € 1.141 per cliënt ($\text{€ } 3.139.000 / 2750$ cliënten), maar dat moet zijn € 3.693 ($\text{€ } 3.139.000 / 850$ cliënten). Daarmee komt X1 ineens ruim boven de gemiddelde lijn van € 3.052 in de grafiek. Omgerekend naar vervoerskosten per cliënt per dag (2x een ritprijs) is dat € 25 (opgave X1 op grond van de aan hen in rekening gebrachte ritten door vervoersbedrijven). Daarmee zijn ze dus juist duurder dan een gemiddelde aanbieder (ca. € 20 euro voor de combinatie VG en LG). Aldus blijkt achter de cijfers een ander beeld schuil te gaan, dan de oppervlakkige interpretatie suggereert.
- g) De op één na grootste van de tien (vermeend) goedkope aanbieders is X2. Ook daar vinden we geen representatieve situatie. Ook hier zijn de door de instelling aangeleverde gegevens niet correct. Er zijn voor € 1.010.000 vervoerskosten gemaakt en opgegeven. Dit zijn echter alleen de kosten die door het zorgkantoor zijn geaccordeerd en waarvoor hetzij via de normvergoeding, hetzij via de nacalculatie een vergoeding is verkregen. Deze kosten zijn echter wel gedeeld door alle dagbestedingscliënten die vervoerd worden (dat zijn er 615) in plaats van de 232 cliënten die met de € 1.010.000 gemoeid zijn. De gemiddelde vervoerskosten komen derhalve niet uit op € 1.642 ($\text{€ } 1.010.000 / 615$), maar op € 1.010.000/232 cliënten = € 4.353 per vervoerde geïndiceerde cliënt, ofwel 43% hoger dan het gemiddelde van € 3.052.
- h) De op twee na grootste is X3 met 160 vervoerde cliënten. Ook hier een bijzonder situatie die voor 2013 niet meer representatief is. In 2010 (het jaar waarop het onderzoek betrekking heeft) werden de vervoersbedrijven in de betreffende regio bijna allemaal gesubsidieerd door die Gemeenten. De vervoersbedrijven brachten aan de aanbieders tarieven in rekening waarin die subsidie was verrekend. Sinds 2011 zijn die gemeenten met subsidiering gestopt waardoor de vervoerskosten die aanbieders nu

moeten betalen met 40% zijn gestegen. Daarmee zit X3 weer op het landelijk gemiddelde.

- i) X4 vervoert 87 cliënten op full-time dagbestedingsbasis en heeft € 510.000 aan vervoerskosten. Een flink deel gaat via de nacalculatie. Dat is op zich al een teken dat de instelling niet met de norm uitkomt. Opgegeven is € 130.000 euro aan kosten en 87 cliënten met als gevolg: $\text{€ } 130.000 / 87 \text{ cliënten} = \text{€ } 1.494$ aan gemiddelde vervoerskosten per cliënt per jaar. Alleen het aantal cliënten klopt, de kosten waren in werkelijkheid € 510.000 met als gevolg gemiddelde kosten per cliënt per jaar van € 5.862. Waar het fout is gegaan in de enquête kon men niet aangeven.
- j) X5 heeft 65 cliënten die vervoerd worden. X5 herkent zich niet in de uitkomst als zijnde één van de tien meest efficiënte instellingen. Integendeel, ook zij hebben veel hogere kosten dan gemiddeld. Deze aanbieder zit met gemiddelde vervoerskosten in 2010 van € 15,14 per dag iets boven het landelijk gemiddelde. De totale vervoerskosten bedragen € 173.728 en daarmee gedeeld door 65 cliënten die vervoerd worden, dus per saldo € 2.672 per cliënt per jaar. Echter dit is het totaal aantal vervoerde cliënten en niet teruggerekend naar full-time basis, welk op 52 zou uitkomen. Dit resulteert in $\text{€ } 173.728 / 52 = \text{€ } 3.341$ per cliënt per jaar (€ 289 boven het landelijk gemiddelde). Mede als gevolg van de lage tarieven en het voortdurend afknijpen van de vervoerders gaat het gecontracteerde taxibedrijf de vervoersopdracht beëindigen. Deze aanbieder biedt dagbesteding aan inwoners van dun bevolkte maar wel uitgestrekte gebieden met maar enkele dagbestedingscentra.
- k) Een kleinere instelling onder de tien goedkoopste is X6, doch daarvan heeft een groot deel geen AWBZ-indicatie en had buiten de enquête dienen te blijven, waardoor wat betreft zowel de kosten als het gemiddelde een ander beeld zou ontstaan.
- l) Een andere kleine stichting 'onder de tien' met xx cliënten heeft in de enquête € 44.438 aan vervoerskosten opgegeven, doch dit betreft maar een deel van de kosten. Het blijkt dat zowel cliënten met een vervoerskosten indicatie hebben meebetaald aan het vervoer (terwijl de AWBZ-aanspraak een vergoeding inhoudt zonder eigen betalingen voor vervoer), alsook dat betalende cliënten zonder indicatie zijn meegenomen.
- m) X7 betwijfelt of het bedrag klopt want deze aanbieder is in 2010 gestart met zorgverlening. 2010 was dus een gebroken jaar met instroom van nieuwe cliënten die gedeeltelijk vervoer en een deel van het jaar dagbesteding hadden. De gegevens 2010 zijn dus incompleet en daardoor niet representatief.

Op de eigenaardigheid van door PwC gevonden grote uitzonderingen op het gemiddelde, die het totale beeld scheef trekken, is tijdens de behandeling van het kort geding door VGN c.s. in algemene zin gewezen, zodat ten onrechte de voorzieningenrechter van de suggestie van de Staat is uitgegaan en wel op basis van een te povere statistische redenering. Bovendien is

concrete informatie over instellingen aan het andere einde van het spectrum aangeleverd, waaraan de voorzieningenrechter ten onrechte voorbij is gegaan.

Uit de praktijkgegevens overgelegd in eerste aanleg in de producties S tot en met Y is in voldoende mate duidelijk dat het illusoir is om de vervoerskosten zo drastisch te reduceren als de Staat voornemens is te doen. De zorgkantoren zijn in de nacalculatie betrokken en moeten hun goedkeuring aan de na te calculeren vervoerskosten verlenen. Dat zij dat over de afgelopen jaren hebben gedaan, terwijl zij sturen op de kosten (productie H, p. 12), is een objectieve indicatie, dat de betrokken vervoerskosten een reële basis hebben en niet door substantieel gebrek aan doelmatigheid – tot welke doelmatigheid zowel de zorgkantoren als de wet de instellingen reeds verplichten – zijn ontstaan en dus meer dan gehalveerd kunnen worden.

Grief VI

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen:

“VGN c.s. hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de Instellingen niet in staat zijn het vervoer van cliënten van en naar de dagbesteding efficiënter en tegen lagere kosten te organiseren, bijvoorbeeld door beperkingen te stellen aan het vervoer.”

Toelichting

Het vervoer zou volgens de voorzieningenrechter efficiënter kunnen, door bijvoorbeeld beperkingen te stellen aan het vervoer. De NZa heeft bij brief van 28 juni jl. (productie I) terecht erop gewezen, dat de Staatssecretaris met het CVZ moet bezien of de aanspraak op vervoer het Besluit zorgaanspraken AWBZ of de kwaliteitseisen daaraan te stellen, daarvoor niet moeten worden beperkt. Het via de zorginkoop (kosten) definiëren van de zorgaanspraak past niet in het wettelijk systeem. De geïndiceerde cliënten mogen van de zorginstellingen een vervoer verwachten volgens het Besluit zorgaanspraken, waartoe de zorgkantoren de instellingen contracteren en dito verplichtingen opleggen.

Volgens artikel 10 van het Besluit zorgaanspraken AWBZ omvat zorg tevens vervoer, indien de verzekerde gedurende een dagdeel zorg in een instelling ontvangt, doch slechts indien daarvoor een medische noodzaak bestaat. De vervoersaanspraak is dus slechts medisch beperkt (indicatie CIZ), doch niet in kilometers of aantal ritten. Een beperking van deze aanspraak, maakt een drastische bezuiniging op het vervoer eerst mogelijk ('ondersteunt' de reorganisatie van het vervoer door de instellingen, aldus de NZa in productie I). Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter aan het betoog van appellanten ter zake in eerste aanleg niet in

zijn afwegingen betrokken (zie dagvaarding eerste aanleg onder 23 en pleitnota VGN. c.s. onder 30).

Grief VII

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen:

“VGN c.s. (...) hebben evenmin voldoende aannemelijk gemaakt dat zij door de verlaging van de tarieven voor vervoer niet langer in staat zijn om verantwoorde zorg te leveren, waarbij wordt overwogen dat voldoende gebleken is dat de vervoerskosten slechts een beperkt onderdeel van het totale budget vormen. De door VGN c.s. overgelegde cijfers doen aan het voorgaande niet af, nu daaruit geenszins blijkt op welke wijze de Instellingen zich hebben ingespannen of zullen inspannen om kostenbesparingen te realiseren.”

Toelichting

Ten onrechte wordt op de instellingen bij een voorgenomen maatregel de bewijslast gelegd om aan te tonen, dat zij alles gedaan hebben wat mogelijk was om de vervoerskosten omlaag te brengen, maar dat de bodem is bereikt. Daargelaten dat de instellingen voor een dergelijk majeur onderzoek en traject niet eens de tijd is gegund, gaat deze opdracht aan de wettelijke verplichting van het bestuursorgaan voorbij om bestuurlijke maatregelen te baseren op toereikend onderzoek (artikel 3:2 Awb). Daarvan kan niet worden gesproken, indien men de volledige bewijslast van de onredelijkheid van de maatregelen – binnen de termijn van enkele weken – op de schouders van de instellingen legt.

Bovendien is uit het onderzoek van PwC reeds aannemelijk dat de instellingen redelijke maatregelen hebben getroffen binnen de marge van hun mogelijkheden, waar bijvoorbeeld reeds de keuze van de dagbestedingen door steeds meer instellingen om vervoersredenen is teruggebracht en er toenemende spanningen ontstaan tussen de wensen van de cliënten en de doelmatigheidsoverwegingen van de instellingen (productie H, p.8), terwijl ook de zorgkantoren sturen op het verlagen van de vervoerskosten (pagina 12). Zulks blijkt met name nog eens uit de ter zitting besproken casus van Noorderbrug (zie pleitnota Staat, p. 18 en productie T eerste aanleg).

Nu uit het onderzoek geen sterke aanwijzingen naar voren komen, die zouden rechtvaardigen dat de gehandicaptenzorg zelf de bewijslast draagt dat een draconische maatregel als het meer dan halveren van de vervoersvergoedingen niet onredelijk is, moet de bestuursrechtelijke regel onverkort gelden dat de Staat zijn beleid deugdelijk onderbouwt. Ons staan sombere

tijden te wachten, als het omgekeerde zou gelden en steeds op de samenleving de bewijslast rust dat niet met de helft van op door de overheid vastgestelde vergoedingen tarieven en subsidies kan worden volstaan. Er is gelukkig geen rechtsregel die tot deze aanname dwingt.

De verantwoorde zorg in de gehandicaptenzorg als geheel is in dit geschil niet direct in het geding. Wel de zorg voor het vervoer en als gevolg daarvan is met een domino-effect meer verlies van kwaliteit en volume aan zorg in de dagbesteding te verwachten, zoals in eerste aanleg uiteengezet. Het vervoer is bij lange na niet kostendekkend te leveren op basis van de tarieven volgens de Aanwijzing. Dat is op zich onrechtmatig. Dat anderen in staat zijn voor de kosten van onrechtmatig handelen in te springen, gaat aan de kern van het betoog voorbij.

Grief VIII

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.5 overwogen:

“Dat de in de Aanwijzing voorgenomen verlaging van de tarieven, die inmiddels is vastgelegd in de nog niet in werking getreden Beleidsregel CA -300-548, onmiskenbaar onrechtmatig is, is dan ook onvoldoende gebleken. Dit geldt te meer nu de Staat onbetwist naar voren heeft gebracht dat een bedrag van € 25 miljoen achter de hand zal worden gehouden om – waar nodig – knelpunten in het vervoer van specifieke doelgroepen op te lossen en dat in gevallen waarin Instellingen het vervoer daadwerkelijk niet kostendekkend kunnen realiseren, de weg van artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) open staat.”

Toelichting

Bij navraag blijkt de genoemde € 25 mln. volgens VWS niet meer beschikbaar te zijn. De Staat heeft dus niet de waarheid gesproken op de zitting van 17 juli jl. 2012. In de voorgenomen aanwijzing wordt een korting van € 150 mln. opgedragen en de NZa heeft – zo begrijpt de VGN – niet anders dan deze taakstelling uitgevoerd in de Beleidsregel CA-300-548 (toelichting op blz. 30 en de verwijzing naar de brief Staatssecretaris van 8 juni jl.). Er zijn geen aanvullende middelen meer beschikbaar gesteld. De voorzieningenrechter had daarom de reserve voor knelpunten niet in zijn afwegingen kunnen betrekken.

VGN c.s. zien aanleiding in appel een subsidiaire vordering toe te voegen, opdat deze knelpuntenmiddelen ook daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld. Tenminste een voorziening van € 25 mln. voor knelpunten had bij de abrupte tariefdaling als de onderhavige niet hadden mogen ontbreken. Zowel de Staat als de voorzieningenrechter gingen er met reden vanuit, dat tenminste dit bedrag voor knelpunten beschikbaar zou moeten zijn. Het is immers uitermate onaannemelijk met de door PwC aangevoerde spreiding in vervoerskosten, dat de instellingen de overgang naar minder dan de helft van hun huidige tarief zouden kunnen maken zonder financiële schade.

Het argument dat voor individuele gevallen waar het vervoerstarief niet kostendekkend is, afwijking van de beleidsregels ex artikel 4:84 Awb mogelijk is en voor knelpunten een bedrag van € 25 mln. beschikbaar is, wordt ten onrechte als rechtvaardiging van een rigoureuze maatregel gesuggereerd.

De NZa neemt voortdurend beslissingen waar zij stelt dat artikel 4:84 Awb niet kan worden toegepast, omdat de NZa bewust heeft afgezien van bepaalde omstandigheden, zodat die niet als bijzonder kunnen gelden. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de bevoegde administratieve rechter, volgt in het algemeen deze lijn (vgl. o.a. CBb 12 juli 2007, GJ 2007/128, CBb 29 januari 2009, RZA 2009/35; CBb 2 december 2011, LJN: BU7271). In dit geval wordt bewust afgezien van de spreiding en variatie in het feitelijke kostenpatroon. Dat hoge feitelijke kosten dan een reden zijn voor afwijking ligt niet voor de hand. Deze regeling biedt derhalve rechtens weinig uitzicht op compensatie voor duurder vervoer en legt daarom ten onrechte hier gewicht in de schaal.

Grief IX

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 3.6 overwogen

“Gelet op het voorgaande bestaat evenmin aanleiding voor het treffen van een voorziening zoals subsidiair gevorderd. De vorderingen van VGN c.s. worden dan ook afgewezen. Hetgeen partijen overigens nog hebben gesteld en aangevoerd, behoeft geen verdere bespreking.”

Toelichting

Tenminste had de voorzieningenrechter wat betreft het vervoer de voorwaarde van nader onderzoek aan de Aanwijzing dienen te verbinden, indien hij zou menen dat bij gebleken ongerechtvaardigde kostenvariatie, deze variatie beslissend zou kunnen zijn voor de maatregel. De feitelijke daarvan zou door de Staat eerst moeten zijn vastgesteld.

Grief X

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter VGN c.s. veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg.

Toelichting

Voorgaande grieven luiden tot de conclusie dat de vorderingen van appellanten ten onrechte zijn afgewezen en zij in de proceskosten zijn veroordeeld.

Mitsdien

het gerechtshof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen, opnieuw recht doet en alsnog:

- (I) - de Staat/de Minister resp. Staatssecretaris van VWS zal verbieden de voorgenomen Aanwijzing aan de NZa te geven c.q. te effectueren, inhoudende een (structurele) taakstelling op te leggen en de contracteerruimte 2013 voor de gehandicaptenzorg te verlagen met € 113 mln. voor de kosten van vervoer;
- en voor zover de Aanwijzing reeds mocht zijn gegeven ten tijde van het in deze te wijzen vonnis deze Aanwijzing in zoverre buiten werking zal stellen;

Subsidiar

- (II) - de Staat, althans de Minister, althans de Staatssecretaris van VWS te gebieden een aanwijzing te geven aan de NZa op de voet van artikel 7 Wet marktordening gezondheidszorg, waarbij een bedrag van € 25 mln. ter beschikking wordt gesteld om in 2013 en 2014 knelpunten op te lossen voortvloeiend uit de tariefverlaging voor de kosten van vervoer in de gehandicaptenzorg.

Meer subsidiair

- (III) - een zodanige voorziening zal treffen die het Gerechtshof in goede justitie geraden acht;
- en steeds
- (IV) - met veroordeling van gedaagde in de kosten van dit geding in eerste en in tweede aanleg.

De kosten van dit exploit zijn voor mij, deurwaarder, € .

deurwaarder