ECLI:NL:CBB:2012:BX4992

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	14-08-2012
Datum publicatie	20-08-2012
Zaaknummer	AWB 08/757 tussenuitspraak
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg
Inhoudsindicatie	Tussenuitspraak met betrekking tot de nacalculatie op het budget in 2007 van een AWBZ-instelling. Het College kan nog niet beoordelen of de door NZa gehanteerde bovengrens voor de nacalculatie niet te laag is vastgesteld in verband met het estra toegekende budget door de spoedprocedure. Het bestreden besluit bevat namelijk geen toereikende motivering waarom het geval van appellante niet vergelijkbaar is met andere gevallen waarin extra budget is toegekend in het kader van de spoedprocedure.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl GJ 2012/138

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 08/757 14 augustus 2012

13950 Wet marktordening gezondheidszorg

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 19, zesde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie in de zaak van:

Stichting Thuiszorg De Friese Wouden, te Drachten, appellante,

gemachtigde: mr. R. Snel, advocaat te Groningen,

tegen

de Nederlandse Zorgautoriteit, verweerster,

gemachtigden: mrs. J.J. Rijken, advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Appellante heeft bij brief, bij het College binnengekomen op 8 oktober 2008, beroep ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit op haar bezwaren tegen de tariefbeschikkingen van 19 december 2007 en 23 mei 2008.

Bij besluit van 3 november 2008 heeft verweerster de voormelde bezwaren van appellante alsnog ongegrond verklaard. Het beroep wordt ingevolge artikel 6:20, vierde lid, van de Algemene wet

bestuursrecht (hierna: Awb) geacht mede te zijn gericht tegen dit besluit.

Bij brief van 15 december 2008 heeft appellante de gronden van haar beroep aangevuld.

Bij brief van 8 april 2009 heeft verweerster een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Appellante heeft bij brief van 6 januari 2012 gereageerd op het verweerschrift.

Op 17 januari 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten nader hebben toegelicht. Verder zijn A en B, medewerkers van appellante, alsmede C en D, werkzaam bij verweerster, ter zitting verschenen.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Toetsingskader

Met ingang van 1 januari 2005 is voor instellingen die zorg verlenen waarop verzekerden aanspraak hebben op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ) een systeem van macrobudgettering geïntroduceerd. In dit systeem kan verweerster worden verzocht een budget voor AWBZ-instellingen vast te stellen. Verweerster toetst de budgetverzoeken aan het beschikbare macrobudget dat wordt aangeduid met de term contracteerruimte. Verweerster beoordeelt de budgetverzoeken op drie momenten (rondes) in het jaar, in de maanden maart, juli en oktober. In die drie rondes kan, rekening houdend met de in de loop van het jaar toegenomen productieafspraken, worden verzocht om aanpassing van het budget.

Op 24 oktober 2006 heeft de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: de Staatssecretaris) verweerster een aanwijzing gegeven die strekt tot uitvoering van het voormelde systeem in 2007 (Stcrt. 2006, nr. 212, pag. 13). Verweerster heeft naar aanleiding van de aanwijzing de beleidsregel Contracteerruimte 2007 vastgesteld, die meerdere malen door elkaar opvolgende beleidsregels (CA-122, CA-172, CA-189, CA- 207 en CA-263) met eenzelfde strekking is vervangen. Het doel van de beleidsregel Contracteerruimte 2007 is om de (regionale) contracteerruimte vast te stellen waarvoor zorgkantoren maximaal zorg kunnen contracteren. Voorts geeft de beleidsregel aan op welke wijze de verwerking van de (regionale) contracteerruimte in de budgetten van de AWBZ-instellingen plaatsvindt.

Met betrekking tot de verwerking van de budgetverzoeken is in de beleidsregel onder meer vermeld:

" 3. Algemene verwerking aanvragen

Er zijn jaarlijks drie rondes waarbij de financiële afspraken aan de contracteerruimtes worden getoetst. Deze vinden plaats per 1 maart, 15 juli en 15 oktober 2007. De verwerking door NZa vindt mede plaats onder toepassing van onderstaande bepalingen.

3.1 Eenzijdige verzoeken

Indien partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen over de hoogte van de productie en/of de hoogte van de prijzen (het zogenaamde tweezijdige verzoek), neemt de NZa ook eenzijdige verzoeken van een zorgaanbieder of zorgkantoor in behandeling. Per ronde kan door een zorgaanbieder dan wel een zorgkantoor geen eenzijdig verzoek worden ingediend wanneer er in diezelfde ronde ook een tweezijdig verzoek met betrekking tot dezelfde prestaties of prijzen wordt ingediend.

Indien desondanks in één ronde naast een tweezijdig verzoek ook een eenzijdig verzoek door een zorgaanbieder dan wel een zorgkantoor wordt ingediend, wordt het eenzijdige verzoek afgewezen.

3.2 Vaststelling aantallen en prijzen

In de hierna volgende onderdelen 3.1 en 3.2 wordt aangegeven van welke aantallen (qs) en prijzen (ps) de NZa uitgaat voor de toetsing van de financiële afspraken aan de beschikbare contracteerruimte (zie onderdelen 4 t/m 7) en van welke ps de NZa uitgaat voor de vaststelling van de tarieven.

3.2.1 Vastelling aantal (q)

? Indien de door de zorgaanbieder en het zorgkantoor per prestatie aangevraagde q aan elkaar gelijk zijn, gaat NZa per prestatie uit van de door de zorgaanbieder en het zorgkantoor aangevraagde q.

? Indien de door de zorgaanbieder per prestatie aangevraagde q hoger is dan de door het zorgkantoor aangevraagde q, gaat de NZa per prestatie uit van de door het zorgkantoor aangevraagde q.

? Indien de door het zorgkantoor per prestatie aangevraagde q hoger is dan de door de zorgaanbieder aangevraagde q, gaat de NZa per prestatie uit van de door de zorgaanbieder aangevraagde q.

? Indien één of beide partijen geen q aanvraagt, gaat NZa uit van het feit dat de q nul is.

3.2.2 Vaststelling tarief

?Indien de door de zorgaanbieder en het zorgkantoor aangevraagde p aan elkaar gelijk zijn en niet hoger dan het voor de prestatie in de beleidsregel gestelde maximumbedrag, gaat NZa uit van de door zorgaanbieder en zorgkantoor aangevraagde p.

? Indien de door de zorgaanbieder en het zorgkantoor aangevraagde p niet aan elkaar gelijk zijn of één van de partijen geen p aanvraagt, gaat de NZa uit van het voor de prestatie in de beleidsregel vastgestelde maximumbedrag.

()"

Op het voor een AWBZ-instelling vastgestelde budget wordt nagecalculeerd. De beleidsregel Aanvaardbare kosten (CA-223) bepaalt in dit verband:

" 3.2 Op de afgesproken productie (in het kader van de beleidsregels personeelskosten, materiële kosten, intramurale zorg, extramurale zorg, palliatief terminale zorg en zorgzwaartetoeslag) zal volledig nagecalculeerd worden op basis van de gerealiseerde productie, waarbij het totaalbedrag van de totale gehonoreerde productieafspraak de bovengrens is."

2.2 Feiten

- Op 12 oktober 2007 hebben appellante en zorgkantoor Friesland (hierna: het zorgkantoor) een budgetverzoek ingediend in het kader van de oktoberronde 2007.

Op het aanvraagformulier heeft appellante bij de ondertekening de woorden onder voorbehoud vermeld.

- Bij brief van (eveneens) 12 oktober 2007 (Kamerstukken II, 2007-2008, 26 631, nr. 228) heeft de Staatssecretaris de Tweede Kamer naar aanleiding van een rapportage van verweerster geïnformeerd over de eventuele inzet van extra middelen in de AWBZ en in dit kader onder meer het volgende gesteld:

" De NZa constateert dat de overheveling van contracteerruimte tussen zorgkantoorregios als taak en verantwoordelijkheid van de zorgkantoren, in de praktijk niet goed werkt. Om mogelijke onrust bij cliënten in 2007 te voorkomen, heb ik in september de NZa verzocht om in het geval van (voornemens tot) regionale cliëntenstops een spoedprocedure te volgen. De NZa heeft haar werkprocessen zo ingericht dat bij melding van een acuut regionaal knelpunt door een zorgkantoor, of door mij, met spoed de melding kan worden onderzocht. () De NZa adviseert deze procedure in de resterende maanden van 2007 zonodig in te zetten."

- In de periode september 2007 tot en met december 2007 heeft e-mailverkeer plaatsgevonden tussen (medewerkers van) appellante en verweerster. Onderwerp hiervan vormden de door appellante geschetste (dreigende) tekorten op haar budget, zoals dat in de loop van het budgetjaar 2007 - gewijzigd - is vastgesteld. Bij e-mail van 28 november 2007 heeft een medewerkster van verweerster aan de controller van appellante onder meer meegedeeld dat door verweerster geen inhoudelijke beoordeling zal worden gegeven over het door appellante bij het zorgkantoor ingediende knelpunt, omdat de knelpuntenprocedure ziet op knelpunten in de regio die door het zorgkantoor zijn ingediend bij verweerster en niet op knelpunten van een specifieke instelling.

- Bij brief van 13 december 2007 heeft verweerster naar aanleiding van een aan haar gericht verzoek van het zorgkantoor Friesland in het kader van de zogenoemde spoedprocedure aan de Staatssecretaris geadviseerd aan de contracteerruimte 2007 voor de zorgkantoorregio Friesland een bedrag van 3,8 miljoen toe te voegen, waarvan 1,2 miljoen voor verpleging en verzorging. In deze brief stelt verweerster onder meer dat het zorgkantoor Friesland heeft aangetoond dat zij en de betrokken zorgaanbieders zich maximaal hebben ingespannen om de problematische wachtlijsten op het gebied van verpleging en verzorging tegen te gaan, maar dat naar de mening van dit zorgkantoor een regionale cliëntenstop voor de verpleging en verzorging niet te vermijden zijn. De onderhavige brief bevat voorts de volgende passage:

" Hoewel er nog geen meldingen van problematische wachtlijsten bij de IGZ of de patiënten/cliëntenorganisaties in de regio Friesland zijn binnengekomen, onderschrijft de NZa de opvatting van de voorzitter van de Raad van Bestuur De Friesland dat er in de derde en de vierde week van december 2007 problematische knelpunten in de AWBZ-zorgverlening optreden doordat meerdere zorgaanbieders cliëntenstops zullen afkondigen."

- Bij besluit van 19 december 2007 heeft verweerster naar aanleiding van het budgetverzoek van 12 oktober 2007 een tariefbeschikking genomen. Het budget voor appellante is blijkens de bij deze tariefbeschikking behorende rekenstaat vastgesteld op 30.212.675,-.

- Op 21 december 2007 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de controller van appellante en een medewerkster van verweerster. Naar aanleiding daarvan heeft de controller van appellante bij e-mail van die zelfde datum aan die medewerkster van verweerster onder meer het volgende meegedeeld:

" Als gevolg van de onstane situatie kan Thuiszorg De Friese Wouden nu geen maatregelen meer treffen om het financiële tekort () tot een minimum te beperken. Daarvoor zou het nodig zijn dat Thuiszorg De Friese Wouden voor al haar cliënten de zorg zou moeten beëindigen tussen 25 en 29 december 2007. Thuiszorg De Friese Wouden wenst haar cliënten niet in de kou te laten staan en wenst ook niet door Zorgkantoor Friesland te worden aangesproken voor contractbreuk. Derhalve zal Thuiszorg De Friese Wouden haar maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen jegens haar cliënten en de noodzakelijke zorg toch blijven leveren."

- Bij brief van 16 januari 2008 heeft de Staatssecretaris verweerster meegedeeld dat zij voormeld advies van verweerster van 13 december 2007 overneemt "(g)ezien het zorgvuldige proces dat door het zorgkantoor Friesland is doorlopen en uw bevindingen tijdens de spoedprocedure".

- Op 31 maart 2008 hebben appellante en het zorgkantoor het formulier Nacalculatie op geleverde productie 2007 ingediend. Volgens dit formulier bedraagt de totaal gefactureerde productie in 2007 31.360.650,-.

- Bij besluit 23 mei 2008 heeft verweerster naar aanleiding van voormeld formulier een tariefbeschikking genomen. Uit de bij deze tariefbeschikking behorende rekenstaat blijkt dat de totale aanvaardbare kosten voor appellante zijn vastgesteld op 30.212.675,-. Van de gefactureerde productie komt derhalve een bedrag van 1.147.975,- niet voor vergoeding in aanmerking.

- Tegen voormelde besluiten van 19 december 2007 en 23 mei 2008 heeft appellante bezwaar gemaakt.

- Vervolgens heeft verweerster het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit

Bij het bestreden besluit heeft verweerster de bezwaren van appellante ongegrond verklaard. Verweerster heeft daartoe, voor zover hier van belang, het volgende opgemerkt.

Met een door appellante en het zorgkantoor ondertekend budgetformulier is een tweezijdige aanvraag gedaan om het budget van appellante voor 2007 vast te stellen op 30.212.675,-. De zonder nadere toelichting door appellante op het formulier vermelde mededeling onder voorbehoud, is niet bij de beoordeling van de aanvraag betrokken.

Niet alleen heeft appellante niet duidelijk gemaakt wat de inhoud van het voorbehoud is, ook moet worden geconcludeerd dat appellante uit het geldende beleid niet kon of mocht opmaken dat een door beide partijen ondertekende aanvraag anders dan als tweezijdige aanvraag zou kunnen worden aangemerkt. Op basis van het kenbare beleid had het appellante duidelijk moeten zijn dat zorgaanbieder en zorgkantoor, indien zij niet tot overeenstemming komen, elk een eenzijdig verzoek kunnen en moeten indienen.

Met de tariefbeschikking van 19 december 2007 is het budget derhalve overeenkomstig de aanvraag vastgesteld.

Uit hetgeen hiervoor is uiteengezet volgt dat het na de oktoberronde voor 2007 conform de aanvraag op 30.212.675,- vastgestelde budget voor dat jaar het definitieve budget is.

Immers, ingevolge de contracteerruimtesystematiek zijn de productieafspraken leidend.

De juli- en oktoberronde zijn er voor het zorgkantoor en de zorgaanbieder om de over- en onderproductie te herschikken en om regionale omstandigheden aan bod te kunnen laten komen. Extra geleverde zorg, bovenop de voor het budgetjaar vastgestelde productieafspraken, kan niet in het daaropvolgende jaar alsnog voor vergoeding in aanmerking komen bij de voorlopige nacalculatie: de afgesproken productie wordt als bovengrens gehanteerd. Deze wijze van nacalculeren vloeit voort uit de maatregelen inzake de beheersing van de groei in de AWBZ die vanaf 2004/2005 zijn getroffen. Deze consequentie van het leveren van overproductie was voor de zorgaanbieder en het zorgkantoor vooraf bekend.

De door appellante gevraagde verhoging van het budget kan gezien het vorenstaande uitsluitend worden gebaseerd op de knelpunten- of de spoedprocedure of op een afwijking van het hierboven beschreven stelsel van beleidsregels op grond van de zogenaamde inherente afwijkingsbevoegdheid.

De knelpuntenprocedure kan ten aanzien van appellante niet van toepassing zijn geweest. Uit de circulaire waarbij zorgaanbieders en zorgkantoren zijn geïnformeerd over deze procedure volgt dat zorgkantoor en zorgaanbieder samen een eventueel knelpunt bij verweerster melden en dat er van een knelpunt alleen dan sprake is als cliënten met een geldige indicatie binnen de zogenoemde Treeknormen geen toegang hebben tot de geïndiceerde AWBZ-zorg. Met een brief van 31 augustus 2007 heeft het zorgkantoor van een tweetal knelpunten in de regio melding gedaan bij verweerster. De situatie bij appellante heeft het zorgkantoor daarbij niet als knelpunt benoemd, en reeds om die reden dient het bezwaar op dit onderdeel te stranden. Ook als het zorgkantoor wel tijdig melding had gemaakt zou niet aan alle voorwaarden voor het vaststellen van een knelpunt zijn voldaan. Zoals immers op de hoorzitting in bezwaar door appellante is erkend is niet aan de voorwaarde van de problematische wachtlijst voldaan.

Voor de spoedprocedure gelden dezelfde ingangsvoorwaarden als voor de knelpuntenprocedure, zodat deze in de hier aan de orde zijnde situatie evenmin van toepassing heeft kunnen zijn. In de aanvraag tot toepassing van de spoedprocedure die verweerster in een e-mailbericht van 12 november 2007 van het zorgkantoor heeft ontvangen wordt appellante dan ook niet genoemd.

Er is geen aanleiding af te wijken van de beleidsregels. Het geheel van de afspraken die betrekking hebben op de inhoud van de overeenkomst tussen het zorgkantoor en appellante wordt beheerst door de regels van het civiel recht. Of de overeenkomst zo moet worden uitgelegd dat appellante gehouden was meer zorg te leveren dan waarvoor het overeengekomen budget toereikend was en zo ja, of het zorgkantoor gerechtigd is geweest op het betreffende onderdeel van de overeenkomst nakoming te verlangen, zijn geschilpunten die in het kader van de behandeling van het bezwaar niet aan de orde kunnen komen. Nu in de onderhavige procedure niet kan worden vastgesteld dat de inhoud van de overeenkomst tussen

appellante en het zorgkantoor voor appellante een bijzondere omstandigheid oplevert, kan evenmin worden geconcludeerd dat er reden is van de geldende beleidsregels af te wijken.

Onverkorte toepassing van de beleidsregels heeft verder geen onevenredige gevolgen voor appellante, aangezien over het jaar 2007 is gebleken van een positief resultaat met de activiteit "verpleging en verzorging". Bij de vaststelling dat er geen sprake is van onevenredig nadelige gevolgen heeft verweerster tevens in overweging genomen dat het saldo van eerdere exploitatietekorten en -overschotten (de Reserve Aanvaardbare Kosten; hierna: RAK) waarover elke instelling beschikt, mede bestemd is om tekorten als hier aan de orde op te vangen. Omdat exploitatietekorten zoals hier aan de orde ten laste van deze RAK kunnen worden gebracht, kan appellante niet worden gevolgd in de stelling dat zij gedwongen wordt eigen middelen in te zetten om maatschappelijke kosten te betalen. Dit geldt te minder nu uit het Jaardocument maatschappelijke verantwoording 2007 volgt dat het saldo van de RAK ten aanzien van de activiteit "verpleging en verzorging" in 2007 met 576.768,- is toegenomen tot 2.105.733,-. Het beroep op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: Eerste Protocol EVRM) kan derhalve ook niet slagen.

4. Het standpunt van appellante

Appellante stelt zich op het standpunt dat ten onrechte de overproductie 2007 ten bedrage van 1.147.975,- niet is vergoed.

Ten aanzien van de aanwijzing van de Staatssecretaris en de daarop gebaseerde beleidsregel Contracteerruimte 2007 voert appellante aan dat de contracteerruimte ten onrechte is afgestemd op het niveau van de structurele budgetten uit de jaren 2005 en 2006 in plaats van op de daadwerkelijke gerealiseerde productie in die jaren.

De aan de orde zijnde overproductie is in feite al ontstaan in het vierde kwartaal van 2005 en in 2005 en 2006 met incidentele middelen vergoed. Aangezien bij de vaststelling van de contracteerruimte 2007 geen rekening wordt gehouden met deze incidentele middelen, blijft de overproductie appellante achtervolgen. Dit terwijl het gaat om zorg die door appellante structureel wordt geleverd aan bestaande cliënten met wie veelal een langjarige relatie is aangegaan. Appellante is op grond van de overeenkomst met het zorgkantoor, waarvan de inhoud door het zorgkantoor wordt gedicteerd, verplicht deze zorg te leveren.

Wanneer de aanwijzing en de beleidsregel Contracteerruimte 2007 erop aansturen dat de contracteerruimte in dat jaar lager wordt vastgesteld dan de daadwerkelijk gerealiseerde productie in de twee jaren daaraan voorafgaand, is zij niet in overeenstemming met het evenredigheids- en égalité-beginsel, hetgeen ook neerkomt op een beroep op artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Een deel van de publieke kosten voor de zorg wordt immers verhaald op het eigen vermogen van individuele zorgaanbieders als appellante. Voor een dergelijk kostenverhaal - of in feite ontneming - bestaat een wettelijke grondslag noch een rechtvaardiging.

In haar reactie op het verweerschrift voegt appellante aan het voorgaande toe dat bij de vaststelling van de zogenoemde groeiruimte 2007 onvoldoende rekening is gehouden met de groei van de prestatie "begeleiding" met gemiddeld 34% per jaar en de effecten van de invoering van de beleidsregels Indicatiestelling AWBZ per 1 april 2007.

Wat betreft de vaststelling van het budget voor 2007 voert appellante aan dat, mede in het licht van de briefwisseling tussen appellante en verweerster en de aanbiedingsbrieven van appellante aan het zorgkantoor, ondenkbaar is dat verweerster niet begrepen heeft dat met het voorbehoud in het budgetverzoek van 12 oktober 2007 is gedoeld op de vergoeding van de overproductie 2007. Voor zover verweerster voor een afwijkende beslissing een eenzijdige aanvraag noodzakelijk achtte, had zij in dit voorbehoud een dergelijke eenzijdigheid moeten begrijpen. De verwijzing in het bestreden besluit naar de noodzaak een eenzijdig verzoek in te dienen in het geval zorgaanbieder en zorgkantoor niet tot overeenstemming kunnen komen, is onterecht. Immers, op grond van onderdeel 3.2.1 van de Beleidsregel contracteerruimte gaat verweerster hoe dan ook uit van de opgave van het zorgkantoor als die lager is dan van de zorgaanbieder.

Voor zover niet onder ogen is gezien dat het budget lager is vastgesteld dan de werkelijke kosten, is verder sprake van een bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb. De redenering van

verweerster dat geen sprake is van onevenredige benadeling miskent dat op zichzelf niet relevant is of degene die wordt benadeeld als gevolg hiervan geen eigen vermogen meer heeft. Waar het om gaat is dat de kosten van een publieke taak onevenredig bij appellante neerslaan. Appellante bestrijdt voorts dat de RAK is bedoeld ter delging van de onderhavige problematiek.

In haar reactie op het verweerschrift voegt appellante verder aan het voorgaande toe dat zij in het kader van de knelpunten- en spoedprocedure zowel aan het zorgkantoor als aan verweerster kenbaar heeft gemaakt dat het budget ontoereikend was. Verweerster en het zorgkantoor hebben hiermee onvoldoende rekening gehouden en zijn er ten onrechte van uitgegaan dat appellante bereid was de overproductie voor eigen rekening te nemen. Verweerster had appellante in de spoedprocedure 2007 op een gelijke wijze moeten behandelen als de twee zorgaanbieders die naar aanleiding van die procedure wel extra budget hebben gekregen. Dit betreft de Zorggroep Tellens en Thuiszorg Zuidwest Friesland. Uit de brief van verweerster aan de Staatssecretaris van 13 december 2007 volgt dat er ook met betrekking tot deze instellingen geen (meldingen van) problematische wachtlijsten waren, terwijl evenmin duidelijk is dat deze zorgaanbieders over onvoldoende financiële middelen beschikten. Volgens appellante zou uit de jaarcijfers van deze instellingen over 2007 - die zich niet bij de gedingstukken bevinden - niet blijken dat hiervan sprake was. Bij Zorggroep Tellens is over 2007 sprake van een positief resultaat van 1,5 miljoen en Thuiszorg Zuidwest Friesland heeft in 2007 weliswaar een fors verlies geleden, maar beschikt na resultaatsbestemming eind 2007 over een RAK van 6,4 miljoen, aldus appellante.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Voor zover het beroep van appellante zich richt tegen het niet tijdig nemen van een besluit op haar bezwaren tegen de tariefbeschikkingen van 19 december 2007 en 23 mei 2008 stelt het College vast dat verweerster op 3 november 2008 alsnog een besluit heeft genomen. Dat appellante niettemin een belang bij een beoordeling van haar beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit is blijven behouden, ziet het College niet in. Het beroep is in zoverre niet-ontvankelijk.

5.2 Ingevolge artikel 6:20, vierde lid, Awb wordt het beroep van appellante geacht mede te zijn gericht tegen het besluit van 3 november 2008. Ter beoordeling staat of verweerster bij dit besluit de tariefbeschikkingen van 19 december 2007 en 23 mei 2008, die in het kader van de oktoberronde respectievelijk de nacalculatie op de geleverde productie in 2007 zijn genomen, op goede gronden heeft gehandhaafd.

5.3 De tariefbeschikking van 19 december 2007 is genomen met inachtneming van de beleidsregel Contracteerruimte 2007 die op haar beurt is vastgesteld op grond van een aanwijzing van de Staatssecretaris. Uit de uitspraken van het College van 5 oktober 2011 (AWB 08/231, 09/68 en 09/85 alsmede AWB 09/137, LJN: BU1572 en BU1575) volgt dat voormelde aanwijzing en beleidsregel de toets van de rechtmatigheid kunnen doorstaan. Hetgeen appellante heeft aangevoerd geeft geen aanknopingspunt voor een andersluidend oordeel. Niet is gebleken dat bij de vaststelling van de contracteerruimte 2007 geen dan wel op onjuiste wijze rekening is gehouden met de door appellante genoemde ontwikkelingen.

Zoals het College oordeelde in de uitspraak van 30 december 2009 (AWB 08/98, LJN: BL5633), brengt het systeem van macrobudgettering mee dat het niet steeds mogelijk is om zorg die uitgaat boven de gemaakte productieafspraken volledig te vergoeden en is er geen wettelijk voorschrift dat daartoe een verplichting in het leven roept. Dit is evenmin het geval wanneer deze zorg, zoals appellante heeft gesteld, in voorgaande jaren met incidentele middelen is vergoed en ook niet indien, naar appellante stelt, de overproductie het gevolg is van afspraken met het zorgkantoor. Dat dit tot gevolg kan hebben dat een instelling voor haar overproductie haar RAK zal moeten aanspreken acht het College in zijn algemeenheid niet onredelijk of anderszins onaanvaardbaar.

Het systeem van macrobudgettering, resulterend in de jaarlijkse vaststelling van contracteerruimte, is verder niet in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM, reeds omdat voor deze vorm van regulering een rechtvaardiging wordt gevonden in de overheidstaak de gezondheidszorg betaalbaar te houden.

5.4 Appellante en het zorgkantoor hebben in hun verzoek van 12 oktober 2007 in het kader van de oktoberronde verweerster verzocht het budget vast te stellen op 30.212.675,-. Verweerster heeft dit

verzoek op grond van de beleidsregel Contracteerruimte 2007 naar het oordeel van het College terecht gehonoreerd. Dat appellante op het aanvraagformulier de woorden onder voorbehoud heeft vermeld, maakt niet dat verweerster in afwijking van voormeld budgetverzoek een tariefbeschikking had moeten nemen.

Daartoe is van belang dat op grond van onderdeel 3.2 van de beleidsregel verweerster bij een tweezijdig verzoek van zorgaanbieder en zorgkantoor dient uit te gaan van het gezamenlijk aangevraagde budget. Dat appellante het gezamenlijk aangevraagde bedrag te laag achtte en om die reden een voorbehoud op het aanvraagformulier aangaf, maakt dat niet anders. Appellante kan worden nagegeven dat het indienen van een eenzijdig verzoek, waarbij zij een hoger bedrag aanvraagt dan het zorgkantoor, niet zinvol is, aangezien in dat geval op grond van onderdeel 3.2.1 van de beleidsregel de opgave van het zorgkantoor wordt gevolgd. Dit is echter inherent aan de wijze van vaststelling en verdeling van budgetten in het systeem van macrobudgettering.

Gelet op het vorenstaande heeft verweerster de tariefbeschikking van 19 december 2007, waarbij het budget van appellante voor 2007 overeenkomstig het verzoek van 12 oktober 2007 is vastgesteld, op goede gronden genomen en in bezwaar gehandhaafd.

5.5 Aangezien appellante in het kader van de knelpunten- en spoedprocedure geen aanvullend budget is toegekend, heeft verweerster het vastgestelde budget in de oktoberronde gehanteerd als bovengrens voor de nacalculatie 2007 en de overproductie 2007 die deze grens te boven gaat op grond van onderdeel 3.2 van de beleidsregel Aanvaardbare kosten niet bij de nacalculatie betrokken. Dat appellante in het kader van de knelpuntenprocedure heeft aangegeven dat het in de oktoberronde vastgestelde budget ontoereikend is, kan haar niet baten. De knelpuntenprocedure geldt blijkens de daarop betrekking hebbende circulaire van verweerster van 10 augustus 2007 voor die situaties waarin evident aantoonbaar is dat het zorgkantoor binnen het vastgestelde financiële kader onvoldoende zorg kan contracteren om aan de wettelijke zorgplicht te voldoen. Het gaat volgens deze circulaire om cliënten met een geldige indicatie die binnen de termijn zoals deze voortvloeit uit de zogenoemde Treeknormen geen toegang hebben tot de benodigde AWBZ-zorg. Niet in geschil is dat in het geval van appellante geen sprake was van zodanige wachttijden voor zorg dat de Treeknormen werden overschreden. Verweerster heeft zich naar het oordeel van het College reeds hierom terecht op het standpunt gesteld dat de door haar gehanteerde bovengrens voor de nacalculatie 2007 niet te laag is vastgesteld in verband met de knelpuntenprocedure.

5.6 Ten aanzien van het beroep van appellante op de spoedprocedure overweegt het College het volgende.

De spoedprocedure kan blijkens de brief van Staatssecretaris van 12 oktober 2007 worden gevolgd in geval van (voornemens tot) regionale cliëntenstops. Verweerster heeft haar werkprocessen zo ingericht dat bij een melding van een acuut regionaal knelpunt met spoed de melding kan worden onderzocht. Blijkens de stukken heeft het zorgkantoor op 12 november 2007 gemeld dat in de derde en vierde week van december 2007 acute knelpunten zullen ontstaan doordat zorgaanbieders cliëntenstops zullen afkondigen. Nadat verweerster de Staatssecretaris op 13 december 2007 over deze melding heeft geadviseerd, heeft de Staatssecretaris besloten dit advies van verweerster over te nemen en de contracteerruimte voor het zorgkantoor incidenteel te verhogen met onder meer 1,2 miljoen voor "verpleging en verzorging". Het laatstvermelde bedrag is na tussenkomst van het zorgkantoor terecht gekomen bij twee andere zorgaanbieders dan appellante.

Appellante heeft ter zitting haar beroep op het gelijkheidsbeginsel nader gemotiveerd. Daarbij heeft zij gesteld dat bij de zorgaanbieders waaraan in het kader van de spoedprocedure wel extra budget is toegekend evenmin als zij met problematische wachttijden te maken hadden en heeft zij tevens betwist dat deze instellingen over onvoldoende financiële middelen zouden hebben beschikt. Verweerster heeft dit niet weersproken.

Voor zover verweerster ter zitting heeft opgemerkt dat aan het zorgkantoor is overgelaten te beoordelen hoe en bij welke zorgaanbieders de extra middelen in het kader van de spoedprocedure worden ingezet, overweegt het College dat verweerster in het wettelijk systeem het bevoegde bestuursorgaan is om de budgetten van individuele instellingen vast te stellen. Bij die vaststelling dient verweerster, onverlet de functie van het zorgkantoor bij de verdeling van de regionale contracteerruimte, het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen.

In dit verband acht het College tevens van belang dat appellante zich meerdere malen tot verweerster heeft gewend in verband met de - dreigende tekorten - voor haar productie in 2007.

Voor zover verweerster ter zitting heeft gewezen op haar bevindingen met betrekking tot de toepassing van de spoedprocedure zoals verwoord in haar advies van 13 december 2007 aan de Staatssecretaris, stelt het College vast dat daarin als zodanig geen aandacht wordt besteed aan de eventueel bestaande verschillen tussen zorgaanbieders. In de bevindingen van verweerster wordt slechts ingegaan op de zorginkoop door het zorgkantoor, de prestaties van het zorgkantoor op het gebied van de herschikking en overheveling van (bovenregionale) contracteerruimte alsmede inspanningen van de betrokken zorgaanbieders om problematische wachttijden tegen te gaan.

Gezien het vorenstaande is het College van oordeel dat verweerster in strijd met artikel 3:46 Awb onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom de situatie van appellante in het budgetjaar 2007 niet op een lijn kan worden gesteld met voormelde gevallen in de zelfde zorgkantoorregio waarin na toepassing van de spoedprocedure wel extra budget is toegekend. Het College kan daardoor thans niet beoordelen of de door verweerster gehanteerde bovengrens voor de nacalculatie 2007 niet te laag is vastgesteld in verband met de aan het zorgkantoor in het kader van de spoedprocedure in 2007 extra toegekende contracteerruimte.

5.7 Het College ziet in het belang van partijen bij een finale beëindiging van het geschil aanleiding verweerster op grond van artikel 19, zesde lid, Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie op te dragen met inachtneming van de overwegingen in deze uitspraak het voornoemde motiveringsgebrek te herstellen. Hiertoe zal een termijn worden gesteld. Nadat het bestreden besluit is hersteld of vervangen zal op het beroep tegen dat besluit worden beslist. In de einduitspraak zal tevens worden beslist over de proceskosten en de vergoeding van het griffierecht.

6. De beslissing

Het College draagt verweerster op om binnen zes weken na verzending van deze uitspraak:

- het bestreden besluit van 3 november 2008 van een deugdelijke motivering te voorzien, dan wel een ander besluit te

nemen, en

- het herstelde dan wel vervangende besluit aan het College toe te zenden.

Aldus gewezen door mrs. M.A. van der Ham, H.A.B. van Dorst-Tatomir en E. Dijt, in tegenwoordigheid van mr. B.S. Jansen als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 14 augustus 2012.

w.g. M.A. van der Ham w.g. B.S. Jansen