

PLEITNOTA

- inzake -

1. **De Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland**
statutair gevestigd te Utrecht
2. **Stichting De Noorderbrug**
statutair gevestigd te Groningen
3. **Stichting NOVO**
statutair gevestigd te Groningen
4. **Stichting Odion**
statutair gevestigd te Purmerend

appellanten,

advocaat: mr. J.G. Sijmons,

- tegen -

De Staat der Nederlanden, meer in het bijzonder de
Minister en Staatssecretaris van
Volksgesondheid, Welzijn en Sport
gevestigd te 's-Gravenhage

geïntimeerde,

advocaten: mr. G.R.J. de Groot en
mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen

Inleiding

1.

Het appel richt zich tegen de bezuiniging op het AWBZ-vervoer uit het 'Begrotingsakkoord 2013'. Over het op zich legitieme doel gaat de strijd niet: het bewaken van de eis uit het Stabiliteits- en Groeipact van maximaal 3,0% begrotingstekort. Het doel rechtvaardigt echter niet ieder middel. Het appel gaat over de vraag of het middel onmiskenbaar onrechtmatig is, omdat de korting op het vervoer volstrekt onvoldoende is onderbouwd en verwacht wordt dat de instellingen ongeveer voor de helft van de werkelijke kosten de prestatie van het zorg geïndiceerde AWBZ-vervoer leveren, omdat op aanwijzing van de minister van VWS de NZa de tarieven meer dan moet

halveren (56%; zie productie 1 bij appel, hierna 'de Aanwijzing'). De bevoegdheid van de Minister en Staatssecretaris van VWS tot het voeren van een beleid tot kostenbeheersing als zodanig is reeds in vele uitspraken, ook van uw Hof, erkend en gerespecteerd. De discussie gaat over de grenzen van deze bevoegdheid. Wetgeving en het bestuursrecht kunnen niet buiten spel worden gezet, waarover zo nog iets meer.

2.

In het Begrotingsakkoord wordt de halvering van de tarieven enkel gemotiveerd met de toelichting dat, de normtarieven zouden worden 'geharmoniseerd'. Wat de harmonisatieoperatie is (hoe en wat wordt geharmoniseerd) en waarom dit € 150 mln. zou kunnen opleveren, blijkt niet uit het Begrotingsakkoord. De motivering is daaruit dus niet kenbaar. In eerste aanleg heeft de Staat de motivering uiteengezet en deze is opgenomen in het beroepen KG-vonnis. Het is niet de harmonisering van de tarieven als zodanig die de korting onderbouwt. Kort gezegd verleent volgens de Staat het PwC rapport van februari 2012 de basis aan de korting, door de vermeende conclusie, dat a) een op de zes instellingen in de gehandicaptenzorg (10 van de 60 instellingen meegenomen in het onderzoek) met een tarief van maximaal ca. € 1.500 per cliënt per jaar de kosten kan dekken en b) zou zijn gebleken dat de instellingen nog veel efficiency winst kunnen boeken. De door PwC gemeten gemiddelde kosten zijn weliswaar hoger namelijk: € 3.000 (intramuraal) tot € 3.200 per cliënt per jaar, maar de bezuinigingsdoelstelling maakt dat de Staat vindt, dat hij van de instellingen mag verlangen dat zij het vervoer regelen voor gemiddelde kosten van € 1.500 per jaar zoals de tien goedkoopst vervoerende zorginstellingen volgens de grafiek op p. 21 van het PwC-rapport (productie H). Wanneer deze redenering stand houdt zou niet goed zijn in te zien, waarom niet alle instellingen de *best practice* van de tien goedkoopste zouden volgen. De bezuiniging ligt voor het oprapen als men maar de moeite doet om te bukken. Als men dat zelf niet wil doen of zich onvoldoende inspant, is dat 'een eigen keuze'. De tarieven mogen, aldus nog steeds de redenering van de Staat, dan redelijkerwijs uitgaan van deze mogelijkheid en zo een bijdrage afdwingen aan de kostenbeheersing in de zorg.

3.

Anders ligt de zaak indien het PwC-rapport deze conclusies niet toestaat. Indien de lage kosten van de tien meest voordelig vervoerende instellingen op een onzuivere benadering en onjuiste uitkomst van de PwC-enquête berusten en als er geen enkele basis in het rapport is voor de stelling dat de gemiddelde kosten drastisch omlaag kunnen, dan is de bezuiniging op drijfzand gebaseerd en worden de instellingen en hun cliënten in het realiseren van de wettelijk verzekerde AWBZ-aanspraken belemmerd. Zoals uw Hof reeds uit de stukken duidelijk is geworden, is dat het standpunt van appellanten. Het PwC-rapport toont het tegendeel aan van hetgeen de Staat wil. De stellige ontkenningen en redeneringen van de Staat bij Memorie van Antwoord heeft appellanten doen besluiten met nadere gegevens te komen om het – in hun ogen reeds evidente – nader te onderbouwen. Wij zullen compact de betekenis en relevantie van de producties toelichten.

4.

Er staat veel op het spel. Achteraf op dit dossier het gelijk halen, vergt onevenredige financiële risico's als in de tussentijd de vervoersvoorzieningen op het oude peil moeten worden gehouden.

In eerste aanleg is gewezen op de individuele positie van Noorderbrug, Novo, Odion, Triade, Dichterbij en Reinaerde waarvoor steeds de tot miljoenen euro's oplopende verliezen op vervoer zijn becijferd (producties S t/m Z eerste aanleg). Omdat het echter een *algemeen probleem* is, is het kort geding op voorhand en nu het spoedappel het aangewezen middel om in één keer het onrechtmatige beleid te keren.

5.

De gelegenheid van dit pleidooi gebruiken appellanten om op de volgende punten in te gaan:

Formeel:

- een enkel woord over de omvang van het appel, nu de Staat daarvan een verkeerde uitleg geeft;
- nog een toelichting op de toetsingsnorm;

En verder inhoudelijk:

- de deconcentratie als voor de hand liggende oorzaak van het gestegen vervoer;
- de problemen bij het invullen en betrouwbaarheid van de PwC-enquête;
- hoe de Staat de onjuiste conclusies uit het PwC-rapport niet heeft kunnen afleiden;
- de omkering van uitzondering en norm in de aanwijzing aan de NZa;
- de onjuiste voorstelling van zaken als zou € 25 mln. ter beschikking zijn gesteld aan de NZa voor het oplossen van knelpunten.

De punten zijn in de grieven en de toelichting aan de orde gesteld. Ik zal omwille van de tijd verder verwijzen naar het standpunt in eerste aanleg.

Omvang appel

6.

Ten onrechte stelt de Staat onder 5.1 op pagina 11 en 12, dat het appel slechts ziet op € 59,4 mln. Juist is dat de rechtmatigheid van de opzegging van het Convenant langdurige zorg en de korting van 215 mln. (uit de € 280 mln.) voor een eventuele bodemprocedure wordt gereserveerd. Dat de VGN geen bezwaar heeft tegen afschaffing van de nacalculatie, ziet op de *vorm* van dit tarief. Nacalculatie is minder geschikt om de kosten te beheersen dan maximumtarieven. Dat de nacalculatie wordt afgeschaft haalt een 'prikkel' uit het systeem, maar zegt niet wat daardoor de *hoogte van* het overblijvende tarief wordt. Op basis van een onderzoek dienen de minister van VWS en de NZa tot een nieuw tarief te komen zonder nacalculatie. Dat zegt niets over de hoogte en de VGN heeft consequent gepleit voor een kostendekkend tarief (zie daarvoor de overgelegde productie 14, p. 3, tweede alinea, opmerking van de heer Van Bruggen namens de VGN).

7.

Dat in 2011 een bedrag van ca. € 53,6 mln. via de nacalculatie liep, zegt niets. Het totale bedrag voor vervoer loopt in 2013 volgens de gewone tarieven binnen de contracteerruimte. Hoeveel dat is en of dat uiteindelijk gelijk is aan 2011 en 2012 is een afgeleide van de vaststelling van de tarieven en de contracteerruimte. Indien in het geheel niet zou worden gekort op het totaal van de

vervoerskosten zouden de begrote middelen voor de nacalculatie eenvoudigweg overhevelen naar de contracteerruimte. De totale kosten voor vervoer worden bepaald door de nieuwe tarieven, waarvoor de minister integraal een bedrag begroot. De bestreden korting is dus wel degelijk € 113 mln., omdat de bestreden Aanwijzing integraal ziet op *en* de tarieven in de contracteerruimte *en* de middelen voor de nacalculatie.

Toetsingsnorm

8.

De toetsingsnorm is niet inzet van het geschil, deze is namelijk al enkele jaren bekend. De bezuiniging overschrijdt de grens van de rechtmatigheid om inhoudelijke redenen. Elke maatregel kan nog steeds worden getoetst aan de wet, in dit geval de grenzen van de tariefregulering van de Wet marktordening gezondheidszorg en de verzekerde aanspraken van de AWBZ, alsmede getoetst aan de Algemene wet bestuursrecht: het bestuur moet toereikend onderzoek doen naar de feiten en betrokken belangen bij een besluit (art. 3:2 Awb), moet besluiten motiveren (art. 3:46 en 3:47 Awb) en moet daarbij de belangen evenwichtig tegen elkaar afwegen. Waar de wet grenzen aan die afweging reeds heeft gesteld, kan zelfs een bezuinigingsdoelstelling deze niet overschrijden. In r.o. 3.3 heeft de voorzieningenrechter de norm van de onmiskenbare onrechtmatigheid geformuleerd. Deze is niet nieuw en daartegen is dan ook niet gegriefd. Ten onrechte stelt de Staat sub 4, pagina 10 MvA dat de rechter bij de aanwijzing met de 'grootste terughoudendheid' oordeelt. Dat staat niet in het vonnis. De scheiding der machten verlangt dat de beleidsvrijheid wordt gerespecteerd, ofwel met 'grote' terughoudendheid wordt geoordeeld. De 'grootste' (Staat) impliceert echter niet een scheiding der machten, maar een marginalisering van de rechtsbescherming tegen het bestuur. De inhoudelijke behandeling door de voorzieningenrechter laat zien, dat dit niet is beoogd en in appel zou dit ook niet het uitgangspunt moeten zijn.

9.

Het Begrotingsakkoord 2013 doet geen afbreuk aan enerzijds de verplichting van een evenwichtige tariefstelling uit de Wet marktordening gezondheidszorg (zie ook productie I eerste aanleg van de NZa hierover op p. 2: "Uit de WMG-systematiek volgt dat de NZa redelijkerwijs dekkende tarieven moet vaststellen") en anderzijds de verplichting de beoogde uitvoering van de AWBZ mogelijk te maken. Deze verplichtingen prevaleren boven begrotingsafspraken. Dit is vaste rechtspraak en onderdeel van de basis van het staatsrecht sinds al meer dan anderhalve eeuw geleden met het Hoge Raad arrest De Bourbon-Naundorff (HR 5 oktober 1849, W. 1058). Een begroting heeft met andere woorden alleen interne werking, dat wil zeggen regelt de verhouding tussen de Staten-Generaal en minister in de zin dat de minister wordt gemachtigd bepaalde uitgaven te doen. Of de uitvoering kan zoals voorgenomen is een andere vraag en wordt getoetst aan de verplichtingen uit de wet (Wmg en AWBZ) en het bestuursrecht.

Zie verder ook:

- A.K. Koekkoek (red.), *de Grondwet*. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, 3de druk, Deventer: Tjeenk Willink 2000, toelichting op artikel 105 Gw, p. 501-502;
- AR RvS 30 maart 1984, AB 1985, 148;
- HR 24 mei 1991, AB 1991, 693;

- Min. v. Fin.: TK 1987-1988, 20200, 41, p. 7 ;
- Burkens/Kummerling/Vermeulen/Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, 4de druk, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 113-115;
- Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 797;
- Derde tranche Algemene wet bestuursrecht (TK 1994-1995, 23 700, nr. 5, p.23;
- ABRvS 18 januari 2012, LJN BV1210.

10.

Zoals gesteld in eerste aanleg is de schending van de Wmg en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op zich onrechtmatig (strijd met rechtsplicht overheid). Dit is ook *onmiskkenbaar* (zie hierna) het geval. De schade en de causaliteit zijn met de onrechtmatige daad dan direct gegeven, omdat de verlaging van het tarief en het nadeel van de ontoereikende vervoersvergoedingen direct de keerzijde en het gevolg van de onrechtmatige Aanwijzing zijn. De Aanwijzing 'beoogt' immers de wettelijke vergoedingen voor vervoerstarieven met gemiddeld 56% te verlagen.

Ten onechte suggereert de Staat bij MvA p. 16 dat de feitelijke vervoerskosten er niet toe doen, omdat de instellingen toch een budget Aanvaardbare Kosten voor het geheel ontvangen. Zoals de Staat echter terecht heeft aangegeven is de prestatiebekostiging ingevoerd en zoals beschreven op p. 7 wordt het totaal budget vastgesteld op grond van de overeengekomen prestaties met de zorgkantoren. De verlaging van de maximale vervoerskosten (tarief) verlaagt dus evenredig het budget. Door de Aanwijzing wordt immers met de verlaging van de contracteerruimte met € 115 mln. ook het totaal van de budgetten verlaagd. De budgetten zijn wat dat betreft (anders dan bijvoorbeeld de kapitaallasten) inmiddels niet meer dan een resultante van de prestatie-afspraken met de daarbij behorende (maximum)tarieven. Het beroep op oudere CBb jurisprudentie over de integrale budgettering 2006 van vóór de prestatiebekostiging als genoemd in paragraaf 4 van de MvA is niet zonder meer van toepassing op 2013. Het vervoer moet als zelfstandige prestatie in de zin van artikel 35 Wmg redelijkerwijs kunnen worden bekostigd uit het vervoerstarief, zoals in het juist aangehaalde citaat de NZa bevestigt.

11.

De Staat stelt de casus verder op zijn kop, met het verweer dat niet onomstotelijk vaststaat waardoor de stijging in de vervoerskosten heeft plaatsgevonden, waarbij de Staat betwist dat dit door de deconcentratie en het splitsen van wonen en zorg komt (MvA p. 13). De vraag is niet of onomstotelijk vaststaat waardoor de stijging precies is veroorzaakt en welke factoren daar voor hoeveel in hebben bijgedragen. De vraag in dit geschil is of er ruimte is voor een opgelegde korting van de vervoerskosten van meer dan de helft. Daarvoor is van belang en redelijkerwijs ook voldoende dat aannemelijk is dat de kostenstijging in belangrijke mate kan worden toegeschreven aan het deconcentratiebeleid van de Staat. Gegeven deze voor de hand liggende oorzaak, is het dan aan de Staat, op wie immers de onderzoekplicht van artikel 3:2 Awb rust, om aannemelijk te maken, dat er desondanks realiter ruimte is om te korten op het vervoer (zoals de staatssecretaris aan de Aanwijzing ten grondslag legt). Zo nee, dan wentelt de Staat de kosten van zijn beleid ten onrechte af op de instellingen in strijd met het égalité-beginsel (o.a. HR 19 januari 1991, NJ 1992, Varkensmesterarrest).

Deconcentratie

12.

De Staat ontkent strikt genomen het beleid van splitsen van Wonen en Zorg niet. Hoe zou de Staat dat ook kunnen. Het gaat om een jarenlang beleid van de overheid, waarbij centralistische intramurale instellingen met een hoge concentratiegraad werden afgebouwd ten gunste van een meer verspreid aanbod van verblijf, waar de cliënten zoveel mogelijk in de gewone woonwijken geïntegreerd verblijven in meer kleinschalige voorzieningen.

- Zie reeds de beleidsbrief aan de TK uit 2001 als vervolg op de overheidsnota Mensen, Wensen, Wonen (productie Q, eerste aanleg). Het beleid was sedert 2001 gericht op 'verbreding en versnelling' van diversificatie van de woon-zorg-combinaties (p. 4). In de brief volgt een heel pakket aan maatregelen om dat te bevorderen.
- Met de nieuwe productie 2 is overgelegd de oude Beleidsregels van het College Bouw Zorginstellingen ten behoeve van de bouwvergunning voor de zorgbouw (afgeschaft in 2009), waaruit duidelijk blijkt dat de maximale capaciteit voor het aantal cliënten werd teruggebracht tot 200 per bestaande locatie en voor een nieuwe locatie zelfs tot 50 plaatsen (regel 4.1.5). Voor de dagbesteding wordt voorgeschreven dat deze maatschappelijk geïntegreerd wordt vormgegeven: de infrastructuur bevindt zich *niet* op het instellingsterrein en de bouw is niet specifiek voor gehandicapten ingericht (regel 4.1.9).
- Ook voor de oude semimurale instellingen (term is vervallen), zoals bijvoorbeeld Odion, Noorderbrug en Novo, gold de regel dat het verblijf in de woonfunctie en de dagbesteding/dagverblijf gescheiden functies waren en elkaar uitsloten. De 'gezinsvervangende tehuizen' mochten "ruimtelijk" geen eenheid vormen met de overige voorzieningen voor gehandicaptenzorg. Volgens de erkenningsnormen regelden de dagverblijven het vervoer. Overall een deconcentratie, die nu breder de sector ten doel wordt gesteld (zie de artt. 5 en 17 Erkenningsnormen Dagverblijven en de artt. 5 en 26 Erkenningsnormen Gezinsvervangende tehuizen o.g.v. art. 8 e.v. AWBZ (oud)).

13.

De overheid zet samen met de sector in op diversiteit en kleinschaligheid, waarbij efficiency door schaalvoordelen (concentratie) bewust wordt prijsgegeven. Het scheiden van wonen en zorg is wenselijk omdat het de vermaatschappelijking en de keuzevrijheid van cliënten ondersteunt en bevordert. Het beantwoordt aan een elementair gevoel van rechtvaardigheid mensen met een handicap waar mogelijk dezelfde vrijheid toe te staan om hun leven naar eigen inzicht in te richten als andere leden van de maatschappij.

- "De vraag van de cliënt is leidend", zoals het heet in de beleidsbrief van de minister van 23 december 2005 (productie 3).
- Er moeten meer keuzemogelijkheden voor de cliënt worden geïntroduceerd, want deze zijn er nog te weinig, schrijft de staatssecretaris in 2006 (producties 4, p. 3). Wettelijke belemmeringen zijn dan al goeddeels weggenomen, maar het is nog te weinig en concrete maatregelen moeten de deconcentratie verder brengen (p. 6), ook in de tarifaire sfeer (p. 8). Het halen van de financiering van de wooncomponent uit de

AWBZ heeft wel als motief om houdbaarheid van de AWBZ op langere termijn te waarborgen (p. 3).

- Onderzoek liet in 2009 zien dat het beleid vruchten begon af te werpen (productie 5, p. 3). Het wordt voor cliënten steeds gemakkelijker om wonen en zorg (o.a. dagbesteding) gescheiden te verkrijgen.
- In 2010 wordt nog eens bevestigd dat de doelstelling van scheiden van wonen en zorg en meer keuzevrijheid niet worden opgegeven, voorzien van een terugblik op de grote lijn in productie 6, p. 17-18.
- Overgelegd als productie 7 is ten slotte de beleidsbrief over de AWBZ voor 2013 aansluitend aan het Begrotingsakkoord 2013, waarin de vervoerskorting was opgenomen. Ook daarin is weer opgenomen het uitgangspunt: “de zorg wordt afgestemd op de wensen van de cliënt en zijn bestaande netwerk in plaats van andersom” (productie 7, p. 1). Het gevolg is ook dat de lagere AWBZ-zorgzwaartepakketten ('ZZP's') worden geëxtramuraliseerd (p. 2 e.v.).

14.

Keerzijde van het deconcentratiebeleid is het toegenomen vervoer. In plaats van het geconcentreerd samen als gehandicapten bij elkaar wonen komen er per saldo woonadressen bij. Dat betekent *meer* vervoer tussen de woonadressen en de bestemmingen (dagbesteding). Dat is evident. De Staat kan het tegendeel logischerwijs niet beweren, enkel dat niet precies bekend is hoeveel.

15.

Bovendien komen er bestemmingen voor dagbesteding bij. Deze vonden altijd reeds voor een deel plaats op de geconcentreerde instellingen. Volgens het overheidsbeleid en de beleidsregels van het College bouw moest de dagbesteding maatschappelijk worden vormgegeven, dus buiten de woon-zorg-instellingen, juist niet in typische gehandicaptenzorgomgeving. Dagbesteding vindt plaats in de gewone maatschappij, met name op begeleide werkplekken. Dit is geen geconcentreerde zorg: dus weer meer adressen. Uitgangspunt is bovendien wederom de extra keuzevrijheid van de cliënt, die niet naar de meest vervoersefficiënte voorziening hoeft te gaan. Dat vindt zijn neerslag in de tarieven voor vervoer. Zie daarvoor onze productie 8, waarin aan de instellingen wordt uitgelegd hoe het werkt. Vanaf 2010 – en daarmee is reeds een verklaring gegeven voor de stijging juist in dat jaar – is er de belangrijke wijziging dat de ZZP de vrije keuze in dagbesteding faciliteert. Een ZZP (evt. met of zonder verblijf) kan bij de ene instelling worden ingekocht en de dagbesteding desondanks bij een andere instelling (productie 8, p. 3). De bekostiging van het vervoer is afhankelijk van een AWBZ-indicatie voor vervoer (dus geen automatisme; zie productie 8, p. 4). Zou men niet zelf kunnen reizen, dan zou de AWBZ-zorgaanspraak worden gefrustreerd. Het in stand houden van de AWBZ-zorg vereist dus dat keuzevrijheid door vervoer gedekt wordt. Het werd ‘niet eenvoudiger’ schrijft de NZa (p. 4), die daarom een factsheet op de website zette: zie laatste versie onze productie 9, en eveneens de ZZP-site met dezelfde informatie, overgelegd als productie 10). Aan de nieuwe tarieven lag een onderzoek van de NZa ten grondslag, waarin duidelijk het belangenconflict van de instelling en de cliënt als centraal knelpunt is benoemd. De instelling kan maar beperkt sturen op efficiency

van het vervoer, waar de cliënt over zijn dagbesteding en bij indicatie het vervoer de regie is gegeven.

16.

Conclusie is: deconcentreren betekent extra vervoeren. Het in de AWBZ meeverzekerde vervoer groeit in omvang door de dubbele deconcentratie van het wonen en nog eens door de gedifferentieerde, in vrije keuze gegeven dagbesteding (zorg). Het ligt daarentegen niet voor de hand dat de instellingen zouden hebben gekozen om de kosten te laten stijgen door het vervoer minder efficiënt te gaan aanbieden. Zelfs in de nacalculatie moesten zij nog altijd 25% van de kosten zelf betalen.

17.

Typisch is dat bij onderzoeken naar de haalbaarheid van het scheiden van wonen en zorg en in Kamerdebatten tot 2012 de post vervoer kennelijk buiten beschouwing is gebleven. Bij kostenramingen lag de focus op de gevolgen voor het wonen en op de kapitaallasten van de instellingen. Zelfs in het advies van de NZa over scheiden van Wonen en Zorg in de AWBZ van september 2012 (onze productie 12) wordt er geen aandacht aan besteed.

18.

Mogelijk dat VWS en de NZa eerst uitsluitel hebben verwacht van het onderzoek van PwC. In de door de Staat als productie 5 overgelegde opzet van het onderzoek, valt op bladzijde 6 te lezen dat het onderzoek naar de vervoerskosten van en naar dagbesteding noodzakelijk wordt geacht om de tarieven in lijn te brengen met de werkelijk te maken kosten enerzijds, maar anderzijds de gewijzigde omstandigheden, zoals de nieuwe wet- en regelgeving omtrent de decentralisatie van de functie begeleiding van extramurale cliënten, aanleiding geeft om de werkelijke vervoerskosten inzichtelijk, te maken voor zowel intra- als extramurale cliënten (Staat productie 5 bij memorie van antwoord, p. 6). Deze passage staat ook opgenomen in het rapport (productie H, eerste aanleg). Op bladzijde 2 staat bij het tweede liggende streepje de opdracht inzicht te creëren in “de mogelijke oorzaak voor de stijging van de kosten van vervoer”. Op bladzijde acht geeft PwC aan dat lange tijd de organisatie voor vervoer en de daarbij behorende kosten niet tot nauwelijks aandacht heeft gehad. Het enige dat men in het onderzoek leest over de oorzaken van de kostenstijging staat eveneens op deze bladzijde en op bladzijde 12. Op bladzijde acht wordt genoemd “de kosten hierin zijn toegenomen, zo is aangegeven, vanwege de deconcentratie van de zorglocaties” (pag. 8). Het zijn de instellingen die in de casestudies deze reden hebben aangegeven en bovendien noemt PwC de uitkomst dat het verlagen van vervoerskosten vaak tot een spanningsveld leidt tussen de keuzevrijheid van de cliënt en de wens tot kostenverlaging van de instelling. De reden hiervan is dat door de instelling in principe altijd naar de wensen van de cliënt werd geluisterd, ofwel, zo is aangegeven, “de mogelijkheden voor de cliënt waren grenzeloos” (pag. 8). Ik heb u aangegeven, dat het overheidsbeleid hierop was gericht. Op bladzijde 12 van het PwC-rapport vinden we de bevindingen van de zorgkantoren (zorgverzekeraars), die aangegeven dat “de kosten van vervoer vermoedelijk zijn gestegen door de deconcentratie van het zorgaanbod, waarbij woningen en dagbestedingslocaties niet langer op één terrein zijn te vinden, maar verspreid over de woonwijken.” Een ijkpunt voor deze bevindingen zijn ook nog de conclusies van PwC over de

verschillende sectoren. In de verpleging en verzorging is er een groot aantal instellingen, maar relatief weinig vervoer “aangezien de meeste cliënten die intramuraal verblijven, de dagbesteding afnemen op dezelfde locatie als waar ze wonen” (productie H, p. 35). Doordat maatschappelijke participatie niet meer op de agenda staat en dus sprake is van geconcentreerde zorg, is er dus minder vervoer, precies zoals men zou verwachten. PwC doet verder geen uitspraken over de historische ontwikkeling van de kosten omdat het onderzoek niet gericht is op een vergelijking van de kosten door de jaren heen en de onderliggende veranderingen in de zorg, woon en dagbesteding, maar enkel op de kosten in 2010. Daaruit kan men het voorlopig verder niet afleiden. Het materiaal dat er is, ondersteunt de conclusie dat deconcentreren betekent: meer vervoer. Ik wijs nog op de brief van Koninklijk Nederlands Vervoer (onze productie 27), waarin het overgrote deel van de vervoerders de stijging door deconcentratie herkent.

Bezwaren tegen de door PwC gevolgde procedure

19.

De Staat beroept zich erop dat VGN de procedure, de enquête en de uitkomsten van het PwC onderzoek niet eerder zou hebben bestreden, maar integendeel nauw betrokken was bij de totstandkoming en daarom achteraf – zo de teneur van het argument - niet kan klagen.

20.

Appellanten hebben niet gesteld dat het onderzoek van PwC in geen enkel opzicht deugt. Alleen aan het onderzoek kleven beperkingen, die door PwC zelf zijn aangegeven en maken dat de conclusies die de Staat eraan wil verbinden niet op het rapport kunnen worden gebaseerd. Dat is iets geheel anders. De hoofdonderzoeker van PwC heeft naar aanleiding van commentaar van VGN in de voorbereiding van het appel dat ook informeel toegegeven: zie onze productie 18, de email van 20 augustus 2012, pagina 6. Postma zegt “je kunt niet zomaar de eerste 10 gaan extrapoleren en voor de gehele populatie van toepassing verklaren”. In het rapport geeft PwC aan dat de instellingen op geheel verschillende wijze het vervoer registreerden.

21.

PwC heeft de instellingen een vijftigtal vragen voorgelegd, die zij via een interface konden beantwoorden. De instellingen hebben geprobeerd de in het PwC onderzoek gestelde vragen zo goed mogelijk te beantwoorden. Daarbij ondervonden zij twee soorten problemen.

- a Problemen bij het aanleveren van de gegevens. PwC vroeg van de instellingen gedetailleerde gegevens uitgesplitst naar cliënten en omstandigheden terwijl zij die gegevens zo niet geregistreerd hadden en ook niet hoefden te registreren. Waar in de administratie exacte gegevens ontbraken, werd de deelnemer gevraagd de gegevens te schatten. Voor registratie van de vervoerskosten was er geen richtlijn of voorschrift in 2010. De instellingen deden daarmee niets verkeerd en geven de informatie waar zij op dat moment ‘bij kunnen’ of die zij ter plekke schatten. De waarde van onderzoek dat gebaseerd is op geschatte gegevens is uiteraard beperkt. Zowel PwC als de NZa beschikken met de cijfers van de nacalculatie wel over een meer betrouwbaar instrument

om de juistheid van de ingevulde gegevens te controleren. PwC zegt dat te hebben gedaan, maar heeft daaraan ten onrechte geen conclusies verbonden.

- b Problemen bij het invullen van de gegevens in de interface. Instellingen hebben aan PwC gecommuniceerd dat zij de geboden interface niet gebruiksvriendelijk vonden. De vragen waren over meerdere pagina's verdeeld. Daardoor hadden gebruikers geen overzicht. Van sommige vragen op pagina 1 werd de bedoeling pas duidelijk bij het invullen van de vragen op pagina 2. Terugbladeren was evenwel niet mogelijk zonder verlies van gegevens. Het maken van een print van de ingevulde gegevens voor het doel van controle en archivering was ook niet mogelijk. (Zie productie 17).

22.

Door de Staat is erop gewezen dat geen van de deelnemers bij het invullen van de enquête gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vragen te stellen aan de door PwC opengestelde helpdesk. Het is onwaarschijnlijk dat de helpdesk op enige wijze behulpzaam had kunnen zijn bij het achterhalen van gegevens die uit de administratie respectievelijk schattingsvermogen van de instellingen zelf moest komen. Het is een erkend probleem dat zorginstellingen nauwelijks meer aan zorg toekomen door de veelheid aan enquête-, evaluatie- en controle-instrumenten die dagelijks op de sector wordt losgelaten. Er zijn grenzen aan de tijd en mankracht die een zorginstelling kan investeren in het invullen van zo een enquête, zeker als van te voren aan deelnemers onvoldoende duidelijk is gemaakt welke verstrekkende consequenties er mogelijk aan verbonden zullen worden.

23.

Als de Staat via de NZa niet de kosten 2010, maar de *doelmatigheid* van het vervoer van en naar de dagbesteding had willen toetsen had zij dit aan de deelnemende instellingen moeten duidelijk maken. De enquêteurs hadden dan ook andere daarop gerichte vragen moeten formuleren. Niets wijst op dit onderzoek, zodat de Staat zich ook niet kan baseren op het tekort aan gegevens.

Bezwaren tegen de door PwC gepresenteerde resultaten

24.

Het is gezien de hierboven gesignaleerde problemen niet verwonderlijk, dat de resultaten een hoop onjuistheden – 'ruis' – bevatten. Om te beginnen biedt de ratio kosten per vervoerde cliënt *per jaar* geen maatstaf voor onderlinge vergelijking. Of cliënten in een instelling gemiddeld één of drie keer per week vervoerd worden, maakt direct gemiddeld kosten onvergelijkbaar. Verder is niet gedifferentieerd voor instellingen met veel of weinig rolstoelers (wel reden tariefdifferentiatie). Uit het onderzoek van PwC over de kosten gemaakt in 2010 zou blijken dat tien van de zestig onderzochte instellingen het vervoer voor circa € 1.500 per cliënt per jaar of wel circa € 8,- per rit konden realiseren. Aldus de uitkomst op pagina 21 van het PwC rapport. De Aanwijzing van de minister maakt deze uitzonderingen ten opzichte van het gemiddelde de norm voor de sector. In eerste aanleg zijn cijfers overgelegd van instellingen die met de gemiddelde tarieven niet zullen uitkomen (producties S tot en met Z). In appel (grief V) is aangevoerd dat voor in ieder geval acht van de tien achterhaalde instellingen de cijfers geen juist beeld gaven – zoals men had kunnen verwachten – en dus ook niet konden dienen om die maatregel te onderbouwen. De Staat zegt

zich bij gebrek aan informatie niet te kunnen verweren. Bij appel is voor elk van deze instellingen aanvullende documentatie overgelegd waaruit dit blijkt (producties 18 t/m 26). Voor de duidelijkheid zijn de bevindingen samengevat in de volgende tabel:

Instelling (als genoemd in Grief V sub f t/m m)	Productie in appel nr.	Vervoerskosten 2010	Vervoersdagen/ ritten 2010 (rit = van wonen naar dagbesteding en vice versa)	Prijs per rit
f. [A]	18 & 19	€ 3.138.943	158.428	€ 19,81
g. [B]	18 & 20	€ 1.155.252	74.829	€ 15,43
h. [C]	21	Geen cijfers, wel bewijs dat subsidie is komen te vervallen.*		
i. [D]	22	€ 463.162	22.589	€ 20,50
j. [E]	23	€ 81.083	7649	€ 10,59**
k. [F]	24	€ 14.660	1559	€ 9,40
l. [G]	25	€ 44.438	2121	€ 20,95
m. [H]	26	€ 4.622	441	€ 10,50 **
Gemiddelde prijs per rit voor de instellingen exclusief [C] :				€ 15,31

25.

Enkele Opmerkingen bij deze tabel:

- Deze cijfers zijn gebaseerd op de nacalculatie en jaarcijfers van de instellingen over 2010. [A], [B], [D], [E] en [H] hebben die gegevens bij hun verklaring ook overgelegd. Deze nacalculaties waren ook in het bezit van PwC (zie productie H, p. 23) en de NZa. De jaarcijfers worden gepubliceerd door VWS (www.jaarrekeningenzorg.nl) De gegevens waren dus al bij de Staat, maar deze heeft de gegevens kennelijk niet willen gebruiken. PwC, de NZa en VWS hadden kunnen vaststellen dat de extreem lage kosten niet konden kloppen. Het is niet zonder betekenis, dat juist de NZa dan ook niet de extrapolatie van uitzondering naar norm heeft gemaakt, maar het gemiddelde als uitkomst aan haar tariefvoorstellen ten grondslag legt.
- In de rapportage van PwC zijn de instellingen geanonimiseerd. Door de Staat is daarom de vraag gesteld hoe de tien instellingen konden worden geïdentificeerd die volgens de rapportage hun vervoer op de goedkoopste manier georganiseerd hadden. Het antwoord op de vraag naar de herkomst van deze informatie is niet moeilijk. Die namen zijn door PwC zelf meegedeeld. Een van die instellingen is in de stukken niet met naam en toenaam genoemd. Het betreft [G] (Grief V sub I). Waarom PwC deze zelfde mededeling niet aan de Staat zou doen, waar zij die wel deed aan de VGN, kunnen appellanten niet begrijpen. De instellingen hebben desgevraagd in deze procedure geen enkel bezwaar tegen bekendmaking.
- [C] (*) heeft geen cijfermateriaal overgelegd, maar wel correspondentie, waaruit blijkt dat de lage cijfers over 2010 te danken waren aan een provinciale subsidie, die is komen te vervallen.
- [E] en [H] (**) hebben ook becijferd wat de prijs per rit was in de jaren 2011 resp. 2012. Die prijs ligt voor die jaren om aangegeven plausibele redenen aanmerkelijk

hoger dan in het peiljaar 2010. Kosten per rit bij [E] 2011: €15,54. Kosten per rit bij [H] 2012: €19,26.

26.

Uit de tabel valt op te maken dat bij al deze instellingen in 2010 de prijs per rit hoger lag dan de maximaal € 8,- per rit die uitgerekend was door PwC. Gemiddeld genomen lag de prijs per rit zelf bij € 15,31 – dat is bijna twee keer zo hoog en komt weer ongeveer uit op het gemiddelde tarief dat de NZa aanvankelijk op basis van het PwC-rapport heeft voorgesteld. Dat is wat op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur betaamt en geen speculatie over onderliggende oorzaken en mogelijke extrapolaties van de niet-verklaarde uitzonderingen naar de gehele populatie van het onderzoek. Nog daargelaten dat de instellingen voor lichamelijk gehandicapten buiten het onderzoek zijn gelaten, terwijl het ook aannemelijk is, dat daar de beperking voor vervoer het meeste problemen oplevert (hogere percentage rolstoelers), blijkt wel dat de extrapolatie waarop de Staat de halvering van de vervoerskosten baseert, een ongerijmde manoeuvre is.

27.

De vervoerders maken een marginale marge op het vervoer van 1% (onze productie 27), hetgeen er niet op wijst dat het vervoer *zelf* zo veel goedkoper kan. Er moet dus worden gesneden in de ritten (*minder* vervoer), maar dat is in strijd met de afgegeven indicaties en AWBZ-aanspraken op dagbesteding, zoals reeds betoogd is in eerste aanleg (zie pleitnota eerste aanleg onder 30).

De weg van 4:84 Awb bij voorbaat afgesneden?

28.

De Staat heeft aangevoerd dat voor instellingen voor wie de vervoersmaatregel onevenredig nadelige gevolgen heeft, de gang naar de bestuursrechter openstaat voor een procedure ex 4:84 Awb.

29.

De NZa hanteert de regel, dat bij het vaststellen van de maatregel, de bijzondere gevallen al zijn verdisconteerd. In de pleitnota in kort geding is verwezen naar jurisprudentie waaruit dit blijkt (CBb 12 juli 2007, GJ 2007/128, CBb 29 januari 2009, RZa 2009/35; CBb 2 december 2011, LJN: BU7271). De stelling van de Staat lijkt te zijn, dat de beleidsregel mag abstraheren van bijzondere gevallen om tot een algemene regel te komen, maar tegelijk gewapend is tegen een beroep op bijzondere gevallen. Niet de werkelijke kosten zijn bepalend, maar de meest efficiënte kosten die zich (vermeend) juist in bijzondere omstandigheden van 'de eerste 10' voordoen. De instellingen met hoge kosten zijn dan bewust buiten beschouwing gelaten. Hun omstandigheden zijn dan al niet meer 'bijzonder', want reeds verdisconteerd in de beleidsregel die van deze hogere kosten afstand neemt. Artikel 4: 84 Awb wordt zo een lege huls.

Juist instellingen die voorheen 'semi-muraal' waren en op deconcentratie reeds zijn ingericht, worden als categorie bijvoorbeeld niet 'verdisconteerd'.

30.

Ten slotte. Daags na het vonnis van de rechtbank heeft VGN contact opgenomen met VWS om te achterhalen, waar de reserve van € 25 mln. voor knelpunten is gebleven. Daarop bleef het antwoord schuldig. De post is niet opgenomen in de Rijksbegroting van VWS, gepresenteerd op Prinsjesdag (zie *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 400 XVI, nr. 2, tabellen p. 161, 205 en 211). In de voorhang van de Aanwijzing d.d. 3 oktober jl. is enkel aangegeven, dat de NZa moet 'monitoren' op knelpunten (tot € 25 mln.) en bij de herverdelingsmiddelen betrekken. Daarmee staat nog steeds niet vast, dat het bedrag ook daadwerkelijk beschikbaar is om te worden verdeeld onder de instellingen.

Zoveel ter aanvulling op de dagvaarding en in reactie op de MvA.

Concluderend:

Appellanten handhaven hun vorderingen in appel.

Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door prof.mr. J.G. Sijmons van Nysingh advocaten-notarissen N.V., gevestigd te Zwolle aan de Burg. Roelenweg 11 (postbus 600, Burg. Roelenweg 11, 8000 AP Zwolle).